

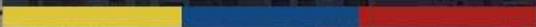
EDICIÓN  
**263**

FEBRERO 2023



CONSEJO DE ESTADO  
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

#MeSuscriboMeActualizo



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

### JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL  
ISSN: 2711-385X

**República de Colombia**  
**Consejo de Estado**

**Jaime Enrique Rodríguez Navas**  
Presidente Consejo de Estado

## COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate  
Hernando Sánchez Sánchez  
César Palomino Cortés  
Myriam Stella Gutiérrez Argüello  
Wilson Ramos Girón  
Nandy Melissa Rozo Cabrera

## RELATORÍAS

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

## PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.  
Jurisprudencia y Conceptos.  
No. 263, febrero de 2023  
ISSN: 2711-385X  
[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)  
Consejo de Estado  
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.  
Palacio de Justicia  
Bogotá D.C. – Colombia

# CONTENIDO

<b>CONTENIDO</b>	<b>3</b>
<b>EDITORIAL</b>	<b>5</b>
<b>I. NORMAS ANULADAS Y EXHORTOS</b>	<b>6</b>
<b>II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES</b>	<b>7</b>
➤ C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-15-000-2022-01434-01 (AC)	
➤ C.P. María Adriana Marín, radicación 11001-03-15-000-2022-05084-01 (AC)	
➤ C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 11001-03-15-000-2022-02317-01(AC)	
➤ C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación 11001-03-15-000-2021-11153-01(AC)	
➤ C.P.: María Adriana Marín, radicación: 13001-23-33-000-2014-00406-01 (AP)	
➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01 (ACU)	
➤ C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación: 23001-23-33-000-2022-00155-01 (ACU)	
➤ C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 54001-23-33-000-2014-00438-02 (AG)	
➤ C.P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación: 05001-23-33-000-2014-02100-01 (AG).	
<b>III. SALA PLENA DEL CONTENCIOSO</b>	<b>32</b>
➤ C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2013-00735-02(B-SU)	
➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-15-000-2022-03485-00(PI)	
➤ C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 11001-03-15-000-2020-04294-00(REV)	
➤ C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 11001-03-15-000-2021-04180-00(CA)	
➤ C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 11001-03-15-000-2022-04767-00(PI)	
➤ C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2022-02702-00(PI)	
<b>IV. SECCIÓN PRIMERA</b>	<b>55</b>
➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 47001-23-33-000-2021-00025-01.	
➤ C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 25000-23-24-000-2011-00170-01 (Acumulados).	
➤ C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2012-00025-00.	
<b>V. SECCIÓN SEGUNDA</b>	<b>62</b>
➤ C.P. William Hernández Gómez, radicación: 66001-23-33-000-2016-00692-01 (0927-2019)	
➤ C.P. César Palomino Cortés, radicación:18001-23-33-000-2013-00210-01 (5299-2018)	
➤ C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 05001-23-31-000-2013-00040-02 (870-2021)	
➤ C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 23001-23-33-000-2013-00390-01 (3612-2015)	
➤ C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 13001-23-33-000-2014-00086-01 (0949-2019)	
<b>VI. SECCIÓN TERCERA</b>	<b>42</b>
➤ C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 54001-23-31-000-2009-00272-01(56232).	
➤ C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 54001-23-31-000-2010-00029-01(57521).	
<b>VII. SECCIÓN CUARTA</b>	<b>77</b>
➤ C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2021-00004-00 (25440).	
➤ C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2015-01555-01 (26341).	
➤ C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2018-00074-01 (26007).	
➤ C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 25000-23-37-000-2017-00138-01 (26365).	
<b>VIII. SECCIÓN QUINTA</b>	<b>84</b>
➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 05001-23-33-000-2022-00754-01.	
➤ C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00084-00.	
➤C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00046-00.	

- C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 25000-23-41-000-2020-00222-01.

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

**103**

- C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2018-00161-00(2396).
- C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2022-00036-00(2475).
- C.P. Maria del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2022-00250-00(2489)
- C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2022-00244-00(2488).
- C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación: 11001-03-06-000-2019-00013-00(2411).

## **X. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN**

**114**

- C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2021-00057-00.
- C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00038-00.

# EDITORIAL

*El Consejo de Estado ha direccionado sus esfuerzos a difundir su jurisprudencia a través de diversas estrategias, de la mano de la transformación digital. Por ello, esta compilación mensual se divulga a través de medios digitales, con el propósito de que cada vez llegue a más destinatarios, para contribuir en los diferentes campos de aplicación del derecho administrativo, constitucional y de los conceptos emitidos para el Gobierno Nacional.*

*En esta edición, presentamos una acción de cumplimiento que declaró la improcedencia de este tipo de acciones para cuestionar las reglas de las convocatorias con el fin de participar en procesos de selección de personal, basados en el mérito y ordenar la modificación de la lista de elegibles.*

*Asimismo, en una acción de grupo, la Corporación condenó al Ministerio de Defensa y al Ejército Nacional por los casos de desplazamiento ocasionados por la masacre de la Granja-Ituango.*

*En asuntos de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se unificó jurisprudencia de autos y se definió que la notificación de las sentencias por vía electrónica, prevista en el inciso primero del artículo 203 del CPACA, se entenderá realizada una vez transcurridos 2 días hábiles, siguientes al envío del mensaje, y que los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 205 id.*

*Por otro lado, la Sección Tercera dentro de una acción de reparación directa, condenó al Estado, bajo el título de falla del servicio por la ejecución extrajudicial de un civil a manos del Ejército Nacional, la que hicieron pasar como ocurrida en combate.*

*La Sala de Consulta y Servicio Civil, resolvió en un concepto emitido al Gobierno Nacional, en el sentido de que para efectos de cumplir lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-153 de 2022, los convenios interadministrativos celebrados al amparo del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, que se encuentran en ejecución, deben ser terminados y liquidados inmediatamente, sin perjuicio de la devolución de los recursos girados y no ejecutados y de las restituciones a que haya lugar entre las entidades que la suscriban.*

*Por último, resaltamos en materia de equidad de género y no discriminación, la Sección Quinta declaró la nulidad del nombramiento de Alberto Carrasquilla Barrera como miembro de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República, al constatar que hubo incumplimiento en la cuota de género, teniendo en cuenta que, de los cinco miembros, solamente uno de ellos estaba ocupado por una mujer, siendo necesaria la presencia de 2.*

*Los invitamos a compartir y a suscribirse a esta herramienta de consulta a través del siguiente link <https://forms.office.com/r/zBUXSql5Ac>*

# I. NORMAS ANULADAS

## SECCIÓN PRIMERA

1. La Directiva 001 de 2010, expedida por el Presidente de la República, sobre la “Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales.”: Los capítulos 2 y 3, el segundo párrafo del capítulo 4 y las reglas b), c) y d) del capítulo 5.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 24 de noviembre de 2022; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2012-00025-00. \(ver página 59 de este boletín\).](#)

## SECCIÓN CUARTA

1. El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria*”, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: el aparte «y el mismo incluirá tanto el valor de los bienes muebles e inmuebles que presten usos y servicios complementarios o conexos, tales como: parqueaderos, depósitos, buhardillas, terrazas, antejardines y patios; así como el correspondiente a contratos de mejoras o acabados suscritos con el constructor o con terceros. De igual forma, son parte integral del valor de la vivienda las obras de urbanismo ejecutadas por el constructor para garantizar la habitabilidad de las viviendas en los proyectos de vivienda de interés social y vivienda de interés social prioritaria», contenido en el inciso segundo del párrafo 1 del artículo 1.6.1.26.1, modificado por el Decreto 096 de 2020.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 27 de octubre de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2021-00004-00 \(25440\) \(ver página 81 de este boletín\).](#)

## EXHORTOS

**La Sección Quinta exhortó al Concejo municipal de Zipaquirá para que en las elecciones que efectúe, implemente medidas de seguridad para la realización de pruebas de conocimientos.**

Sobre el particular dispuso en la parte considerativa lo siguiente: “(...) exhortar al Concejo municipal de Zipaquirá para que en elecciones futuras –y, especialmente, en la del secretario general de la corporación–, implemente medidas de seguridad para la realización de las pruebas de conocimientos que, como se ha sostenido, son el medio idóneo y eficaz para asegurar la transparencia, claridad y probidad del procedimiento, por lo que, en lo sucesivo, no puede faltar la adopción de una cadena de custodia rigurosa.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 1º de diciembre de 2022, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 25000-23-41-000-2022-00004-01.](#)

**ASUNTOS  
CONSTITUCIONALES**



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

---

**JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS**

# ACCIONES DE TUTELA

## **1. Se niegan las pretensiones de la demanda de tutela dirigida a cuestionar el laudo arbitral que dirimió el conflicto entre Promoambiental Distrito y Proceraseo, sobre la remuneración para los concesionarios de aseo público de Bogotá.**

*Síntesis del caso:* El Distrito Capital de Bogotá, Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos—UAESP— ejercieron la acción de tutela para cuestionar el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir las controversias suscitadas entre Promoambiental S.A.S. E.S.P. y Procesador de Información del Servicio de Aseo S.A.S., sobre la remuneración para los concesionarios de las áreas de servicio exclusivo —ASE— para la prestación de servicio público de aseo en Bogotá. La acción de tutela se ejerció bajo el entendido de que el laudo arbitral vulneró el derecho al debido proceso UAESP e incurrió en los defectos orgánico y procedimental absoluto, debido a que la decisión se produjo sin que dicha entidad hubiera sido vinculada como litisconsorte necesario, ya que fue el órgano que llevó a cabo la Licitación Pública UAESP 002 de 2017, mediante la cual se adjudicaron los contratos de concesión de prestación del servicio de aseo para el esquema de ASE en la ciudad de Bogotá..

**IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CUMPLIMIENTO DE REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN / OMISIÓN EN EL AGOTAMIENTO DEL MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / FALTA DE VINCULACIÓN DE TERCERO PROCESAL / PROCESO ARBITRAL / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA**

*Problema jurídico 1:* ¿La acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad, dado que la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría Jurídica Distrital y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP- podían interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral cuestionado?

Tesis 1: “[E]n el fallo de primera instancia se indica que la solicitud de amparo es improcedente, porque la parte actora cuenta con el recurso de anulación previsto en la Ley 1563 de 2012, para cuestionar la validez del Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021; lo cierto es que la procedibilidad de dicho mecanismo judicial este sujeta a la existencia y configuración de alguna de las causales expresamente señaladas en los artículos 41 y 108 de la referida ley, lo cual a su vez está supeditado al cumplimiento de unos presupuestos procesales previstos por el legislador, por lo que la idoneidad y eficacia del instrumento judicial no es absoluta. (...) [D]e acuerdo con los hechos expuestos en el escrito de tutela, se advierte que, si bien, las entidades accionantes alegan una falta de competencia del Tribunal Arbitral por excederse en los temas objeto de decisión, lo cual podría configurar la causal prevista en el numeral segundo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, “2. La Caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”, lo cierto es que el mismo artículo dispone que “Las causales 1, 2 y 3 solo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”, es decir, que la procedibilidad de la causal segunda, está sujeta a que la parte recurrente haya participado en el proceso, pues le impone al interesado formular recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia; sin embargo, revisado el expediente de contenido al proceso arbitral, no se

observa que las demandantes se hayan vinculado formalmente al trámite arbitral como partes o terceros interesados, ni hayan interpuesto recurso alguno contra el auto de asunción de competencia dictado por el Tribunal de arbitramento, por lo que resulta evidente que el recurso de anulación no se constituye en un instrumento idóneo y eficaz para la protección del derecho fundamental alegado por la Alcaldía de Bogotá D.C. y la UAESP, toda vez que no se encontraban habilitadas para invocar la causal mencionada. (...) [L]as accionantes alegan un defecto procedimental por parte del Tribunal de Arbitramento, porque omitió convocar a la UAESP, pese a ser la entidad que adelantó el proceso licitatorio y celebró los cinco contratos de concesión para proveer el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, lo que le impidió ejercer sus derechos de defensa y contradicción; en tanto que el laudo arbitral del 8 de noviembre de 2021 modificó los documentos contractuales en los que dicha entidad participó. (...) [A]unque la parte tutelante podía hacer uso del recurso de anulación con fundamento en la causal prevista en el numeral 4° del artículo 41 y el literal b) del numeral 1° del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, lo cierto, es que las interesadas podían acudir a dicho mecanismo judicial dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la providencia que resuelva sobre la aclaración, corrección o adición del Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021, tal y como lo dispone el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012. (...) [E]l Laudo complementario de 23 de noviembre de 2021, se notificó a las partes el 24 de noviembre de 2021, por lo que la fecha límite para el ejercicio del recurso era el 24 de diciembre de 2021; sin embargo, de acuerdo con los documentos allegados al expediente de tutela, se evidencia que la notificación efectuada de dicha providencia no incluyó a la Alcaldía Distrital de Bogotá D.C., ni a la UAESP, por no ser parte del proceso y, en consecuencia, no fueron enteradas oportunamente de la decisión acusada, lo cual impidió que se dieran las condiciones para que pudieran hacer uso oportuno del recurso de anulación. (...) [P]ara el momento en que la parte actora presentó la demanda de tutela, ya se había superado el término previsto en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, por lo que exigirle que empleara el recurso de anulación para solicitar la protección de sus derechos, sería imponerle una medida desproporcionada que a todas luces resulta improcedente en este instante. (...) [A]unque los concesionarios del servicio de aseo presentaron el recurso de anulación contra el Laudo de 8 de noviembre de 2021 y la Alcaldía Distrital de Bogotá D.C. y la UAESP puedan solicitar su vinculación a dichos asuntos, como coadyuvantes de la parte recurrente, lo cierto, es que su legitimación sería cuestionada por su calidad de parte y su falta de participación activa en el proceso arbitral, aunado a que su intervención estaría supeditada a los argumentos, peticiones y demás actos procesales del recurrente principal. (...) [S]i bien en el ordenamiento jurídico existe otro medio de defensa judicial con el cual la parte actora podría solicitar la protección del derecho al debido proceso que invoca en el presente asunto, lo cierto, es que dicho instrumento no es suficientemente idóneo y eficaz para amparar el derecho fundamental pretendido. En consecuencia, la Subsección estima que la acción de tutela, contrario a lo dispuesto por el A-quo, resulta procedente para estudiar las presuntas irregularidades alegadas por la parte demandante contra el Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021.”

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / LAUDO ARBITRAL / PROCESO ARBITRAL / IMPROCEDENCIA DE LA VINCULACIÓN AL PROCESO / FALTA DE VINCULACIÓN DE TERCERO PROCESAL / UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS / CLASES DE LITISCONSORCIO / CLASES DE LITISCONSORCIO FACULTATIVO / CLASES DE LITISCONSORCIO NECESARIO / CONCEPTO DE LITISCONSORCIO FACULTATIVO / CONCEPTO DE LITISCONSORCIO CUASINECESARIO / CONCEPTO DE LITISCONSORCIO NECESARIO / IMPROCEDENCIA DEL LITISCONSORCIO NECESARIO / IMPROCEDENCIA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO / CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO DE ASEO / CONTRATO DE CONCESIÓN DE ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO / ADJUDICACIÓN DE LICITACIÓN PÚBLICA / CONFLICTO ENTRE PARTICULARES / CONTRATO ENTRE PARTICULARES / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO / TARIFA DE ASEO / TARIFA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO / AUSENCIA DE DEFECTO PROCEDIMENTAL / INEXISTENCIA DE DEFECTO PROCEDIMENTAL**

*Problema jurídico 2: ¿El Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, que resolvió las disputas entre Promoambiental S.A.S. E.S.P. y Procesador de Información del Servicio de Aseo S.A.S., vulneró el derecho al debido proceso de las accionantes e incurrió en vía de hecho por defecto procedimental, al proferir el Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021, sin vincular a la UAESP al proceso arbitral?*

**Tesis 2:** “[E]l proceso arbitral fue promovido por la sociedad Promoambiental Distrito Ambiental S.A.S. E.S.P – Promoambiental contra la sociedad Procesador de Información del Servicio de Aseo – Proceraseo, con fundamento en la cláusula compromisoria establecida el artículo 38 de los estatutos sociales de la convocada, con el fin de adecuar las supuestas irregularidades ocurridas con el procedimiento, a través del cual se liquidó y se hizo efectiva la distribución y el pago de los dineros recaudados vía tarifas que le corresponde como remuneración los prestadores del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. (...) [E]l Tribunal Arbitral, con Auto de 7 de febrero de 2020, vinculó al proceso como litisconsortes necesarios a las sociedades LIME, Ciudad Limpia, Bogotá Limpia y Área Limpia, por tener un interés directo en la discusión planteada y/o en el resultado del proceso. (...) [S]i bien, la UAESP no solicitó directamente la comparecencia al proceso arbitral, también es cierto que, la sociedad LIME efectuó oportunamente la solicitud ante el Tribunal de Arbitramento, mediante escrito de 20 de febrero de 2020; sin embargo, la autoridad accionada con Auto N° 7 de 26 de marzo de 2020, negó la vinculación de la UAESP, porque en su criterio no se evidenciaba el interés jurídico para acudir al trámite arbitral de la entidad pública, toda vez que las pretensiones de la demanda se dirigían a discutir aspectos propios del objeto social de la sociedad Proceraseo S.A.S., y no tenían su origen en el Contrato de Concesión N° 283 de 2018, ni se cuestionaba la conducta contractual de la UAESP, pues este tipo de reclamaciones se plantearon dentro del proceso arbitral promovido por la sociedad Promoambiental Distrito Ambiental S.A.S. E.S.P contra la UAESP dentro del expediente con radicado N° 117600. (...) [C]ontra dicha providencia no se interpuso recurso alguno por parte de los concesionarios del servicio de aseo, en especial de la sociedad LIME S.A., quien realizó la solicitud formal de la vinculación de la UAESP, por lo que se colige que dicha decisión quedó en firme dentro del trámite arbitral. (...) [S]e tiene que en la composición de un litigio pueden fungir como parte demandante y demandada una sola persona en cada caso o por el contrario pueden converger a integrarlas una pluralidad de sujetos, evento en el cual se está en presencia de lo que la ley y la doctrina han denominado un litisconsorcio. (...) El litisconsorcio necesario ocurre cuando hay una pluralidad de sujetos que actúan en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una “relación jurídico sustancial”, caso en el cual y, por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste puede perjudicar o beneficiarlos a todos. La vinculación de quienes conforman el litisconsorcio necesario podrá hacerse dentro de la demanda, no obstante, si esto no ocurre, el juez de oficio o por solicitud de parte podrá vincularlos en el auto admisorio de la demanda o en cualquier tiempo antes de la sentencia de primera instancia, otorgándoles un término para que comparezcan, presenten sus argumentos y soliciten las pruebas que consideren relevantes para el desarrollo del asunto, esto con el fin de lograr su vinculación al proceso para que tenga la oportunidad de asumir la defensa de sus intereses dado que la sentencia lo puede afectar. (...) [E]l litisconsorcio será facultativo o voluntario cuando concurren libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica sino de tantas, cuantas partes, dentro del proceso, deciden unirse para promoverlo conjuntamente, aunque bien pudieran iniciarlo por separado. En este caso, el proceso puede adelantarse con o sin su presencia porque el contenido de la sentencia en últimas no lo perjudica ni lo beneficia. (...) [L]a UAESP alega que le asistía el interés de participar en el proceso como litisconsorte necesario, porque fue la entidad pública que adelantó el proceso licitatorio N° UAESP-LP-02-2017 y celebró los contratos de concesión para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. (...) [E]l litigio se planteó entre las sociedades Promoambiental Distrito S.A. E.S.P y Proceraseo S.A.S., con el fin de dirimir las controversias suscitadas con la recolección de información y los mecanismos empleados para liquidar la distribución y el pago de los dineros recaudados vía tarifas, que le corresponde como remuneración a los prestadores del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., lo cual es un aspecto propio del objeto social de la entidad convocada al trámite arbitral. (...) [L]a sociedad demandante, en el libelo de la demanda y la reforma de la misma, no cuestiona ningún aspecto del contrato de concesión N° 283 de 2018, suscrito entre Promoambiental S.A. y la UAESP, toda vez que ello fue objeto de debate en el proceso arbitral con radicado N° 117600, como lo indicó el Tribunal de Arbitramento en el Auto N° 7 de 26 de marzo de 2020. (...) [T]eniendo en cuenta la naturaleza de las partes convocante y convocada al proceso arbitral y el objeto del litigio, no se puede inferir la existencia de un interés jurídico directo de la UAESP en el proceso arbitral, toda vez que el objeto de la discusión jurídica escapaba de las competencias y funciones de la entidad de derecho público, no siendo un deber para el Tribunal Arbitral vincularla al trámite, por lo que no se puede concluir que la ausencia de la UAESP en el proceso, constituya una actuación irregular de la autoridad accionada, que a la postre implique una vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la entidad tutelante. (...) [E]n la composición accionaria de la sociedad Promoambiental Distrito S.A. E.S.P, como de la sociedad

Proceraseo S.A.S., no se encuentra incluida la UAESP, razón por demás que para señalar que no estaba llamada a integrar el contradictorio como litisconsorte necesario. (...) [N]o es de recibo que la entidad tutelante pretenda alegar el desconocimiento del proceso arbitral y la vulneración de sus derechos al debido proceso, defensa y contradicción, cuando resulta evidente que la UAESP tuvo conocimiento del trámite procesal, a través de los Autos N° 18 de 14 de enero de 2021 y N° 20 de 5 de febrero de 2021, mediante los cuales el Tribunal de Arbitramento la requirió para que rindiera un informe, lo cual fue atendido por la UAESP, con oficio de 17 de febrero de 2021, en cuyo contenido no se expuso el interés para conformar el contradictorio, ni se le pidió al Tribunal que reconsiderara la decisión tomada mediante auto de 26 de marzo de 2020, de no vincularla al proceso.”

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / LAUDO ARBITRAL / AUSENCIA DE DEFECTO ORGÁNICO / COMPETENCIA DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / LÍMITES DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / CONFLICTO ENTRE PARTICULARES / CONTRATO ENTRE PARTICULARES / PAGO POR EL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO / TARIFA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO / TARIFA DE ASEO / OBJETO DE LA SOCIEDAD**

*Problema jurídico 3: ¿El Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, que resolvió las disputas entre Promoambiental S.A.S. E.S.P. y Procesador de Información del Servicio de Aseo S.A.S., vulneró el derecho al debido proceso de las accionantes e incurrió en vía de hecho por defecto orgánico, al proferir el Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021, dado que, presuntamente se pronunció sobre el Contrato de Concesión N° 283 de 2018 y la legalidad de la Resolución CRA 720 de 2015, sin tener competencia para tal efecto?*

**Tesis 3:** “[E]l Tribunal Arbitramento consideró que el litigio planteado por la sociedad convocante (Promoambiental S.A.S ESP) está directamente relacionado con el objeto social de Proceraseo S.A.S., el cual está claramente delineado en sus estatutos sociales y vincula a sus accionistas; por ende, no se puede inferir que la controversia se deriva del Contrato de Concesión N° 283 de 2018 (...) [E]l Tribunal desestimó las excepciones de i) falta y ausencia de jurisdicción y competencia, así como las de ii) inexistencia de conflicto societario, planteadas por las sociedades concesionarias del servicio de aseo, al considerar que el objeto social de Proceraseo comprende el montaje, administración y operación del sistema de información del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá, tal y como lo establece el artículo segundo de los estatutos sociales, por lo que a juicio del Tribunal no era posible aceptar que las controversias relacionadas con la ejecución de esas tres actividades estén por fuera de la cláusula compromisoria, puesto que las mismas constituyen precisamente el objeto social único, especial y exclusivo de la sociedad. (...) [E]l Tribunal resaltó que el hecho de que la Convocante esté cuestionando la forma de remuneración del servicio de aseo que recibe por los componentes CBLS y CLUS, en nada afecta la competencia del Tribunal, pues en ese cuestionamiento está afirmando que esa remuneración se recibe como consecuencia de una inadecuada ejecución del objeto social por parte de Proceraseo, en desarrollo de las actividades en las que de manera exclusiva se centra su actividad, planteamiento que se basa en los estatutos sociales y que, por ende, tiene naturaleza societaria. (...) [E]l Tribunal de Arbitramento, en el acápite de competencia descrito en el Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021, concluyó que se encontraba facultado para dirimir las controversias suscitadas entre la sociedad Promoambiental Distrito S.A.S E.S.P., y la sociedad Procesador de Información del Servicio de Aseo S.A.S., - Proceraseo, relacionadas con la ejecución del objeto social de esta última. (...) [E]l Tribunal señaló que la disputa se centraba en verificar la forma como Proceraseo comprendió y aplicó una de las variables de la ecuación, con la que se construye el Recaudo Base de Remuneración del Concesionario (RBR) en cada ASE, y que se halla prescrita en el numeral 3° del Anexo 5 de la Licitación Pública UAESP N° 002 de 2017, denominado Esquema Financiero del Servicio Público de Aseo. (...) [L]a Resolución CRA 720 de 2015, definió las ecuaciones para determinar el Costo de Limpieza Urbana por Suscriptor – CLUS- (artículo 15), el Costo de Barrido y Limpieza de Vías Áreas Públicas por Suscriptor – CBLS- (artículo 21) y el Costo de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos – CRT- (artículo 24). Dichas formulas rigen la materia tarifaria para el servicio público, cuya contratación fue adelantada y adjudicada a partir de la Licitación Pública UAESP N° 002 de 2017, los cuales, a juicio del Tribunal, contienen la determinación de la tarifa al suscriptor y también

el esquema de remuneración del prestador y que en cumplimiento y aplicación de los principios tarifarios de que trata el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, prescribe, con meridiana claridad, una distinción entre los ingresos tarifarios y remuneratorios de las actividades según se trate de las que tienen connotación de área o se trate de las que tienen una connotación de ciudad. (...) [E]l Tribunal consideró que la entidad convocada (Proceraseo) ha entendido de manera incorrecta la variable RT de la fórmula contenida en el Anexo No. 5 – Reglamento Comercial y Financiero, al establecer que la misma dispone que los concesionarios se deben remunerar con el recaudo exclusivo de los ingresos pagados por los suscriptores de su Área de Servicio Exclusivo, lo cual denota un desconocimiento de la distinción regulatoria de carácter tarifario y, por ende, remuneratoria, de las empresas prestadoras del servicio, sin que para ello exista asidero constitucional, legal, reglamentario, regulatorio y contractual alguno. (...) (...) [L]a autoridad accionada explicó que el entendimiento correcto de la fórmula, es aplicarla siguiendo la directriz establecida en el Anexo No. 5 – Reglamento Comercial y Financiero, que indica que debe identificarse cada componente, situación que obliga a tomar para las actividades colectivas la tarifa ciudad y para las individuales las pagadas por los suscriptores del ASE, pues de este modo se cumple de manera armónica con los demás documentos contractuales que la rigen bajo la premisa de que a los concesionarios se les remunera por componentes y actividades efectivamente prestadas y a los precios ofertados, sin que en ningún caso se pueda superar el precio del techo tarifario regulatoriamente establecido, como lo prevé efectivamente la Resolución CRA 720 de 2015 en concordancia con la Ley 142 de 1994. (...) [E]l Tribunal estimó que la aplicación de la fórmula, bajo la lectura propuesta por la Convocada –Proceraseo–, desconoció i) los precios techo que son de obligatorio cumplimiento y que no pueden modificarse por las partes por expresa disposición legal, y ii) se aleja de los precios propuestos por cada prestador en su oferta, lo cual se acreditó con el dictamen del perito [J.E.V.N.] que, al aplicar la fórmula bajo la lectura de la Convocada, se tiene como resultado una sobre remuneración de algunos prestadores, en la medida en que reciben varias veces el precio techo con descuento que ofertaron, mientras que otros reciben menos de ese precio techo con descuento ofertado. (...) [E]l Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021, proferido por la autoridad accionada, tampoco incurrió en vías de hecho por defecto orgánico y procedimental, por cuanto el análisis del alcance del objeto social de la sociedad Proceraseo y la forma en que se efectuó la liquidación y remuneración de los concesionarios del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., eran aspectos sobre los cuales debía pronunciarse el Tribunal, dadas las pretensiones de la demanda y el marco de competencia que se le había asignado para dirimir la controversia. Dichos talantes fueron examinados por el Tribunal de Arbitraje, a partir de lo dispuesto en el contrato de constitución de la sociedad Proceraseo, el contrato de concesión N° 283 de 2018 celebrado entre la UAESP y Promoambiental, el Anexo N° 5 Reglamento Comercial y Financiero y el Contrato para el Montaje, Administración y Operación del Sistema de Información de Gestión del Servicio de Aseo de Bogotá D.C. – MAO; aunado a otros elementos probatorios allegados al proceso arbitral como los dictámenes periciales, los pronunciamientos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (Dirección Técnica de Aseo), de la firma consultora de la UAESP para el trámite de las ASE ante la CRA (la sociedad E CON S.A.S.), del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio por conducto de la Dirección de Política y Regulación, del Director Ejecutivo de la CRA y de los testimonios recibidos, entre otros, de la señora Lida Ruiz Vázquez en su calidad de Subdirectora de Aprovechamiento de la UAESP. (...) [E]l Tribunal de Arbitramento, en el laudo acusado, efectuó un análisis integral de la Constitución Política, de los principios de la Ley 142 de 1994, la Resolución CRA 720 de 2015 y el Anexo N° 5 del Contrato de Concesión del Servicio Público de Aseo de Bogotá D.C, contentivo al Reglamento Comercial y Financiero, para determinar la forma en que se debía efectuar las liquidaciones de remuneración de los concesionarios del servicio de aseo, de manera tal que se ajustara a los mandatos legales y a los acuerdos contractuales suscritos por las partes y se garantizara la debida retribución que les correspondía a los prestadores del servicio. (...) [E]l Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021 no modificó el contenido del Reglamento Comercial y Financiero (Resolución UAESP 027 de 2018) o la Resolución CRA 720 de 2015, como lo manifiesta la UAESP en el escrito de tutela, pues de ninguna manera se pronunció sobre la legalidad de estos actos administrativos, ni emitió orden alguna sobre sus efectos, toda vez que no era competente para referirse a la legalidad de las mencionadas resoluciones (...). [E]xaminó las liquidaciones realizadas por Proceraseo a la luz de los mandatos establecidos en dichos actos, para determinar si el objeto social de la entidad convocada se había ejecutado o no en debida forma.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 25 de julio de 2022, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-15-000-2022-01434-01 \(AC\).](#)

## Salvamento de voto de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez

### **SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL / CONFLICTO ENTRE PARTICULARES / REGLAS DEL REPARTO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / FALTA DE COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**Tesis:** “[T]eniendo en cuenta los supuestos fácticos y jurídicos expuestos, es claro que la actuación judicial que cuestiona la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría Jurídica Distrital y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP – obedece al trámite de arbitraje, y el laudo mismo del 8 de noviembre de 2021, complementado el día 24 siguiente, proferido el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, cuyo objeto es de naturaleza comercial. Dicho ello, encuentra la suscrita que la autoridad competente para conocer la presente acción de tutela es el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, como juez natural del respectivo recurso de anulación; tan es así, que actualmente bajo radicado 2022-00257-00, se está adelantando el correspondiente trámite ante la sala civil de la referida Corporación, despacho del magistrado [G.V.V.]. Razón por la cual, en atención a las disposiciones del artículo 138 del C.G.P., considero que lo procedente era declarar, de oficio, la falta de competencia para conocer la acción de tutela de la referencia y, en consecuencia, la nulidad de todo lo actuado; y, ordenar remitir el expediente ante el Tribunal Superior de Bogotá – Reparto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 25 de julio de 2022, S.V. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 11001-03-15-000-2022-01434-01 \(AC\).](#)

## Aclaración de voto del magistrado Carmelo Darío Perdomo Cuéter

### **ACLARACIÓN DE VOTO / REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CUMPLIMIENTO DE REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCESO ARBITRAL / VINCULACIÓN AL PROCESO / CALIDAD DE LAS PARTES DEL PROCESO / AUSENCIA DE CALIDAD DE LAS PARTES DEL PROCESO**

**Tesis:** “[A]unque se estableció que la presente acción satisface los presupuestos de procedibilidad, por lo que se realizó el estudio del fondo del asunto, se confirmó el fallo de primera instancia, a pesar de que en este se declaró su improcedencia (al no cumplir el requisito de la subsidiariedad), es decir, pese a que en esa instancia no se analizó la situación planteada por el tutelante, como sí se hizo por parte de esta subsección. Sobre el particular, cabe realizar algunas precisiones jurídicas. (...) [E]n el evento en que la solicitud de amparo no colme las mencionadas exigencias, no es factible realizar un examen constitucional respecto de la decisión judicial censurada con base en los vicios alegados por el tutelante (defectos orgánico, procedimental absoluto, fáctico y sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución), por cuanto «[...] la improcedencia supone la ausencia de los requisitos procesales indispensables para que se constituya regularmente la relación procesal o proceso y el juez pueda tomar una decisión de fondo sobre el asunto sometido a su consideración». (...) [S]i el juez de tutela declara la improcedencia de la acción se configura una situación impeditiva para analizar de fondo lo planteado en el escrito de amparo, puesto que ello indica que el trámite constitucional no colmó las exigencias para tal efecto. (...) [C]omoquiera que en el sub lite, en primera instancia, se declaró improcedente la tutela de la referencia, al considerar que no se cumplieron las exigencias de procedibilidad, en particular, el presupuesto de la subsidiariedad, y, en segunda, esta Sala estimó que este trámite era procedente y que no se quebrantó prerrogativa alguna de los actores, conclusión a la que se arribó en razón a un examen del fondo del asunto, se debía revocar aquella decisión, para en su lugar, negar la protección constitucional deprecada.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 25 de julio de 2022, A.V. Carmelo Darío Perdomo Cuéter, radicación: 11001-03-15-000-2022-01434-01 \(AC\).](#)

## **2. En una condena al Estado se configuró el defecto fáctico al no tener presente la providencia la transacción a la que llegaron las partes dentro de un proceso civil y ordenó nuevamente el pago total de la indemnización.**

*Síntesis del caso:* La señora [P.A.G.Á.] presentó demanda de reparación directa en contra del ICBF y de la OIM, para que fueran declaradas responsables de los perjuicios derivados del accidente que sufrió, bajo los conceptos de (i) daño emergente, por los gastos médicos y de transportes; (ii) lucro cesante, por los honorarios dejados de percibir durante la incapacidad; (iii) daño moral y (iv) daño fisiológico o a la vida de relación. El Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia, mediante sentencia del 24 de junio de 2020, negó las pretensiones. Dicha decisión fue objeto de apelación y el Tribunal Administrativo de Casanare, en providencia del 3 de marzo de 2022, la revocó y declaró responsable al ICBF de los perjuicios sufridos por la demandante. La parte accionante refirió para la acción constitucional que el Tribunal omitió valorar adecuadamente la sentencia del juez civil que determinó como responsables del accidente a la sociedad Circular Florencia Ltda., al propietario y al conductor del vehículo. Además, que la condena ya fue pagada mediante transacción efectuada por las partes.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DE FALLO DE PRIMERA INSTANCIA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO / FALTA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA / ACTA DE TRANSACCIÓN / VALORACIÓN INTEGRAL DE LA PRUEBA / SENTENCIA CONDENATORIA / JURISDICCIÓN ORDINARIA / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO / PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / HECHO DAÑOSO / CONDENA POR MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / DOBLE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / PRINCIPIO DE REPARACIÓN DEL DAÑO / REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO / OMISIÓN DEL ANÁLISIS DE LA PRUEBA / PAGO PREVIO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / IMPROCEDENCIA DEL DOBLE PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

*Problema jurídico:* ¿Se configura el defecto fáctico en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, por la presunta falta de valoración integral de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito que condenó a terceros al pago de perjuicios por los daños ocasionados en un accidente de tránsito y por desconocimiento total del acuerdo transaccional y la constancia de pago de la condena emitida por la jurisdicción ordinaria, con lo cual desconoció la afectación al patrimonio público al condenar al ICBF en el proceso de reparación directa por el mismo hecho dañoso?

*Tesis:* “En criterio de la parte demandante, la autoridad judicial accionada incurrió en los defectos fáctico y sustantivo y en una «afectación al patrimonio público», por valoración irracional de las pruebas. En su sentir, (i) la causa del accidente no fue la omisión del ICBF en la supervisión del contrato suscrito con la IMS, sino fallas atribuibles al conductor del vehículo, tercero ajeno a la entidad; (ii) se desconoció el contenido de la sentencia dictada por la jurisdicción ordinaria, que estableció como causa del daño la actuación del conductor, por lo cual existía cosa juzgada sobre la causa del daño, de manera que el tribunal no podía determinar una distinta fundándose en la omisión en la supervisión del contrato, a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones; y (iii) se omitió considerar que el daño ya había sido reparado en su integridad, puesto que la justicia civil reconoció la indemnización a la demandante, con lo cual se

indemnizó dos veces a la víctima por el mismo daño y, por ende, se produjo un doble pago: el de los terceros y el de la entidad pública. (...) Ahora bien, esta Subsección descarta que la providencia del Tribunal hubiese incurrido en defecto fáctico, en lo concerniente al análisis de la causa del daño o de las teorías del nexo de causalidad y en la determinación de la existencia de una falla del servicio atribuida a omisiones en las labores de supervisión y vigilancia del contrato. Ello porque, al revisar la decisión se constata que las conclusiones del tribunal sobre ese aspecto fueron explicadas de manera razonable, con apoyo en un análisis integral de las pruebas y con independencia de si existió una mención expresa y detallada de todos y cada uno de los elementos de convicción (...) luego de citar y explicar el contenido de las pruebas aportadas y practicadas de manera razonable afirmó que la acción del conductor no podía eximir de responsabilidad a la entidad, por concurrir en ella omisiones del ICBF en el deber de verificar la ejecución del contrato, concretamente, los vehículos adoptados y la idoneidad de los conductores. Luego, no es que la sentencia señalara que la causa del accidente fue la falta de supervisión. De ninguna manera. Lo que advirtió la autoridad judicial accionada es que el daño también era imputable a la entidad por falla del servicio, en un análisis que fue más allá del suceso, y vinculado a los contenidos obligacionales que encontró le eran exigibles al ICBF (...) No obstante lo anterior, la Sala advierte que la conclusión del Tribunal sobre el alcance de la sentencia ordinaria frente a los perjuicios y la forma de reparación sí fue dictada al margen o con desconocimiento de las pruebas, pues a pesar de que se refirió a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, no reparó en que en ella se ordenó el reconocimiento de los mismos perjuicios reclamados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y que dichos perjuicios fueron objeto de transacción y pago a cargo de los demandados ante la jurisdicción ordinaria, como consta en el proceso de reparación directa. En ese sentido, le asiste razón al ICBF en cuanto a que el fallo impugnado dejó de lado el análisis del argumento denominado "afectación al patrimonio público", porque, independientemente de si existe un defecto bajo esa denominación, era evidente que se puso de presente como reparo que el Tribunal no tuvo en cuenta que la demandante fue indemnizada, a pesar de las pruebas que así lo acreditaban. Ocurre que el a quo únicamente estudió el cargo referido a la valoración de la sentencia civil sobre la causalidad, es decir, sobre las responsabilidades de los implicados y la imputación, pero nada dijo de esa prueba respecto de la indemnización y eventual doble pago al que se sometería, cuando no solo fue un argumento autónomo, sino que se deducía como una extensión del defecto fáctico, pues se hizo referencia a que existía prueba de la sentencia civil. (...) No hay duda de que el Tribunal enunció la existencia de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia y afirmó que se trataba de títulos de imputación diferenciados, puesto que el juez civil valoró la responsabilidad del conductor, del propietario y de la empresa afiliadora del vehículo, en cambio a él le competía la de la entidad pública, a quien halló responsable por omitir los deberes de garante en la prestación del servicio transporte a la Unidad Móvil vinculada a la OIM; sin embargo, limitó esa prueba a la responsabilidad y su imputación, y dejó de lado estudiar el contenido integral de la sentencia, de las pretensiones y de la condena y contrastar con la demanda de reparación directa, a fin de estimar si se estaba en un posible evento que diera lugar a doble indemnización por un mismo hecho dañoso. Una prueba puede tener diversos efectos frente a varios aspectos del litigio; por tal razón, si bien la Sala encuentra que es razonable lo que allí se afirmó sobre las diferentes responsabilidades, las formas de imputación y la pluralidad de responsables, no resulta coherente ni válido que si el Tribunal dijo que el "el hecho lesivo es uno solo: el accidente de tránsito en el que la demandante sufrió", no estudiara la incidencia de la condena civil en el proceso de reparación directa, a la luz del principio de reparación integral, por cuanto el hecho le fue puesto de presente en el trámite del proceso de reparación directa y alegado por la entidad demandada y la empresa de transportes como llamada en garantía. (...) La sentencia del Tribunal dijo que no se pronunciaría sobre la decisión del juez civil porque el daño que analizaba se derivaba de la omisión del ICBF. Dicha afirmación no es consecuente con lo que posteriormente señaló acerca de que el hecho lesivo era uno solo, puesto que si así lo consideró y admite que hay "pluralidad de responsables", esa circunstancia no lo relevaba del deber de analizar el carácter actual del daño, ante la eventual existencia de una indemnización previa que habría sido pagada y acreditada antes de la sentencia de primera instancia. Aun cuando existieran diferentes responsables o títulos de imputación, el Tribunal debía constatar con las pruebas si en realidad el daño y los perjuicios eran los mismos, ante los documentos que reflejaban una condena del juez civil y el pago que ya se habría efectuado, como expusieron las partes en el proceso de reparación directa. (...) De suerte entonces que, al emitir condena sobre los mismos perjuicios derivados del mismo hecho dañoso, aunque hubieran sido reconocidos por terceros, la autoridad judicial estaba obligada a hacer un examen de las pruebas de ese hecho que es el equivalente al reclamado como daño fisiológico o de la vida de relación. y su relación con el principio de reparación integral; como no lo hizo así, incurrió en defecto fáctico y, de contera, en un defecto sustantivo, habida

cuenta del deber contenido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 (reparación integral) y del artículo 281 del CGP, así como el desconocimiento del precedente sobre el alcance de la valoración de indemnizaciones que ha desarrollado la Sección Tercera del Consejo de Estado. (...) En todo caso, y en línea de principio, un daño no puede ser indemnizado doblemente, pues ello desborda y desnaturaliza el alcance la reparación integral, al tiempo que convierte el derecho de daños en fuente de enriquecimiento sin causa, creando eventuales escenarios de abuso del derecho. (...) En este caso, la Sala encuentra que la valoración de las pruebas por el Tribunal se hizo de manera fragmentada, tanto así que valoró parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito y desconoció totalmente el acuerdo transaccional y la constancia de pago de la condena emitida por la jurisdicción ordinaria. Esa omisión pone en riesgo la afectación del deber exigible a los sujetos pasivos del contenido del derecho a reparar integralmente a las víctimas, al igual que podría vulnerar el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, pues solo puede repararse el daño efectivamente causado por una sola vez. A ello se suma, que se desatendió el contenido en el artículo 281 del CGP, según el cual el juez debe examinar todo hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial que se presente con posterioridad a la demanda y que se haya alegado a más tardar en los alegatos de conclusión. De igual forma, se apartó sin explicación alguna del precedente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, fijado en aquellos casos en los que se ha omitido el deber de valorar todas las medidas judiciales o administrativas con implicaciones en la reparación del daño y en el reconocimiento de los perjuicios, lo que supone, desde luego, el deber de examinar las pruebas y elementos de la condena, en los eventos en que exista un posible reconocimiento previo de la indemnización, incluso por un tercero ajeno al proceso de reparación directa. (...) Por todo lo anterior, la Sala revocará la decisión impugnada y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del ICBF.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 05 de diciembre de 2022, C.P. María Adriana Marín, radicación 11001-03-15-000-2022-05084-01 \(AC\).](#)

### **3. Se vulneran los derechos fundamentales cuando en el marco de un proceso judicial se declara probada la excepción de cosa juzgada sin que se reúnan los supuestos necesarios para su declaratoria.**

*Síntesis del caso: En el marco de un proceso judicial, bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (reliquidación pensional), la autoridad judicial accionada declaró probada la excepción de cosa juzgada. Por esta razón, el juez constitucional consideró que, aunque existe similitud de causa en los dos procesos judiciales, no existe identidad entre los procesos, en tanto los actos demandados no son los mismos. Así, se resolvió amparar los derechos fundamentales de la parte actora, por haberse configurado un defecto sustantivo al declarar la existencia de cosa juzgada sin que se contara con los presupuestos necesarios para tal efecto.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DEFECTO SUSTANTIVO / DECLARACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA / INEXISTENCIA DE LA COSA JUZGADA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

*Problema jurídico: [Corresponde determinar, luego de verificados los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, si el Tribunal Administrativo de Caldas, como juez de segunda instancia, incurrió en un defecto sustantivo por haber confirmado la decisión de primer grado que declaró cosa juzgada (...). Con fundamento en ello, la Sala confirmara, modificara o revocara la sentencia de tutela de primera instancia dictada por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado].*

**Tesis:** “[Tal como lo señaló en su momento el juez de tutela de primera instancia, en el caso de la señora [O.L.] existen razones suficientes para estimar que no se configuraron los supuestos de la excepción de cosa juzgada, pues no hubo identidad entre los procesos, toda vez que (1) los actos demandados no fueron los mismos y (2) pese a que podría estimarse que hay similitud en la causa, esto es, la reliquidación de una pensión de vejez sometida al régimen de transición, para el segundo caso, hay una situación fáctica que no puede pasarse por alto: los actos de ejecución de la orden judicial que accedió a las pretensiones de reliquidación pensional resultaron desfavorables a la parte actora al disminuir el valor de la mesada pensional respecto de la que percibía antes de enjuiciar los actos administrativos ante el juez. En ese orden, estima la Sala que se presentó una situación y/o hecho sobreviniente que obligaba al juez natural a estudiar a detalle y de fondo el caso puesto a su conocimiento, como lo ordenó la Subsección B de la Sección Segunda de esta corporación en el fallo de tutela de primer grado. Asimismo, debe indicarse que lo anterior no resulta ser vulneratorio de la seguridad jurídica, comoquiera que hubo por medio elementos diferenciadores en el caso de la señora [O.L.] que (1) rompen con la identidad fáctica con aquel en el que se fijaron aquellas reglas, (2) resta vinculatoriedad como precedente aplicable, concretamente, sobre las relativas a la cosa juzgada, y (3) precisan un pronunciamiento puntual y particular por parte del juez de lo contencioso administrativo”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 15 de diciembre de 2022, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 11001-03-15-000-2022-02317-01\(AC\).](#)

## **4. Desconocimiento del precedente judicial de la Corporación frente al conteo del término de caducidad en un caso de ejecución extrajudicial.**

**Síntesis del caso:** Los accionantes presentaron demanda de reparación directa contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, con el fin de que se declarara su responsabilidad administrativa por el daño antijurídico ocasionado a los demandantes con motivo del secuestro y muerte del joven [H.G.S.]. En primera instancia, el Juzgado Veintidós Administrativo del Circuito de Medellín, que por sentencia de 4 de marzo de 2016 accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que se presentó una falla en el servicio, pues con base en las pruebas indiciarias se pudo establecer que las circunstancias que rodearon la supuesta operación militar en la que resultó muerto [H.G.S.], tuvo evidentes irregularidades y anormalidades propias de una ejecución extrajudicial. La decisión anterior, fue revocada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, en sentencia de 18 de noviembre de 2021, bajo el argumento de que operó el fenómeno de la caducidad del medio de control de reparación directa, dado que los demandantes tuvieron conocimiento de los hechos que originaron la reclamación desde el 27 de septiembre de 2007, fecha en la que fue encontrado el cadáver de [H.G.S.], y la solicitud de conciliación extrajudicial fue radicada el 29 de enero de 2014, es decir, siete años después, por lo que se encontraba por fuera del término de dos (2) años para ejercer la demanda.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DEL FALLO IMPUGNADO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / INAPLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / INAPLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / DELITO DE LESA HUMANIDAD / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / CONOCIMIENTO DEL HECHO DAÑOSO / PARTICIPACIÓN DELICTIVA / PARTICIPACIÓN DE LA ENTIDAD ESTATAL / CONSTITUCIÓN DE PARTE CIVIL / PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL MILITAR / INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / TÉRMINO DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / CUMPLIMIENTO DEL

## TÉRMINO PROCESAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / EXHORTO / SENTENCIA DE REEMPLAZO

**Problema jurídico:** *¿Se debe revocar la sentencia de 4 de marzo de 2022, dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se negaron las pretensiones de la acción de tutela y, en su lugar, acceder a las pretensiones formuladas por los demandantes teniendo en cuenta que la providencia demandada incurrió en desconocimiento de precedente judicial y en defecto fáctico, al aplicar el término de caducidad a pesar de que se trata de un caso de graves violaciones de los derechos humanos, pues lo que se discute es la responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado por un caso de ejecución extrajudicial?*

**Tesis:** “Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala hará un recuento de la providencia de 18 de agosto de 2021, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, mediante la cual se revocó la providencia de 4 de marzo de 2016, al advertir que se configuró el fenómeno de la caducidad. En esa decisión, se efectuó un recuento de las pruebas que se allegaron al proceso de reparación directa, en especial, las testimoniales y documentales, a partir de las cuales concluyó que desde el 16 de septiembre de 2007 los familiares de la víctima directa tuvieron conocimiento de su fallecimiento, pues en sus declaraciones afirmaron que desde ese día [la actora] reconoció el cadáver y se le informó que su hermano había fallecido en un combate con el Ejército Nacional. Así mismo, mencionó que de conformidad con la sentencia de unificación de 29 de enero de 2020 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el término de caducidad se debe aplicar incluso en casos de delitos de lesa humanidad, contándolo a partir del conocimiento de la participación de los agentes del Estado, lo que para el caso bajo examen, a su juicio, estuvo determinado por el reconocimiento del cuerpo y la información recibida consistente en que había fallecido en combate. (...) De este modo, se advierte que la razón principal para declarar la caducidad de la acción fueron las afirmaciones realizadas por las víctimas indirectas, tanto en la investigación de la Justicia Penal Militar como en la demanda de reparación directa, en cuanto al momento en el que se reconoció el cadáver y se tuvo conocimiento que su fallecimiento había ocurrido en un supuesto combate con el Ejército Nacional. Al respecto, la Sala advierte que la providencia demandada incurrió en desconocimiento de precedente judicial y en defecto fáctico, pues si bien mencionó la sentencia de unificación de 29 de enero de 2020, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en realidad no aplicó de forma correcta el contenido de las subreglas que allí se enuncian, a partir de las pruebas que reposaban en el expediente ordinario, en particular, la subregla ii, como se expone a continuación: La referida sentencia de unificación fue proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, ante la disparidad de criterios en cuanto a la exigibilidad del término para demandar en reparación directa cuando se invocan delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra. La Sección Tercera dispuso que, por regla general, el término de dos (2) años para presentar la demanda de reparación directa se cuenta desde la fecha de la acción u omisión causante del daño o desde el momento en el que el afectado lo conoció o debió conocerlo, siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. De este modo, sostuvo que mientras no se cuente con elementos de juicio para inferir que el Estado estuvo implicado en la acción u omisión causante del daño y que le era imputable el daño, el plazo de caducidad de la reparación directa no resultaba exigible, pero si el interesado estaba en condiciones de inferir tal situación, y pese a ello no acudió a la jurisdicción, el juez de lo contencioso administrativo debe declarar que el derecho de acción no se ejerció en tiempo, bien sea al analizar la admisión de la demanda, al resolver las excepciones en la audiencia inicial o al dictar sentencia, según el caso. Además, precisó que el conocimiento de los hechos no implica la individualización o sanción penal del agente que ocasionó el daño, sino el conocimiento de la intervención de una autoridad. En la sentencia se indicó que las reglas de caducidad antes enunciadas se aplican a todos los asuntos de reparación directa, al margen de que se trate de delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra, pues ni el Decreto 01 de 1984 ni la Ley 1437 de 2011 establecen una regla especial frente a estas conductas, salvo lo referente al delito de desaparición forzada. En este orden de ideas, unificó su criterio en relación con el término de caducidad para delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra, a través de las siguientes reglas “i) en tales eventos resulta aplicable el término para demandar establecido por el legislador; ii) este plazo, salvo el caso de la desaparición forzada, que tiene regulación legal expresa, se computa desde cuando los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial, y iii) el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley”. (...) La Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-312 de

2020, acogió la interpretación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al considerar que “es razonable y proporcional desde una perspectiva constitucional y convencional, incluso en casos en los que el daño que se pretenda reparar sea causado por un delito de lesa humanidad, un crimen de guerra o genocidio”. Además, indicó que el plazo de dos (2) años para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa es razonable dado que el mismo solo empieza a contabilizarse cuando exista claridad en torno a lo sucedido, comoquiera que no es determinante la fecha de ocurrencia de la conducta, sino la posibilidad del interesado de identificar la participación en la misma de sujetos vinculados a una autoridad pública y de acudir al sistema jurisdiccional para presentar la reclamación respectiva. En el asunto bajo examen, contrario a lo resuelto por el a quo, se advierte que el conteo de la caducidad desconoció la subregla ii de la referida sentencia de unificación, en tanto de conformidad con las pruebas que reposaban en el expediente de reparación directa, no analizó a partir de qué momento las víctimas tuvieron la certeza de que la muerte del señor [H.G.S.] estuvo relacionada con el actuar irregular de miembros del Ejército Nacional, es decir, el momento en el que se tuvo conocimiento de que el Estado participó en tales hechos y que le era imputable el daño en los términos establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política. Nótese que en el presente caso, dadas las confusas circunstancias en las que falleció el señor [H.G.S.], quien fue reportado como dado de baja en un combate por supuestos enfrentamientos con bandas de narcotráfico, con el solo hecho de reconocer el cadáver los demandantes y saber que había fallecido en medio de un combate, no estaban en la capacidad de inferir que su muerte se trataba de una ejecución extrajudicial en la que podría estar comprometida la responsabilidad del Estado. Más aún, en el expediente que contiene el medio de control de reparación directa reposa copia del expediente de la indagación preliminar No. 775 e indagación penal No. 2455-J23IPM iniciada de oficio y adelantada por el Juzgado Veintidós y Veintitrés de Instrucción Penal Militar, respectivamente, en donde los militares dejaron constancia de que a partir del 14 de septiembre de 2007 se llevó a cabo la llamada operación “SAHUGUN” por tropas de la Agrupación Fuerzas Especiales Urbana No. 5, en el barrio Santo Domingo vía antigua al municipio de Guarne, sector denominado el Diez del municipio de Medellín, en donde fueron atacados por supuestas bandas delincuenciales al servicio del narcotráfico. Es más, según los testimonios rendidos por los implicados en los hechos, mientras se encontraban desarrollando la operación fueron atacados con disparos a lo cual reaccionaron y hallaron una persona muerta (el señor [H.G.S.]). Así mismo, reposan varios certificados del Grupo de Armamento de la Policía Nacional, Fuerza Aérea y Departamento Control Comercio Armas, Municiones y Explosivos de las Fuerzas Militares de Colombia en donde se hace referencia al armamento encontrado que no pertenecía a los inventarios de esas entidades (fls. 285, 296 y 332), por lo que inicialmente no se contaba con indicios o pruebas suficientes que permitieran concluir o sospechar que la muerte del señor [H.G.S.] había sido perpetrada por agentes del Ejército Nacional. De este modo, aun cuando en la decisión demandada se tuvo en cuenta que los accionantes relataron en la demanda de reparación directa que su hermano fue sustraído por hombres uniformados sin identificarse en la noche del 16 de septiembre de 2007 y que al día siguiente [la actora] reconoció el cuerpo y le indicaron que había sido abatido en un enfrentamiento con el Ejército Nacional, dichas afirmaciones no resultaban suficientes y determinantes para concluir que desde esa fecha las víctimas estaban en la capacidad de inferir que la muerte del señor [H.G.S.] podía eventualmente comprometer la responsabilidad del Estado. De esta manera, fue solo con ocasión al desarrollo de la indagación que se llevó a cabo por la Justicia Penal Militar donde las víctimas pudieron contar con mayores elementos de juicio para advertir que resultaba procedente la acción de reparación directa. Es más, resulta relevante que los [actores] no tuvieron una participación activa en el marco de la referida indagación, pues fue solo hasta el 22 de enero de 2014, cuando a través de apoderado judicial, solicitaron constituirse como parte civil dentro del mismo, ello con el fin de que “se pueda asegurar el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos y en aras del debido proceso; con ocasión de los perjuicios que se han causado con la muerte de nuestro hermano [H.G.S.]” (fl. 540, cuaderno No. 3). Mediante providencia de ese mismo día, el Juzgado Veintitrés de Instrucción Penal Militar admitió la demanda de constitución de parte civil presentada por los ahora accionantes y se autorizó la expedición de copias de todo lo actuado hasta esa fecha. En este orden de ideas, es claro que solo hasta el 22 de enero de 2014, las víctimas pudieron tener acceso a la investigación que se había adelantado de oficio en contra de los uniformados [N.V.U.] y [O.G.O.], [A.S.B.] como presuntos responsables del homicidio del señor [H.G.S.] y, por tanto, fue a partir de ese momento que tuvieron la posibilidad de advertir que la pretensión de reparación directa podía resultar procedente. De este modo, es plausible concluir, por las particularidades del caso concreto, que fue oportuno el ejercicio del medio de control de reparación directa, cuya demanda se presentó el 24 de marzo de 2014, dado que la solicitud de conciliación extrajudicial se promovió siete (7) días después (29 de enero de 2014) de que los demandantes se constituyeran como parte civil en la investigación penal. Lo anterior, permite

concluir que no fue razonable hacer el conteo del término de caducidad desde el día siguiente al que los demandantes hicieron el reconocimiento del cuerpo de su familiar, pues si bien una posible hipótesis era que la muerte se había producido en el marco de un combate, realmente no existía certeza ni se podía inferir que hubiera sido perpetrado por agentes del Estado, por lo que es válido y garante del derecho de acceso a la administración de justicia realizar el conteo desde el momento en el que fue admitida la constitución de parte civil por el Juzgado Veintitrés de Instrucción Penal Militar, lo que permite dar por superado el término de caducidad y garantiza que se dicte una decisión de fondo en la que se determine si existió o no responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado. Por lo anterior, la autoridad judicial demandada incurrió en desconocimiento del precedente judicial, por cuanto resulta evidente que de haber aplicado de forma correcta la subregla ii contenida en la sentencia de unificación de 29 de enero de 2020, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a partir de las pruebas que obraban en el expediente de reparación directa, el conteo del término de la caducidad hubiese sido distinto. Así las cosas, la Sala revocará la sentencia objeto de impugnación proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los accionantes. En consecuencia, dejará sin efectos la sentencia de 18 de noviembre de 2021, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, a quien se le ordenará que dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia emita una decisión de reemplazo en la que tenga en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 03 de noviembre de 2022, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación 11001-03-15-000-2021-11153-01\(AC\).](#)

## ACCIÓN POPULAR

**1. El Distrito de Cartagena, al omitir el recaudo o retención de la contribución especial por obra pública, durante la vigencia 2014, no vulneró los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la seguridad pública.**

*Síntesis del caso:* La Ley 1421 del 21 de diciembre de 2010 prorrogó por el término de cuatro años la vigencia de la denominada “contribución especial por obra pública”, prevista en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006. La Ley 1430 del 29 de diciembre del mismo año 2010 estableció para ese mismo tributo una prórroga de tres años. No obstante, el Distrito de Cartagena se omitió en el año 2014 el recaudo o retención de esa contribución al hacer los pagos a los contratistas de obra -sujetos pasivos del gravamen-, circunstancia que, en criterio del accionante popular, es lesiva de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la seguridad pública.

**RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / LEGALIDAD DEL CONTRATO / INEXISTENCIA DE LA COSA JUZGADA / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE / BIEN DE USO PÚBLICO / FALTA DE IDENTIDAD DE PARTES / FALTA DE IDENTIDAD DE OBJETO / FALTA DE IDENTIDAD DE CAUSA**

*Problema jurídico 1:* ¿Está probada la excepción de cosa juzgada sobre la legalidad del contrato de arrendamiento para la entrega de bienes de interés cultural, en este caso del baluarte de Santo Domingo

*en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el cual en la actualidad se encuentra destinado para el uso del establecimiento de Comercio Café del mar?*

**Tesis 1:** “De la sentencia del 4 de abril de 2008 del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, sin que haya constancia de ejecutoria, se desprende que, en principio, el objeto de ese proceso era similar al aquí en estudio, como quiera que en el marco de una acción popular se cuestionaba el contrato de arrendamiento del baluarte Santo Domingo, suscrito el 6 de febrero de 2002, entre la Sociedad de Mejoras Públicas de Cartagena y la sociedad Café del Mar Ltda., por cuanto dicha modalidad estaba proscrita para los bienes de uso público. (...) Ahora, si bien podría aceptarse que el objeto es similar, en cuanto materialmente recae sobre el mismo bien, pero en esa ocasión se entregaron 2.700 metros cuadrados, por un valor de \$2.500.000 mensuales (, al igual que la tipología contractual y un reparo similar de violación de derechos colectivos, lo cierto es que en la presente acción, el contrato es otro y fue firmado el 16 de octubre de 2012. (...) Además, el contrato analizado por el referido juzgado fue suscrito por una entidad sin ánimo de lucro de derecho privado, con personería jurídica. (...) Mientras que aquí lo fue un establecimiento público distrital. (...) Es decir, se trata de un contrato distinto y al menos una de sus partes es diferente. (...) En esos términos, además que no se cumple con el requisito de identidad de partes, mal haría la Sala en extender los efectos de la cosa juzgada a una relación contractual diferente y con partes distintas. (...) En esa medida, el nuevo contrato, como lo advierte la Corte Constitucional, se trata de una nueva causa, que da lugar a que el juez analice plenamente la configuración de posibles violaciones a los derechos colectivos.”

**RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO / PROTECCIÓN DEL BIEN DE USO PÚBLICO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL / DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS / PROHIBICIÓN DE ARRENDAMIENTO DE BIEN DE USO PÚBLICO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL / PRECIO DEL CONTRATO / COMPULSA DE COPIAS / TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / RESTITUCIÓN DEL BIEN INMUEBLE ARRENDADO / DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA**

**Problema jurídico 2:** *¿El Taller Cartagena de Indias está violando los derechos colectivos al goce y uso del espacio público, protección del bien de uso público, a la defensa del patrimonio público y a la defensa del patrimonio cultural, al mantener vigente el contrato de arrendamiento sobre el baluarte de Santo Domingo, el cual en la actualidad está destinado para el uso del establecimiento comercial Café del Mar, sin tomar en cuenta la existencia de la prohibición de arrendamiento para la entrega a particulares de bienes de uso público y de interés cultural, así como el precio real del contrato de arrendamiento en caso de destinar el bien para actividades compatibles con la condición del espacio?*

**Tesis 2:** “[N]o se podía utilizar el contrato de arrendamiento para entregar el baluarte de Santo Domingo a un particular. (...) Esto revela los problemas que se han tenido en la práctica, por el conflicto entre el uso y goce exclusivo del particular y el uso público del baluarte (...) No se desconoce que el Instituto de Patrimonio y Cultura, en adelante IPCC, en documento del 18 de octubre de 2016, informó al a quo que, en desarrollo de sus funciones de control y vigilancia, “ha podido establecer que en el caso que nos ocupa específicamente no se ha encontrado que el establecimiento de comercio Café del Mar haya intervenido el Baluarte de Santo Domingo, ocasionando afectación sobre el mismo”. (...) Sin embargo, esto no significa que no estén afectados los derechos colectivos al uso y goce del espacio público y su defensa, así como del patrimonio cultural de la Nación, incluso si las acciones de la sociedad arrendataria han cesado, como se ordenó y lo refiere el IPCC, como quiera que la figura jurídica del contrato de arrendamiento, se insiste, riñe con la naturaleza de uso público del baluarte y jurídicamente permite un uso exclusivo de dicho bien, tal como lo unificó la Sala Plena de esta Corporación. (...) Lo anterior, sin perjuicio del aprovechamiento económico del espacio público, pero, se insiste, a través de instrumentos que impliquen un uso y goce compatible y no uno exclusivo. (...) Verbi gratia, el artículo 19 del Decreto 1504 de 1998 autoriza a los municipios y distritos para que las plazas, plazoletas, parques y espacios residuales puedan ser utilizados para un uso compatible con la condición del espacio, mediante la celebración de contratos (...) De lo expuesto es clara la posibilidad de usos compatibles, pero de ello no se sigue que pueda hablarse de los usos exclusivos que se derivan de un contrato de arrendamiento, además de las dificultades que advierte

la doctrina nacional y que dan lugar a señalar por lo menos como una tipología inconveniente para la administración de este tipo de bienes. (...) Tampoco puede perderse de vista que de los 2539,20 metros cuadrados que conforman el, le fue entregada a la sociedad demandada un total de 2.010 metros cuadrados (...). Por su parte, el IGAC determinó el valor del baluarte en la suma de \$29.200.800.000, es decir, un valor de \$11.500.000 por metro cuadrado. (...) Con base en dicho avalúo, la Escuela Taller Cartagena de Indias, el 19 de marzo de 2015, le comunicó a la sociedad Café del Mar Ltda. que el valor de arrendamiento, en atención al valor del metro cuadrado y de los 2.010 metros cuadrados que ocupaba era de \$150.247.500. (...) Frente a lo anterior, la citada sociedad mostró su desacuerdo. (...) Esa disparidad dio lugar a que la referida Escuela presentara una demanda (, para que, entre otros, se fijara el precio del arrendamiento; sin embargo, lo expuesto no solo muestra que el bien de uso público fue entregado casi en su totalidad al arrendatario, lo cual impacta de manera definitiva en el uso público del bien, sino que además la ausencia de respaldos técnicos y financieros que permitan determinar por qué el precio original se fijó en la suma de \$5.028.093, constituyen elementos suficientes para aceptar que el análisis del IGAC, que se hizo con base en una de la metodologías aceptadas para el efecto, muestra, tal como lo afirmó la primera instancia, un desfase, por demás preocupante, en el cálculo del precio. (...) En esa medida, también se impone proteger el derecho colectivo al patrimonio público, así como la compulsión de copias correspondiente. (...) Preciado lo anterior, aunque no se puede anular el contrato, por prohibición expresa del artículo 144 del CPACA, se ordenará su terminación y liquidación en el estado en que se encuentre. (...) Además, se ordenará a la Escuela Taller Cartagena de Indias o la autoridad competente que adopte todas las medidas necesarias para la restitución del baluarte. (...) [L]a autoridad competente deberá realizar los estudios para determinar la administración directa o la entrega a un particular del baluarte Santo Domingo, de conformidad con las normas legales y constitucionales, además de la restricción aquí consignada. (...) En caso de que ya se hubiera finalizado el contrato de arrendamiento o se hubiere celebrado uno similar, la autoridad competente deberá darlo por terminado, con base en la presente orden judicial y, en adelante, tendrá cuenta para la entrega a particulares de este tipo de bienes, los condicionamientos aquí establecidos de orden constitucional, legal y jurisprudencial. (...) [N]o se encuentra probada la violación al principio de moralidad administrativa, como quiera que si bien hay normas de derecho público desconocidas, de ello no se sigue que puedan considerarse como fruto de conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública, hasta el punto que fue necesario unificar la posibilidad jurídica de utilizar el arrendamiento para la entrega a particulares de los bienes de uso público, en este caso, además de interés cultural.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2022, C.P. María Adriana Marín, radicación: 13001-23-33-000-2014-00406-01 \(AP\).](#)

## **ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO**

**1. La acción de cumplimiento no es procedente para cuestionar las reglas de las convocatorias para participar en procesos de selección de personal basados en el mérito y ordenar la modificación de las listas de elegibles.**

*Síntesis del caso:* La CNSC profirió el Acuerdo 285 de 2020, mediante el cual convocó y estableció las reglas del proceso de selección para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en el que participó la accionante. La CNSC adelantó el proceso de selección núm. 1461 de 2020. La accionante superó el mínimo requerido de 70 puntos en la fase I, pero en la fase II, obtuvo un puntaje de

*65,83 puntos, por lo que resultó eliminada dentro de esa etapa, toda vez, que el puntaje mínimo requerido correspondía a 70 puntos, según el artículo 17 del Acuerdo 285 de 2020*

**ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO POR EXISTENCIA DE OTROS MEDIOS DE DEFENSA JUDICIAL / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARRERA DE LA DIAN / CONVOCATORIA DEL CONCURSO DE MÉRITOS DE LA DIAN / CONCURSO DE MÉRITOS DE LA DIAN / LISTA DE ELEGIBLES DEL CONCURSO DE MÉRITOS DE LA DIAN / PRUEBA DEL CONCURSO DE MÉRITOS DE LA DIAN / INEXISTENCIA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE / ACTO QUE EXCLUYE A PARTICIPANTE EN CONCURSO DE MÉRITOS**

*Problema jurídico: ¿La acción de cumplimiento de la referencia es procedente para ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil modificar la lista de elegibles del 12 de enero de 2022, expedida en el proceso de selección DIAN núm. 1461 de 2020, en el sentido de incluir a la accionante en la misma y que otorgue solamente carácter eliminatorio a la fase I del mentado concurso?*

**Tesis:** “[L]a Sala considera que se debe confirmar la decisión de primera instancia, ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial con los que cuenta la parte actora para lograr que se ordene el acatamiento de las disposiciones que invocó en la demanda. En efecto, las pretensiones de la demandante no se limitan a la exigencia de un mandato claro, expreso y exigible, como es el objeto del medio de control de cumplimiento, sino que su análisis requiere que este juez constitucional se pronuncie respecto de los yerros que la parte actora adjudica al Acuerdo 285 de 2020 de la CNSC que, en su artículo 17, determinó que la fase II del concurso de méritos tiene el carácter de eliminatoria y por lo cual, al no superar el puntaje exigido, implicó la exclusión de la actora del proceso, cuyo estudio de legalidad escapa a la competencia del juez en sede de la presente acción. Es necesario reiterar que el presente mecanismo constitucional no tiene como propósito analizar la legalidad de actos como el que contempla el acuerdo de convocatoria y tampoco de la lista de elegibles que actualmente se encuentra vigente en el proceso en el que participó la actora, ello le compete al juez de lo contencioso administrativo en sede del medio de control que se adecúe a las pretensiones que procure en dicha sede la demandante. (...) En todo caso, la Sala no advierte la existencia de un perjuicio irremediable que permita superar esta exigencia de procedibilidad, toda vez que en el desarrollo de un proceso de concurso orientado a la provisión de cargos que se han identificado como vacantes los participantes tienen una mera expectativa, por tanto, lo manifestado por la impugnante no es suficiente para tenerlo por configurado. (...) [L]a Sala confirmará la sentencia impugnada porque existe una controversia suscitada entre las partes, lo cual escapa al conocimiento de este juez constitucional y no permite abordar el fondo del asunto, como ya quedó suficientemente explicado toda vez que el ordenamiento jurídico prevé otros mecanismos eficaces para tal finalidad y no se alegó y demostró desde la presentación de la demanda de cumplimiento, la existencia de un perjuicio irremediable.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 19 de enero de 2023, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 68001-23-33-000-2022-00621-01 \(ACU\).](#)

**2. Se declara improcedente la acción dirigida a obtener el cumplimiento de la Resolución número 993 del 22 de abril de 2019, expedida por el Ministerio del Trabajo, por medio de la cual se adoptaron los acuerdos pactados en la negociación colectiva 2019,**

## celebrada entre las Organizaciones Sindicales y dicha cartera ministerial.

**Síntesis del caso:** *Un grupo de ciudadanos demandaron el cumplimiento de la Resolución n.º 0993 del 22 de abril de 2019, proferida por el Ministerio del Trabajo, por medio de la cual se adoptaron los acuerdos pactados en la negociación colectiva 2019, celebrada entre las Organizaciones Sindicales y dicha cartera ministerial. En el artículo 45 de aquel documento se acordó que se priorizaría el nombramiento de los servidores públicos nombrados en provisionalidad que fueron desvinculados de la planta de personal de la Dirección Territorial de Córdoba del Ministerio, con ocasión de la Convocatoria 428 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil; además, se estableció que, aquellos que quedaran desvinculados de la entidad en el futuro, serían nombrados en los empleos vacantes, una vez fueran provistos mediante concurso los cargos ofertados. Esta Corporación concluyó que la Resolución n.º 0993 de 2019 del Ministerio de Trabajo no es exigible, dado que perdió vigencia el 31 de diciembre de 2020.*

**ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / MINISTERIO DEL TRABAJO / PLANTA GLOBAL DE LA ENTIDAD ESTATAL / CONVOCATORIA DEL MINISTERIO DEL TRABAJO / NEGOCIACIÓN COLECTIVA / NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL SECTOR PÚBLICO / CARGO VACANTE / NOMBRAMIENTO EN CARGO VACANTE / CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA / NOMBRAMIENTO DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD / DERECHO DE PRIORIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO SIN VIGENCIA**

**Problema jurídico:** *¿La acción de cumplimiento de la referencia es procedente para ordenar al Ministerio del Trabajo el cumplimiento del artículo 45 de la Resolución 0993 de 2019, proferida por esa autoridad pública, por medio de la cual se estableció que en dicha cartera ministerial se priorizaría el nombramiento de los servidores públicos en provisionalidad desvinculados con ocasión a la convocatoria 428 de 2016 y las que a futuro se realizaran, en los empleos que quedaran vacantes una vez se ocuparan los cargos ofertados en carrera administrativa?*

**Tesis:** “La parte actora (...) pretende que el Ministerio del Trabajo de cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución n 0993 del 22 de abril de 2019 proferida por esa autoridad pública, por medio de la cual se adoptaron los acuerdos pactados en la negociación colectiva 2019 (...). El artículo 45 del pacto en mención dispone lo siguiente: (...) El Ministerio del Trabajo priorizará el nombramiento de los servidores públicos en provisionalidad desvinculados, que con ocasión a la convocatoria 428 de 2016, y las que a futuro se realicen queden desvinculados de la entidad, sean nombrados en los empleos que queden vacante una vez se provean los cargos ofertados. (...) Según los demandantes, la planta global de la entidad se amplió en virtud del Decreto 144 de 2022, por lo que actualmente existen 14 vacantes que deberían ser provistas siguiendo los lineamientos del artículo 45 del convenio aprobado en la Resolución 993 de 2019. Sobre este último acto, los accionantes afirmaron que aquel se encuentra vigente y debe aplicarse porque es vinculante. (...) [E]n relación con la vigencia de la citada norma, la Sala encuentra que el acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende, no se encuentra surtiendo efectos desde el 31 de diciembre de 2020. Esto de acuerdo con el artículo 5 de la Resolución 0993 del 22 de abril de 2019, según el cual: “los acuerdos pactados tendrán una vigencia contada a partir del 5 de abril hasta el 31 de diciembre de 2020”. Lo anterior, evidencia que la norma cesó sus efectos jurídicos desde el 1 de enero de 2021. Así las cosas, la disposición cuyo cumplimiento se reclama, no está vigente en la actualidad, lo que torna improcedente la presente acción de cumplimiento (...).”

**[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 19 de enero de 2023, C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación: 23001-23-33-000-2022-00155-01 \(ACU\).](#)**

# ACCIÓN DE GRUPO

## 1. El Estado no debe responder patrimonialmente por los daños producidos por el ejercicio de la protesta social, en el marco del paro campesino de 2013, debido a la falta de prueba de los daños y el nexo causal

*Síntesis del caso: Un grupo de palmicultores ejerció una acción de grupo contra la Nación – Presidencia de la República – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, el departamento de Norte de Santander y el municipio de Tibú, con el fin de solicitar la reparación de los perjuicios materiales causados por los bloqueos de vías producidos en el marco del paro campesino ocurrido en el Catatumbo, Norte de Santander, entre los días 11 de junio y 3 de agosto de 2013.*

**ACCIÓN DE GRUPO / RECURSO DE APELACIÓN / REVOCATORIA PARCIAL DE LA SENTENCIA / EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / DECLARA NO PROBADA LA EXCEPCIÓN / INEXISTENCIA DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA / PRESUPUESTOS DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / MANTENIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO / MEDIDAS PARA LA PRESERVACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO**

*Problema jurídico 1: ¿El departamento de Norte de Santander, el municipio de Tibú y el DAPRE se encuentran legitimados en la causa por pasiva, habida cuenta que a dichas entidades les corresponde el mantenimiento del orden público?*

**Tesis 1:** “[E]l DAPRE sostuvo que carecía de legitimación en la causa. Por su parte, la sentencia recurrida declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Norte de Santander, del municipio de Tibú y del DAPRE, porque a ellos “no les asiste la obligación de brindar directamente el servicio de protección, seguridad, vigilancia y cuidado a todos los Palmicultores residentes en la subregión del Catatumbo”, sino exclusivamente a la Policía. Aunque algunas veces la jurisprudencia ha recurrido a la antitécnica diferencia entre falta de legitimación formal o procesal (“legitmatio ad processum”), entendida como un presupuesto procesal y falta de legitimación sustancial o material en la causa (“legitmatio ad causam”), por no ser responsables de la vulneración alegada, la denominada falta de legitimación sustancial o material en la causa es una expresión que genera confusión, al tratarse, en realidad, de una decisión de fondo que coincide con negar las pretensiones respecto de tales sujetos procesales. Por ello, la única legitimación en la causa es aquella que habilita para acudir al proceso, intervenir en él y realizar los actos procesales correspondientes, debido al interés en lo que se debate, independientemente de lo que se decida en la sentencia respecto de las pretensiones. Así, en los procesos en los que se debate la responsabilidad extracontractual, la legitimación pasiva en la causa se identifica a partir de la imputación razonable, desde un punto de vista jurídico o no manifiestamente injustificada, que del daño realice la parte demandante. A partir de ello surge el interés de controvertir, cuestionar o contradecir los hechos y argumentos de la demanda y de oponerse a las pretensiones. En otras palabras, si, de acuerdo con la demanda, una entidad pública podría ser condenada, tiene interés en la causa y tal interés la legitima para actuar en el proceso. Ahora bien, no debe confundirse la legitimación en la causa, con la capacidad de actuar en el proceso ya que no todas las entidades legitimadas tienen capacidad para actuar directamente o para representar judicialmente a la persona jurídica cuya responsabilidad se demanda. Tal es el caso de la Presidencia de la República, cuya representación judicial le corresponde al DAPRE. En términos

generales, la capacidad y representación se reguló en el artículo 159 del CPACA. En el caso bajo estudio, la demanda imputaba la responsabilidad al Presidente de la República, al departamento y al municipio ya que, de acuerdo con la Constitución, es a estos tres niveles, bajo el mando de la suprema autoridad administrativa, que les corresponde el mantenimiento del orden público, por lo que, a su juicio, los daños alegados habrían sido el resultado del incumplimiento de tales mandatos constitucionales. Pese a ello, la sentencia de primera instancia declaró la falta de legitimación en la causa, con el argumento de que la seguridad concreta de los palmicultores era responsabilidad exclusiva de la Policía. Se trata de un razonamiento equivocado desde el punto de vista procesal ya que, como quedó explicado, el hecho de que para el Tribunal dichas entidades no fueron quienes habrían causado los daños alegados, no significaba que carecían de legitimación, sino que, en su concepto, no eran responsables y, por lo tanto, se denegarían las pretensiones respecto de ellas. Por lo tanto, se revocará tal determinación.”

**ACCIÓN DE GRUPO / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CULTIVO DE PALMA DE ACEITE / ORDEN PÚBLICO / INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD / INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL NEXO DE CAUSALIDAD / SUBREGIÓN DEL CATATUMBO / DAÑO CIERTO / FALTA DE PRUEBA DEL DAÑO / FALTA DE CERTEZA DE LA OCURRENCIA DEL DAÑO**

*Problema jurídico 2: ¿El Estado es responsable por los daños producidos en el ejercicio de la protesta social por grupos al margen de la ley, en el marco del paro campesino ocurrido en el Catatumbo en el año 2013, habida cuenta que no se encuentra probado los daños ciertos, personales y de nexos causal en el presente asunto?*

**Tesis 2:** “[E]xiste prueba suficiente de la existencia del hecho dañoso, esto es, del paro campesino que se desarrolló en El Catatumbo durante el año 2013. Aunque el DAPRE indica que las fechas de inicio y fin del paro no son las indicadas en la demanda, el departamento sostuvo que la protesta social no se extendió en toda la región de El Catatumbo, sino exclusivamente en una zona cercana a Tibú y también se discute si los bloqueos fueron totales o parciales, permanentes o, por el contrario, sí se permitió la circulación durante algunos momentos, lo cierto es que nadie discute que el paro campesino ocurrió y que, en desarrollo del mismo, se afectó la movilidad en la región. Por el contrario, no existe prueba del daño. En efecto, las afectaciones, sobrecostos y pérdidas alegadas no se sustentan en documentos concretos que hubieran podido evidenciar el daño con carácter de certeza, tales como facturas o documentos contables o tributarios, los que resultaban imprescindibles, mucho más teniendo en cuenta que los perjuicios alegados son exclusivamente de orden material. Las cifras con las que se cuantifica el daño resultan de las afirmaciones recogidas por los investigadores que elaboraron el documento publicado en la Revista Palmas y que se fundaron la información entregada por los cultivadores y por las empresas dedicadas al procesamiento. Obra igualmente un acta de una reunión realizada entre Cenipalma y Fedepalma, el 27 de agosto de 2013, que tuvo por objeto precisar las pérdidas derivadas del paro. Sin embargo, los datos allí incluidos carecen, igualmente, de soportes concretos. Aunque el Tribunal de primera instancia decretó la práctica de pruebas, entre otras, solicitó a la Gobernación que certificara las hectáreas cultivadas de palma que resultaron afectadas por el paro campesino, tal documento sostiene que: “ (...) no se observa ninguna información referente a la posible afectación de cultivos de palma y por ende, tampoco se relaciona el número de hectáreas perjudicadas”. Es decir que las pruebas practicadas durante el proceso no contribuyeron a dar certeza al daño alegado por el grupo demandante. Por otra parte, tampoco se aportó prueba alguna del carácter personal del daño alegado ya que, aunque en la demanda se relacionaron los datos de los miembros del grupo y se indicó la extensión de terreno cultivado que detentaba cada uno de ellos, no se demostró que efectivamente se tratara de cultivadores de palma y que, sin importar el título, explotaban esa extensión de terreno que afirmaba la demanda. En otras palabras, no se probó, por cualquier medio de prueba, incluidas que fueron los miembros del grupo quienes habrían padecido el daño alegado. En suma, la certeza del daño y su carácter personal exigía cumplir la carga probatoria de demostrar que los miembros del grupo eran productores, que detentaban los terrenos a cualquier título válido, no necesariamente la propiedad, que los explotaban y, a través de documentos concretos y con valor probatorio suficiente, las afectaciones a los cultivos y en la comercialización de los productos. Ante la ausencia de prueba de la ocurrencia de daños personales y ciertos, debe confirmarse la negativa de las pretensiones, considerando que la función misma de la responsabilidad patrimonial del Estado es resarcitoria, lo que explica que la demostración de un daño cierto, personal y actual o no eventual o hipotético sea una exigencia primaria e imprescindible, sin la cual, carece de objeto el juicio de

responsabilidad.”

**ACCIÓN DE GRUPO / OBLIGACIÓN DE MEDIO / INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / MANTENIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO / MANIFESTACIÓN PÚBLICA / CULTIVO DE PALMA DE ACEITE / PARO CAMPESINO / SUBREGIÓN DEL CATATUMBO**

**Problema jurídico 3:** *¿Debe responder patrimonialmente el Estado, a título de falla del servicio por omisión de las autoridades encargadas del mantenimiento del orden público, por no haber evitado que los manifestantes bloquearan las vías e impidieran, así, que los trabajadores acudieran a los cultivos de palma?*

**Tesis 3:** “[E]n la demanda se alega que las afectaciones que habrían padecido los palmicultores habrían sido causadas por la omisión de las autoridades encargadas del mantenimiento del orden público, bajo el mando del Presidente de la República, por no haber evitado que los manifestantes bloquearan las vías e impidieran, así, que los trabajadores acudieran a los cultivos de palma, que se cosecharan los frutos y fueran llevados a los lugares donde serían comercializados. La demanda no indicó que las autoridades hubieren abandonado el cumplimiento de sus deberes, ni que se hubiera solicitado su apoyo concreto para garantizar la circulación de los trabajadores y de los productos y que este se hubiera negado. Por el contrario, de la lectura de la demanda se evidencia que, para el grupo, las obligaciones que recaían sobre las autoridades administrativas nacional, departamental y municipal y sobre la Policía Nacional eran de resultado y, por lo tanto, al no haber garantizado el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales que se encontraban en juego, deberían ser condenados a reparar los perjuicios. La demanda expone la existencia de mandatos constitucionales generales, como el fin estatal de proteger a las personas en su vida, honra y bienes y pone de presente la función constitucional del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público, a través del gobernador y el alcalde quienes, en este asunto, actúan como sus agentes, pero no arguye ni demuestra que se hubieren incumplido contenidos obligacionales constitucionales o legales de naturaleza concreta. Contrario a ello, existen en el expediente pruebas de que todas las autoridades demandadas realizaron actividades encaminadas a paliar los efectos del paro campesino<sup>30</sup> y, en últimas, a darlo por terminado<sup>31</sup>. 34. La condena solicitada por el grupo demandante se construye sobre dos ideas, que resultan reprochables: por una parte, la de entender que el mantenimiento del orden público es una obligación de resultado, en la que bastaría con constatar que se alteraron dichas condiciones necesarias para la convivencia y que esto causó daños, para que sus responsables sean condenados a reparar. Tal premisa desconoce el carácter relativo de la falla del servicio, que se construye a partir de la consideración concreta de las posibilidades reales para actuar y evitar el daño, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y de los medios de los que se disponía. Ello explica que las obligaciones de protección de las autoridades públicas no puedan ser consideradas como de resultado y únicamente se justifica la condena por la falta de actuación o la actuación tardía o deficiente, cuando otro comportamiento era esperable y racionalmente realizable. El carácter de medio de las obligaciones estatales de seguridad ha sido incluso reconocido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otra parte, la demanda se construye sobre la idea de que frente al paro campesino la única responsabilidad que incumbía a dichas autoridades era evitar las alteraciones al orden público. Esto olvida que en el Estado Constitucional la protesta social es una expresión legítima de las libertades de expresión y de reunión, así como del derecho a participar en la conformación y control del poder político, lo que pone de presente el carácter democrático del Estado y que, al respecto, las autoridades tienen el deber de garantizar su ejercicio. Es decir que tanto el Presidente de la República, como el gobernador y el alcalde, así como la Policía Nacional, se enfrentaban a una tensión entre intereses legítimos: el orden público, como presupuesto de la convivencia y del ejercicio de los derechos y libertades y la protesta social, que debía ser garantizada. Por lo tanto, ante tal tensión, no resultaba legítimo garantizar el orden público en detrimento absoluto de la protesta social<sup>33</sup>, ni permitir únicamente la protesta, sin tomar medidas en pro del orden público<sup>34</sup>. Es por ello que, aunque efectivamente existieron bloqueos de vías, como forma de manifestación, las autoridades propendieron por limitarlos y, en últimas, desarrollaron negociaciones que condujeron a un acuerdo que puso fin al denominado paro campesino. Por lo tanto, en las circunstancias evidenciadas en el expediente, no es posible sostener que la causa de los daños alegados hubiera sido un incumplimiento del contenido obligacional que recaía sobre las demandadas. 36. La parte demandante no demostró, entonces, que la conducta exigible de las demandadas fuera diferente a la efectivamente desplegada, en consideración de sus deberes

constitucionales y legales, de las circunstancias concretas del caso y de los medios con los que se contaba<sup>35</sup> y que tales incumplimientos del contenido obligacional en particular hubieren sido la causa de los daños alegados. Ante tal ausencia de prueba, no es posible concluir que se hubiera incurrido en falla alguna que hubiera sido la causa adecuada de los daños alegados, mas no probados. Por lo tanto, a más de la ausencia de prueba del daño, se declarará la inexistencia de nexo causal.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2022, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 54001-23-33-000-2014-00438-02 \(AG\).](#)

## **2. El Consejo de Estado condena al Ministerio de Defensa y al Ejército Nacional por los casos de desplazamiento ocasionados por la masacre de La Granja -Ituango**

**Síntesis del caso:** *En junio de 1996, integrantes de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá –Accu–, llegaron al corregimiento La Granja del municipio Ituango y cometieron una masacre. Por estos hechos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió en 2006 una sentencia, mediante la cual fue condenado el Estado condenado por esta y las masacres de San Roque (cometida en 1996) y El Aro (perpetrada en octubre de 1997). El grupo conformado por las “víctimas de desplazamiento forzado de la masacre de La Granja – Ituango”, ejerció una acción de grupo contra Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, Ministerio de Relaciones Exteriores y la Unidad Administrativa Especial para la Atención de Víctimas, con la finalidad de obtener la indemnización de perjuicios por el desplazamiento forzado del grupo demandante ocurrido en 199.*

**ACCIÓN DE GRUPO / INEXISTENCIA DE CADUCIDAD / CADUCIDAD DEL DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROL / DESPLAZAMIENTO FORZADO / VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / CASO MASACRE ITUANGO / CASO MASACRE LA GRANJA / FALLO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / EJECUTORIA DE LA SENTENCIA**

**Problema jurídico 1:** *¿La presente acción de grupo se ejerció en la oportunidad legalmente establecida?*

**Tesis 1:** “[L]a demanda se presentó dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la sentencia SU-254 de 2013 en la cual la Corte Constitucional señaló que <<los términos de caducidad para la población desplazada sólo pueden computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se pueden tener en cuenta transcurros de tiempo anteriores>>. La sentencia SU-254 de 2013 cobró ejecutoria el 19 de mayo de 2013<sup>2</sup> y la demanda de la referencia fue presentada el 14 de noviembre de 2014.”

**ACCIÓN DE GRUPO / COSA JUZGADA / CONFIGURACIÓN DE LA COSA JUZGADA / COSA JUZGADA INTERNACIONAL / DECLARACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA / EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA / DESPLAZAMIENTO FORZADO / VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / CASO MASACRE ITUANGO / CASO MASACRE LA GRANJA / CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / IDENTIDAD DE PARTES / IDENTIDAD DE OBJETO / IDENTIDAD DE CAUSA / SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA**

**Problema jurídico 2:** *¿Se debe confirmar la sentencia de primera instancia, frente a las víctimas de desplazamiento forzado de La Granja, por medio de la cual se declaró la excepción de cosa juzgada*

*internacional, respecto de la sentencia del 1° de julio de 2006, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*

**Tesis 2:** “[L]a Sala confirmará la excepción de cosa juzgada internacional frente a las víctimas de desplazamiento forzado de La Granja que hicieron parte del proceso ante la Corte Interamericana que concluyó con la sentencia del 1° de julio de 2006. Esta decisión se adoptará respecto de todas las personas que tienen la misma condición y no solo de las indicadas en la sentencia de primera instancia, habida cuenta del deber de declarar de oficio las excepciones probadas en el proceso. En este proceso se pretende la declaratoria de responsabilidad estatal y la indemnización de perjuicios por el desplazamiento forzado de los habitantes de La Granja ocurrido en junio de 1996; y lo que se advierte es que algunos miembros del grupo fueron parte en el proceso ante la Corte Interamericana en el cual existió decisión de fondo sobre su reparación en sentencia del 1° de julio de 2006. En la sentencia, la Corte IDH no otorgó indemnización pecuniaria de daño material e inmaterial por el desplazamiento, pues estimó pertinente reparar el daño a través de una medida de reparación no pecuniaria. En consecuencia, es improcedente que se reclamen a nivel interno perjuicios pecuniarios que se denegaron en la decisión de la CIDH 10.2.- Los requisitos legales para la procedencia de la cosa juzgada están reunidos: Hay identidad de causa porque ambos procesos se originan en el desplazamiento de los habitantes de La Granja ocurrido en 1996; existe identidad de partes por pasiva porque el demandado fue la Nación colombiana, e identidad de partes por activa en relación las personas identificadas en la sentencia de la Corte IDH como víctimas de desplazamiento forzado en La Granja, quienes sí otorgaron poder para ser representadas ante ese organismo; y hay identidad de objeto porque en ambos procesos se pretendió la declaratoria de responsabilidad estatal por el desplazamiento, la indemnización pecuniaria del daño material e inmaterial y en la sentencia de la Corte IDH se resolvieron dichas pretensiones. Por ende, la sentencia de la Corte IDH es una decisión definitiva e inapelable respecto de quienes fueron parte de dicho proceso.”

**ACCIÓN DE GRUPO / RESPONSABILIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL / DESPLAZAMIENTO FORZADO / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / CASO MASACRE LA GRANJA / OMISIÓN EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / FALTA DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / NEGACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / PRUEBA DEL DAÑO MATERIAL / ALTERACIÓN EN LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA**

**Problema jurídico 3:** *¿Se debe confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Antioquia, en cuanto (i): se declaró la responsabilidad del Ejército Nacional por el desplazamiento forzado de los habitantes de La Granja en junio de 1996, dado que no fue apelada por dicha entidad; (ii) se negaron los perjuicios materiales y el daño por alteración a las condiciones de existencia?*

**Tesis 3:** “[S]e confirmará la declaratoria de responsabilidad del Ejército Nacional por el desplazamiento forzado de los habitantes de La Granja en junio de 1996 porque la sentencia de primera instancia no fue apelada por dicha entidad. La Sala no reconocerá indemnización por perjuicios materiales porque no fueron acreditados. Tampoco reconocerá indemnización por alteración a las condiciones de existencia, pues dicha categoría indemnizatoria fue abandonada por la jurisprudencia y esta pretensión, fundada en la disgregación familiar y la migración a otros lugares, se subsume en el perjuicio moral reconocido por el tribunal, que será confirmado. (...) Frente a los perjuicios adicionales reclamados en la apelación: (i) no se reconocen perjuicios materiales porque no fueron probados; ni por alteración a las condiciones de existencia porque la jurisprudencia desestimó esta categoría indemnizatoria; (ii) se confirma la condena de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (50 SMLMV) por perjuicios morales, pues corresponde a lo solicitado en la demanda por este concepto.”

**ACCIÓN DE GRUPO / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / DESPLAZAMIENTO FORZADO / CASO MASACRE LA GRANJA / CASO MASACRE ITUANGO / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / MEDIDA PECUNIARIA DE REPARACIÓN DEL DAÑO / ACREDITACIÓN DE LA CALIDAD DE VÍCTIMA / REGISTRO ÚNICO DE VÍCTIMAS / COSA JUZGADA INTERNACIONAL / INEXISTENCIA DE LA COSA JUZGADA / FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / CONDENA JUDICIAL / MUERTE DE CIVIL**

**Problema jurídico 4:** *¿Se debe revocar la sentencia de primera instancia frente a la decisión de declarar agotado el objeto del proceso respecto de ocho (8) personas en ejercicio de la acción de grupo, toda vez que la indemnización pecuniaria reconocida a estas correspondió al perjuicio causado por la muerte de un familiar y no por el desplazamiento causado por la masacre de la Granja?*

**Tesis 4:** “[S]e revoca la decisión de declarar agotado el objeto del proceso respecto de ocho (8) personas, pues la indemnización pecuniaria reconocida a estas correspondió al perjuicio causado por la muerte de un familiar y no por el desplazamiento. Estas personas podrán recibir la indemnización aquí decretada, pues según el registro de víctimas fueron objeto de desplazamiento forzado en La Granja en 1996; sin embargo, tendrán que integrarse al grupo con posterioridad a la sentencia. La condena se hará a favor de las víctimas de desplazamiento forzado del corregimiento de La Granja en junio de 1996 reconocidos como tales por la Unidad de Víctimas. Aunque el registro de víctimas no constituye per se la condición de desplazado, lo cierto es que en la demanda se limitó el grupo a las víctimas reconocidas por la Corte IDH y por la Unidad de Víctimas; además, en el recurso de apelación el apoderado del grupo solicitó únicamente que la indemnización colectiva incluyera a las personas acreditadas como víctimas de desplazamiento forzado en el transcurso del proceso, según se desprende de la información enviada por la Unidad de Víctimas. Las personas que no hicieron parte del proceso podrán integrar el grupo con posterioridad a la sentencia y podrán solicitar el pago de su indemnización ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2022, C.P. Martin Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación: 05001-23-33-000-2014-02100-01 \(AG\).](#)

**Salvamento de voto del magistrado Alberto Montaña Plata**

**SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO / INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA INTERNACIONAL / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS / DESPLAZAMIENTO FORZADO / FALTA DE IDENTIDAD DE PARTES / FALTA DE IDENTIDAD DE OBJETO**

**Tesis:** “[M]e aparto de las consideraciones que llevaron a declarar de oficio la excepción de cosa juzgada internacional, no solo para las personas a quienes se les había declarado la excepción en primera instancia, sino que extendió sus efectos a todas las personas que se encontraran en la misma condición. También me aparto de la decisión de reducir el monto de la indemnización individual por el desplazamiento. (...) [L]a demandante pretendía la declaratoria de responsabilidad del Estado por “el desplazamiento forzado al que se vieron sometidos los habitantes de La Granja- Ituango por los hechos ocurridos en junio de 1996” y el respectivo pago de perjuicios, mientras que el objeto del proceso ante la Corte IDH buscaba la declaratoria de responsabilidad del Estado colombiano, entre otras, por la violación del artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relacionado con el derecho de circulación y residencia. Se concluye que la causa es común del daño en ambos procesos, esto es, el desplazamiento de los habitantes del corregimiento La Granja en el municipio de Ituango (Antioquia) por los hechos acaecidos en el mes de junio de 1996. No obstante, en lo atinente a la identidad de objeto, además de que en la demanda de reparación directa se pretendió la declaratoria de responsabilidad del Estado con base en el artículo 90 constitucional y la Sentencia del Tribunal internacional declaró la responsabilidad de los estados por vulneración a la Convención; ha dicho la Corte Constitucional que para la declaratoria de esta institución procesal, “la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada”. En este sentido, existe cosa juzgada internacional por la declaratoria de responsabilidad del Estado derivada del desplazamiento forzado, no así respecto de los perjuicios porque, la única medida que se adoptó por el organismo internacional frente a las víctimas de desplazamiento forzado fue garantizar las condiciones para el regreso, pero no pretendió ni dispuso reparar los daños causados con el desplazamiento. (...) Tampoco confluyó el requisito de la identidad de partes porque, como lo señaló la norma citada (artículo 303 del CGP), la identidad jurídica se predica de las partes, no de las personas y, el hecho de haber sido identificados como víctimas, materialmente no implica que hubieren sometido a conocimiento de autoridad judicial alguna la causación de perjuicios personales con motivo del desplazamiento. Solamente, cuando la persona se constituyó como parte y pudo ejercer su derecho de acceso a la administración de justicia, se puede considerar que opera la cosa juzgada, lo cual, en este caso

no ocurrió. Con base en lo anterior, considero que no se debió declarar la cosa juzgada internacional respecto del reconocimiento de perjuicios derivados del desplazamiento forzado de los habitantes del corregimiento La Granja del municipio de Ituango y, en esos términos planteo mi salvamento parcial de voto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2022, S.V. Alberto Montaña Plata, radicación: 05001-23-33-000-2014-02100-01 \(AG\).](#)

**SALA PLENA  
DEL CONTENCIOSO**



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

---

**JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS**

# **1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia de autos y determina que la notificación de las sentencias por vía electrónica, prevista en el inciso primero del artículo 203 del C.P.A.C.A., se entenderá realizada una vez transcurridos dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y que los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 205 *id.***

*Síntesis del caso:* La Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado dictó auto de unificación jurisprudencial sobre la interpretación de los artículos 203 y 205 de la Ley 1437 de 2011 y sus modificaciones contenidas en la Ley 2080 de 2021, en relación con el momento en que se entienden notificadas por vía electrónica las sentencias escritas.

## **AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO / ANTINOMIAS / CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE ANTINOMIAS**

*Problema jurídico 1:* ¿Existe una contradicción o antinomia entre el inciso primero del artículo 203 y el numeral 2 del artículo 205 del C.P.A.C.A. respecto al momento en que se entiende surtida la notificación por vía electrónica de las sentencias escritas?

**Tesis 1:** “[E]l inciso primero del artículo 203 dispone que la notificación de las sentencias dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales, se entenderá surtida en la fecha de la constancia de recibo generada por el sistema de información. Por su parte, el numeral 2 del artículo 205 del CPACA, señala que la notificación por medios electrónicos de las providencias «se entenderá realizada una vez transcurridos dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación». De esta forma, se presenta una contradicción o antinomia entre la parte final del inciso primero del artículo 203 y el numeral 2 del artículo 205 del CPACA, en relación con el momento en que se entiende surtida o realizada la notificación de la sentencia escrita por vía electrónica, pues en lo demás se complementan”.

**NOTA DE RELATORÍA:** En la providencia se hace un recuento normativo sobre las diferentes formas de notificación de las providencias judiciales en el procedimiento contencioso administrativo.

## **AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / TÉRMINO DE LA NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO / ANTINOMIAS / CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE ANTINOMIAS**

*Problema jurídico 2:* ¿La notificación por vía electrónica de las sentencias escritas en el procedimiento contencioso administrativa se entiende surtida una vez transcurridos dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empiezan a correr a partir del día siguiente al de la notificación?

**Tesis 2:** “[E]n aplicación del artículo 2 de la Ley 153 de 1887, que dispone que «[l]a ley posterior prevalece sobre la ley anterior», debe prevalecer el numeral 2 del artículo 205, toda vez que se trata de una norma posterior, que contiene una de las modificaciones efectuada por la Ley 2080 de 2021, al régimen de notificaciones regulado por la Ley 1437 de 2011. Asimismo, de acuerdo con lo previsto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 57 de 1887 «[c]uando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior», por lo que se debe otorgar preferencia en el asunto al numeral 2 del artículo 205 del CPACA, por tratarse de una

disposición que tiene la misma especialidad y se encuentra consignada de forma posterior al artículo 203 del mismo ordenamiento. Se precisa que la especialidad de los mencionados artículos se predica en relación con el régimen de notificaciones en materia contencioso administrativa, pues si bien el artículo 203 se ocupa en el primer inciso de la notificación de las sentencias por vía electrónica, el artículo 205 la complementa al ocuparse de la notificación electrónica de las providencias, entre las cuales también se encuentran las sentencias. Aunado a lo anterior, al efectuar una interpretación sistemática de las normas que regulan la notificación por vía electrónica de autos o sentencias, la cual se entiende como personal - Art. 197 CPACA-, se advierte que la Ley 2213 de 2022, en el artículo 8 dispone que «la notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje». Así las cosas, respecto al momento en que se entiende surtida la notificación por medios electrónicos de las sentencias, se debe aplicar lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 205 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021. se evidencia que el legislador al regular la notificación por medios electrónicos de las providencias en el artículo 205 del CPACA, tuvo como propósito otorgar un término razonable a los sujetos procesales para que pudieran revisar su bandeja de entrada, reconociendo que no todas las personas tienen acceso permanente a internet, y que la Corte Constitucional encontró ajustada a la Carta Política la medida, teniendo en cuenta que con ello se materializan los mandatos relacionados con el acceso a la administración de justicia, el principio de publicidad y el derecho al debido proceso. A más de lo anterior, la interpretación adoptada en esta providencia reconoce y aplica de manera cronológica y sistemática la legislación procesal en materia de notificaciones y la evolución del proceso de implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales. En este orden de ideas, se concluye que la notificación por vía electrónica de las sentencias escritas prevista en el inciso primero del artículo 203 del CPACA debe ser armonizada con el numeral 2 del artículo 205 del mismo ordenamiento (...). De acuerdo con lo expuesto, se adoptará la siguiente regla de unificación jurisprudencial: «La notificación de las sentencias por vía electrónica prevista en el inciso primero del artículo 203 del CPACA se entenderá realizada una vez transcurridos dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 205 del CPACA».

**NOTA DE RELATORÍA:** En la providencia se hace un recuento normativo sobre las diferentes formas de notificación de las providencias judiciales en el procedimiento contencioso administrativo.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 29 de noviembre de 2022; C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2013-00735-02\(B-SU\)](#)

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

#### **ACLARACIÓN DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO / ANTINOMIAS / CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE ANTINOMIAS / APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO**

**Problema jurídico:** *¿La aplicación del artículo 205 del C.P.A.C.A. con la modificación introducida por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021 para la notificación de las sentencias escritas corresponde a un criterio de aplicación de la ley procesal en el tiempo y no a un criterio de solución de antinomias?*

**Tesis:** “[M]ás que un asunto de antinomia entre normas se trata de un tema de eficacia de la ley procesal en el tiempo; de suerte que para la fecha en que se profirió la sentencia, en el caso que ocupó la atención de la Sala Plena estaba vigente el artículo 205 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021) y debía ser aplicado integralmente, como en efecto lo decidió la Corporación. A mi juicio, la nueva versión del artículo 205 regula de manera general la notificación por medios electrónicos, trátase de autos o de sentencias, y dentro de cualquier medio de control, pues su propósito fue incorporar una regulación diferente a la que existía anteriormente para esta clase de notificaciones. Por lo tanto, cualquier notificación que se haga por medios electrónicos debe ajustarse a las reglas previstas en el artículo 205 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 29 de noviembre de 2022; A.V. César Palomino Cortés, radicación: 68001-23-33-000-2013-00735-02\(B-SU\)](#)

## Aclaración de voto del consejero Myriam Stella Gutiérrez Argüello

### ACLARACIÓN DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN POR EDICTO / NOTIFICACIÓN POR ESTADO

**Problema jurídico:** *¿En el auto de unificación de la referencia debió unificarse el criterio jurisprudencial acerca de la notificación por estado de las sentencias, a la luz de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 203 del C.P.A.C.A.?*

**Tesis:** “[C]onsidero que debió abordarse el examen de lo previsto en el inciso 2 del artículo 203 del C.P.A.C.A. en el que se establece la notificación por edicto de la sentencia, hoy notificación por estado de dicha providencia, según lo regulado en el C.G.P. Y es que según lo señalado en el auto del 26 de julio de 2022, la Sala Plena de la corporación avocó el conocimiento del asunto para unificar jurisprudencia respecto de la interpretación y aplicabilidad de los artículos 203 y 205 del CPACA y en relación con el momento en que se entienden notificadas las sentencias proferidas bajo la Ley 1437 de 2011 y sus modificaciones contenidas en la Ley 2080 de 2021. Por ello, la resolución del asunto requería dilucidar la interpretación y aplicabilidad de la totalidad de las disposiciones en comento -artículos 203 y 205 del C.P.A.C.A. De ahí que no resultara viable dejar de lado uno de los apartes de una de esas previsiones, como sucedió con el inciso segundo del artículo 203 ibidem, máxime cuando, en la práctica, existen hermenéuticas diferentes respecto del mismo y variedad de posiciones sobre si es posible la notificación por estado de las providencias, y, si fuese posible, si esa tipología de notificación se supedita a los dos días del artículo 205”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 29 de noviembre de 2022; A.V. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 68001-23-33-000-2013-00735-02\(B-SU\)](#)

## Salvamento de voto de la consejera Rocío Araujo Oñate

### SALVAMENTO DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / TÉRMINO DE LA NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO / ANTINOMIAS / CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE ANTINOMIAS

**Problema jurídico:** *¿Para la solución de la antinomia parcial entre el artículo 203 y el numeral segundo del artículo 205 del C.P.A.C.A., respecto al momento en se entiende surtida la notificación por vía electrónica de las sentencias escritas, se debió acoger íntegramente la primera norma en aplicación del criterio de especialidad?*

**Tesis:** “En esta oportunidad no comparto la razón de la decisión de unificación ni sus motivos, pues estimo que el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es la norma especial que regula de manera completa, íntegra y única la forma en que se surte la notificación de las sentencias que se profieren por escrito, es decir, las que se profieren por fuera de audiencia. Por el contrario, considero que el artículo 205 ejusdem contiene unas reglas generales que son aplicables, de manera complementaria, a las notificaciones electrónicas por vía electrónica de las providencias, según se trate de autos o sentencias, siempre y cuando no resulten contrarias o incompatibles con las previstas para las notificaciones de las providencias que cuentan con norma especial. (...) [L]a notificación de la sentencia escrita, en los procesos regulados por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, está regulada de manera especial, íntegra y completa en el artículo 203 ejusdem, de manera que su notificación se surte en la fecha de acuse de recibo del mensaje de datos que da a conocer el texto de la sentencia, y el término de ejecutoria de ésta inicia a correr a partir del día siguiente. En consecuencia, ante la claridad de esa regla especial para la notificación de la sentencia escrita, estimo que no es posible acudir a la regla consagrada en el artículo 205 ibidem, que realiza algunas previsiones para las notificaciones electrónica, pues reitero, esas reglas si bien se encuentran ubicadas en una parte posterior del código y fueron introducidas por una ley posterior, tienen carácter general. En esta línea y en aplicación de los criterios previstos en las leyes 57 y 153 de 1887, debió privilegiarse el criterio de la especialidad para resolver la contradicción normativa, pues ambas disposiciones corresponden a la misma especialidad, pero entre ellas, resulta el artículo 203 la especial y el 205 la general. (...) Bajo este panorama, conforme con los criterios de interpretación normativa: literal, de especialidad y sistemático (...), respecto de la interpretación y aplicación de la regla contenida en el numeral 2 del artículo 205, referida a que la notificación de la providencia se entenderá realizada transcurridos 2 días hábiles siguientes al

envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación, concluyo que ésta sólo se aplica a los autos proferidos por escrito o fuera de audiencia, que se notifican personalmente, es decir, los contemplados en los artículos 198 y 199 ejusdem”.

**NOTA DE RELATORÍA:** En el voto disidente se hace un recuento normativo sobre las diferentes formas de notificación de las providencias judiciales en el procedimiento contencioso administrativo.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 29 de noviembre de 2022; S.V. Rocío Araujo Oñate, radicación: 68001-23-33-000-2013-00735-02\(B-SU\)](#)

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

#### **SALVAMENTO DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO / ANTINOMIAS / NORMA ESPECIAL / PREVALENCIA DE LA NORMA ESPECIAL**

**Problema jurídico:** *¿Entre el artículo 203 del C.P.A.C.A. y el numeral 2 del artículo 205 del mismo Código no existe una antinomia, sino que el artículo 203 es la norma especial y concreta que regula la notificación de las sentencias escritas y, por lo tanto, debe ser aplicada en virtud del criterio de especialidad?*

**Tesis:** “[C]onsidero que en este asunto no se presentaba tal antinomia y, en todo caso, de ser así, debió prevalecer el criterio de especialidad. Nótese que, mientras el artículo 205 se refiere a notificaciones por medios electrónicos de “providencias”, el artículo 203 regula una notificación electrónica de un tipo particular de providencia: las sentencias. En ese orden de ideas, no puede dejarse de lado que, el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 dispone que (i) si hay disposiciones incompatibles entre varios códigos prevalece la especial sobre la general; y (ii) si la antinomia está en un mismo código, se prefiere la norma que esté en un artículo posterior, siempre que las normas en conflicto tengan una misma especialidad o generalidad. En este caso se pretendía determinar cuándo debe entenderse surtida o realizada la notificación de las sentencias. Por un lado, el artículo 203 dispone que debe entenderse perfeccionada desde el recibo del texto de la sentencia, conforme con la constancia que se anexe al expediente, con lo cual los términos para ejercer los derechos frente a esta comienzan a correr al día siguiente. Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 205, la notificación de las providencias (en general) solo se entiende surtida una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación. Así, con fundamento en el criterio de especialidad, en mi criterio, el primer inciso del numeral dos del artículo 205 del CPACA, reformado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, que dispone que la notificación de la providencia se entenderá realizada una vez transcurridos dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación no debía aplicarse a la notificación de las sentencias proferidas por escrito o fuera de audiencia, la cual debería realizarse, en tales aspectos, conforme con lo dispuesto en el artículo 203 del mismo Código, el cual prevé una regulación especial para el caso específico de las sentencias”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 29 de noviembre de 2022; S.V. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 68001-23-33-000-2013-00735-02\(B-SU\)](#)

### **Salvamento de voto del consejero Pedro Pablo Vanegas Gil**

#### **SALVAMENTO DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO / ANTINOMIAS / NORMA ESPECIAL / PREVALENCIA DE LA NORMA ESPECIAL**

**Problema jurídico 1:** *¿Entre el artículo 203 del C.P.A.C.A. y el numeral 2 del artículo 205 del mismo Código no existe una antinomia, sino que es plausible una interpretación armónica y complementaria entre las dos normas, toda vez que las mismas regulan la notificación de distintos tipos de providencias, siendo el artículo 203 la norma especial y concreta que regula la notificación de las sentencias escritas?*

**Tesis 1:** “La decisión parte del supuesto de la existencia de una antinomia, que en mi concepto no existe,

entre la parte final del inciso primero del artículo 203 y el numeral 2 del artículo 205 del CPACA, en lo que atañe al momento en que debe entenderse surtida la notificación de la sentencia escrita por vía electrónica, pues en lo demás se complementan. En mi entender, existía la posibilidad de realizar una interpretación armónica entre las disposiciones de las que se predicó la contradicción. Esto garantiza su coexistencia y la aplicación conjunta, así: El artículo 197 del CPACA señala que «[p]ara los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico». Luego, el artículo 198 indica cuáles son las providencias que deberán notificarse personalmente (...) [s]in embargo, el artículo 198 no cuenta con especificaciones sobre la manera en que debe realizarse este tipo de notificaciones respecto de las providencias referenciadas. Por su parte, el artículo 199 (...) cuenta con un desarrollo en el que se señalan los elementos formales que configuran la notificación personal, pero su texto se limita a indicar cómo ha de practicarse esta respecto del i) auto admisorio de la demanda y del ii) mandamiento ejecutivo. Es decir, dicha disposición no puede aplicarse a otro tipo de providencias que, por mandato legal, deben notificarse personalmente. Bajo tal orientación, considero que la función que debe cumplir el artículo 205 en el sistema normativo del CPACA, es la de complementar la normatividad relativa a la notificación personal de providencias (pues allí se regula una notificación que se surte por medio del buzón electrónico de su destinatario), en relación con la manera en que ha de efectuarse y respecto de aquellos autos diferentes del admisorio de la demanda y el de mandamiento ejecutivo del artículo 199, así como los referidos en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 198, que deban ser notificados de forma personal. Así, estimo que no se requería la inaplicación del artículo 203, como se estipuló en el auto de unificación, sino la armonización del 205 con los artículos 197, 198 y 199 del CPACA. Como mencioné, considero que no existe antinomia o contradicción entre los artículos 203 y 205, puesto que los mismos regulan notificaciones personales respecto de diferentes tipos de providencias. En mi opinión la especialidad del artículo 205 solo podía predicarse respecto del régimen de notificaciones electrónicas de providencias diferentes a las sentencias, pues respecto de este tipo de decisiones existe regulación específica y concreta en el artículo 203. En este sentido, considero que, en efecto, el artículo 205 tiene una función complementaria respecto de la notificación electrónica de las providencias que no fueron referidas en el artículo 198 y sobre las cuales el artículo 199 no ofreció desarrollo alguno”.

## **ANTINOMIAS / CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE ANTINOMIAS / APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO / NORMA ESPECIAL / PREVALENCIA DE LA NORMA ESPECIAL**

**Problema jurídico 2:** *¿La norma especial, aunque anterior, prevalece sobre la norma general que sea posterior en el tiempo?*

**Tesis 2:** “[E]n gracia de discusión y aun aceptando que existiera conflicto entre los artículos 203 y 205, debe tenerse en cuenta que, en efecto, para solucionar situaciones de esta índole el Código Civil y las Leyes 57 y 153 de 1887 proveen criterios y principios de interpretación. Al respecto, el artículo 10 del Código Civil, subrogado por el artículo 5 de la Ley 57 de 1887, establece que si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación, entre otras, la siguiente regla: 1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. (...) En el caso concreto y en atención a lo anterior, debía darse prelación al artículo 203, pues dicha disposición se refiere en específico a las reglas de notificación de las sentencias, mientras que el 205 alude a providencias en general. Ahora bien, teniendo en cuenta que en la decisión también se acudió a los criterios cronológico y de ubicación, debe ponerse de presente que la doctrina ha indicado que en tal evento debe prevalecer el criterio de especialidad sobre los mencionados, por lo que una norma general posterior en el tiempo, o ubicada más adelante en el mismo cuerpo normativo, no elimina una anterior que sea específica. Esto coincide con lo señalado en el artículo 5 de la Ley 57 de 1887”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el criterio hermenéutico que privilegia a la norma especial sobre la general, incluso cuando esta última es posterior, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-078 de 1997; Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 2015; Corte Constitucional, Sentencia C-439 de 2016.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 29 de noviembre de 2022; S.V. Pedro Palo Vanegas Gil, radicación: 68001-23-33-000-2013-00735-02\(B-SU\)](#)

**Salvamento de voto conjunto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico y de los consejeros Martín Bermúdez Muñoz y Alberto Montaña Plata**

## SALVAMENTO DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO / ANTINOMIAS / NORMA ESPECIAL / PREVALENCIA DE LA NORMA ESPECIAL

**Problema jurídico:** *¿La distinción realizada por la regla de unificación adoptada crea una distinción problemática entre las sentencias que se notifiquen por remisión de su texto mediante mensaje de datos y las que se notifiquen por estado?*

**Tesis:** “La regla de unificación comprende exclusivamente la contabilización del término en el que debe entenderse surtida la notificación de las sentencias “prevista en el inciso primero del artículo 203 del CPACA”. Respecto de la notificación establece que deben contabilizarse los dos días hábiles a los que se refiere el numeral 2 del artículo 205 del CPACA. De este modo, la regla no se aplica ni a la notificación de las sentencias que se realice conforme con el inciso segundo del artículo 203, ni a la notificación de los autos prevista en el artículo 201 del CPACA. En estos casos, el término debe contabilizarse conforme con lo dispuesto en dichas disposiciones, esto es, sin tener en cuenta los dos días a los que se refiere el artículo 205. No estamos de acuerdo con la regla adoptada y particularmente creemos que así la Sala hubiese decidido entender de ese modo las normas, debió hacer un esfuerzo por superar las dificultades que se han advertido en la notificación de los autos y las sentencias que, a nuestro modo de ver, está prevista en dos disposiciones con un contenido distinto. (...) Las preguntas que la Sala debió responder para aclarar el punto eran las siguientes: - ¿La notificación por estado electrónico de las sentencias solo cabe cuando se intente la notificación personal por correo electrónico y esta no se logre, por ejemplo, porque el correo rebote, o porque no se pudo constatar el acuse de recibo? - Así hayan pasado los tres días de la norma, ¿debe intentarse primero realizar el envío del correo para notificar personalmente y, solo en el caso de que no sea posible, debe hacerse por estado? O, una vez venzan los tres días, ¿es imperativo hacerlo por estado electrónico, sin que resulten relevantes los motivos por los que no se intentó por correo electrónico en ese lapso? Estas definiciones eran importantes y absolutamente relevantes para adoptar la regla de unificación que se acogió en la providencia: si se considera que basta que pasen tres días para que resulte legítimo hacer la notificación por estado electrónico, el secretario será quien determine desde cuando corre el término de ejecutoria: si es por correo electrónico, dos días adicionales; si es por estado electrónico no aplican los dos días”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 29 de noviembre de 2022; S.V. Marta Nubia Velásquez Rico y de los consejeros Martín Bermúdez Muñoz y Alberto Montaña Plata, radicación: 68001-23-33-000-2013-00735-02\(B-SU\)](#)

**Salvamento de voto del consejero Fredy Hernando Ibarra Martínez**

## SALVAMENTO DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NOTIFICACIÓN DE AUTO / OBITER DICTA

**Problema jurídico 1:** *¿Los razonamientos consignados en la parte motiva de la providencia de unificación de la referencia, relacionados con el principio de publicidad de las decisiones judiciales y la notificación de autos en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, tienen efectos vinculantes y de unificación?*

**Tesis 1:** [M]ediante auto del 26 de julio de 2022 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo avocó el conocimiento del asunto con fines de unificación toda vez que se advierte una clara antinomia entre las normas contenidas en los artículos 203 y 205 del CPACA, lo cual ha llevado a posturas disímiles en el interior de las Secciones del Consejo de Estado que impactan en relación con la determinación de la fecha en la que se entienden ejecutoriadas las sentencias y por consiguiente en el término para recurrirlas. (...) [L]os razonamientos consignados en la parte motiva de la providencia de unificación relacionados con el principio de publicidad de las decisiones judiciales y la notificación de autos en el ámbito de esta jurisdicción constituyen obiter dicta y, por lo tanto, no cobijados por el efecto unificador del auto del 29 de noviembre de 2022. Por consiguiente, la decisión de unificación solo tiene efectos vinculantes y obligatorios frente a la hermenéutica de los artículos 203 y 205 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), debido a que el auto del 26 de julio del año en curso circunscribió o limitó los fines de unificación a la mencionada discordancia existente entre los mencionados artículos, esto es, a la notificación de las sentencias”.

## NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO / ANTINOMIAS / NORMA ESPECIAL / PREVALENCIA DE LA NORMA ESPECIAL

**Problema jurídico 2:** *¿El artículo 203 del C.P.A.C.A. es una norma de carácter especial que regula la notificación de sentencias escritas y, por tanto, en esta materia, debe prevalecer sobre el numeral 2 del artículo 205 del mismo Código, el cual regula de manera general la notificación de providencias judiciales; ello en virtud del criterio de especialidad que debe ser privilegiado sobre los criterios de temporalidad y ubicación?*

**Tesis 2:** “Contrario a la posición fijada por la mayoría de la Sala de Decisión, considero que en este caso concreto debió prevalecer la aplicación del principio interpretativo de especialidad sobre el de temporalidad o de ubicación de las dos disposiciones en el cuerpo normativo correspondiente, en aplicación de la regla de hermenéutica consagrada en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, por lo siguiente: a) Por una parte, en relación con el carácter que tienen las normas de los mencionados artículos 203 y numeral 2 del artículo 205 del CPACA debe precisarse que la segunda de ellas es, claramente, un norma de carácter “general” dirigida a establecer in genere la forma de notificar “las providencias judiciales” (...); por el contrario, la norma del artículo 203 indiscutiblemente es de naturaleza “especial” por cuanto su contenido y alcance es regular de modo específico, concreto y particular la notificación de tan solo una sola clase de providencias, las sentencias, no todas ellas, es decir, no contiene una regla omnicompreensiva para todas las providencias judiciales para efectos de la forma en que deben ser notificadas y más exactamente del momento en que ellas se entienden legalmente notificadas. (...) b) De igual manera, debe repararse en el hecho de que el artículo 205 de la Ley 1437 de 2011 solo resulta aplicable a los autos cuya notificación deba realizarse en forma personal ya que, una hermenéutica contraria supone, inevitablemente, una derogatoria tácita general de todas aquellas disposiciones del CPACA que ordenan la notificación de providencias mediante el estado electrónico. En ese orden de ideas, una hermenéutica que garantiza de manera armónica, sistemática y segura la aplicación del efecto útil de todas las normas contenidas en los artículos 201, 203 y 205 de la Ley 1437 es aquella que restringe la aplicación del artículo 205 a los autos que deben ser notificados de manera personal, esto es, los previstos en el artículo 199 del CPACA y, por el contrario, deja como regla general de notificación de los autos la prevista en el artículo 201 a través del estado electrónico y el artículo 203 única y exclusivamente para la notificación de las sentencias una vez enviada la misma al buzón judicial correspondiente (...) c) Esta posición asigna una mayor responsabilidad en los apoderados de las entidades públicas y de los sujetos procesales en general, de verificar los ahora modernos “estados electrónicos” y descargar el contenido de las providencias en ellos insertados, sin esperar o aguardar el envío de la notificación a través del buzón correspondiente lo cual asignaría una labor adicional para las secretarías de los juzgados, tribunales y del Consejo de Estado que no previó así el legislador, lo cual, a su vez, redundaría en detrimento de la eficiencia y celeridad de los procesos (...) d) Si se mantiene el estado electrónico para la notificación de los autos como regla general y la notificación personal como excepción, como en realidad previó y definió el legislador, no se genera una derogación tácita masiva de las disposiciones que ordenan la notificación por estado, se promueve la responsabilidad de los apoderados judiciales y, finalmente, se soluciona de manera armónica, sistemática y útil la antinomia normativa que se comenta, pues, todas las disposiciones se siguen aplicando, sin necesidad de dejarlas sin efectos o vaciarlas de contenido indebida e injustificadamente, solo concordándolas y compaginándolas según lo antes explicado. (...) Por consiguiente, es responsabilidad de los usuarios de la justicia consultar las herramientas electrónicas dispuestas para así ejercer su derecho de defensa y contradicción, lo mismo que para satisfacer o realizar el derecho de acceso a la administración de justicia, tal cual acontecía antes de la reforma legislativa solo que el seguimiento del trámite de los procesos y de la emisión de las providencias debía hacerse en forma física en los respectivos despachos judiciales. Se reitera, la notificación electrónica y la notificación por medio de anotación en estados son dos formas de notificación distintas y con regulación independiente, sumado al hecho de que a las partes les asiste el deber procesal legal de mantenerse informadas en relación con el estado del proceso que se trate a través de las herramientas electrónicas dispuestas para tal efecto, sin que sea admisible que esa labor se transfiera a las secretarías de los despachos judiciales”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 29 de noviembre de 2022; S.V. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 68001-23-33-000-2013-00735-02\(B-SU\)](#)

**Salvamento de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez**

**SALVAMENTO DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO / ANTINOMIAS / NORMA ESPECIAL / PREVALENCIA DE LA NORMA ESPECIAL**

**Problema jurídico:** ¿Entre el artículo 203 del C.P.A.C.A. y el numeral 2 del artículo 205 del mismo Código no existe una antinomia, sino que el artículo 203 es la norma especial y concreta que regula la notificación de las sentencias escritas y, por lo tanto, debe ser aplicada en virtud del criterio de especialidad?

**Tesis:** Vistos los artículos 203 y 205 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, respectivamente sobre notificación de las sentencias y notificación por medios electrónicos. Atendiendo a la regulación prevista en el artículo 203 de la Ley 1437, considero respetuosamente que, en virtud del principio de especialidad, la notificación de las sentencias se debe realizar de conformidad con los supuestos previstos en la citada normativa”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 29 de noviembre de 2022; S.V. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 68001-23-33-000-2013-00735-02\(B-SU\)](#)

**Salvamento de voto del consejero Nicolás Yepes Corrales**

**SALVAMENTO DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / TÉRMINO DE LA NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO / ANTINOMIAS / CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE ANTINOMIAS**

**Problema jurídico:** ¿La aplicación de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 205 de la Ley 1437 de 2011 para la notificación electrónica de las sentencias escritas le resta todo efecto útil al artículo 203 del CPACA y termina dándole un alcance a estas disposiciones que el legislador no contempló para ellas?

**Tesis:** “[M]ientras que en el artículo 203 se privilegia un sistema en el que prima la recepción del mensaje, al que se la da pleno valor para entender notificada desde allí la sentencia respectiva, en el artículo 205 se hace prevalecer el envío del mensaje de datos para dar por sentada la notificación de todo tipo de providencias. En este contexto, considero que la interpretación acuñada en la providencia de la que me aparto -de acuerdo con la cual “respecto al momento en que se entiende surtida la notificación por medios electrónicos de las sentencias, se debe aplicar lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 205 de la Ley 1437 de 2011”-, es decir, se prevé que en la notificación de sentencias prima la notificación que se entiende realizada con el envío del mensaje y no con su recepción, lo que le resta todo efecto útil al artículo 203 del CPACA y termina dándole un alcance a estas disposiciones que el legislador no contempló para ellas, lo que en mi concepto excede las facultades de interpretación normativa que corresponden a los jueces pues en la práctica se sustituye un sistema de notificación por otro desconociendo el texto legal expreso”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 29 de noviembre de 2022; S.V. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 68001-23-33-000-2013-00735-02\(B-SU\)](#)

**Salvamento de voto del consejero Jose Roberto Sáchica Méndez**

**SALVAMENTO DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO / ANTINOMIAS / NORMA ESPECIAL / PREVALENCIA DE LA NORMA ESPECIAL**

**Problema jurídico 1:** ¿El criterio de prevalencia de la norma posterior sobre la norma anterior no podía ser utilizado para resolver la aparente antinomia entre el artículo 203 del C.P.A.C.A. y el numeral 2 del artículo 205 del mismo Código, dado que la norma contenida en el artículo 203 del CPACA es la norma especial y concreta que regula la notificación de las sentencias escritas?

**Tesis 1:** “La razón de mi disenso frente a la posición mayoritaria de la Sala, parte de considerar que en este caso no se aplicaron debidamente las reglas jurídicas para resolver la supuesta antinomia de las normas atrás relacionadas [artículos 203 y 205 del C.P.A.C.A.], en tanto que no se reflexiona sobre la naturaleza de las notificaciones y el grado de especialidad y/o generalidad que las integraban, para determinar cuál era la regla de interpretación –cronológico, especialidad, jerárquico- que resultaba aplicable. (...) Bajo ese entendido, se privilegió una interpretación aparentemente garantista para entender que las normas contenidas en los artículos 203 y 205 del CPACA contenían reglas del mismo grado de especialidad, las

cuales suscitaban una antinomia y, por ende, debía preferirse aquella que fuera posterior, de conformidad con el artículo 2° de la Ley 153 de 1887. (...) Considero que (...) no estábamos en presencia de una antinomia o conflicto entre leyes que debiera ser objeto de resolución, en tanto que el supuesto de hecho y las circunstancias reguladas no admitían controversia y, de suyo, debió adoptarse un mecanismo interpretativo, cuyas bases se soportaran en la coexistencia de ambas normas sin derogar una de ellas, como lo hace el auto de unificación del que me aparto. (...) Así, la coexistencia de las normas objeto de unificación implicaba que su aplicación no fuere conexas, sino independiente y autónoma, bajo supuestos de hecho y circunstancias distintas. Mientras una se refería únicamente a la etapa del fallo y su publicidad –art. 203-, la otra establecía una forma de notificación para los autos que fueran objeto de la notificación personal –art. 198 y 205-, estos últimos sí en concordancia con el artículo 199 del CPACA. Si lo anterior no fuera poco, a mi juicio, los artículos 203 y 205 del CPACA no tienen el mismo grado de especialidad, como lo concluyó la posición mayoritaria. Por el contrario, el artículo 205 se refiere a notificaciones por medios electrónicos de “providencias” y el 203 regula una notificación de un tipo particular de providencia: las sentencias. Por esta razón, mientras una de las normas es general la otra es especial. Insisto, entonces, en que la regla de la norma posterior no podía ser utilizada para resolver la aparente antinomia, dado que la norma contenida en el artículo 203 del CPACA parte de contemplar una forma especial y única para notificar las sentencias, ya que se entenderán notificadas el mismo día del envío del correo electrónico a las partes; mientras que el artículo 205 ibídem se refiere genéricamente a las “providencias” que se notifican electrónicamente, ósea, las demás”.

## **NOTIFICACIÓN / NOTIFICACIÓN EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DE PERJUICIOS CAUSADOS A UN GRUPO / PROCESO EJECUTIVO / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO**

**Problema jurídico 2:** *¿En el auto de unificación se debió analizar la forma y naturaleza de las notificaciones en aquellas temáticas inherentes a la jurisdicción contenciosa administrativa, pero que encuentran su desarrollo en normas especiales?*

**Tesis 2:** “[L]a sala eludió avanzar en algunos análisis relacionados con la forma y la naturaleza de las notificaciones en aquellas temáticas inherentes a la jurisdicción contenciosa administrativa, pero que encuentran su desarrollo en normas especiales, como lo son, por ejemplo, la reparación de perjuicios causados a un grupo, los procesos ejecutivos y el de restitución de inmueble arrendado. En los términos del artículo 69 de la Ley 472 de 1998, a la reparación de perjuicios causados a un grupo se le aplicarán, en lo no regulado, las normas del Código de Procedimiento Civil -hoy CGP-. Dicha regla fue reiterada en el párrafo 2 del art. 62 de la Ley 2080 de 2021, aunque se hizo respecto de la forma y la procedencia de la apelación, lo cierto es que se entiende que el legislador buscó acompasar su tratamiento conforme la norma especial. Así, en estos casos la unificación debió comprender los análisis sobre la notificación de aquellas providencias dictadas en el marco de este medio de control, bajo el entendido que se le aplican las normas del CGP y, por tanto, de la Ley 2213 de 2022. Igualmente, si bien el artículo 199 del CPACA reguló la forma de notificación del mandamiento de pago, lo cierto es que las demás providencias expedidas en el marco de un proceso ejecutivo deben ser notificadas en los términos del Código General del Proceso, por disposición del párrafo 2° del art. 243, y de los artículos 298 y 299 de la Ley 1437 de 2011. Esta situación implica que, en estos casos, se debe realizar una sindéresis con la forma en la cual deben efectuarse dichas notificaciones, para que se mantenga un marco interpretativo integral sobre las notificaciones en esta jurisdicción”.

## **NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO / ACUSE DE RECIBIDO COMO COMPROBANTE DE NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO / COMPROBANTE DE NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO**

**Problema jurídico 3:** *¿En el auto de unificación se debió reflexionar sobre la efectividad de la notificación por medios electrónicos en la jurisdicción contenciosa administrativa?*

**Tesis 3:** “[El artículo 205 del C.P.A.C.A.] no solo presentaba aparentes incompatibilidades con otras formas de notificación consagradas en el Código, sino que incluso exhibía un cuestionamiento sobre su efectividad, en tanto que de aquella se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. (...) El evento descrito supone que sea el servidor de la Rama Judicial el que acuse de entrega de la notificación por medios electrónicos; sin embargo, el sistema actual no arroja más que una constancia de envío, sin que pueda llegar a constatarse efectivamente que ingresó al correo del destinatario. Este

punto requería de discusión e inclusión, pues era evidente que tocaba el nodo de lo que se pretendía lograr, en tanto que se debe tener certeza sobre la notificación, sin la cual no podrían comenzar a correr los términos pertinentes. A mi modo de ver este aspecto no es solo un asunto de consideraciones sobre la operativa secretarial. Igualmente, a mi juicio, se debió reflexionar sobre la efectividad de la notificación, en los términos que decantó la Corte Constitucional en sentencia C-420 de 2020, cuando [decidió] [d]eclarar EXEQUIBLE de manera condicionada el inciso 3o del artículo 8 y el parágrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en el entendido de que el término allí dispuesto empezará a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. Esto, implicaba que el término -2 días de “gracia”- se iniciaba a contar únicamente cuando hubiese un medio de prueba que certificara la recepción del mensaje de datos, es decir, cuando el remitente acusara de recibo o pudiera demostrarse por otro método que la persona a notificar recibió el mensaje; circunstancia que, se reitera, no es operante en la jurisdicción”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la efectividad de la notificación por medios electrónicos, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-420 de 2020.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 29 de noviembre de 2022; S.V. Jose Roberto Sáchica Méndez, radicación: 68001-23-33-000-2013-00735-02\(B-SU\)](#)

## **2. La Sala Séptima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura anuncia jurisprudencia en el sentido de precisar que, en lo sucesivo, los representantes a la Cámara estarán inhabilitados para inscribirse como candidatos cuando un familiar que ejerce autoridad civil y política se encuentra en licencia no remunerada, por lo que no constituirá un eximente de responsabilidad subjetiva el hecho de que el representante a la cámara, antes de inscribirse, haya consultado o pedido una asesoría idónea sobre la configuración de la inhabilidad.**

*Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del congresista Víctor Andrés Tovar Trujillo, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por una presunta violación del régimen de inhabilidades, específicamente por tener vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejercen autoridad civil o política.*

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / AUTORIDAD CIVIL / AUTORIDAD POLÍTICA / EJERCICIO DE LA AUTORIDAD CIVIL / FALTA TEMPORAL DEL ALCALDE**

*Problema jurídico 1: ¿El alcalde que se encuentre en una situación de falta temporal sigue ejerciendo autoridad civil y política?*

Tesis 1: “[S]e tiene que el ejercicio de autoridad civil y política se configura en razón de las funciones constitucional y legalmente atribuidas al cargo y, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación, el titular del cargo conserva las facultades y competencias que el ordenamiento jurídico le

asigna durante el período de licencia no remunerada, de donde se desprende que el alcalde elegido por voto popular que esté en licencia no remunerada sigue ostentando la autoridad civil y política que le es propia a la naturaleza del cargo. Un entendimiento contrario de la inhabilidad señalada por el numeral quinto del artículo 179 de la Constitución, esto es, que el pariente del representante a la cámara que ejerce autoridad civil y política en razón de las funciones atribuidas, deja de ostentarla por el tiempo en el que disfruta de una licencia no remunerada, desconocería la finalidad para la que fue establecida la citada inhabilidad, que, como se indicó, es evitar que el poder político se acumule en una misma familia y garantizar el principio de igualdad en los procesos electorales, precisamente porque esta clase de inhabilidades fueron previstas para prevenir desequilibrios en la contienda electoral. A lo dicho cabe agregar que las inhabilidades tienen una naturaleza restrictiva y se establecieron en favor del elector, ya que, como se dijo en precedencia, están diseñadas para satisfacer el interés general y proteger los principios que inspiran la función pública, tales como, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad<sup>70</sup>; ello es así porque el cumplimiento de ciertos requisitos, como no incurrir en las inhabilidades, garantizan el desempeño de los servidores públicos con idoneidad y probidad en beneficio del interés general y sin atender intereses privados. Por consiguiente, la confianza de la ciudadanía es defraudada cuando se trata de dos servidores elegidos popularmente y el primero de ellos se aparta del cargo a través de una licencia no remunerada, designando su encargado, mientras el segundo inscribe su candidatura y llega a ser elegido, dado que los servidores electos popularmente son representantes de la comunidad y, en consecuencia, el ejercicio del poder que les ha sido atribuido debe hacerse conforme al interés general y de manera transparente; por lo que cualquier actuación por fuera de los límites que la sociedad ha acordado en la Constitución conlleva un fraude a la confianza de los ciudadanos, que eligen a sus representantes con el propósito de beneficiar y proteger a la colectividad y no para valerse del poder en beneficio propio o de sus parientes. (...) [L]a Sala concluye que este segundo requisito está cumplido, toda vez que, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el alcalde que está en licencia no remunerada continúa como titular del cargo, por lo que conserva las facultades y atribuciones señaladas en la ley, de donde se desprende que ostenta autoridad civil y política”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la inhabilidad del congresista por tener vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de enero de 2019. C.P.: Rocío Araújo Oñate. Expediente nro. 11001 03 28 000 2018 00031 00 (SU). Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Décima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura. Sentencia del 10 de agosto de 2020. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Expediente nro. 11001 0315 000 2020 00061 00 (PI). Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de octubre de 2020. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Expediente nro. 11001 0315 000 2020 00061 01 (PI).

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la posición de la Sección Quinta de la Corporación acerca de la inhabilidad del numeral quinto del artículo 179 de la Constitución Política, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 11 de marzo de 2021. C.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio. Expediente nro. 54001 2333 000 2019 00354 01.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre la posición de la Sala Plena de la Corporación acerca de la inhabilidad del numeral quinto del artículo 179 de la Constitución Política, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 17 de julio de 2012. C.P.: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Expediente nro. 11001 0315 000 2011 00438 00 (PI); Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de febrero de 2012. C.P.: Susana Buitrago Valencia. Expediente nro. 11001 0328 000 2010 00063 00 (IJ); Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de febrero de 2012. C.P.: Susana Buitrago Valencia. Expediente nro. 11001 0328 000 2010 00099 00 (IJ); Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de julio de 2012. C.P.: Olga Melida Valle de la Hoz. Expediente nro. 11001 0328 000 2010 00098 00 (IJ).

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / AUTORIDAD CIVIL / EJERCICIO DE LA AUTORIDAD CIVIL / AUTORIDAD POLÍTICA / FALTA TEMPORAL DEL ALCALDE / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / ELEMENTO OBJETIVO DE LA CAUSAL DE INHABILIDAD / ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA CAUSAL DE INHABILIDAD / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / JURISPRUDENCIA ANUNCIADA**

**Problema jurídico 2:** *¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se acreditó elemento subjetivo respecto a la vulneración del régimen de inhabilidades por parte del representante a la Cámara Víctor Andrés Tovar Trujillo por desconocer lo previsto en el numeral 5 del artículo 179 Superior, esto es, por tener parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política?*

**Tesis 2:** “El artículo cuarto de la Ley 2003 del 19 de noviembre de 2019 modificó el artículo primero de la Ley 1881 de 2018 y estableció que el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva y que la acción se ejercerá contra los congresistas que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubieran incurrido en una de las causales de pérdida de investidura previstas en la Constitución. En esa medida, el principio de culpabilidad conlleva a que se adelante un juicio de reproche sobre la conducta del acusado con el fin de determinar si incurrió en la causal de pérdida con dolo o culpa grave. El primer concepto atañe a la intención positiva de realizar la conducta que lesiona el interés jurídico protegido; entretanto, el segundo está ligado a la diligencia debida para el desarrollo de determinada actividad. (...) el congresista acusado consultó si incurría en la inhabilidad del numeral quinto del artículo 179 de la Constitución mientras su pariente se encontraba en licencia no remunerada durante el período inhabilitante y, en los conceptos rendidos, se observa que la respuesta dada fue que no se configuraba la inhabilidad. Cabe agregar que las consultas elevadas por el congresista fueron expresas y precisas frente a la configuración de la inhabilidad y respecto de los hechos que ahora se le endilgan en esta pérdida de investidura; las consultas fueron rendidas por el Departamento Administrativo de la Función Pública y por abogados expertos en asuntos electorales; por último, los conceptos fueron sustentados de manera razonable, por lo que se concluye que la asesoría solicitada por el congresista fue idónea. Igualmente, está acreditado con el formulario E – 6 CT que el congresista acusado se inscribió como candidato a la cámara de representantes el 10 de diciembre de 2021, es decir, que los conceptos fueron rendidos de manera previa a la fecha en la que se inscribió. Además de los conceptos que fueron solicitados por el congresista, cabe destacar por la Sala que el acusado expuso que su actuación estuvo fundamentada en la sentencia proferida el 11 de marzo de 2021 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, de conformidad con la cual cuando un servidor se encuentra en licencia no remunerada no ostenta autoridad civil y política. Como quedó visto en el acápite precedente, si bien se trata de un único pronunciamiento en ese sentido, tiene la potencialidad de enervar la configuración del elemento subjetivo de la causal. Por lo expuesto, la Sala considera que la conducta del congresista acusado está justificada en la buena fe calificada y, en esa medida, no está configurado el elemento subjetivo (...). [L]a Sala negará la solicitud de pérdida de investidura del representante a la cámara Víctor Andrés Tovar Trujillo dado que, si bien incurrió objetivamente en la causal de desinvestidura, su conducta está justificada en la buena fe calificada, toda vez que antes de inscribirse como candidato consultó frente a la configuración de la inhabilidad y las respuestas que obtuvo fueron negativas, así como también fundamentó su actuación en la sentencia del 11 de marzo de 2021 proferida por la Sección Quinta de esta Corporación, de modo que actuó con el convencimiento de que su conducta estaba ajustada al ordenamiento jurídico.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 18 de enero de 2023; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-15-000-2022-03485-00\(PI\)](#)

**Aclaración de voto del consejero Milton Chaves García**

**ACLARACIÓN DE VOTO / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / AUTORIDAD CIVIL / EJERCICIO DE LA AUTORIDAD CIVIL / AUTORIDAD POLÍTICA / FALTA TEMPORAL DEL ALCALDE / JURISPRUDENCIA ANUNCIADA**

**Problema jurídico 1:** *¿Había lugar a la manifestación de jurisprudencia anunciada cuando no hubo un cambio de criterio respecto a la interpretación o alcance de la inhabilidad contenida en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política?*

**Tesis 1:** “No había lugar a incluir un capítulo de “Jurisprudencia Anunciada” porque esta es una figura que se ha utilizado cuando se presenta un cambio de criterio frente a la interpretación de una norma por parte del Consejo de Estado, con el fin no sorprender al ciudadano que obra con fundamento en la hermenéutica anterior. En este caso, la sentencia no modificó el alcance dado a la inhabilidad por parte de la sala plena

y al contrario reitera lo expresado en las providencias del 20 de febrero y 10 de julio de 2012, en las que se indicó que los alcaldes en licencia no remunerada ostentan autoridad civil”.

**ACLARACIÓN DE VOTO / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / AUTORIDAD CIVIL / EJERCICIO DE LA AUTORIDAD CIVIL / AUTORIDAD POLÍTICA / FALTA TEMPORAL DEL ALCALDE / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA CAUSAL DE INHABILIDAD / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA**

*Problema jurídico 2: ¿En el análisis del dolo o la culpa grave, bastaba con indicar que el congresista demandado actuó basado en el convencimiento de que el criterio de la Sección Quinta del Consejo de Estado era aplicable a su caso en el sentido que una licencia temporal impide el ejercicio de autoridad civil?*

**Tesis 2:** “Tampoco comparto las consideraciones expuestas al estudiar el dolo o culpa grave del comportamiento del congresista demandado. En mi opinión, procede negar la solicitud, pero en razón a que actuó basado en el convencimiento que el criterio de la sección quinta del Consejo de Estado en el sentido que una licencia temporal impide el ejercicio de autoridad civil, era aplicable a su caso. No puede excusarse en la opinión de abogados, por muy reconocidos que sean, pues bien podrían ser, en otras circunstancias, quienes apoderen al interesado”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 18 de enero de 2023; A.V. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-15-000-2022-03485-00\(PI\)](#)

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

**SALVAMENTO DE VOTO / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / AUTORIDAD CIVIL / EJERCICIO DE LA AUTORIDAD CIVIL / AUTORIDAD POLÍTICA / FALTA TEMPORAL DEL ALCALDE**

*Problema jurídico 1: ¿Había lugar a afirmar que se acreditó el elemento objetivo de la causa de pérdida de investidura respecto a la vulneración del régimen de inhabilidades por parte del representante a la Cámara Víctor Andrés Tovar Trujillo por desconocer lo previsto en el numeral 5 del artículo 179 Superior, esto es, por tener parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política?*

**Tesis 1:** “[C]onsidero que la Sala debió negar las pretensiones de la demanda debido a que no se configuró objetivamente el supuesto de hecho de la causal de inhabilidad invocada por el demandante. La pariente del congresista demandado no podía ejercer sus funciones como alcaldesa durante el período de la licencia no remunerada ordinaria que le fue concedida por el gobernador del departamento, por cuanto estas pasaron al encargado; por lo tanto, se concluye que no detentó materialmente, ni potencialmente, autoridad civil o política”.

**SALVAMENTO DE VOTO / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / AUTORIDAD CIVIL / EJERCICIO DE LA AUTORIDAD CIVIL / AUTORIDAD POLÍTICA / FALTA TEMPORAL DEL ALCALDE / JURISPRUDENCIA ANUNCIADA**

*Problema jurídico 2: ¿La Sala Especial de Decisión debió manifestar que el congresista demandado no incurrió en la inhabilidad alegada?*

**Tesis 2:** “Esta regla que expide el Consejo de Estado sustituyendo al constituyente, para acomodarse a la

idea del precedente solo abarca a los representantes a la cámara, ni siquiera en general a los congresistas, sin que se ofrezca razón alguna para tal restricción. Dicha regla se aplica al Congresista demandando para determinar que objetivamente estaba incurso en una causal de inhabilidad: y esta decisión es grave porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1881 de 2018, hace tránsito a cosa juzgada en el proceso de nulidad electoral, razón por la cual, si la Sección Quinta se pronuncia con posterioridad sobre la nulidad de la elección, debe aplicar tal decisión. En otros términos, aquí se está tomando la decisión de anular la elección del Congresista aplicando una regla jurisprudencial que adicionalmente se aplica retroactivamente. ¿Por qué, para tomar esta decisión que define una diferencia jurisprudencial y que afecta al Congresista que se acogió a la jurisprudencia más reciente, no se dispone que se aplique hacia el futuro? La Sala fundamentó la “jurisprudencia anunciada” en la protección de la confianza legítima y de la seguridad jurídica, principios con base en los cuales se dispone que solo a partir de ahora perderá la investidura el que acuda al expediente al que acudió el congresista demandado. ¿Por qué no se usa ese mismo razonamiento para establecer que no incurrió en la inhabilidad y que por ende debe considerarse que su elección no está afectada de nulidad?”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 18 de enero de 2023; S.V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-15-000-2022-03485-00\(PI\)](#)

### **3. Al acreditarse el reconocimiento de manera doble del reajuste pensional ordenado por la Ley 6 de 1992, el recurso extraordinario de revisión se hace procedente por la causal del literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003.**

*Síntesis del caso: En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, la UGPP instauró demanda contra la sentencia del 5 de diciembre de 2019, mediante la cual la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado confirmó el fallo de primera instancia del 28 de abril de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en donde se ordenó reliquidar y pagar la mesada pensional de sobreviviente de la demandante del proceso ordinario, con los ajustes indicados en el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, por los años 1993 y 1994, causadas y pagadas con posterioridad al 3 de mayo de 2007.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / ACCIÓN DE REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO / FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO / SUPERACIÓN DE CUANTÍA DE LA PENSIÓN / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN FUNDADO / NIVELACIÓN PENSIONAL**

*Problema jurídico 1: ¿La sentencia del 5 de diciembre de 2019, proferida por la Sección Segunda - Subsección B del Consejo de Estado, está incurso en la causal de revisión del literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 al haber reconocido de manera doble el reajuste pensional ordenado por la Ley 6 de 1992?*

**Tesis 1:** “La Ley 797 de 2003 estableció dos causales de revisión aplicables en contra de providencias judiciales que creen o modifiquen un reconocimiento pensional, adicionales a las reguladas en el CPACA; una de ellas, la alegada por la UGPP en este caso, corresponde a que la cuantía del derecho reconocido excede lo debido de acuerdo con la ley o las disposiciones legales aplicables. Como se aprecia, aún sobre la base de una lectura desprevenida de la causal, esta impone al juez de la revisión adentrarse en el fondo del asunto pensional resuelto, cuestión excepcional en el trámite del recurso en tanto hace necesario establecer en esta sede extraordinaria si la cuantía de la prestación reconocida está de acuerdo con lo dispuesto en la ley, lo cual impone un análisis probatorio similar al de la instancia, circunstancia excepcional que se explica como garantía de la correcta aplicación de las normas del sistema de seguridad social integral, en razón de sus hondas repercusiones respecto del patrimonio público y la justicia social.

(...) [L]a recurrente acreditó haber realizado los reajustes legales a la prestación de la demandante; la Sala precisa que la mesada pensional reconocida en favor del [beneficiario] debía reajustarse anualmente, con independencia de lo ordenado en la Ley 6 de 1992, con el fin de mantener su poder adquisitivo, según lo ordenaron en su momento las leyes 4 de 1976, 71 de 1988 y 100 de 1993. No se discute que los reajustes procedían sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 (declarado inexecutable con los efectos ya anotados), esto es, que eran adicionales y compatibles con los aumentos de las pensiones previstos para el sector público, pues, precisamente, propendían por compensar la diferencia entre los incrementos de los salarios y de las pensiones que fueron reconocidos antes del año 1989 (...) El Decreto 2108 de 1992 dispuso que esta nivelación se realizaría gradualmente, en un 28% para las pensiones reconocidas antes de 1982 y en un 14% para las otorgadas entre 1982 y 1988, en este último caso, en dos incrementos del 7% anual en los años 1993 y 1994. Según lo acreditado en el proceso con el documento mediante el cual la UGPP reliquidó la pensión materia de debate en el año 2017 (...) Según lo previsto en la Ley 71 de 1988, el porcentaje de incremento de las pensiones sería igual al porcentaje de incremento del salario mínimo legal mensual (...) [L]os valores que se probó fueron pagados al causante de la pensión para los años 1993 y 1994 incluyeron, tal como lo sostiene la recurrente, los reajustes legales incluido el previsto en la Ley 6 de 1992 para nivelar las mesadas. En las referidas condiciones, la UGPP acreditó que la sentencia censurada reconoció al demandante un derecho que ya le había sido pagado en forma oficiosa por la entidad al causante de la pensión y, por tanto, no había lugar a reconocerlo nuevamente en favor de la beneficiaria de la pensión de sobreviviente”.

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / ACCIÓN DE REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO / COSTAS PROCESALES / CONDENA EN COSTAS / FALTA DE PRUEBA DE LA CAUSACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS**

**Problema jurídico 2:** *¿Resulta procedente la condena en costas en el recurso extraordinario de revisión bajo estudio al haberse declarado fundado?*

**Tesis 2:** “No se condenará en costas del recurso extraordinario en aplicación del numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso según el cual “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, lo cual no ocurrió en este caso”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Doce Especial de Decisión; sentencia del 28 de noviembre de 2022; C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 11001-03-15-000-2020-04294-00\(REV\)](#)

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

## **SALVAMENTO DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / SENTENCIA DE REVISIÓN / ACCIÓN DE REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / REQUISITOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN**

**Problema jurídico:** *¿En el presente caso se debió declarar infundado el recurso extraordinario de revisión, en la medida que la entidad encausó el recurso para subsanar las omisiones probatorias en las que incurrió en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, asunto que escapa al objeto de este medio excepcional?*

**Tesis:** “El recurso [extraordinario de revisión] se fundamentó en que, según la UGPP, la extinta CAJANAL reconoció de manera oficiosa los reajustes ordenados en la Ley 6.ª de 1992, reglamentada por el Decreto 2108 de 1992, a la pensión reconocida en favor del señor [R.R.C.] y, que posteriormente, empezó a pagar en el 100% a la señora [G.P.R.] como beneficiaria sobreviviente, bajo el argumento de que lo ordenado por el Consejo de Estado constituye un doble pago, ilegítimo. La Sala Doce Especial de Decisión encontró probado que [...] la sentencia censurada reconoció al demandante un derecho que ya le había sido pagado en forma oficiosa por la entidad al causante de la pensión y, por tanto, no había lugar a reconocerlo nuevamente en favor de la beneficiaria de la pensión de sobreviviente. (...) Al respecto, disiento de la decisión porque el recurso extraordinario de revisión resulta improcedente y, por ende, debió declararse infundado, en la medida en que la entidad encausó el recurso para subsanar las omisiones probatorias en las que incurrió en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, asunto que escapa al objeto de

este medio excepcional, toda vez que no fue previsto como una tercera instancia del trámite primigenio en donde se profirió la sentencia acusada. (...) Así las cosas, el debate sobre el reajuste pensional sí se surtió y se determinó que no fue reconocido como la propia entidad lo aceptó en la argumentación expuesta en el proceso ordinario y porque tampoco aportó pruebas que llevaran a concluir lo contrario. (...) En suma, considero que, en el presente caso, el recurso extraordinario de revisión se instrumentalizó para sanear las omisiones en el deber probatorio que le asistía a la entidad demandada, lo cual es contrario a la naturaleza excepcional de este medio de impugnación con el que se pretende aniquilar el atributo de la cosa juzgada de la sentencia de 5 de diciembre de 2019 emitida con fundamento en las pruebas legalmente arrojadas al proceso”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Doce Especial de Decisión; sentencia del 28 de noviembre de 2022; S.V. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-15-000-2020-04294-00\(REV\)](#)

**Salvamento de voto del consejero Oswaldo Giraldo López**

**SALVAMENTO DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / SENTENCIA DE REVISIÓN / ALCANCE DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / AUSENCIA DE LA CONFIGURACIÓN DE LAS CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / FINALIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / TÉCNICA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN**

*Problema jurídico: ¿En el trámite del recurso extraordinario de revisión procede la solicitud y el decreto de las pruebas que no fueron allegadas en el transcurso del proceso originario, para reabrir el respectivo debate probatorio?*

**Tesis:** “[L]o que aquí alega la UGPP debió exponerlo en el proceso ordinario, no en el recurso extraordinario de revisión, dado que este escenario no está diseñado para solicitar y decretar las pruebas que no fueron allegadas en el transcurso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que el juez resuelve el asunto con base en el principio de congruencia, lo que quiere significar que tiene en cuenta las alegaciones y pruebas de las partes. De tal manera que no puede concluirse que se configure una causal de revisión con fundamento en las probanzas que no fueron analizadas por los jueces de instancia. Por consiguiente, no es de recibo que se utilice el recurso extraordinario de revisión para convalidar lo que el recurrente omitió alegar en el proceso ordinario, contrariando sus actos propios y sacando provecho de su negligencia. Ello, porque además sorprende a la contraparte con pruebas que no pudieron ser debidamente controvertidas, desconociéndole en consecuencia su derecho a la defensa”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Doce Especial de Decisión; sentencia del 28 de noviembre de 2022; S.V. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-15-000-2020-04294-00\(REV\)](#)

**4. El Consejo de Estado, en el marco del control inmediato de legalidad, declaró ajustado a derecho la Resolución No. 777 del 2 de junio de 2021, “Por medio de la cual se definen los criterios y condiciones para el desarrollo de las actividades económicas, sociales y del Estado y se adopta el protocolo de bioseguridad para la ejecución de estas”, expedida por el Ministro de Salud y Protección Social.**

*Síntesis del caso: Mediante el control inmediato de legalidad, la Sala Plena de la Corporación, a través de la Sala Veinticuatro Especial de Decisión, estudió la legalidad de la Resolución No. 777 del 2 de junio de 2021, “Por medio de la cual se definen los criterios y condiciones para el*

*desarrollo de las actividades económicas, sociales y del Estado y se adopta el protocolo de bioseguridad para la ejecución de estas", expedida por el Ministro de Salud y Protección Social.*

## **CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIOS DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS FORMALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO OBJETO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD**

**Problema jurídico 1:** *¿La Resolución 777 de 2 de junio de 2021, expedida por el Ministro de Salud y Protección Social, satisface los presupuestos de validez formal para ser objeto del control inmediato de legalidad?*

**Tesis 1:** “[E]l examen de las medidas objeto de control inmediato de legalidad por parte del Consejo de Estado involucra los siguientes aspectos: 1. Formal. (i) Relacionado con el carácter general de la medida, (ii) que emane de autoridad nacional, (iii) dictada en ejercicio de la función administrativa y (iv) en desarrollo de los decretos legislativos expedidos durante el estado de excepción. 2. Material o sustancial. Comprende la conexidad, que se expresa en que la medida objeto de examen «deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos» y cuyo propósito sea «alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente», como lo determinan los artículos 10 y 11 de la mencionada Ley 137 de 1994, al igual que la proporcionalidad, es decir, que «Las medidas expedidas durante los estados de excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar» (artículo 13 ibidem). (...) Examinado el acto administrativo, evidencia la Sala que satisface los presupuestos legales para el control inmediato de legalidad por parte de esta Corporación, puesto que fue proferido por autoridad nacional, esto es, el Ministerio de Salud y Protección Social, a través del titular de la cartera, en ejercicio de la función administrativa y en desarrollo del Decreto legislativo 539 de 13 de abril de 2020 (...). En desarrollo del anterior marco normativo de excepción, el Ministerio expidió la Resolución objeto de control de legalidad, como decisión de carácter general, abstracto e impersonal del orden nacional, en cuanto, por mandato superior, determina los criterios y condiciones para el desarrollo de las actividades económicas, sociales y del Estado, incluido el sector de educación, y adopta el protocolo general de bioseguridad, que permite el desarrollo de estas, aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, sectores económicos y sociales, entidades públicas y privadas del país, con la finalidad de superar la pandemia causada por el virus COVID-19. El acto administrativo fue publicado en el diario oficial 51.694 de 3 de junio de 2021, con lo que satisface los presupuestos de publicidad, vigencia y oponibilidad de las decisiones administrativas de naturaleza general, consagrados en el artículo 65 del CPACA. Por otra parte, la Resolución controlada está dotada de los elementos externos que la individualizan, como número, fecha de expedición, vigencia, identificación de las atribuciones constitucionales y legales que autorizan su expedición, motivación fáctica y jurídica, articulado y firma de la autoridad competente. La medida adoptada se profirió en el marco de la vigencia de la emergencia sanitaria en el territorio nacional, declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución 385 de 12 de marzo de 2020, prorrogada por las 844, 1462 y 2230 de 2020 y 222 y 738 de 2021 (hasta el 31 de agosto del mismo año), con lo cual satisfizo el elemento temporal para su emisión, previsto en el Decreto legislativo 539 de 13 de abril de 2020 (artículo 1°) (...)”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la exequibilidad del Decreto Legislativo 539 de 2020, ver: Corte Constitucional, sentencia C-205 de 25 de 2020, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

## **CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIO DE NECESIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD**

**Problema jurídico 2:** *¿La Resolución 777 de 2 de junio de 2021, expedida por el Ministro de Salud y Protección Social, satisface el criterio de necesidad respecto a las causas que generaron la declaratoria del estado de excepción?*

**Tesis 2:** “[L]as medidas adoptadas resultan necesarias para mitigar las repercusiones negativas económicas y sociales producidas en el país por la pandemia ocasionada por el virus COVID-19, al permitir la apertura gradual de los sectores productivos, acompañada de directrices preventivas de bioseguridad contra la expansión del virus, en consonancia con lo que ordenó el Decreto legislativo 539 de 13 de abril de 2020. (...) Comoquiera que el desarrollo adecuado de la economía nacional impacta positivamente para alcanzar la superación de la pandemia causada por el virus COVID-19, resultaban indispensables las medidas adoptadas, toda vez que están encaminadas a procurar la protección y prevención del contagio en todas las actividades económicas, sociales y de los sectores de la administración pública, y contribuyen

a garantizar los derechos sociales de los trabajadores, así como el desempeño de las labores en condiciones dignas, justas y de bioseguridad”.

### **CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / PRINCIPIO DE FINALIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD**

*Problema jurídico 3: ¿La Resolución 777 de 2 de junio de 2021, expedida por el Ministro de Salud y Protección Social, satisface el criterio de finalidad respecto a las causas que generaron la declaratoria del estado de excepción?*

**Tesis 3:** “[L]a medida desarrollada por el Ministerio de Salud y Protección Social está orientada a contrarrestar los efectos económicos adversos producto de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio; contribuye directa y específicamente a conjurar las causas de la perturbación generada por la pandemia causada por el virus COVID-19 y a impedir la extensión de sus efectos, propósito que consagra el aludido Decreto legislativo 539 de 2020, que la sustentan. La adopción de este protocolo de bioseguridad, dice la Corte Constitucional, está encaminada a conjurar la grave situación generada por la pandemia del virus COVID-19, habida cuenta de que la creación de instructivos es un presupuesto dirigido a controlar el contagio y minimizar los riesgos a los cuales se ve expuesta la población ante la reactivación de los sectores de la economía y la administración pública, con posterioridad al aislamiento preventivo obligatorio. Las determinaciones adoptadas en el acto controlado satisfacen, de igual modo, el juicio de finalidad, al adicionar que la vigilancia y cumplimiento de las normas dispuestas en él estará a cargo de las secretarías municipales, distritales y departamentales competentes según el sector, o la entidad que haga sus veces, sin perjuicio de la función de vigilancia sanitaria que deben realizar las secretarías de salud de esos mismos entes territoriales, que, en caso de incumplimiento, deberán informar a las direcciones territoriales del Ministerio del Trabajo”.

### **CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD**

*Problema jurídico 3: ¿La Resolución 777 de 2 de junio de 2021, expedida por el Ministro de Salud y Protección Social, satisface el juicio de proporcionalidad respecto a las causas que generaron la declaratoria del estado de excepción?*

**Tesis 3:** “El acto enjuiciado también supera el juicio de proporcionalidad<sup>14</sup>, no solo por lo que se acaba de exponer, sino por su idoneidad para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo, cual es el de contribuir a proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, derechos y libertades por parte de las autoridades de la República, razón de ser del Estado social de derecho, como lo consagran los artículos 1° y 2° de la Constitución Política; en particular se pretende que, en la medida en que los sectores económicos de la sociedad y de la administración pública abandonen paulatinamente el confinamiento, se proteja a los trabajadores y a la misma sociedad del riesgo del contagio y de la expansión del virus COVID-19. (...) [C]oncluye la Sala que la determinación del ente estatal no se advierte arbitraria, desproporcionada o irrazonable; no contiene limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales y las medidas que adopta como desarrollo del Decreto legislativo 539 de 2020 resultan congruentes con la gravedad de los hechos que originaron la crisis. Lo expuesto descarta, de contera, que la autoridad administrativa haya incurrido en falsa motivación<sup>16</sup> del acto controlado o en desviación de poder, en atención a que su promulgación se tornó necesaria, proporcionada frente a las circunstancias que lo originaron, razonada y razonable y guarda evidente conexidad con los decretos legislativos que le sirvieron de fundamento y las normas constitucionales citadas”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veinticuatro Especial de Decisión; sentencia del 13 de diciembre de 2022; C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 11001-03-15-000-2021-04180-00\(CA\)](#)

## **5. La causal de pérdida de investidura por la violación de los límites al monto de gastos fijados por el Consejo Nacional Electoral, procederá siempre que**

**se acrediten que el candidato fue elegido por voto popular para una corporación pública; que el elegido infringió el tope de gastos de campaña conforme a la proporción que le corresponda del límite fijado para la lista con voto preferente y que la infracción del límite al monto de gastos devino a consecuencia de que la persona obró con la intención, el querer o la voluntad de quebrantar la ley o que fue negligente o descuidado y no tomó las medidas necesarias para evitar que ello ocurriera.**

*Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra de la congresista Ana Paola García Soto, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por una presunta violación de los límites a los montos de gastos de la campaña electoral por el partido de la U, para el periodo 2022-2026, fijados por el Consejo Nacional Electoral.*

**PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / VIOLACIÓN DE TOPES MÁXIMOS DE FINANCIACIÓN DE LA CAMPAÑA ELECTORAL / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO / EXCEPCIÓN PREVIA / AUTO QUE NIEGA LA EXCEPCIÓN PREVIA**

*Problema jurídico 1: ¿El Consejo de Estado es competente para determinar si hubo violación a los topes de financiación de campañas en el marco de un proceso de pérdida de investidura adelantado en contra de un congresista?*

**Tesis 1:** “[N]o le asiste razón al apoderado de la congresista acusada cuando pretende condicionar el ejercicio de la acción de pérdida de investidura “contra congresistas” por violación del límite al monto de gastos de campaña, a la culminación del trámite administrativo de evaluación del informe de financiación y gastos, porque, conforme a lo expuesto en precedencia, este mecanismo judicial puede ser ejercitado por cualquier ciudadano que considere configurada la causal de pérdida de investidura sin que se requiera, como requisito de procedibilidad, decisión administrativa que declare la infracción de los topes. Tampoco es posible equiparar la acción de pérdida de investidura con la de pérdida del cargo, como lo sugiere la parte acusada, porque en los términos del artículo 26 de la ley 1475 de 2011, la legitimación para el ejercicio de la acción de “pérdida del cargo” la tiene exclusivamente el CNE, “una vez establece la violación de los límites al monto de gastos”; por tanto, no resulta válido considerar que esa acción especial habilitada para un organismo estatal tiene el alcance de limitar el ejercicio de la acción pública de pérdida de investidura. Por lo expuesto, la Sala desestimaré la falta de competencia alegada por el apoderado de la acusada, dado que en el asunto bajo examen la Constitución Política prescribe en forma expresa que la violación del tope máximo de gastos de campaña configura una causal de pérdida de investidura que puede alegar cualquier ciudadano en ejercicio de dicha acción pública, por tanto, corresponde al Consejo de Estado decretarla cuando la encuentre debidamente acreditada (art. 184 C.P.)”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la concurrencia de la acción de "pérdida del cargo" y el medio de control de nulidad en contra del acto que declara la violación de topes, ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 1 de diciembre de 2016, expediente 2015-00006-01.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la concurrencia de los medios de control de nulidad electoral y pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 16 de mayo de 2019, expediente 2018-00084-00.

**PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / VIOLACIÓN DE TOPES MÁXIMOS DE FINANCIACIÓN DE LA CAMPAÑA**

## ELECTORAL / INEPTITUD DE LA DEMANDA / IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA / EXCEPCIÓN PREVIA / AUTO QUE NIEGA LA EXCEPCIÓN PREVIA

**Problema jurídico 2:** *¿La acción de pérdida de investidura bajo estudio incurrió en una ineptitud de la demanda por falta de agotamiento del procedimiento administrativo de evaluación del informe de ingresos y gastos de campaña a cargo del Consejo Nacional Electoral, por la violación del tope máximo de financiación de la campaña electoral?*

**Tesis 2:** “[L]a Sala reitera las razones que motivaron la desestimación de la excepción de falta de competencia, dado que está claro que ni la Constitución Política ni la ley prescriben un condicionamiento para el ejercicio de la acción de pérdida de investidura, lo que sí establecen es su naturaleza autónoma, pública y sancionatoria, características que, por sí mismas, desligan ese mecanismo judicial de la actuación administrativa concerniente a la evaluación de informes de ingresos y gastos de campaña. Al respecto, vale reiterar que la culminación del trámite administrativo de evaluación de informes con hallazgo de violación de tope de gastos habilita al CNE para incoar la solicitud de desinvestidura del congresista que incurre en esa conducta, pero no condiciona su presentación a la culminación de esa actuación, precisamente, porque el carácter público de la acción de pérdida de investidura faculta a “cualquier ciudadano”<sup>28</sup> para ejercerla. En ese orden, la excepción de “falta de agotamiento de la vía administrativa” también será desestimada”.

## PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / VIOLACIÓN DE TOPES MÁXIMOS DE FINANCIACIÓN DE LA CAMPAÑA ELECTORAL

**Problema jurídico 3:** *¿La representante a la Cámara Ana Paola García Soto incurrió en la causal de pérdida de investidura consistente en la “violación de los topes máximos de financiación de las campañas” y “límites al monto de gastos” prevista en los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475 de 2011?*

**Tesis 3:** “[L]a causal de pérdida de investidura por la violación de los límites al monto de gastos fijados por el Consejo Nacional Electoral, procederá siempre que se acrediten los siguientes presupuestos: (i) que el candidato fue elegido por voto popular para una corporación pública; (ii) que el elegido infringió el tope de gastos de campaña conforme a la proporción que le corresponda del límite fijado para la lista con voto preferente, lo que resulta de dividir el monto total del gasto en que incurrió la lista por el número de los integrantes de la lista (elemento objetivo); (iii) que la infracción del límite al monto de gastos devino a consecuencia de que “la persona obró con la intención, el querer o la voluntad de quebrantar. (...) [L]a conclusión que el demandante dedujo de las dos proposiciones analizadas, esto es, que la representante a la Cámara por el departamento de Córdoba Ana Paola García Soto violó el tope máximo de gastos de campaña y, por ende, incurrió en causal de pérdida de investidura, fue soportada en premisas carentes de demostración, pues no existe prueba idónea que acredite la realización de actos públicos en número superior al reportado ante la autoridad electoral que, sumado con los demás ítems arroje un valor superior al total reportado por la suma de trescientos quince millones trescientos cuarenta mil sesenta y ocho pesos (\$ 315.340.068). Además, tampoco acreditó el actor que los supuestos eventos políticos no reportados hayan superado el límite de los montos de gastos previsto en la Resolución 0227 de 2021 del CNE, que para la lista a la Cámara de Representantes del partido de la U por el departamento de Córdoba ascendía a la suma de mil ciento veintiuno millones doscientos cuarenta y cinco mil quinientos noventa y un pesos (\$ 1.121.245.591), por cada uno de los cinco candidatos que la conformaban. (...) [L]o que muestran las pruebas recaudadas bajo la óptica de la sana crítica, es que la señora Ana Paola García Soto no incurrió en la causal de pérdida de investidura consistente en la “violación de los topes máximos de financiación de las campañas” y “límites al monto de gastos” prevista en los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475 de 2011. En ese orden, como no se encontró acreditado el elemento objetivo de la conducta constitutiva de pérdida de investidura, la Sala queda relevada de examinar el factor subjetivo de la causal, esto es, la culpabilidad en la violación de los topes máximos de financiación y gastos de las campañas electorales consistente en determinar “si la persona obró con la intención, el querer o la voluntad de quebrantar la ley o que fue negligente o descuidado y no tomó las medidas necesarias para evitar que ello ocurriera”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecisiete Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 25 de enero de 2023; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 11001-03-15-000-2022-04767-00\(PI\)](#)

**6. En el proceso de pérdida de investidura no es posible realizar un nuevo análisis sobre el aspecto objetivo de configuración de la causal alegada cuando el asunto ya cuenta con una decisión ejecutoriada y en firme en el marco de una nulidad electoral, la que, por expresa disposición legal, constituye cosa juzgada respecto del proceso de pérdida de investidura.**

*Síntesis del caso:* En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra de la congresista María del Mar Pizarro García, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por una presunta violación del régimen de inhabilidades, específicamente por estar inscrita de forma simultánea y por el mismo grupo político por el que participó su hermana, como candidata a una corporación pública cuya elección se realizó en la misma fecha, cargo por el que finalmente resultó electa.

**ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / DIFERENCIA ENTRE PÉRDIDA DE INVESTIDURA Y PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL / EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA EN EL PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / COSA JUZGADA EN EL PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA**

*Problema jurídico:* ¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se configuró la excepción de cosa juzgada toda vez que contra de la congresista demandada y por las mismas razones fue promovida una acción de nulidad electoral que ya fue decidida por la Sección Quinta del Consejo de Estado?

*Tesis:* “Esta causal, conocida comúnmente como “coexistencia de inscripciones”, tiene como fin evitar prácticas que signifiquen nepotismo, de manera que grupos o clanes familiares no puedan ocupar cargos de elección popular de manera simultánea, a efectos de conformar dinastías políticas o afines. Su materialización, en lo que al aspecto objetivo concierne, exige la acreditación de los siguientes elementos: • La existencia del vínculo que establece la norma (matrimonio o unión permanente) o del parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; • La inscripción al cargo de elección popular por parte de los parientes o vinculados por un mismo partido, movimiento o grupo político; y • La elección que debe ser realizada en una misma fecha. Además, esta Corporación ha entendido que la inhabilidad recae sobre la segunda persona que realice la inscripción, pues es en ese momento en el que se genera la denominada coexistencia de inscripciones. (...) [E]s claro que en el sub examine se materializan todos los elementos para decretar el acaecimiento de la cosa juzgada, como quiera que al contrastar los supuestos del proceso de nulidad electoral 11001-03-28-000-2022-00128-00 antes descritos con los del proceso de pérdida de investidura 11001-03-15-000-2022-02702-00 que fueron reseñados en los antecedentes de esta providencia, se advierte que entre uno y otro existe: i) identidad de partes, tanto en el extremo activo como en el pasivo de la litis; ii) identidad de objeto, pues los hechos en los que se fundan uno y otro medio de control son exactamente los mismos, esto es, los referidos a la inscripción de la candidatura de la señora María del Mar Pizarro como congresista para el periodo constitucional 2022-2026; e iii) identidad de causa, en tanto en los dos se alega la configuración de la misma causal de inhabilidad, esto es, la contemplada en el numeral 6° del artículo 179 Superior. (...) En consecuencia, no es posible que esta Sala Especial efectúe un nuevo análisis sobre la existencia de la inhabilidad atribuida a la congresista Pizarro García, pues ese asunto ya cuenta con una decisión ejecutoriada y en firme que, por expresa disposición legal, constituye cosa juzgada respecto de este

proceso de pérdida de investidura en lo que hace al aspecto objetivo de configuración de la causal.”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre las figuras del non bis in ídem y cosa juzgada en los procesos de pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de octubre de 2021, radicación 68001-23-33-000-2020-00829-01; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 25 de febrero de 2021, radicación: 25000-23-15-000-2019-00217-01(PI); Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de abril de 2019, radicación 11001-03-28-000-2018-00080-00 (Acumulado) y Consejo de Estado, Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia de 21 de enero de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2019-01604-00.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas por "coexistencia de inscripciones", ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de febrero de 2009, radicación 080001-23-31-000-2004-00093-02; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de mayo de 2015, radicación: 11001-03-28-000-2014-00113-00; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de agosto de 2015, radicación: 11001-03-15-000-2014-02211-00 (Acumulado); Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de septiembre de 2015, radicación: 11001-03-28-000-2014-00095-00; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de febrero de 2016, radicación: 50001-23-33-000-2015-00128-01; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 6 de abril de 2017, radicación: 05001-23-33-000-2016-00092-01 y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de septiembre de 2020. Radicación 54001-23-33-000-2019-0345-01.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Dieciséis Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 12 de diciembre de 2022; C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2022-02702-00\(PI\)](#)

SECCIÓN  
PRIMERA

  
CONSEJO DE ESTADO  
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL



**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

## **1. Incurre en causal de pérdida de investidura quien aspira por elección popular al cargo de alcalde municipal y por haber ocupado el segundo lugar en la votación, manifiesta su decisión de aceptar la curul al concejo municipal, pero, sin justa causa, no toma posesión del cargo.**

*Síntesis del caso: Se solicitó que se despojara de su investidura al ciudadano Jesús Antonio Méndez Acuña, designado a ocupar la curul de concejal del municipio de San Zenón, Magdalena, período 2020 - 2023, por haber obtenido la segunda votación en la elección para alcalde del mismo municipio, con fundamento en que incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por no haber tomado posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación del concejo municipal.*

**PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CONCEJAL / TOMA DE POSESIÓN DEL CONCEJAL / ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ELECCIÓN UNINOMINAL / ELECCIÓN DEL ALCALDE / PRINCIPIO DEMOCRÁTICO / ESTATUTOS DE LA OPOSICIÓN / CONCEJAL LLAMADO A OCUPAR EL CARGO / INSTALACIÓN DEL CONCEJO MUNICIPAL / POSESIÓN DEL CONCEJAL / NO TOMAR POSESIÓN / INEXISTENCIA DE LA FUERZA MAYOR / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / IGNORANCIA DE LA LEY / BUENA FE CALIFICADA / ERROR DE TIPO INVENCIBLE / CULPA GRAVE / DEBER DE DILIGENCIA / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONCEJAL**

*Problema jurídico: ¿Incurre en causal de pérdida de investidura la persona que aspiró por elección popular al cargo de alcalde municipal y por haber ocupado el segundo lugar en la votación manifestó su decisión de aceptar la curul al concejo municipal, pero sin justa causa no tomó posesión del cargo?*

**Tesis:** De la literalidad de la disposición que establece la causal invocada, se desprende que deben estar reunidos los siguientes elementos: (i) Que el acusado haya sido designado como concejal. (ii) Que no se posea en el cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de la instalación del concejo o a la fecha en que sean llamados a posesionarse. Examinados en el caso concreto, se observa: - El acusado fue designado como concejal: Está acreditado en el proceso que el señor Jesús Antonio Méndez Acuña fue designado concejal del municipio de San Zenón, Magdalena, por el partido Centro Democrático, para el período constitucional 2020-2023, por haber obtenido la segunda mayor votación para el cargo de alcalde, y al manifestar por escrito que aceptaba la curul al concejo, según consta en el formulario E- 26 CON expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil. [...] Del inciso tercero de la precitada norma se desprende que, solo una vez se manifiesta la aceptación, la autoridad electoral le expide la credencial de concejal a quien ocupó el segundo puesto en las votaciones de alcalde municipal. [...] Conforme con lo anterior, la Sala concluye que este requisito se cumple, por cuanto el señor Jesús Antonio Méndez Acuña ocupó el segundo puesto en la votación para alcalde del municipio de San Zenón, Magdalena, período 2020 – 2023, y manifestó por escrito su decisión de aceptar la curul al concejo municipal como derecho que le otorgó el Estatuto de la Oposición y, por ello, la Registraduría Nacional, mediante el formulario E26, lo declaró electo como concejal de ese municipio. - Que no se haya posesionado en el cargo dentro del término señalado en la ley: Frente a este elemento se tiene que, en el Acta nro. 01-2020 del 14 de septiembre de 2020 del concejo municipal de San Zenón, Magdalena, consta que se instaló y tomaron posesión del cargo los concejales electos con excepción del señor Jesús Antonio Méndez Acuña. [...] Los razonamientos anteriores permiten deducir que, quien acepta la designación como concejal porque ha quedado en segundo lugar en la votación para la alcaldía, queda a partir de ese momento sujeto a todas las causales de pérdida de investidura que taxativamente estén previstas para los concejales, precisamente porque, a partir del momento de la aceptación, ya tiene vocación de desempeñarse en ese cargo, y no en otro, en condiciones de igualdad con los demás concejales. Por consiguiente, no le asiste razón al acusado al considerar que los elementos estructurales de la causal no se configuran en su caso,

ya que aceptó de manera expresa la designación como concejal, por lo que estaba en la obligación de cumplir en lo sucesivo los deberes que el cargo le impone; uno de los cuales era posesionarse, ya sea dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de la instalación del concejo, o a la fecha en que fueren llamados para ello. Por lo tanto, al estar probado que el señor Méndez Acuña no tomó posesión como concejal, este requisito también se acredita. Por otra parte, el parágrafo primero del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 establece un eximente de responsabilidad para la causal que aquí se endilga, consistente en que no se configura cuando medie fuerza mayor; [...] En asunto bajo examen, el concejal electo no alegó ningún hecho constitutivo de fuerza mayor, puesto que se limitó a indicar, en el escrito radicado el 8 de septiembre de 2020, que "(...) no es mi intención tomar posesión del cargo de concejal que me asiste según los derechos de la oposición, teniendo en cuenta que obtuve la segunda votación para el cargo de elección de alcalde avalado por el partido centro democrático con 3.180 sufragios. // Por lo anterior solicito que se poseione en mi lugar a quien le corresponda de acuerdo a los datos certificados por la Registraduría Nacional del Estado – Civil comisión escrutadora departamental". De modo que lo que se comprueba es que el señor Méndez Acuña decidió de manera voluntaria no posesionarse como concejal, sin mencionar razón alguna para ello; lo que, a todas luces, no constituye fuerza mayor, por no tener la característica de imprevisible, ni comportar el requisito de irresistible. [...] Elemento subjetivo [...] La Sala estima que el concejal acusado incurrió en la causal de pérdida de investidura, pues su actuación fue negligente ya que, pese a que indica que no tenía la intención de aceptar la curul, el hecho es que manifestó de manera expresa su aceptación de la misma y luego de ello, sin aducir razones de fuerza mayor, no tomó posesión del cargo, por lo que no obró con la diligencia debida para establecer si, luego de aceptar la curul de concejal de manera expresa, podía renunciar a la misma y no tomar posesión; y tampoco se observa que su conducta esté justificada en la buena fe calificada.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 1 de diciembre de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 47001-23-33-000-2021-00025-01.](#)

## **2. Sanción de la Superintendencia de Industria y Comercio por incurrir en acuerdos continuados restrictivos de la competencia que tenían por objeto la fijación de precios de compra de caña destinada a la producción de azúcar y de alcohol carburante**

*Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para obtener la nulidad de las resoluciones expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de las cuales se impuso multa a varios Ingenios y dos de sus representantes legales, por infringir el artículo 1º de la Ley 155 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153, así como el numeral 16 del artículo 4º del citado decreto; y, el consecuente, restablecimiento del derecho.*

**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO / SANCIÓN / ACUERDO VIOLATORIO DE LA LIBRE COMPETENCIA / ACUERDO DE PRECIOS / PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN / ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

*Problema jurídico1: [E]stablecer la legalidad de las resoluciones núms. 6839 de 9 de febrero de 2010 y 42411 de 13 de agosto de 2010, expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio, por medio de las cuales, respectivamente, se impuso a las empresas INGENIO PROVIDENCIA S.A., INGENIO CARMELITA S.A., INGENIO DEL CAUCA S.A., INGENIO PICHICHI S.A., INGENIO RISARALDA S.A. y MAYAGUEZ S.A. una multa de \$1.030.000.000,00, por infringir el artículo 1º de la Ley 155 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153; se sancionó con una multa de \$154.500.000,00 a los señores MAURICIO IRAGORRI RIZO, representante legal del INGENIO MAYAGUEZ S.A., y CÉSAR AUGUSTO ARANGO, representante legal del INGENIO RISARALDA S.A., por violar las citadas disposiciones, así*

*como el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153; y se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera Resolución, en el sentido de confirmar la decisión recurrida.*

**Tesis 1:** Para la Sala, en el presente caso, sí existió congruencia entre los cargos formulados en la resolución de apertura de investigación y la conducta objeto de la resolución de imposición de la sanción. [...] De acuerdo con lo anterior, existió congruencia entre la resolución de apertura de investigación y la que impuso la sanción, en lo correspondiente a los cargos formulados o la conducta imputada a las empresas INGENIO PROVIDENCIA S.A., INGENIO CARMELITA S.A., INGENIO DEL CAUCA S.A., INGENIO PICHICHI S.A., INGENIO RISARALDA S.A. y MAYAGUEZ S.A., en tanto que ambos actos administrativos coinciden en establecer que dicha conducta consiste en que los Ingenios investigados en mención infringieron la prohibición general, prevista en el artículo 1º de la Ley 155, y el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153, por haber incurrido en un acuerdo para la fijación de los precios pagados por la caña de azúcar, destinada a la producción de azúcar, como para la producción de alcohol carburante. Al respecto, cabe precisar que tanto en la resolución de apertura de investigación, como en la que impuso la sanción, se hizo referencia a que la conducta imputada contravenía tanto el artículo 47, numeral 1, del Decreto 2153, como la prohibición general, prevista en el artículo 1º de la Ley 155. Es del caso destacar que en el fallo sancionatorio, esto es, en la Resolución núm. 6839 de 9 de febrero de 2010, "Por la cual se impone una sanción", se indicó, en la parte considerativa, con precisión que habían concurrido los elementos para encontrar probada la prohibición general señalada en el artículo 1º de la Ley 155, por cuanto los Ingenios investigados realizaron acuerdos para la fijación del precio de compra de caña, contrarios a la libre competencia, de acuerdo con lo señalado en el artículo 47, numeral 1, del Decreto 2153. Para el efecto, se explicó con claridad que la referida prohibición general se contraviene o infringe cuando se realizan conductas contrarias a la libre competencia, que la restringen o la limitan, entre ellas, las indicadas en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153, habida cuenta de que el citado artículo 1º de la Ley 155 comprende cualquier práctica que restrinja la libre competencia o anticompetitiva; y que si la autoridad concluye que una conducta es anticompetitiva, al menos se estaría violando la disposición de prohibición general del artículo 1º de la Ley 155. [...] Por lo tanto, no es cierto que el fallo sancionatorio, en la parte considerativa, desarrolló lo relacionado con la fijación de cualquier precio, esto es, la conducta descrita en el artículo 47, numeral 1, del Decreto 2153, pero no lo referente a si habían concurrido o no los elementos para encontrar probada la infracción prevista en el artículo 1º de la Ley 155, conforme lo sostuvo el Tribunal, en la sentencia apelada. Además, se debe aclarar que en manera alguna se puede sostener que la imputación del artículo 1º de la Ley 155, realizada por la entidad demandada, se refirió a que los Ingenios investigados hayan participado en un acuerdo para la fijación de precios inequitativos, como se mencionó en la sentencia apelada, ya que ni en la resolución de apertura ni en el acto por el cual se impuso la sanción, se hizo referencia a la prohibición en tal sentido, sino al hecho de que incurrieron en el comportamiento prohibido en dicho artículo 1º de la Ley 155, en tanto realizaron acuerdos contrarios a la libre competencia, al fijar precios de la caña de azúcar, en la modalidad de prácticas concertadas, de manera conjunta, y no de manera independiente por cada uno. No puede perderse de vista que el artículo 1º de la Ley 155 no solo prohíbe los acuerdos o prácticas tendientes a limitar la libre competencia que tengan por objeto determinar precios inequitativos, sino, en general, toda clase de acuerdos, prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia. [...] De conformidad con lo señalado en la anterior sentencia, que la Sala también prohíja, cuando se incurre en la violación del artículo 47, numeral 1 del Decreto 2153, por realizar acuerdos que tienen por objeto la fijación de precios, es decir, acuerdos contrarios a la libre competencia o anticompetitivos, como los que fueron objeto de investigación y sanción en este caso, también se infringe lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 que, se reitera, constituye una prohibición genérica contra todas las conductas restrictivas de la competencia o que la limitan. [...] Ahora, en lo concerniente a los señores MAURICIO IRAGORRI RIZO, representante legal del INGENIO MAYAGUEZ S.A., y CÉSAR AUGUSTO ARANGO, representante legal del INGENIO RISARALDA S.A., se considera que también existió congruencia o concordancia entre la resolución de apertura de investigación y la que impuso la sanción, en lo correspondiente a la conducta imputada, toda vez que ambos actos administrativos coinciden en establecer que los mencionados investigados incurrieron en tolerar acuerdos para la fijación de los precios de la caña de azúcar, contrarios a la libre competencia, así como en la responsabilidad prevista en el artículo 4º, numeral 16, del Decreto 2153.

**IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / CARGO DE NULIDAD ALEGADO / DEMANDA / DEVOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE / JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema jurídico 2:** *¿Se debe devolver el expediente al Tribunal de origen para que se pronuncie sobre los demás cargos de nulidad que no fueron objeto análisis de la sentencia proferida, en primera instancia?*

**Tesis 2:** [L]a Sala encuentra que no es posible emitir pronunciamiento sobre los demás reproches de nulidad elevados por la parte actora, dado que aquellos no fueron analizados por el Tribunal, autoridad a la que le correspondía adelantar dicho estudio, amén de que no fueron objeto de los recursos de apelación; y sabido es que la competencia del ad quem está delimitada por el recurso de alzada. Al respecto, cabe resaltar que la Sección ha señalado que la imposibilidad de abordar censuras en segunda instancia, que no fueron analizadas en primera, no constituye una omisión sino, por el contrario, la garantía de los principios de limitación de la competencia del Juez superior, de la doble instancia y del debido proceso, toda vez que “[...] resolver de fondo la controversia en la segunda instancia, implica reemplazar al a quo en el estudio de los cargos de la demanda que no realizó y equivale a convertirla en única instancia, privando a la parte desfavorecida del derecho fundamental de ejercer legítimamente su defensa, íntimamente ligado al debido proceso y al acceso a la Administración de Justicia [...]”. En este orden de ideas, acogiendo la reiterada tesis de la Sala, se remitirá el presente expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que fungió como juez de primera instancia de esta causa, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia, para que se pronuncie respecto de los demás cargos que fueron objeto de demanda y registre proyecto dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la recepción del expediente, en los términos del artículo 211 del CCA.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 1 de diciembre de 2022; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 25000-23-24-000-2011-00170-01 \(Acumulados\).](#)

### **3. Se declara la nulidad parcial de la Directiva Presidencial 001 de 2010, relacionada con la garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales.**

**Síntesis del caso:** *Se presentó demanda para obtener la nulidad de la Directiva Presidencial 001 de 2010, expedida por el Presidente de la República y que fue presentada por el Consejo Comunitario de la Organización Popular y Campesina del Alto Atrato - Cocomopoca, por el Foro Interétnico Solidaridad Chocó, por la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", por la Corporación Jurídica Etnias y por el Centro de Estudios para la Justicia Social - Tierra Digna, por considerar que incurrió en las causales de falta de competencia, expedición irregular y desconocimiento de los artículos 2°, 4°, 7°, 8°, 29, 40 (numeral 2°), 93°, 330 (parágrafo) de la Constitución Política, y de los artículos 2°, 3°, 6°, 7° y 8° del Convenio 169 de 1989 de la OIT, aprobados a través de la Ley 21 de 1991.*

**DIRECTIVA PRESIDENCIAL / DERECHO A LA CONSULTA PREVIA / GRUPO ÉTNICO / CONSULTA PREVIA DEL GRUPO ÉTNICO / CONVENIO 169 DE LA OIT / PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA / DERECHOS FUNDAMENTALES / FALTA DE COMPETENCIA EN LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INFRACCIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

**Problema jurídico1:** *[D]eterminar: i) Si la Directiva Presidencial 001 está viciada de nulidad por cuanto reguló presuntamente el núcleo central del derecho fundamental a la consulta previa, vulnerando los artículos 2°, 7° y 152 de la Constitución Política e invadiendo la órbita de competencias del legislador estatutario en el marco de alguno de los componentes reglamentarios.*

**Tesis1:** [E]n lo que atañe al derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos de nuestro país, el artículo 152 de la Constitución Política debe leerse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 330 superior y con lo señalado en el literal b) del artículo 2° del Convenio 169, que forma parte del bloque de constitucionalidad. En virtud de esas normas superiores el Gobierno nacional es directamente responsable de: (i) propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones que los afecten en materia de explotación de recursos naturales, y de (ii) «establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente (...) en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan». Significa lo anterior que, en los términos del artículo 152 superior, el legislador es el único competente para expedir las leyes estatutarias encaminadas a limitar,

restringir, condicionar, prohibir o fijar los alcances, el ámbito de aplicación o el ámbito de prerrogativas derivadas del derecho fundamental a la consulta previa. Sin embargo, en lo que atañe al desarrollo de los medios y mecanismos a través de los cuales los pueblos interesados participarán libremente en la toma de decisiones, el Gobierno nacional detenta tales responsabilidades. Con base en lo expuesto, y luego de revisar los apartes de la directiva presidencial que son objeto de control de legalidad, se advierte que la segunda oración del párrafo 2 del capítulo 1, así como los literales a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k) y l) del capítulo 2 y los literales f), g) y h) el capítulo 4, prevén órdenes reglamentarias del Convenio 169 aprobado a través de la Ley 21, encaminadas a promover la participación de los «Grupos Étnicos Nacionales» en las decisiones que les conciernen, sin exceder la órbita de competencias del Gobierno nacional. Así, el inciso segundo del título 1° indica que la intervención de los representantes de los proyectos y del Ministerio del Interior y de Justicia es necesaria para garantizar la materialización de ese derecho, y establece como un medio para lograr tal fin que esos representantes participen activamente durante el proceso de consulta previa y que sufraguen dichas instancias. [...] Es claro que un mecanismo idóneo para propiciar el desarrollo de los procesos consultivos es el consistente en que los mismos interesados en ese diálogo (bien se trate de particulares o de las entidades públicas titulares de los proyectos y programas) financien los costos que derivan de su materialización y se comuniquen asertivamente respetando las diferencias culturales. Cabe agregar que esto no significa que tales sujetos dirijan el proceso consultivo, pues la misma directiva presidencial acusada señala cuál es el rol que desempeña el Ministerio del Interior en la materia, reproduciendo las competencias enunciadas por los Decretos 1320 de 1998 y 2893 de 2011. De otro lado, la Sala encuentra que los literales a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k) y l) del capítulo 2 de la Directiva 001, están reglamentando los artículos 2, 3 y 6 del Convenio 169 aprobado a través de la Ley 21, sin desconocer otros preceptos de la misma disposición, en tanto las acciones presidenciales previstas en ese capítulo reseñan de forma enunciativa y no taxativa los asuntos que pueden ser objeto de consulta. Nótese que el literal l) del capítulo 2 prevé que las acciones que serán objeto de consulta, identificadas en ese acápite, son enunciativas y no taxativas, [...] Cabe indicar que el Convenio 169 de la OIT enunció cuáles son los derechos humanos y libertades fundamentales de «los pueblos indígenas y tribales» y, por eso, el Presidente de la República podía impartir órdenes tendientes a materializar el contenido de esos preceptos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Es decir que el acápite 2 de la Directiva reiteró el contenido de la Ley 21 aprobatoria del convenio, sin desconocer los demás derechos y escenarios previstos en ese instrumento internacional o los que el legislador adopte en el futuro y, por ende, el Presidente en ese apartado no infringió las competencias del legislador estatutario por extralimitación de funciones. Por el contrario, el capítulo 3°, el segundo párrafo del capítulo 4° y las reglas b), c) y d) del capítulo 5 de la Directiva Presidencial 001, desconocen los acuerdos previstos en el Convenio 169, porque establecen limitaciones a ese derecho no previstas en la Ley 21 y señalan la forma en que se materializaran los resultados de la consulta; aspectos claramente relacionados con el núcleo fundamental de ese derecho. Además estos apartes de la Directiva 001 no imparten órdenes encaminadas a: (i) propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones que los afecten en materia de explotación de recursos naturales; o (ii) «establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente (...) en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan», por las siguientes razones: 162. El capítulo 3° delimita el núcleo central del derecho fundamental a la consulta previa al enlistar las acciones que no tendrán que surtir ese requisito constitucional y legal, aun cuando ninguna norma de nuestro ordenamiento superior señala las fronteras, prohibiciones o restricciones a que alude la Directiva Presidencial 001 en ese apartado. [...] A su vez, el párrafo segundo del capítulo 4 y las reglas b), c) y d) del capítulo 5 de la Directiva 001 enuncian los efectos y el contenido de las prerrogativas derivadas del derecho fundamental a la consulta previa, [...] Todos estos asuntos deben regularse a través de una ley estatutaria, en la medida en que la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT aprobado por la Ley 21 no regularon estas materias. Ello significa que le asiste parcialmente la razón a la parte actora, en tanto el capítulo 3, el segundo párrafo del capítulo 4 y las reglas b), c) y d) del capítulo 5 de la Directiva 001 de 2010 incurrir en la causal de falta de competencia y transgreden lo dispuesto en los artículos 2°, 7° y 152 de la Constitución Política.

**DIRECTIVA PRESIDENCIAL / DERECHO A LA CONSULTA PREVIA / GRUPO ÉTNICO / CONSULTA PREVIA DEL GRUPO ÉTNICO / CONVENIO 169 DE LA OIT / INFRACCIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / VICIOS EN LA FORMACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

*Problema jurídico 2: [D]eterminar: ii) Si la Directiva Presidencial 001 está viciada de nulidad dado que no surtió el procedimiento de consulta previa y, por ende, se expidió de forma irregular y desconoce lo*

ordenado en los artículos 4°, 29, 40 (numeral 2°) y 93 de la Constitución Política, y en los artículos 2°, 3°, 6°, 7° y 8° del Convenio 169 de 1989 de la OIT, aprobados a través de la Ley 21 de 1991.

**Tesis 2:** [R]esulta incuestionable que los capítulos 2 y 3 de la Directiva 001, así como el segundo párrafo del capítulo 4 y la reglas b), c) y d) del capítulo 5 del mismo acto, afectan directamente a las comunidades étnicas por las siguientes razones: (i) Las medidas adoptadas en esos apartados hacen parte del ámbito de materias previstas tanto en el Convenio 169 de la OIT, como en el artículo 330 de la Constitución. De hecho, contienen disposiciones de gran interés y significado para ellas porque conciernen a su derecho fundamental a ser consultadas. Es decir que esos apartados desarrollan de forma importante los contenidos del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. (ii) El objeto principal de la regulación son los grupos étnicos de nuestro país. Tales órdenes presidenciales tienen mayores efectos en estas que en el resto de la población, aun cuando también definen aspectos comportamentales de los titulares de las políticas, programas y proyectos que las afecten directamente. (iii) El tema allí abordado interfiere en las instancias participativas de tales comunidades, por lo que modifica su situación o posición jurídica al imponer restricciones sobre el particular. En efecto, se regularon materias respecto de las cuales estos pueblos cuentan con titularidad especial de derechos. Se sigue de lo anterior que los apartes antes citados de la Directiva Presidencial 001 de 2010 responden a la naturaleza de actos administrativos reglamentarios que debieron ser consultados antes de su expedición, puesto que crearon una situación jurídica que vincula a todos los grupos minoritarios del país. En consecuencia, como la inobservancia de esa formalidad obstaculizó el cumplimiento de los requisitos o procedimientos previstos en la Constitución Política y en la ley para la formación, estructura y contenido del acto, la Sala declarará la nulidad de esos apartados en la parte resolutive de esta providencia, por la omisión de un requisito que contaba con la virtualidad de impactar el sentido y el contenido de la decisión adoptada.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 24 de noviembre de 2022; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2012-00025-00.](#)

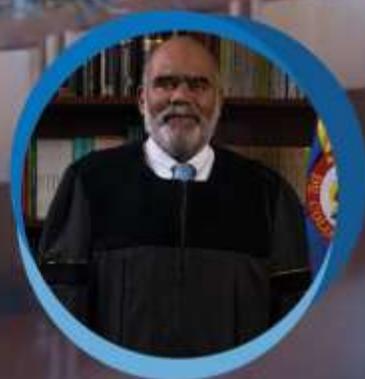
#### **Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez**

**Problema jurídico:** *¿Ha debido declararse probada de oficio la excepción de falta de jurisdicción respecto de los apartes de la directiva que no son susceptibles de control judicial?*

**Tesis:** La Sección Primera del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022, resolvió: “[...] TERCERO: INHIBIRSE para decidir de fondo sobre la legalidad de los apartes de la Directiva Presidencial 001 de 2010 que no generaron efectos reglamentarios, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. [...]”. La Sala de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la sentencia, argumentó que “[...] es preciso resaltar que, por las razones señaladas en este acápite, los demás apartes de la Directiva Presidencial 001 son meras cartas de instrucción o simples circulares administrativas que imparten lineamientos sobre la mejor manera de cumplir unas normas, reproduciendo lo decidido en el ordenamiento superior vigente al momento de la expedición del acto, de manera que la Sala se inhibe para emitir un pronunciamiento de fondo sobre tales asuntos, como se declarará en la parte resolutive de este proveído. [...]”. Vistos: i) los artículos 164 del Decreto 01 de 2 de enero de 1984, sobre las excepciones a decidir en la sentencia definitiva; y ii) el numeral 1.º del artículo 100 de la Ley 1564 de 12 de julio de 2012, sobre la excepción de falta de jurisdicción. Atendiendo a que la Sala se inhibió para decidir de fondo sobre la legalidad de unos apartes de la Directiva Presidencial acusada, con fundamento en que no eran materia de control judicial en virtud a que “[...] no generaron efectos reglamentarios [...]”: el suscrito Magistrado considera que, por tratarse de unos apartes que no son susceptibles de control judicial correspondía declarar probada de oficio la excepción de falta de jurisdicción.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 24 de noviembre de 2022; A.V. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2012-00025-00.](#)

# SECCIÓN SEGUNDA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

**1. No es procedente ordenar el pago de un bono pensional a favor de la libelista por los tiempos laborados en las entidades demandadas, pues no se advierte una vulneración al principio de igualdad respecto de su situación como vinculada al sistema general de pensiones con derecho a una indemnización sustitutiva, ello en comparación con los afiliados al RAIS a quienes les es aplicable la figura de la devolución de saldos.**

*Síntesis del caso:* La demandante solicitó ante el Fondo Territorial de Pensiones de los municipios de Pereira y Santa Rosa de Cabal, el reconocimiento y pago del bono pensional por los tiempos laborados en dichas entidades, esto es, del 14 de diciembre de 1970 hasta el 17 de enero de 1977 y del 1.º de febrero de 1985 hasta el 15 de agosto de 1988 respectivamente. Subsidiariamente deprecó una indemnización sustitutiva liquidada para esos mismos lapsos de labor oficial. La Secretaría de Desarrollo Administrativo del Municipio de Pereira resolvió la reclamación en comento en el sentido de denegar las peticiones de la accionante aduciendo que el bono pensional solo puede redimirse cuando el administrado se pensione, no en el evento en que se encuentre en la imposibilidad de realizar cotizaciones adicionales luego de adquirir la edad requerida para el efecto, posteriormente revocó parcialmente el acto primigenio a fin de reconocer y ordenar el pago de una indemnización sustitutiva a favor de aquella por el período comprendido entre el 14 de diciembre de 1970 y el 17 de enero de 1977. El municipio de Santa Rosa de Cabal negó las solicitudes de la demandante relacionadas con el bono pensional y la indemnización sustitutiva al asegurar que estos conceptos no eran aplicables a su situación por haber dejado de cotizar con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993.

**IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DEL BONO PENSIONAL / IMPOSIBILIDAD DE CONSOLIDAR DERECHO A PENSIÓN DE VEJEZ / VINCULADOS AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES SIN AFILIACIÓN A ALGUNO DE LOS RESPECTIVOS RÉGIMENES / INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD / PAGO Y RELIQUIDACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA.**

*Problema jurídico:* «¿Es procedente ordenar en virtud del principio de igualdad el reconocimiento y pago directo del bono pensional a favor de la demandante por los tiempos de servicio oficial prestados al municipio de Pereira entre el 14 de diciembre de 1970 y el 17 de enero de 1977, así como al municipio de Santa Rosa de Cabal del 1.º de febrero de 1985 al 15 de agosto de 1988, bajo el entendido de que las cotizaciones a pensión fueron efectuadas a las respectivas cajas de previsión territoriales, y que la demandante en ningún momento se afilió o trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?»

*Tesis:* «[...] De conformidad con el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales «constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones». Aquellos fueron contemplados por el legislador como una herramienta para solucionar los inconvenientes presentados con el traslado de cotizaciones entre los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, de manera que se puedan utilizar los aportes para pensión que un afiliado haya realizado a una administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) como el entonces Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), así como a las diferentes cajas o fondos pensionales del sector público, a fin de aumentar el capital requerido para el reconocimiento pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) al que se haya

trasladado el administrado. De hecho, el artículo 113 de la norma ejusdem prevé que la expedición del bono pensional tiene lugar precisamente cuando ocurra un traslado de afiliación de una persona que se encuentra en el RPMPD y decide pasar al RAIS. En el evento contrario, se tratará de un giro o transferencia de saldos de la cuenta individual hacia el fondo común de la administradora pública, para acreditarlo en forma de semanas de cotización en cabeza del afiliado. [...] Ahora, frente a los requisitos para la constitución de este bono, el referido artículo 115 ibidem contempló los siguientes, respecto de los cuales se exige el cumplimiento de al menos alguno de estos: «[...] Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos: a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público; b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos; c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones; d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones. PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono. [...]». Adicionalmente, la norma en comento señala cuáles son las clases de bonos pensionales y quiénes deben ser sus emisores (artículos 118 y 119). En todo caso, los cánones 121 y 122 consagran cómo se deben expedir aquellos instrumentos tanto por la Nación como por los fondos, cajas o entidades públicas que no hubiesen sido sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional. [...] De acuerdo con lo expuesto, los bonos pensionales representan el pasivo que debe ser objeto de atención por las entidades que recaudaron cotizaciones a pensión de sus entonces afiliados, y que dejaron de serlo cuando estos decidieron trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, caso en el cual, efectivamente se debe emitir un título de deuda que permita convertir un tiempo de servicio calculado en aportes por semanas laboradas, en un monto determinado de capital líquido destinado a engrosar el ahorro personal del afiliado a la administradora privada, en orden de que este pueda acceder materialmente a una pensión de vejez. [...] es relevante precisar que el instrumento de deuda bajo estudio, se otorga en procura de consolidar el requisito del capital exigido para concretar el reconocimiento de una pensión de vejez, pues debe recalcar el hecho de que el bono pensional es una suerte de «capital de garantía» que solo se hace exigible cuando el beneficiario cumple las exigencias mínimas para su redención tal como lo señala el artículo 67 de la Ley 100 de 19939. Es decir, en esencia no se trata de una suma de dinero disponible a voluntad del reclamante, sino que su ejecución estará condicionada a la situación jurídica que aquel haya estructurado respecto del derecho prestacional deprecado, bien sea la pensión propiamente dicha o una eventual devolución de saldos según corresponda. [...] resulta evidente que la demandante se encuentra en una situación jurídica totalmente diferente en materia prestacional a la de cualquier persona formalmente afiliada al RAIS, pues aquella dejó de realizar aportes a pensión a alguna de las entidades previstas para el efecto, y por lo tanto solo adquirió la calidad de vinculada al sistema, la cual por su misma naturaleza, solo le permitía acceder a las previsiones normativas del régimen general público, que frente al supuesto de una imposibilidad material para laborar y acumular semanas de cotización con fines pensionales, tiene como efecto propio el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva y no de un bono pensional como lo deprecia la recurrente en su demanda. [...] el hecho de que quienes se encuentran en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad puedan acceder a la devolución de los saldos que tengan en sus cuentas personales con inclusión de los montos por concepto de bonos pensionales, no significa que se advierta un tratamiento desigual vulneratorio de los intereses de la demandante al ser beneficiaria de otra figura contemplada en el RPMPD como lo es la indemnización sustitutiva, pues a pesar de tener fines semejantes, se trata de figuras jurídicas concebidas por el legislador de manera diferente precisamente por la esencia distinta que ostentan los recursos recaudados en cada caso, unos a manera de tiempo de servicio con fines de reconocimiento de pensiones con base en la fijación de una prima determinada por un fondo público y solidario, y otros a título de capital individual y atribuible directamente a cada afiliado que dependerá del monto acumulado para el otorgamiento de la respectiva prestación. Tal divergencia es la que denota y justifica constitucional y legalmente la necesidad de que se haya estimado en la Ley 100 de 1993 un trato disímil entre desiguales en razón de las características propias de cada régimen pensional, al punto de que no es procedente acceder a la pretensión de la libelista tendiente a que se aplique la figura de la devolución de saldos con el pago del bono pensional, esto por ser un pedimento impropio a su situación jurídica particular, en la que lo adecuado es el reconocimiento de una indemnización sustitutiva conforme al artículo 37 de la norma ejusdem.»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A,](#)

[sentencia de veintiocho \(28\) de julio de dos mil veintidós \(2022\), C.P. William Hernández Gómez, radicación: 66001-23-33-000-2016-00692-01 \(0927-2019\)](#)

**2. Se establece que no operó la prescripción del derecho al pago del retroactivo por la nivelación salarial, causado por la homologación del personal administrativo de la Secretaría de Educación del Departamento del Caquetá, pues la entidad reconoció el derecho mediante acto administrativo, pero no lo sufragó justificándose en que debía esperar los recursos financieros y la autorización de la Asamblea Departamental. No obstante, de forma intempestiva, la entidad mediante lesividad pretendió exonerarse del pago, alegando la prescripción, pese a que con su conducta motivó con cierto grado de certeza que los interesados esperaran la disponibilidad presupuestal para dicho gasto. En este punto, solicitar en sede judicial la extinción de tal derecho por el paso del tiempo constituye un comportamiento intempestivo por quien creó dicha expectativa, que no resulta oponible al administrado.**

*Síntesis del caso: El Departamento del Caquetá incorporó 55 empleados a la planta administrativa de la Secretaría de Educación del ente territorial, como consecuencia del proceso de homologación, y con posterioridad evidenció que había omitido cancelar la nivelación salarial correspondiente al período de abril 2004 a diciembre de 2007, decisión que consagró en el Decreto 000254 de 2013, acto administrativo demandado, en el que analizó la prescripción de derechos laborales concluyendo que no operó frente a las reclamaciones. Con posterioridad, el ente territorial demanda en acción de lesividad la nulidad del acto administrativo con el argumento que no era posible el reconocimiento y pago del respectivo retroactivo por cuanto operó su prescripción.*

PRESCRIPCIÓN EXTENTIVA/ PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN MATERIA LABORAL / PRINCIPIO DE REMUNERACIÓN AL MÍNIMO VITAL Y MÓVIL / PRINCIPIO DE REMUNERACIÓN PROPORCIONAL A LA CALIDAD Y CANTIDAD DEL TRABAJO/IRRENUNCIABILIDAD DE LOS BENEFICIOS MÍNIMOS LABORALES / PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS /NORMA PROCESAL / PRINCIPIO PRO HOMINE / RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN / RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA LABORAL/ RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN POR ENTIDADES PÚBLICAS / TEORÍA DEL ACTO PROPIO / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA / PRINCIPIO DE LA BUENA FE / HOMOLOGACIÓN DEL CARGO PÚBLICO / NIVELACIÓN SALARIAL DEL PERSONAL ADMINISTRATIVO ADSCRITO AL SECTOR EDUCATIVO TERRITORIAL

## /PAGO DE RETROACTIVO DE LA NIVELACIÓN SALARIAL / PAGO TARDÍO DE LA NIVELACIÓN SALARIAL DEL DOCENTE TERRITORIAL

**Problema jurídico:** *¿Operó la prescripción del derecho al pago del retroactivo por concepto de la nivelación salarial reconocida por el departamento del Caquetá a 55 empleados administrativos de la Secretaría de Educación en el acto demandado, expedido el 21 de marzo de 2013, que se causó por las anualidades 2004, 2005 y 2006?*

**Tesis:** [...]Para la Sala es de suma importancia resaltar que la interpretación de la prescripción extintiva en materia laboral, como figura procesal, se debe leer a la luz de los principios de “*remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales*” y la primacía de la realidad sobre las formas, previstos en el artículo 53 de la Constitución Política. Esto, teniendo en cuenta el preámbulo de la Carta fundamental que estatuye a Colombia como un estado social derecho fundado en el respecto a la dignidad humana, cuyos fines esenciales son garantizar la efectividad de los derechos y asegurar la vigencia de un orden justo. Así, como con el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por la Ley 54 de 1962) relativo a la protección del salario, que trata la obligación de pagarlo oportunamente, en intervalos regulares, con la calidad de crédito preferente y prioritario. Recuérdense también que la interpretación de las normas procesales debe atender el principio de eficacia de los derechos sustanciales, en virtud del principio *pro homine*, el cual “*es un criterio hermenéutico propio de los sistemas de protección y garantía de eficacia de los derechos humanos y, como tal, constituye un parámetro para la aplicación de normas procesales, entendidas como vías de amparo a los derechos inalienables de la persona, lo que justifica el empleo de una interpretación más favorable a su materialización*”. Ahora bien, en lo que concierne a la figura de la renuncia a la prescripción en materia laboral es de anotar que al no haberse expedido el estatuto laboral contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, impera realizar una interpretación sistemática entre la figura de la renuncia de la prescripción, cuando se trata de entidades públicas, y el principio de protección del salario como remuneración mínima vital y móvil.(...) en el marco de las particularidades de lo debatido en este proceso, es dable resaltar que los supuestos de aplicación de la renuncia a la prescripción, remiten a la existencia de conductas del deudor dirigidas a evidenciar o reconocer la obligación, y se pueden leer como una expresión del aforismo de –“*venire contra factum proprium non valet*”-, que edifica la teoría del acto propio. En virtud del cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos para alterar la confianza que los mismos generaron.(...) en virtud de los principios de confianza legítima y buena fe, las autoridades como parte dominante en la relación laboral tienen la obligación de preservar un comportamiento consecuente, en tanto generan una expectativa en los administrados, que son la parte débil de la relación; de modo que son contrarias a derecho las actuaciones posteriores intempestivas, que afectan al administrado, sin que ello implique de modo alguno la continuidad de un acto jurídico ilegal. Por ello, en cada caso en particular corresponde valorar el comportamiento de las partes acorde con el postulado de la buena fe. Así pues, es de resaltar que en el caso bajo estudio el departamento realizó incorrectamente la homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación porque no pagó integralmente la retribución correspondiente. En efecto, el departamento del Caquetá, debido a un error en el procedimiento por aplicación de las normas durante la vigencia del 2004, efectuó la incorporación en la planta territorial de administrativos, pero mantuvo la asignación básica salarial fijada por el Gobierno Nacional; por lo que al existir diferencia de salario en los administrativos vinculados con la tabla salarial del Gobierno Nacional y los administrativos homologados y nivelados a la planta global del departamento, se procedió al reconocimiento del retroactivo a dicho personal. Para corregir dicha actuación irregular se emitió el Decreto 000694 de 2 de mayo de 2007 que hizo la nivelación salarial a 93 empleados administrativos financiados con recursos del Sistema General de Participaciones, lo que fue debidamente comunicado a los interesados, a raíz de lo cual empezaron a reclamar dicho pago del retroactivo. (...)el objetivo de la prescripción es sancionar la inactividad de quien reclama un derecho y se castiga con su extinción; de lo cual emerge la necesidad de evaluar el desarrollo de la actuación administrativa para poder determinar si las 55 personas a quienes se le reconoció el retroactivo abandonaron el interés en el derecho a su pago; esto de cara a las actuaciones desarrolladas por la entidad frente a las peticiones, que generaron un grado de confianza legítima en los trabajadores llevándolos a esperar el pago que justamente fue reconocido en el Decreto 00254 de 21 de marzo de 2013. Empero, de forma intempestiva, la entidad mediante lesividad pretende exonerarse del pago, alegando la prescripción, pese a que el departamento con su conducta motivó con cierto grado de certeza que los interesados esperaran la existencia de recursos financieros y la autorización de la Asamblea Departamental. El reconocimiento de las sumas adeudadas por el retroactivo producto de la

homologación del personal nacional en la planta territorial, fue el resultado de una compleja actuación administrativa, en la que debido al déficit de la entidad territorial se les indicó a los interesados que no contaba con la disponibilidad presupuestal para dicho gasto. Para la Sala no puede perderse de vista, que los trabajadores son la parte débil de la relación laboral y que la confianza legítima se erige como garantía del administrado frente a cambios bruscos e inesperados de las autoridades públicas. Tal como acontece en el caso estudiado en razón a que después de un error del departamento, éste reconoce el retroactivo por nivelación salarial reclamado, pero decide no pagarlo aduciendo en principio la falta de recursos económicos y después, vía judicial, se opone al pago de los valores reconocidos para la cual alega la prescripción del derecho al pago de la nivelación salarial. (...) la conducta del departamento del Caquetá generó expectativas legítimas sobre los accionados, a quienes se les creó la firme convicción de que les serían pagadas las sumas de dinero a las que tenían derecho como consecuencia de la nivelación y homologación salarial. De modo que, en este punto, extinguir tal derecho por el paso del tiempo constituye un comportamiento intempestivo por quien creó dicha expectativa, que no resulta oponible al administrado. Como se ha venido diciendo, la Sala no desconoce la institución procesal de prescripción de derechos laborales, empero en este caso a la luz de los principios de buena fe y *pro homine* se impone realizar una interpretación favorable de cara a la efectividad del derecho. En atención a lo previamente señalado, la Sala no comparte la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, pues el departamento no desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo a través del cual se reconoció el retroactivo de la nivelación salarial. [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de noviembre de 2022, C.P. César Palomino Cortés, radicación:18001-23-33-000-2013-00210-01 \(5299-2018\)](#)

### **3. Le asiste un mejor derecho al reintegro al servicio por orden judicial cuando se confronta con el derecho de nombramiento en propiedad del primero en la lista de elegibles en concurso de méritos de la Rama Judicial.**

*Síntesis del caso:* Un participante en el concurso de méritos de la Rama Judicial, ocupó el primer puesto en la lista de elegibles para el cargo de magistrado en la Sala Civil -Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, pero frente a la vacante en el cargo, la Corte Suprema de Justicia procedió a reintegrar al servicio a un servidor público en cumplimiento de un fallo de tutela. El concursante considera que solo le asistía un mejor derecho a quien solicitara traslado de sede, razón por la cual, considera que se le debe reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales desde la fecha en que debió ser nombrado hasta la fecha que se hizo efectivo su nombramiento en propiedad.

**CONVOCATORIA A CONCURSO DE MÉRITOS EN LA RAMA JUDICIAL / NOMBRAMIENTO DE LISTA DE ELEGIBLES EN CONCURSO DE MÉRITOS / NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD / NEGATIVA DEL NOMBRAMIENTO DE LISTA DE ELEGIBLES EN CONCURSO DE MÉRITOS / PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES / NEGACIÓN DE PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES / SOLICITUD DE PAGO DE SALARIOS/ IMPROCEDENCIA DEL PAGO DEL SALARIO / MEJOR DERECHO/ REINTEGRO AL CARGO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL**

*Problema jurídico:* ¿Le asiste razón jurídica para reclamar de la accionada el pago retroactivo de salarios y prestaciones dejados de devengar entre la fecha en que debió ser nombrado en carrera judicial de la lista de elegibles en el empleo de magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (sala civil) [29 de agosto de 2011] y cuando fue efectivamente designado (4 de agosto de 2015), por asistirle un mejor derecho frente al cumplimiento por la administración del reintegro de un tercero por orden judicial?

Tesis : [...] Si bien los integrantes de los registros de elegibles conformados por la Administración con ocasión de convocatorias laborales para proveer cargos en propiedad tienen una expectativa de ingresar al servicio oficial, lo cierto es que previo a que ello ocurra, el nominador se encuentra obligado a verificar la concurrencia de otras personas con mejor derecho, valga decir, (i) que cuenten con orden judicial de reintegro, (ii) cuando medie solicitud de traslado, (iii) quien, al ocupar un cargo suprimido, opte por el derecho preferencial a ser reincorporado en empleos iguales o equivalentes, y (iv) los concursantes que figuren en los aludidos registros de elegibles. En suma, sin perjuicio de la ubicación del demandante en el registro de elegibles y en la «Lista de Aspirantes por Sede», la Corte Suprema de Justicia estaba obligada a designar en los puestos vacantes a quienes colmaran los anteriores requisitos, en ese orden, lo que evidentemente realizó al nombrar al señor (...), a quien la Corte Constitucional dispuso reintegrar «[...] a la Rama Judicial, sin necesidad de concurso público o elección, [...] en un cargo de iguales condiciones que aquel que ocupaba al momento en que fue obligado a retirarse de la carrera judicial» (sentencia SU-938 de 2010). Agregase a lo anotado que para el 23 de junio de 2011, cuando el señor presidente de la Corte Suprema de Justicia puso en conocimiento de la Sala plena la orden de la Corte Constitucional, el actor no había escogido la sede de su preferencia (8 de julio siguiente) y, por ende, la unidad de administración de la carrera judicial no tenía la «Lista de Aspirantes por Sede» (publicada el 3 de agosto posterior), es decir, no existía certeza de quién ocuparía la plaza disponible desde el 1º de noviembre de 2010 en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (sala civil), motivo por el cual, luego de varias discusiones orientadas a determinar la solución jurídicamente correcta, la Corte Suprema de Justicia decidió acatar aquella decisión de manera pronta, como le correspondía, y nombró al señor (...) en ese cargo. (...) no es dable pregonar la vulneración de derechos constitucionales fundamentales ni de otros inherentes a la carrera judicial, máxime cuando el nombramiento del litisconsorte cuasi necesario ocurrió en virtud de una orden judicial de reintegro, cuyos derechos prevalecen sobre aquellos de quienes hacen parte de las listas finales elaboradas con ocasión de los resultados de los concursos de méritos; amén de que, en todo caso, esa situación no implicó la exclusión del actor del registro de elegibles o la imposibilidad de ser nombrado, pues, en el peor de los casos, conservaba su garantía de ser designado hasta el 1º de julio de 2015, esto es, al expirar la vigencia de dicho registro, una vez se verificara la existencia de una plaza disponible.[...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de diciembre de 2022, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 05001-23-31-000-2013-00040-02 \(870-2021\)](#)

**4. Para lograr pleno convencimiento sobre la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente es indispensable demostrar la prestación personal del servicio, haber percibido una contraprestación económica por parte de la entidad contratista y, que de haberse presentado la prestación del servicio, este hubiese sido ejercido de manera subordinada, toda vez que, el cumplimiento de un horario y la obligación de llevar a cabo ciertas instrucciones son condiciones válidas dentro del contrato de prestación de servicios para el desarrollo de las funciones asignadas.**

*Síntesis del caso:* En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el demandante, a través de apoderado, formuló demanda en orden a que se declarara la nulidad del oficio sin fecha ni número recibido mediante correo electrónico el día 8 de mayo de 2013,

*suscrito por el representante legal de la E.S.E. CAMU de San Pelayo, y a través del cual se le negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y los posibles salarios y prestaciones sociales derivadas de esta.*

## **RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA / COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL / PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL**

**Problema jurídico:** «¿De acuerdo con el recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si entre el demandante y la E.S.E. CAMU de San Pelayo se configuró una relación laboral encubierta surgida de la contratación de sus servicios a través de varias cooperativas de trabajo asociado?»

**Tesis:** «[...] el artículo 122 de la Constitución, al señalar que «no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», define una característica esencial de las relaciones laborales de naturaleza legal y reglamentaria y constituye fundamento constitucional para prohibir la suscripción de contratos de prestación de servicios para vincular personas en el desempeño de funciones propias o permanentes de las entidades estatales. A su turno, el Código Sustantivo de Trabajo, en sus artículos 23 y 24, recoge a nivel legal, como elementos que configuran la relación laboral, los siguientes: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y, iii) un salario como retribución del servicio. Así las cosas, con base en estos presupuestos, esta corporación ha determinado la existencia del vínculo laboral en contratos de prestación de servicios, pues a falta de un estatuto del trabajo, es este, y no otro, el marco jurídico que ofrece el ordenamiento, junto con los principios fundamentales del artículo 53 superior, para hacer efectiva la garantía de los derechos de las personas que se relacionan laboralmente con el Estado. [...] la existencia de un contrato de prestación de servicios, en favor de un tercero ajeno a ese negocio jurídico, no impide que, encontrándose reunidos los requisitos de la relación laboral, se declare su existencia, pues dicha decisión se ampara en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, como una verdadera garantía de los derechos de los trabajadores. [...] la documental aportada al expediente resulta insuficiente para determinar la prestación personal del servicio del señor (...) a la E.S.E. CAMU de San Pelayo, pues lo único que alcanza a demostrar es que el mencionado señor estuvo o participó como asociado de dos cooperativas de trabajo denominadas «Cootraserin» e «Integra», para los meses de enero y septiembre de 2008 y, más adelante, en el mes de noviembre de 2011, respectivamente. [...] no se aportaron los negocios jurídicos de asociación que, presuntamente, debió haber suscrito el señor (...) con las distintas cooperativas de trabajo asociado que, a su vez, celebraron con la E.S.E. CAMU de San Pelayo los contratos de prestación de servicios acreditados en el hecho probado primero, y teniendo en cuenta lo manifestado por cada uno de los declarantes, la Sala no puede determinar, de forma fehaciente, que el demandante haya prestado sus servicios de facturador a la entidad demandada, para el período comprendido entre el 21 de enero de 2008 y el 30 de abril de 2012. [...] No existe dentro del dossier ningún elemento documental que demuestre que la E.S.E. CAMU de San Pelayo cancelaba al demandante alguna contraprestación económica por sus servicios como facturador. Solo se aprecia que, mediante la orden de prestación de servicios 001 de 21 de enero de 2008, la Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Integrales «Cootraserin» le solicitó al señor (...) prestar su fuerza de trabajo en la cooperativa como auxiliar de información en salud (auxiliar de facturación), desde el 21 hasta el 31 de enero de 2008, con una compensación de \$201.663. [...] como lo ha señalado esta Subsección en asuntos de similares contornos «si bien no puede decirse que existe una prueba reina para demostrar el elemento de la subordinación y dependencia continuada, esta Sala si ha considerado que para acreditar este elemento de la relación laboral, deben aportarse aquellas que permitan acreditar fehacientemente que el contratista no ejercía su actividad, para la cual fue contratado, en forma autónoma e independiente, sino que debía someterse ineludiblemente a las órdenes e instrucciones de funcionarios de la entidad, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que estos impusieran». Por todo ello, y como en el proceso, se itera, no obra prueba documental que demuestre que la E.S.E. ejerció sobre el demandante un poder de dirección o disciplinante (como correos electrónicos, memorandos u oficios que contuvieran llamados de atención, sanciones, advertencias o cualquier otra forma propia del correctivo laboral) la Sala encuentra la prueba testimonial insuficiente para determinar que el señor Julio César Suárez Hernández laboró al servicio de la E.S.E. CAMU de San Pelayo, entre el 21 de enero de 2008 y el 30 de abril de 2012, en condiciones de subordinación o dependencia continuada. En

definitiva, en el sub lite, la parte demandante no logró demostrar i) que la prestación del servicio se hubiera realizado personalmente con la E.S.E. demandada; ii) que hubiese percibido una contraprestación económica por parte de la entidad; y, iii) que de haberse presentado la prestación del servicio, este hubiese sido con ausencia de autonomía, pues, se insiste, el cumplimiento de un horario y la obligación de llevar a cabo ciertas instrucciones son condiciones válidas para el desarrollo de las funciones asignadas. Por lo tanto, como dentro del plenario no reposan otras pruebas que evidencien la configuración de los tres elementos del contrato de trabajo, la Sala, al igual que lo encontró el a quo, no cuenta con argumentos probatorios suficientes que le permitan formarse un convencimiento sobre la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente entre las partes. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de veintisiete \(27\) de octubre de dos mil veintidós \(2022\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 23001-23-33-000-2013-00390-01 \(3612-2015\)](#)

**5. La pensión de invalidez reconocida con base en hechos acontecidos con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, ha de liquidarse teniendo en cuenta el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 que estableció el 100% del salario, esto es, con inclusión de los factores salariales devengados durante el último mes. La Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018, no aplica al caso, toda vez que aquella analizó los escenarios creados a partir de la vigencia del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto de situaciones aún no consolidadas a 1º de abril de 1994 de los beneficiarios del régimen de transición.**

*Síntesis del caso:* La accionante, a través de apoderado judicial, pidió la nulidad de la Resolución No. 10303 de marzo 03 de 2009, por medio de la cual la extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL (EICE en liquidación) le negó la reliquidación de su pensión de invalidez y del Acto Administrativo presunto negativo que se generó con el silencio de la administración respecto del recurso de reposición que interpuso en contra de la decisión atrás referida, con el fin que se le reconociera una pensión de invalidez a partir de 24 de junio de 1993, teniendo en cuenta el sueldo básico y todos los factores salariales devengados en el último mes de servicio.

**RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ / FACTORES SALARIALES / NO APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL**

*Problema jurídico:* «¿La demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de invalidez otorgada en vigencia del Decreto 1848 de 1969, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último mes de servicio?»

*Tesis:* «[...] a la hoy demandante se le reconoció y liquidó la pensión por invalidez de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, previamente citado, es decir,

equivalente al 100% del último salario devengado; lo anterior en la medida que la Junta Seccional Bolívar, a través de los Oficios 106 del 18 de agosto y 9 del 20 de agosto, ambos de 1993, determinó que la señora (...) «es invalida sobre una valoración del 96% de pérdida de la capacidad laboral», resulta claro que la normativa vigente al momento de emitirse esa calificación eran los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. Ahora bien, en cuanto a los factores salariales a tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de invalidez, se debían tener en cuenta los establecidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. [...] la señora (...) tiene reconocida una pensión de invalidez desde el año 1993, la cual fue objeto de reliquidación para tener en cuenta el último salario devengado al momento de su retiro. Este ajuste también tuvo en cuenta como único factor: la asignación básica. Previo a determinar qué factores debían complementar la liquidación de la prestación ya mencionada, la Sala se permite aclarar que la Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018, que la Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó ser aplicada, no se ajusta a este caso particular, toda vez que dicha sentencia analizó los escenarios creados a partir de la vigencia del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, situaciones aún no consolidadas a 1º de abril de 1994 de los beneficiarios del régimen de transición y, en el caso que nos ocupa, se tiene que el hecho que originó la incapacidad de la demandante y la correspondiente pensión de invalidez data de agosto de 1993, rigiéndose por normas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 propias de la pensión de invalidez que consagran un IBL disímil. Ahora bien, en cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional, vale la pena precisar que cuando el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 estableció el 100% del salario, no lo hizo de manera taxativa a únicamente la asignación básica; al respecto, sobre el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial para la liquidación de las pensiones, se debe tener en cuenta el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, núm. 1393 de 18 de julio de 2002, en donde se precisó: «El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...)». En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) «constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.» En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que «además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.» (...) Según el artículo 42 ibidem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador: la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.» De igual forma, vale la pena poner de presente que antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, el régimen en materia de aportes para pensión de los empleados públicos del orden nacional se encontraba contenido en las Leyes 6ª de 1945, 4ª de 1966, 33 y 62 de 1985, y el Decreto 1743 de 1966. De lo anterior, se desprende que los afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social efectuaron, en su primer momento, los aportes que la ley ordenaba y de acuerdo a los porcentajes establecidos para ello, ejemplo de ello es el artículo 2º de la Ley 4ª de 1966 que estableció el aporte de una tercera parte del primer sueldo y de todo aumento y el 5% sobre el salario de cada mes o de la mesada pensional, lo anterior sin perjuicio de los aportes que cada entidad en su condición de empleador debía realizar con el fin de contribuir en la financiación de las prestaciones. Es claro que en el caso particular (...) la pensión de invalidez debió ser liquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales establecidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, pues su situación jurídica se configuró antes de la entrada de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y por tanto no le es aplicable el régimen de transición del artículo 36 de esta última, por tanto, los argumentos por medio de los cuales la UGPP pretende que se revoque la sentencia de primera instancia carecen de sustento. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de tres \(03\) de noviembre de dos mil veintidós \(2022\), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 13001-23-33-000-2014-00086-01 \(0949-2019\)](#)

# SECCIÓN TERCERA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Condena al Estado - Ejército Nacional bajo el título de falla del servicio por la ejecución extrajudicial de civil.

*Síntesis del caso:* El 8 de septiembre de 2007, un ciudadano salió de la residencia de su mamá en el municipio de El Carmen, Norte de Santander, con destino al corregimiento de Guamalito, donde, según su dicho, iría a recoger un mercado. El 10 de septiembre, ante la desaparición de dicha persona, sus familiares se comunicaron con la morgue de Ocaña y allí identificaron su cuerpo. Según información oficial, el hombre había fallecido en un enfrentamiento con el Ejército Nacional.

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR USO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL / USO ILEGÍTIMO DE ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / INEXISTENCIA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / FALSO POSITIVO / VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / FALLA DEL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO /**

*Problema jurídico 1:* ¿Se configuró la responsabilidad patrimonial del Estado bajo el título de falla del servicio, por la ejecución extrajudicial de un civil a manos de miembros del Ejército Nacional, la cual hicieron pasar como ocurrida en combate?

**Tesis 1:** “[L]a Sala encuentra acreditado que en el presente caso el Ejército no obró en cumplimiento de un deber legal ni amparado dentro de los casos en los que la Fuerza Pública puede acudir legítima y legalmente al uso de las armas contra particulares. De ahí que, no se probó la coherencia exigida entre el actuar de los miembros de la Brigada Móvil No. 15 Batallón Contraguerrillas No. 98 y la misión que legal y constitucionalmente se ha encomendado a la Fuerza Pública. [...] [E]n el presente caso los miembros del Ejército Nacional perpetraron una conducta constitutiva de ejecución extrajudicial, la cual está relacionada en el contexto de ese tipo de prácticas sistemáticas violatorias de DDHH y DIH cometidas por el Ejército Nacional durante la época en que ocurrieron los hechos. [...] [L]os daños ocasionados en operativos militares y policiales a las víctimas del conflicto armado por conductas censurables de agentes del Estado, como lo son las ejecuciones extrajudiciales de civiles presentados como bajas en combate implican una violación al derecho internacional de los derechos humanos y al DIH. En consecuencia, los daños provenientes de estas conductas reprochables deben ser conocidos, juzgados y reparados por la jurisdicción ordinaria, antes de someter a las víctimas del conflicto armado a la fatigosa carga de reclamar una condena en los tribunales internacionales, amén de que dicha circunstancia deja mal librada a la administración de justicia colombiana y la muestra ante la comunidad internacional como una instancia carente de eficacia e idoneidad y de legitimidad social. [...] Forzoso resulta concluir que, en el caso concreto, se configuró una grave falla en el servicio imputable al Ejército Nacional, comoquiera que las circunstancias que rodearon la muerte (...), ponen de presente un actuar que resulta desde todo punto de vista arbitrario y antijurídico, pues miembros del Ejército Nacional dispararon injustamente contra el hoy occiso causándole la muerte, la cual hicieron pasar como ocurrida en combate, circunstancia que lleva a que ese específico hecho deba calificarse por parte de la Sala como una vulneración grave de derechos humanos. Con fundamento en todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el 27 de febrero de 2015, en punto a la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Ejército Nacional por la muerte del señor [...] y, en consecuencia, procederá a estudiar la indemnización de perjuicios deprecada en la demanda, de conformidad con lo probado en el proceso.”

**FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRUEBA / PRINCIPIO DE FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRUEBA / PRINCIPIO DE LIBERTAD DE LA PRUEBA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

**/ OMISIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN CIVIL / INDEFENSIÓN DE LA VÍCTIMA / DAÑO CAUSADO A CIVIL DURANTE CONFLICTO ARMADO / FALLA DEL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TRASLADADA / PRUEBA TRASLADADA DE PROCESO PENAL / PROCEDENCIA DE LA PRUEBA TRASLADADA / PRUEBA INDICIARIA / INDICIO / APRECIACIÓN DEL INDICIO / VALOR PROBATORIO DEL INDICIO / VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA / PROCEDENCIA DE LA PRUEBA INDICIARIA / REQUISITOS DE LA PRUEBA INDICIARIA / INFERENCIA LÓGICA / PRUEBA INDIRECTA / APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS EN CONJUNTO / VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN CONJUNTO / PRINCIPIO DE LA COMUNIDAD DE LA PRUEBA / PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA**

*Problema jurídico 2: ¿La falla del servicio de la fuerza pública en el deber de protección de la población civil en el marco del conflicto armado interno puede ser acreditada mediante pruebas indirectas en virtud de la flexibilización probatoria?*

**Tesis 2:** “En relación con el principio de flexibilización de la prueba, (...) cabe precisar que el mismo ha sido aplicado en múltiples casos de violaciones a derechos humanos en los que se ha dado prelación a la demostración de la verdad material de los hechos debatidos frente a las tarifas procesales para el recaudo o valoración de pruebas a partir de inferencias lógicas, lo cual de ninguna forma puede ser interpretado como una presunción de responsabilidad en contra del Estado o que se obvien o se omita por completo la carga de la prueba frente a los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, también se ha reconocido por esta Corporación que demostrar la omisión de los agentes de las fuerzas militares y de policía de proteger la vida de los habitantes del territorio nacional y de controlar a sus uniformados en el cumplimiento de la labor encomendada, encierra dificultades probatorias porque la mayoría de ellos ocurren en circunstancias asociadas al conflicto, en lugares remotos y las víctimas son personas que se encontraban en estado de indefensión. Por ello ha flexibilizado los estándares probatorios a efecto de demostrar la responsabilidad patrimonial del Estado, aceptando, por ejemplo, que las pruebas trasladadas de procesos penales o disciplinarios se analicen en este contexto con un rasero menor. Así, cabe señalar que no resulta extraño que los jueces puedan llegar a encontrar acreditados los supuestos de hecho de una demanda -en este caso la falla del servicio- por vía de medios probatorios indirectos, siempre y cuando se cumpla con los requisitos que en esos casos se hacen precisos. Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha sido enfática en sostener la legitimidad del uso de pruebas circunstanciales, indicios y presunciones en casos de graves violaciones a los derechos humanos en los que falte la prueba directa sobre cualquiera de las dos hipótesis contempladas, siempre que de estos medios puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos, lo que implica la valoración integral de los medios de prueba para llegar a decisiones válidas y con el debido sustento probatorio. Ahora bien, es pertinente precisar que el desarrollo jurisprudencial citado, ha sido consecuente en la necesidad de realizar la valoración probatoria bajo las reglas de la sana crítica, lo que implica el análisis en comunidad, de todos los medios de prueba; debiendo apreciarse los indicios en conjunto con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia, convergencia y su relación con los demás medios de prueba que obran en la actuación procesal.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la flexibilización de la prueba, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia unificación de 28 de agosto de 2014, rad. 32988, C. P. Ramiro Pazos Guerrero; sentencia de 14 de julio de 2016, rad. 35029, C. P. Hernán Andrade Rincón; sentencia de 30 de agosto de 2018, rad. 56451, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo; sentencia de 9 de octubre del 2014, rad. 20411, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo; sentencia de 27 de agosto de 2019, rad. 44240, C. P. Alberto Montaña Plata; sentencia de 11 de febrero de 2009, rad. 16337, C. P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia de 8 de febrero de 2012, rad. 21521, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 29 de octubre de 2012, rad. 21806, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

**DERECHOS DE LA VÍCTIMA / DERECHO A LA VERDAD / DERECHO INTERNACIONAL / SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD JUSTICIA REPARACIÓN Y GARANTÍA DE NO REPETICIÓN / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA / RECONSTRUCCIÓN DE LA VERDAD / MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / APLICACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ALCANCE DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / GARANTÍAS DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE**

## JUSTICIA / DERECHO A LA INFORMACIÓN / PRINCIPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD / CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**Problema jurídico 3:** *¿Una manera de reparación a las víctimas es garantizar el derecho a la verdad como medida de no repetición y de acceso a la justicia?*

**Tesis 3:** “[E]s importante poner de presente la relevancia del derecho de las víctimas a la verdad, a que se conozcan las condiciones de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos y finalmente tengan acceso a la justicia a través de la construcción de un juicio de reproche al incumplimiento de las obligaciones internacionales, constitucionales y legales por parte del Estado. [...] Respecto al contenido del derecho a la verdad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, regulados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Asimismo, en determinados supuestos el derecho a la verdad guarda relación con el derecho de acceso a la información, contemplado en el artículo 13 del mismo instrumento [...]. Al hilo de lo anterior es que esta Sala resalta la relevancia de que en el presente caso se hayan allegado pruebas trascendentales sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar en que ocurrió la muerte del señor [...], con el fin de que se conocieran los detalles de la ejecución extrajudicial del ciudadano [...], en virtud de la garantía del derecho a la verdad como un derecho inalienable e imprescriptible y también, como se ha establecido en el sistema interamericano de derechos humanos, como una manera de reparación a las víctimas y de prevenir futuras violaciones, en el entendido que “parte del sentido de justicia es el conocimiento de la verdad.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el deber de garantizar el derecho a la verdad de las víctimas, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2021, rad. 43605, C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

## VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS IMPUTABLE A LA FUERZA PÚBLICA / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / FALSO POSITIVO / NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / CONFLICTO ARMADO INTERNO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / ALTERACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA / CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**Problema jurídico 4:** *¿La ejecución extrajudicial del civil y la manipulación de la escena de los hechos para presentar a la víctima como un subversivo dado de baja en combate, configuró una violación al Derecho Internacional Humanitario por parte de miembros del Ejército Nacional?*

**Tesis 4:** “Tal como se demostró en el proceso, el señor [...] fue ultimado en hechos ocurridos [...], en zona rural del municipio de El Carmen, Norte de Santander, por miembros del Ejército Nacional y, posteriormente, su cuerpo fue presentado en los informes de operaciones, como un subversivo dado de baja en combate. Los anteriores hechos son constitutivos de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, habida consideración de la naturaleza de las normas imperativas de ius cogens vulneradas. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha catalogado las ejecuciones extrajudiciales cometidas por agentes estatales como una vulneración de forma flagrante y sistemática de normas imperativas del Derecho Internacional. En el sub examine, se probó que un ciudadano fue abatido y luego la escena de los hechos fue manipulada por miembros del Ejército Nacional para que pareciera una baja legítima de un delincuente en combate, práctica que ha sido documentada ampliamente en el contexto del conflicto armado colombiano y que se ha reconocido asociada a un patrón sistemático, por la que se ha derivado la responsabilidad del Estado bajo el título jurídico de imputación de falla del servicio por las violaciones a deberes funcionales de origen convencional, constitucional y legal; hechos que, se reitera, constituyen una grave violación a los derechos humanos y en ese sentido, ha de garantizarse la reparación integral de los perjuicios ocasionados.”

**NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la responsabilidad del Estado por hechos que constituyen graves violaciones de los derechos humanos por parte de miembros de la fuerza pública, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de julio de 2016, rad. 35029, C. P. Hernán Andrade Rincón; sentencia de 28 de agosto de 2014, rad. 32988, C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 25 de noviembre de 2003 de la, caso Myrna Mack Chang vs Guatemala; sentencia de 29 de abril de 2005, caso de la

Masacre de Plan de Sánchez vs Guatemala; sentencia de 29 de noviembre de 2006, caso la Cantuta vs Perú.

**INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A CARGO DEL ESTADO / PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MORAL POR MUERTE / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PROCEDENCIA DEL PERJUICIO MORAL / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / INTENSIDAD DEL DAÑO / TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / CÁLCULO DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPES DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPES MÁXIMOS DEL PERJUICIO MORAL / INAPLICACIÓN DEL TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL**

*Problema jurídico 5: ¿Ante daños causados por grave violación de derechos humanos, es procedente reconocer la indemnización por perjuicios morales en un monto superior al tope fijado jurisprudencialmente, atendiendo a la gravedad e intensidad del perjuicio?*

**Tesis 5:** “Sería del caso acceder al reconocimiento de una indemnización equivalente al monto que se concede en caso de muerte de personas, en aplicación de los parámetros fijados por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014. Sin embargo, como en el presente asunto se produjeron graves violaciones a los derechos humanos, la Sala, con base en la jurisprudencia de unificación, en punto a que en casos excepcionales, como graves violaciones a los derechos humanos, podrá otorgar una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios ya definidos, accederá a reconocer una indemnización mayor a los 100 SMLMV. Así las cosas, teniendo en cuenta que en el caso sub judice se presenta el perjuicio en una gran intensidad [...], habrá lugar a aplicar la regla de excepción citada, pero no en el monto que fue establecido por el a quo, sino con base en las decisiones más recientes de esta Sala en casos bastante similares, que han reconocido hasta un monto de 200 SMLMV con base en las condiciones particulares del caso objeto de estudio [...]. Con base en los anteriores argumentos, la Sala reconocerá y liquidará los perjuicios morales realizando un incremento del doble de los montos indemnizatorios que les corresponden a cada uno de los demandantes, con ocasión de la muerte violenta del señor [...], producto de una ejecución extrajudicial cometida por miembros del Ejército Nacional.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el reconocimiento del perjuicio moral en eventos de daños causados por grave violación de derechos humanos, ver: Consejo de Estado, sentencia de unificación de 14 de septiembre de 2011, rad. 19031, C. P. Ramiro Pazos Guerrero; sentencia de unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2014, rad. 32988, C. P. Ramiro Pazos Guerrero; y sentencia de 4 de febrero de 2022, rad. 45350. C. P. José Roberto Sáchica Méndez.

**DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / PERJUICIO INMATERIAL / DAÑO INMATERIAL / EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PERJUICIO INMATERIAL / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO INMATERIAL / DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA / MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / PROCEDIBILIDAD DE LA MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / FINALIDAD DE LA MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / MODALIDADES DE MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / GARANTÍA DE SATISFACCIÓN / INTENSIDAD DEL DAÑO / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA / DAÑO AL BUEN NOMBRE / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / FALSO POSITIVO / RECTIFICACIÓN DE INFORMACIÓN POR EL EJERCITO NACIONAL / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA / PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / DERECHO A LA VERDAD / SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD JUSTICIA REPARACIÓN Y GARANTÍA DE NO REPETICIÓN**

**Problema jurídico 6:** *¿Los informes presentados por miembros del Ejército Nacional ante las autoridades causaron una afectación al derecho convencional y constitucional a la vida y el buen nombre de la víctima directa ejecutada extrajudicialmente y presentada ante la ciudadanía y ante sus conocidos como delincuente dado de baja en combate?*

**Tesis 6:** “[C]omo consecuencia de la ejecución extrajudicial del señor [...], se causó la afectación grave de sus derechos constitucional y convencionalmente amparados, como el derecho a la vida y al buen nombre, habida cuenta de que no sólo fue ultimado por miembros del Ejército Nacional, sino que, además, se mancilló su dignidad, pues fue presentado ante la ciudadanía y ante sus conocidos como delincuente dado de baja en combate, con lo cual se victimizó su memoria y se trastocó ostensiblemente la verdad de los hechos. La jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho al buen nombre se vincula a “las actividades desplegadas de forma pública por alguien, [lo cual integra] la valoración que el grupo social hace de sus comportamientos públicos”. [...] [S]i bien en el presente caso no consta que se hubieren realizado publicaciones en los medios de comunicación con la información que divulgaba el Ejército sobre las circunstancias que rodearon el acaecimiento de la muerte [...]; lo cierto es que sí fue identificado en los diversos informes rendidos por los militares ante sus autoridades, como miembro de bandas criminales al servicio del narcotráfico; situación que fue conocida de esa manera por sus familiares y por quienes tuvieron acceso a las diligencias adelantadas en el marco del proceso penal. [...] [R]azón por la cual la Sala debe reconocer en su favor el derecho fundamental de la presunción de inocencia que lo ampara (art. 29 C.P.) y concluir, con base en ello, que el señor [...] era una persona ajena a las actividades ilícitas que le fueron imputadas después de su muerte.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la afectación relevante a bienes constitucionalmente amparados, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de marzo de 2012, rad. 22163, C. P. Enrique Gil Botero; sentencia de 1 de noviembre de 2007, rad. 16407, C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Igualmente ver sentencia de la Corte Constitucional T 277 de 12 de mayo de 2015, M. P. María Victoria Calle Correa.

**AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA / MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / MODALIDADES DE MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / FALSO POSITIVO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS / GARANTÍA DE SATISFACCIÓN / GARANTÍA DE NO REPETICIÓN / REMISIÓN DE LA SENTENCIA AL CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA / RECTIFICACIÓN DE INFORMACIÓN EN PERIÓDICOS / PUBLICACIÓN DE SENTENCIA / PERIÓDICO / DERECHO AL BUEN NOMBRE / DAÑO AL BUEN NOMBRE / RECTIFICACIÓN DEL DERECHO AL BUEN NOMBRE / RECTIFICACIÓN DE INFORMACIÓN POR EL EJERCITO NACIONAL / RECTIFICACIÓN DE INFORMACIÓN FALSA / PUBLICACIÓN EN REDES SOCIALES**

**Problema jurídico 7:** *¿En eventos en los que se ha configurado una grave violación a los derechos humanos, la Sala debe ordenar a la entidad demandada que se repare de manera integral a las víctimas y que se adopten medidas de satisfacción de carácter no pecuniario?*

**Tesis 7:** “[E]n casos como el presente, en el que se ha configurado una grave violación a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, la Sala debe, sin romper el principio de congruencia, ordenar la reparación integral de las víctimas como derecho fundamental que debe ser garantizado en forma plena. [...] Por consiguiente, la Sala, en aplicación del principio de reparación integral y con apoyo en lo dicho en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, decretará las siguientes medidas de carácter no pecuniario, sin que ello implique una afectación a la garantía de la no reformatio in pejus, dado que su carácter no corresponde a una sanción pecuniaria, sino satisfactoria y de garantía de no repetición. En consecuencia, se dispone: Como medida de satisfacción [...], el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional publicará en un periódico de amplia circulación local en el departamento de Norte de Santander, y específicamente en el municipio de El Carmen, una nota de prensa con base en las consideraciones de esta sentencia, con el fin de que se rectifique la verdadera identidad de la víctima directa. Dicho escrito deberá informar que la muerte [...] no ocurrió como consecuencia de un combate entre soldados del Ejército Nacional y miembros de un grupo armado ilegal, sino que fue ejecutado extrajudicialmente por actos perpetrados por los efectivos militares destacados del Batallón Contraguerrillas [...]. El mismo

contenido será publicado a través de las redes sociales del Ministerio de Defensa –Ejército Nacional– (Facebook, Instagram y Twitter) por el término de un (1) mes. El Ministerio de Defensa Nacional establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia, cuyo archivo será subido a la red en el término de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de seis (6) meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución. Dicho vínculo será publicado a través de las redes sociales del Ministerio de Defensa –Ejército Nacional ya referidas, junto con la nota de prensa previamente ordenada.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la indemnización de perjuicios inmateriales, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, rad. 32988, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de septiembre de 2022, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 54001-23-31-000-2009-00272-01\(56232\).](#)

## **2. El registro civil o el certificado expedido con base en este es el documento idóneo para probar el parentesco y no puede suplirse con otros medios probatorios.**

*Síntesis del caso: Como parte de lo que el país conoce como los falsos positivos de Soacha, un habitante de ese municipio fue asesinado por miembros del ejército en jurisdicción de Ocaña (Norte de Santander). El ejército adujo que la víctima era miembro de una banda al servicio del narcotráfico –BACRIN– y que había muerto en combate contra las fuerzas del orden. Un hijo póstumo y un hermano de la víctima no aportaron al proceso el registro civil que demostrara su parentesco con este.*

**ESTADO CIVIL / DEMOSTRACIÓN DE ESTADO CIVIL / PRUEBA DEL ESTADO CIVIL / REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO / VALIDEZ PROBATORIA DEL REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO / PRUEBA DE PARENTESCO / PARENTESCO CON LA VÍCTIMA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA**

*Problema jurídico: ¿La prueba idónea para acreditar el parentesco es el registro civil?*

**Tesis:** “El artículo 1º del Decreto 1260 de 1970 prescribe que el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad. Determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la Ley. El artículo 101 prevé que el estado civil debe constar en el registro del estado civil. Finalmente, el artículo 105 establece que los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos. En consonancia, el artículo 115 prescribe que podrán expedirse las copias y certificados que consignen el nombre de los progenitores y la calidad de la filiación, solamente en los casos en que sea necesario demostrar el parentesco y con esa sola finalidad. [...] [Algunos demandantes] no acreditaron el parentesco que alegaron, pues no aportaron la prueba idónea, esto es, el registro civil de nacimiento o el certificado expedido con base en el mismo. Como la prueba idónea para acreditar el parentesco no puede suplirse con otros medios probatorios, la Sala declarará la falta de legitimación en la causa por activa [...].”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el registro civil como documento idóneo para acreditar el parentesco y el estado civil, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, rad. 16694, C. P. Myriam Guerrero de Escobar, y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 2001, rad. 13086, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de julio de 2022, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 54001-23-31-000-2010-00029-01\(57521\).](#)

### **Aclaración de voto del consejero Nicolás Yepes Corrales**

#### **ACLARACIÓN DE VOTO / FALSO POSITIVO / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA**

Tesis: “[E]stimo pertinente precisar dos aspectos fundamentales en los que, a mi juicio, la sentencia del 29 de julio de 2022 no profundizó, a saber: i) Los actos de ejecución extrajudicial y ii) El reconocimiento de medidas de reparación no pecuniarias. [...] [F]rente a los actos de ejecución extrajudicial, es menester poner de presente que han sido objeto de reproche por copiosa jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues tales hechos representan el sacrificio injustificado de los derechos más esenciales del ser humano, perpetrados mediante actos aberrantes y absolutamente atentatorios de las más elementales nociones de la dignidad humana, irracionales que merecen el repudio de la justicia y de la sociedad y que, finalmente, son perpetrados por agentes de la fuerza pública a quienes, precisamente, se les ha encomendado la protección y de la vida e integridad de las personas. [...] [A] pesar de estar de acuerdo con lo decidido en sentencia del 29 de julio de 2022, estimo que nada impedía a la Sala haber reconocido de oficio medidas de reparación no pecuniarias en favor de los demandantes, pues quedó probado que la muerte de [JAPB] se produjo por un acto atroz, en el que miembros de la fuerza pública dispararon contra su humanidad y lo presentaron como delincuente muerto en enfrentamiento, sin existir ataque previo de la víctima ni enfrentamiento armado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de julio de 2022, A.V. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 54001-23-31-000-2010-00029-01\(57521\).](#)

## SECCIÓN CUARTA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

**1. Se anula parcialmente el inciso segundo del párrafo 1 del artículo 1.6.1.26.1 del Decreto 1625 de 2016, único reglamentario en materia tributaria, modificado por el Decreto 096 de 2020, en cuanto establecía los componentes de las viviendas VIS y VIP a tener en cuenta para fijar el precio total de las mismas con derecho a la devolución o compensación del IVA pagado en la adquisición de materiales para su construcción, a favor de los constructores que la desarrollan.**

*Síntesis del caso: Para la devolución y/o compensación del IVA pagado por la adquisición de materiales de construcción de vivienda de interés social (VIS) y de interés social prioritaria (VIP), de que trata el párrafo 2 del artículo 850 del Estatuto Tributario, el inciso segundo del párrafo 1 del artículo 1.6.1.26.1 del Decreto 1625 de 2016 señaló que el precio total de la vivienda no podría exceder el precio máximo señalado en las normas que regulan la materia y que el mismo incluiría el valor de los bienes muebles e inmuebles que presten usos y servicios complementarios o conexos, así como los contratos de mejoras o acabados suscritos con el constructor o con terceros y las obras de urbanismo ejecutadas por el constructor para garantizar la habitabilidad de las viviendas. En aplicación del precedente contenido en la sentencia del 28 de noviembre de 2019 (Exp. 23662) -que puntualizó que el derecho a acceder a la renta exenta prevista en el artículo 235-2 del ET se supeditaba al cumplimiento de los montos máximos permitidos para las viviendas VIS y VIP, de modo que los conceptos de VIS y VIP se debían sujetar a la regulación especial prevista en la Ley 388 de 1997 y a los límites de los valores establecidos en el plan de desarrollo vigente (135 SMLMV para las VIS y 70 o 90 SMLMV para las VIP)-, la Sala anuló parcialmente el inciso segundo del párrafo 1 del artículo 1.6.1.26.1 del DURT porque concluyó que no existe razón para que en materia de devoluciones de IVA se extienda el valor de las VIS/VIP a conceptos diferentes del propio de la escritura pública, en el cual no se incluyen los bienes complementarios a los que alude la norma demandada.*

DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO IVA PAGADO EN LA ADQUISICIÓN DE MATERIALES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y DE INTERÉS SOCIAL PRIORITARIA / PRECIO TOTAL DE LA VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL VIS / PRECIO TOTAL DE LA VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL PRIORITARIA VIP / DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA / VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL VIS - Concepto o definición legal / VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL PRIORITARIA VIP - Concepto o definición legal / VALOR MÁXIMO DE LA VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL VIS / VALOR MÁXIMO DE LA VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL PRIORITARIA VIP / VIVIENDA NUEVA / VALOR DE LA VIVIENDA NUEVA / RENTAS ASOCIADAS A LAS VIVIENDAS DE INTERÉS SOCIAL VIS Y DE INTERÉS PRIORITARIO VIP EXENTAS DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS - Contenido de los conceptos VIS Y VIP. Reiteración de jurisprudencia. Para establecer qué se entiende por una VIS y una VIP para efectos de la exención, es necesario acudir a la definición legal de tales conceptos prevista en la Ley 388 de 1997 y a los límites de los valores que para el efecto establezca el correspondiente plan de desarrollo y no a la norma del Decreto 1077 de 2015 que regula los montos límites de las viviendas a las que se les puede aplicar el subsidio familiar, puesto que la limitación en SMLMV que ella fija no concreta la noción de VIS y VIP / COMPONENTES DEL PRECIO TOTAL DE LA VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y DE INTERÉS SOCIAL PRIORITARIA - Ilegalidad parcial del inciso segundo del párrafo 1 del artículo 1.6.1.26.1 del Decreto 1625 de 2016, modificado por el Decreto 096 de 2020

**Problema jurídico:** *¿Se ajusta a la legalidad el inciso segundo del párrafo 1 del artículo 1.6.1.26.1 del Decreto 1625 de 2016, modificado por el Decreto 096 de 2020, relativo a la devolución de IVA pagado en adquisición de materiales para construcción de viviendas de interés social VIS y de interés social prioritario VIP, por cuenta de la adición de componentes obligatorios al tope del valor de aquellas, ajenos a las definiciones legislativas correspondientes?*

**Tesis:** “El artículo 850 del ET establece el derecho a la devolución de los saldos a favor liquidados por los contribuyentes y responsables en sus declaraciones tributarias, y de los pagos en exceso y de lo no debido que se hubieren realizado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras. En ese contexto, el párrafo 2 ib., modificado por el artículo 66 de la Ley 1607 de 2012, reconoció específicamente el derecho a la devolución o compensación del impuesto al valor agregado, IVA, pagado en la adquisición de materiales para la construcción de vivienda de interés social y prioritaria, a favor de los constructores que los desarrollan; *“en proporción al 4% del valor registrado en las escrituras de venta del inmueble nuevo, tal como lo adquiere su comprador o usuario final, cuyo valor no exceda el valor máximo de la vivienda de interés social, de acuerdo con las normas vigentes”*. Para tal efecto, el legislador asignó al **Gobierno Nacional la reglamentación de las condiciones de la devolución o compensación**, de la cual se ocupó el artículo 1.6.1.26.1 del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016 que, con la modificación introducida por el artículo 1 del Decreto 096 de 2020, distinguió ciertos bienes y servicios de las viviendas construidas, a modo de elementos materiales propios e identificativos de las mismas, y sobre su valor total, como factor previsto legislativamente para limitar la suma objeto de devolución. En ese sentido, el reglamento se refirió a las viviendas de interés social y de interés social prioritaria, como *“unidades habitacionales que cumplen con los estándares de calidad en diseño urbanístico, arquitectónico y de construcción”*, cuyo valor, de acuerdo con la escritura de compraventa o la resolución o acto traslativo del dominio, **no excediera el valor máximo establecido en las normas que regulan la materia**; disponiendo que el derecho a la devolución para los constructores que desarrollen las viviendas mencionadas, operaba *“independientemente de la forma contractual a partir de la cual ejecutaron el proyecto.”* Asimismo, indicó que las viviendas de interés social y de interés social prioritario contaban con servicios públicos domiciliarios instalados y con los puntos de conexión necesarios para el servicio de internet, e igualmente con duchas, sanitarios, lavamanos, lavadero, cocina, lavaplatos, puertas, ventanas y vidrios [par. 1]. Igualmente, que su **precio total no podía exceder el precio máximo señalado en las normas reguladoras de la materia**, y que en el mismo se incluían: *i) el valor de los bienes muebles e inmuebles que prestaban usos y servicios complementarios o conexos a las viviendas, como parqueaderos, depósitos, buhardillas, terrazas, antejardines y patios; ii) el valor de los contratos de mejoras o acabados suscritos con el constructor o con terceros y, iii) las obras de urbanismo ejecutadas por el constructor para garantizar la habitabilidad de las viviendas en los proyectos de vivienda de interés social y vivienda de interés social prioritaria también integraban el valor de la vivienda [par. 2].* La regulación reglamentaria sobre composición material de las VIS y VIP y el límite del precio de las mismas es consecuencia directa de la regla legal en materia de devolución del IVA pagado por la adquisición de materiales para la construcción de dichos tipos de vivienda [art. 850 ET]. Esa regla restringió el monto de la devolución a un porcentaje específico (4%) sobre el valor registrado en las escrituras de venta del inmueble nuevo adquirido por su comprador o usuario final y prohibió que dicho valor excediera **“el valor máximo de la vivienda de interés social, de acuerdo con las normas vigentes”**; con ello, el legislador fijó dos parámetros regulatorios, a saber: el valor de la vivienda de interés social y las normas vigentes sobre el mismo, los cuales, de acuerdo con el señalamiento hecho por el mismo texto legal y los presupuestos sustanciales de la facultad conferida por el artículo 189 [11] de la CP, podían ser objeto de desarrollo reglamentario en la medida que tuvieran una textura dispositiva abierta requirente de precisiones normativas para delimitar el alcance de su aplicación. Frente a tales parámetros, la norma acusada deviene pertinente en la medida que recae sobre los servicios y bienes materiales que se integran al concepto del tipo de viviendas a las que alude el párrafo 2 del artículo 850 del ET y, de acuerdo con ellos, presenta tres componentes del precio total de las VIS/VIP que, se repite, no pueden sobrepasar el *“valor máximo”* establecido en aquel. Puestos así los elementos de análisis, el juicio de legalidad se contraerá a establecer si unos y otros se ajustan al ordenamiento superior y cumplen la concordancia con normas vigentes, igualmente exigida por el mismo párrafo. Bajo ese propósito, observa la Sala: El artículo 51 de la Constitución Política de Colombia garantizó a todos los colombianos el derecho a una vivienda digna, asignándole al Estado la fijación de las condiciones necesarias para hacerlo efectivo y promover los planes de vivienda de interés social, los sistemas adecuados de financiación a largo plazo y las formas asociativas de ejecución de los mismos. El artículo 91 de la Ley 388 de 1997 definió la vivienda de interés social como aquella desarrollada para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingresos, previendo que cada Plan Nacional de Desarrollo establecería el tipo y precio máximo de las soluciones destinadas a estos hogares, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, las características del déficit habitacional, las posibilidades de acceso al crédito de los hogares, las condiciones de la oferta, el monto de recursos de crédito disponibles por parte del sector financiero y la suma de fondos del Estado destinados a los programas de vivienda. Por su parte y retomando la definición anterior, el artículo 85 de la Ley 1955 de 2019, *por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*, precisó que la vivienda de interés social cumplía con los estándares de calidad en diseño

urbanístico, arquitectónico y de construcción sostenible, y que su valor no excedía los 135 salarios mínimos mensuales legales vigentes (135 SMMLV), aunque, excepcionalmente, para las aglomeraciones urbanas definidas por el CONPES cuya población superara el millón de habitantes, el Gobierno Nacional podía establecer precios máximos de 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes; y, tratándose de los municipios parte de esas aglomeraciones, el valor aplicaba únicamente frente a los que el Gobierno Nacional demostrara presiones en el valor del suelo, generadoras de dificultades en la provisión de vivienda de interés social. Al tenor de la misma norma, el valor máximo de la Vivienda de Interés Prioritario sería de 90 SMMLV. Sin embargo, para el caso de programas y/o proyectos de renovación urbana, el legislador aceptó que las viviendas de interés social tuvieran un precio superior a los 135 SMMLV, siempre que no excediera los 175 SMMLV; y que las de interés prioritario tuvieran uno superior a los 90 SMMLV, sin exceder los 110 SMMLV. Por su parte, el artículo 2 1.1.1.1.7. del Decreto 1077 de 2015, Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio y que con fines de racionalización compiló la normativa vigente del sector que no había sido objeto de declaratoria de nulidad ni suspensión provisional, señaló que el valor de la vivienda nueva sería el estipulado en el avalúo comercial realizado conforme a la normativa vigente, aportado por el hogar o realizado durante el proceso de aprobación del mecanismo de financiación adicional escogido por el hogar, presumiéndose que ese valor incluía *“el de los bienes muebles e inmuebles que prestan usos y servicios complementarios o conexos a los mismos, como parqueaderos, depósitos, buhardillas, terrazas, antejardines o patios, como el correspondiente a contratos de mejoras o acabados suscritos con el oferente o con terceros”*. Concordantemente, al regular el proceso de asignación del subsidio familiar de vivienda de interés social urbano otorgado por el Gobierno Nacional, en la modalidad de leasing habitacional, previó que el valor de la vivienda sería el estipulado en el contrato de leasing habitacional, presumiéndose la inclusión en el mismo del valor de los bienes inmuebles como los que prestan usos y servicios complementarios o conexos a la vivienda (*parqueaderos, depósitos, buhardillas, terrazas, antejardines o patios*); y que el valor consolidado de la vivienda no podría superar los 135 salarios mínimos legales mensuales vigentes, excepto para las ubicadas en los municipios y distritos detallados en el título 9 de la parte 1 del libro 2 del mismo decreto, cuyo valor podía llegar a los 150 SMLMV, y en el caso de programas y/o proyectos de renovación urbana, en los cuáles podría llegarse a los 175 SMLMV. [2.1.1.1.11.5., modificado por el artículo 9 del Decreto 46 de 2020]. A su turno, la Ley 2079 de 2021, por la cual se dictan disposiciones en materia de Vivienda y Hábitat, como política pública estatal en la que se ancla un motor de superación de la pobreza multidimensional y de dignificación de los colombianos, sujeta la actuación de las entidades que tengan a su cargo actividades relacionadas con la formulación y ejecución de dicha política a principios como el de *“Vivienda digna y de calidad”*, obligándolas a priorizar mecanismos que permitan mejorar la calidad de vida de la población menos favorecida, a través de programas de mejoramiento de vivienda integral de las condiciones habitacionales de la población, vivienda nueva en condiciones mínimas de dignidad, habitabilidad, calidad, sostenibilidad y seguridad al interior de las mismas y su entorno, garantizando la universalidad en el acceso a la vivienda de calidad, equipamiento colectivo y espacio público en las zonas urbanas y rurales del país según criterios de cobertura, accesibilidad, articulación y continuidad. Ahora bien, la sentencia 23662 del 28 de noviembre de 2019 [C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez] anuló los conceptos 100202208-0132 del 09 de febrero de 2017 y 100202208-0322 del 03 de abril del mismo año, que sujetaban la procedencia de la exención de las rentas asociadas a las VIS y VIP a que la totalidad de las unidades habitacionales y sus servicios y espacios accesorios no superaran los montos de SMLMV fijados por el parágrafo 1 del artículo 2.1.1.1.1.7 del Decreto 1077 de 2015. En ese específico contexto de rentas exentas asociadas a la VIS/VIP, con fundamento en el artículo 235-2 del ET que establece la exención del impuesto sobre la renta para las utilidades obtenidas en la enajenación de predios destinados al desarrollo de proyectos de VIS y VIP y aquellas derivadas de la primera venta de los mismos tipos de vivienda, la mencionada sentencia anotó que la referencia de la norma regulatoria de los montos límites de las viviendas a las cuales podía aplicarse el subsidio familiar no se acompasaba con la noción de VIS y VIP, puesto que la limitación en SMLMV no concretaba esa noción, sino la posibilidad de adquirir tales inmuebles mediante subsidio. De acuerdo con ello, dicha providencia puntualizó que los conceptos de VIS y VIP debían sujetarse a la regulación especial prevista en la Ley 388 de 1997 y a los límites de los valores establecidos en el correspondiente plan de desarrollo (*135 SMLMV para las VIS y 70 o 90 SMLMV para las VIP*), de manera que las viviendas que cumplieran dichos requisitos podían acceder a la renta exenta de que trata el mencionado artículo 235-2 del ET, conllevando en principio una declaratoria de legalidad condicionada de los conceptos allí demandados, en el entendido de que la aplicación de la exención mencionada se supeditaba al cumplimiento de los montos máximos permitidos para las viviendas VIS y VIP, pero correspondientes a los indicados en el Plan Nacional de Desarrollo vigente. Y la Sección aceptó la nulidad pretendida *“habida cuenta que de la aplicación del parágrafo 1.º del artículo 2.1.1.1.1.7 del DURV la Administración adicionalmente interpretó que la presunción de determinar el valor de los bienes conexos a partir del valor establecido inicialmente en el contrato de adquisición y, ahora en el avalúo comercial, conllevaba a que el valor de la vivienda VIS y VIP debía estar conformado por el valor de la vivienda y de todos los bienes conexos, se desconoce que dicha presunción corresponde a un parámetro para poder determinar y probar el valor de las viviendas de este tipo y de sus bienes y servicios conexos”*. Acorde con los anteriores razonamientos y no existiendo razón para que en materia de devoluciones de IVA se extienda el valor de las VIS/VIP a

conceptos diferentes del propio de la escritura pública, en el cual no se incluyen los bienes complementarios a los que alude la norma demandada, la Sala adoptará el criterio decisorio de la citada sentencia 23662, constitutiva de precedente aplicable al presente caso. En consecuencia, se anulará parcialmente el inciso segundo del parágrafo 1 del artículo 1.6.1.26.1 del Decreto 1625 de 2016, modificado por el Decreto 096 de 2020.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 27 de octubre de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2021-00004-00 \(25440\).](#)

## **2. Para efectos de la devolución del IVA pagado en la adquisición de materiales para la construcción de viviendas de interés social, la ley permite que la descripción de los bienes o servicios vendidos se incluya en la factura en forma específica o genérica, de modo que a quien incorpore una descripción genérica no se le puede exigir la individualización de cada uno de los artículos vendidos como requisito para el reintegro fiscal, sino únicamente que de dicha descripción se pueda inferir la destinación de los respectivos bienes o servicios.**

*Síntesis del caso:* Se demandó la legalidad de los actos administrativos en los que la DIAN rechazó en forma parcial la solicitud de devolución del IVA pagado en la adquisición de materiales para la construcción de viviendas de interés social que le formuló la sociedad actora, con el argumento de que los documentos aportados como facturas no soportaron válidamente que en la construcción se incorporaron bienes susceptibles de reintegro de IVA, pues, al no cumplir con el requisito del literal f) del artículo 617 del Estatuto Tributario, fiscalmente no era viable reconocer tales documentos como facturas, por lo que consideró que la demandante incurrió en la causal de rechazo de la devolución prevista en el literal g) del artículo 10 del Decreto 1243 de 2001. La Sala confirmó la sentencia apelada que anuló parcialmente los actos acusados y ordenó la devolución, igualmente parcial del tributo, porque concluyó que las facturas que aportó la demandante para sustentar la solicitud de devolución cumplieron con el referido requisito del literal f) del artículo 617 del Estatuto Tributario, en tanto contenían una descripción genérica de los materiales asociados a la construcción de vivienda VIS, descripción permitida por el artículo 771-2 ibídem y que, por ende, no podía ser desconocida por la DIAN para exigir como requisito para el reintegro del IVA la individualización de cada uno de los bienes vendidos.

**DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO IVA PAGADO EN LA ADQUISICIÓN DE MATERIALES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL - Requisitos de las facturas / DESCRIPCIÓN ESPECÍFICA DE ARTÍCULOS VENDIDOS EN LA FACTURA - Alcance / DESCRIPCIÓN GENÉRICA DE ARTÍCULOS VENDIDOS EN LA FACTURA - Alcance**

*Problema jurídico:* ¿Las facturas aportadas por la sociedad demandante para sustentar la solicitud de devolución del IVA pagado en la construcción de viviendas de interés social cumplen con el requisito establecido en el literal f) del artículo 617 del Estatuto Tributario?

Tesis: “El parágrafo 2 del artículo 850 del Estatuto Tributario establece el derecho de los constructores a la devolución o compensación del IVA pagado en la adquisición de materiales para la construcción de viviendas de interés social. Esta norma fue reglamentada en su momento por el Decreto 1243 de 2001, según el cual se determinaron, entre otros, los siguientes requisitos: “Artículo 3°. Requisitos de la

contabilidad. La solicitud de compensación o devolución del IVA pagado en la adquisición de los materiales de construcción para vivienda de interés social, deberá ser presentada por el constructor. Los constructores pueden ser también los titulares del proyecto aprobado por Inurbe, o construir bajo alguna modalidad de contrato con el titular. En todo caso, los constructores de vivienda de interés social deberán cumplir con los siguientes requisitos: (...) 6. Las facturas o documentos equivalentes que, de conformidad con el artículo 123 del Decreto 2649 de 1993, sirvan de soporte a los registros contables, deben satisfacer los requisitos señalados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario, y discriminar en todos los casos el IVA correspondiente a la transacción. **Parágrafo 1°.** Para los efectos contemplados en este decreto, se consideran materiales de construcción solamente aquellos bienes corporales muebles que constituyan costo directo imputable a la construcción de vivienda de interés social. (...). (Subraya la Sala) De acuerdo con la remisión al artículo 771-2 del Estatuto Tributario, las facturas deben cumplir con los requisitos establecidos en los literales b), c), d), e), f) y g) de los artículos 617 y 618 *ibídem*. Se discute puntualmente en el presente proceso que las facturas allegadas por la parte demandante no cumplieron con el requisito descrito en el literal f), según el cual estas deben contener la “*descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados*”. Conforme con lo anterior, la Sala advierte que la ley dispone dos posibilidades de incluir en la factura la descripción de los artículos vendidos; una de forma específica, y otra de forma genérica, dejando a discreción del contribuyente por cuál de las dos optar. Según las definiciones dadas por la Real Academia Española – RAE, “específico” corresponde a “*lo que es propio de algo y lo caracteriza y distingue de otras cosas*”, y “general”, aquello “*común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente*”. Por lo tanto, individualizar y detallar cada uno de los materiales vendidos en la factura corresponde a una descripción específica, pero denotar un conjunto de bienes necesarios para un determinado fin, será una descripción genérica de los mismos. Respecto de las facturas (...), reconocidas por el Tribunal para la devolución del IVA pagado, se evidencia que en ellas se encuentra una descripción suficientemente genérica que hace alusión a un conjunto de materiales para instalar una serie de redes necesarias en la construcción de las viviendas como, por ejemplo: “*Contrato No. 273SC-C0011. CORTE No. 1. Suministro de material para las instalaciones de redes eléctricas, telefónicas y afines (Tubos, Tableros, Interruptores, cables, ladrillos, Cemento, Adaptadores, cajas, etc.)*” o, “*Corte de obra 01. Según contrato 273SC-C0009. Suministro de materiales para redes hidráulicas, sanitarias y de gas.*” De lo anterior, la Sala concluye que si la ley da la posibilidad de incluir una descripción genérica en la factura, para quien así la incorpore no puede exigirse como requisito para su reconocimiento que se individualicen cada uno de los bienes vendidos, sino únicamente que de dicha descripción se pueda inferir la destinación de los mismos. Por todo lo anterior, se confirmará la decisión del juez de primera instancia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 9 de febrero de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2015-01555-01 \(26341\).](#)

### **3. Se precisa el alcance del silencio administrativo en materia tributaria, en el sentido de indicar que aunque este se configure, no puede cobijar peticiones contrarias a la ley, de modo que compete al juez administrativo determinar la procedencia de la petición, al punto que la puede rechazar o modular si observa una trasgresión abierta del ordenamiento.**

**Síntesis del caso:** Se demandó la legalidad del acto por el cual el Distrito Capital reconoció la configuración de un silencio administrativo positivo y ordenó tramitar la solicitud de devolución del pago de lo no debido por concepto del ICA de los periodos 5 y 6 de 2010, 1 a 6 de 2011 y 1 a 3 de 2012 que la demandante presentó el 15 de diciembre de 2015. La sentencia apelada anuló dicho acto y ordenó al Distrito Capital que efectuara la devolución solicitada con sus respectivos intereses. La Sala revocó la sentencia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, porque concluyó que, si bien en el caso se configuró el silencio administrativo positivo, por la notificación extemporánea de la decisión del recurso de reconsideración que la actora formuló contra el acto que rechazó, en forma definitiva, la citada solicitud de devolución de diciembre de 2015, lo cierto es que el reconocimiento del silencio no aparejaba que se ordenara la devolución de las sumas solicitadas, como lo resolvió el Tribunal, sino que el

*silencio operó en el sentido de atender la petición de devolución rechazada, que fue el objeto del recurso, y de evaluar nuevamente por la entidad que se trataba de una solicitud previamente definida por actos administrativos debidamente ejecutoriados y, por ende, de obligatoria observancia. Señaló que la aludida petición de diciembre de 2015, que comprendía los periodos reclamados en el proceso, ya había sido negada por el Distrito al resolver la primera solicitud de devolución que la actora formuló el 5 de agosto de 2013, mediante acto administrativo que se confirmó en reconsideración y que estaba en firme porque no se cuestionó en vía judicial. Al respecto, la Sala precisó que el silencio administrativo positivo no puede prohiar peticiones que contravienen la ley, por lo que, aun operando el silencio positivo, el juez administrativo es competente para determinar la procedencia de la petición, al punto de poder rechazarla o modularla si observa una trasgresión abierta del ordenamiento. Así las cosas, concluyó que el reconocimiento de la ocurrencia del silencio positivo, que hizo el Distrito Capital, respecto de una solicitud que ya había sido definida mediante actos administrativos en firme, denegatorios de la devolución del ICA de los periodos reclamados, no podía enervar la fuerza ejecutoria de tales actos, pues ello contravendría lo dispuesto por la propia ley y atentaría contra la seguridad jurídica.*

**TÉRMINO PARA RESOLVER EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN / CARÁCTER PRECLUSIVO DEL TÉRMINO PARA RESOLVER EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN / ALCANCE DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA TRIBUTARIA / FIRMEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DENEGATORIO DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO - Configuración / OBLIGATORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN FIRME / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO FRENTE AL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO CONTRA EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE RECHAZA LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO RESPECTO DE UNA SOLICITUD PREVIAMENTE NEGADA Y EN FIRME – Alcance. El reconocimiento de la ocurrencia del silencio administrativo positivo respecto de una solicitud que ya había sido negada mediante actos administrativos en firme, respecto de los mismos periodos reclamados, no puede enervar la fuerza ejecutoria de tales actos, pues ello contraviene ley y la seguridad jurídica.**

*Problema jurídico: ¿El reconocimiento del silencio administrativo positivo por parte del Distrito Capital respecto del recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución DDI006626 y/o 2016EE19532 del 25 de febrero de 2016, a través de la cual la Oficina de Cuentas Corrientes y Devoluciones de la Subdirección de Recaudación, Cobro y Cuentas Corrientes rechazó dar trámite a la solicitud de devolución y/o compensación efectuada por pago de lo no debido por el ICA de las vigencias 2010 bimestres 5 y 6, 2011 bimestres 1 al 6 y 2012 bimestres 1 al 3, traía como consecuencia que se ordenara la devolución de las sumas solicitadas, como lo resolvió el Tribunal?*

*Tesis: “El artículo 732 del Estatuto Tributario establece que la Administración cuenta con el término de “un (1) año para resolver los recursos de reconsideración o reposición, contado a partir de su interposición en debida forma”. Por su parte, el artículo 734 del Estatuto Tributario dispone que “si transcurrido el término señalado en el artículo 732, (...), el recurso no se ha resuelto, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso, la Administración, de oficio o a petición de parte, así lo declarará.” De las citadas normas, se desprende que el término de un (1) año es preclusivo. En consecuencia, si vence el término legal sin que se resuelva el recurso se entiende que la Administración pierde competencia para manifestar su voluntad y las actuaciones surtidas con posterioridad se consideran nulas; y así lo ha reconocido la Sala, sin embargo, también se ha pronunciado, en el sentido de que, el silencio administrativo positivo no puede prohiar peticiones que contravienen la ley, y en ese sentido precisó que, aun operando el silencio administrativo positivo, el juez administrativo es competente para determinar la procedencia de la petición, al punto de poder rechazarla o modularla si observa una trasgresión abierta del ordenamiento (...) Precisado esto, encuentra la Sala que los antecedentes dan cuenta de lo siguiente: (...) - Mediante radicado (...) del 5 de agosto de 2013, la sociedad presentó solicitud de devolución por concepto de ICA por los periodos del segundo bimestre de 2002 al tercer bimestre de 2012. - A través de la Resolución DDI-047679 del 17 de octubre de 2013, la Administración resolvió la solicitud negando la petición por considerar que no existía saldo a favor y que las declaraciones se encontraban en firme. - La sociedad presentó recurso de reconsideración contra la anterior decisión, el cual fue resuelto por la Administración mediante Resolución DDI042879 del 24 de julio de 2014, confirmando su acto. - El 07 de diciembre de 2015 (...), la actora presentó nuevamente solicitud de devolución del ICA por los bimestres 5 y 6 de 2010, 1 a 6 del 2011*

y 1 a 3 del año 2012, más los intereses correspondientes. - Dicha solicitud fue resuelta mediante Resolución Nro. DDI- 006626 de 25 de febrero de 2016, rechazando la solicitud, por considerar que la Administración ya se había pronunciado al respecto en el año 2013. - Contra el anterior acto, la demandante presentó recurso de reconsideración, mediante radicado (...) del 2 de mayo de 2016, el cual fue resuelto a través de la Resolución Nro. DDI-026841 de 31 de marzo de 2017, confirmando el rechazo. El acto se notificó por edicto, desfijado el 3 de mayo de 2017. - El 1 de septiembre de 2017, la sociedad presentó petición de reconocimiento de silencio administrativo positivo, con ocasión de la notificación fuera del término de un año para proferir y notificar la respuesta al recurso de reconsideración. - Por Resolución Nro. DDI-040668 de 21 de septiembre de 2017, la Administración resolvió: *"Por estar configurado el silencio administrativo positivo respecto del recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución No. DDI006626 y/o 2016EE19532 del 25/02/2016 a través de la cual la Oficina de Cuentas Corrientes y Devoluciones de la Subdirección de Recaudación, Cobro y Cuentas Corrientes RECHAZÓ dar trámite a la solicitud de DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN efectuada por pago de lo no debido por el Impuesto de Industria y Comercio, correspondiente a las vigencias 2010 bimestres 5 y 6, 2011 bimestres 1 al 6 y 2012 bimestres 1 al 3, se procede al reconocimiento del mismo y se ordena en consecuencia revocar la resolución impugnada. Respecto de la solicitud de devolución incoada en el numeral a) de la petición 4 consistente en que "a) Devuelva de la suma (sic) de \$111.228.000 por concepto de impuesto de industria y comercio, avisos y tableros correspondiente a los bimestres 5,6 de los años, 2010. 2011 y los bimestres, 1, 2,3 del año 2012 más los intereses que correspondan, toda vez que constituye pago de lo debido.";* este Despacho se permite indicar que no es procedente acceder a dicha pretensión, ya que el recurso interpuesto mediante el escrito (...) del 2 de mayo de 2016 objeto de la presente solicitud de reconocimiento de silencio administrativo positivo, recurre la resolución No. DDI006626 y/o 2016EE19532 del 25/02/2016 a través de la cual la oficina de Cuentas Corrientes y Devoluciones de la Subdirección de Recaudación, Cobro y Cuentas Corrientes **RECHAZO** dar trámite [.]. En consecuencia, en su lugar, se ordenará a la Oficina de Cuentas Corrientes y Devoluciones de la Subdirección de Recaudación, Cobro y Cuentas Corrientes de la Dirección Distrital de Impuestos DIB, dar estudio y trámite a la solicitud de DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN efectuada mediante el escrito (...) del 7 de diciembre de 2015, por pago de lo no debido por el Impuesto de Industria y Comercio, correspondiente a las vigencias 2010, bimestres 5 y 6, 2011, bimestres 1 al 6 y 2012 bimestres 1 al 3. - A partir de lo anterior, la Oficina de Recursos Tributarios [sic], la Oficina de Cuentas Corrientes y Devoluciones expidió la Resolución Nro. DDI041019 del 27 de septiembre de 2017, notificada el 12 de octubre del mismo año, rechazando en forma definitiva la solicitud de devolución [.]. Si bien se cumplió el término sin que la actora fuera notificada, de manera oportuna, de la respuesta al recurso de reconsideración contra el acto administrativo de rechazo, aspecto por el que la administración municipal reconoció la ocurrencia del silencio positivo, considera la Sala que el mismo operó, pero en el sentido de atenderse la petición de devolución rechazada por la oficina de cuentas corrientes y devoluciones, objeto de recurso y de evaluar nuevamente por la entidad que se trataba de una solicitud previamente definida por actos administrativos debidamente ejecutoriados y en consecuencia de obligatoria observancia. No puede perderse de vista que, los antecedentes dan cuenta de que la solicitud de devolución, que comprendía los períodos reclamados en el proceso, fue negada mediante las Resoluciones Nros. DDI-047679 de 17 de octubre de 2013 y Resolución Nro. DDI-042879 del 24 de julio de 2014 (...) También se pone de presente en el proceso que los anteriores actos administrativos no fueron impugnados judicialmente por la interesada, hoy actora, lo cual derivó en la firmeza de los mismos, conforme con lo previsto en el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo cual determina, a la luz del artículo 91 ibídem, su obligatoriedad. De manera que el reconocimiento de la ocurrencia del silencio administrativo positivo, que fue efectuado por la administración, respecto de una solicitud que ya había sido definida mediante actos administrativos en firme, negando la devolución del ICA de los períodos reclamados, no podía enervar la fuerza ejecutoria de tales actos, pues esto contravendría lo dispuesto por la propia ley y atentaría contra la seguridad jurídica. (...)"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 2 de febrero de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2018-00074-01 \(26007\).](#)

**Aclaración de voto del Consejero Milton Chaves García**

**FIRMEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DENEGATORIO DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO - Configuración / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Falta de configuración / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL**

## SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO FRENTE AL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO CONTRA EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE RECHAZA LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO RESPECTO DE UNA SOLICITUD PREVIAMENTE NEGADA Y EN FIRME

**Tesis:** “Comparto la decisión de la Sala de revocar la sentencia de primera instancia, estimatoria de las pretensiones de la demanda, y, en su lugar, negar dichas pretensiones. Lo anterior, por cuanto la solicitud de devolución de pago de lo no debido por concepto de ICA por los periodos 5 y 6 de 2010, 1 a 6 de 2011 y 1 a 3 de 2012, presentada por la actora el 7 de diciembre de 2015, ya había sido negada por el demandado al resolver la solicitud de devolución del pago de lo no debido, de 5 de agosto de 2013, por los periodos 2 de 2002 a 3 de 2012. El acto que negó la anterior solicitud de devolución fue expedido el 17 de octubre de 2013 y se confirmó en reconsideración. Además, la actora no cuestionó judicialmente la decisión. Entonces, se trata de una decisión que se encuentra en firme. Sin embargo, de manera respetuosa aclaro el voto porque, en mi criterio, no se configuró el silencio administrativo positivo frente a la decisión del recurso de reconsideración contra el acto de 26 de febrero de 2016, que rechazó la solicitud de devolución de 7 de diciembre de 2015 por los mismos periodos que se cuestionan, pues la administración precisó que la solicitud ya se había negado. En efecto, si ya la solicitud de devolución se había negado y la decisión estaba en firme, no existe silencio positivo frente al recurso contra la decisión que simplemente rechaza la solicitud porque el asunto está resuelto”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 2 de febrero de 2023, A.V. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2018-00074-01 \(26007\).](#)

## 4. El principio de la autonomía privada no impide que la administración de impuestos ejerza sus facultades de gestión administrativa para comprobar la realidad de las operaciones económicas registradas en las declaraciones tributarias.

**Síntesis del caso:** *Mediante los actos administrativos acusados, la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta que la sociedad demandante presentó por el año gravable 2012, en el sentido de rechazar pasivos y costos de ventas e imponerle sanción por inexactitud. Lo anterior, bajo la consideración de que los medios de prueba que recaudó en el procedimiento de revisión daban cuenta de que los pasivos y los costos de ventas que declaró la demandante correspondían a operaciones económicas simuladas e inexistentes. La Sala confirmó el rechazo de los pasivos y costos de ventas, porque concluyó que la liquidación oficial se sustentó en las pruebas que recaudó la Administración sobre las operaciones que declaró la actora, con base en las cuales quedó demostrado, mediante indicios, que las compras de textiles a las proveedoras investigadas fueron simuladas, por lo que no hay lugar a su reconocimiento fiscal. Al respecto precisó que en el caso no se menoscabó ni se desconoció el principio de la autonomía privada, toda vez que la contribuyente no desvirtuó, como era su carga, que las operaciones con las referidas proveedoras no eran reales, dado que, si bien aseguró que las facturas y la prueba contable daban fe de la realidad de dichas operaciones, lo cierto es que resultan insuficientes pues solo cumplen el cometido de mostrar la apariencia del negocio que soportan. Finalmente, se confirmó la sentencia apelada en cuanto anuló parcialmente los actos enjuiciados, solo para disminuir la sanción por inexactitud al 100% de la diferencia entre el saldo a pagar o saldo a favor, en aplicación del principio de favorabilidad. La Sala consideró improcedente imponer la sanción del 160%, de un lado, porque la declaratoria de proveedores ficticios de las proveedoras cuestionadas fue posterior a la ocurrencia de la conducta infractora por parte de la actora, y, de otro, en razón de que la sanción por inexactitud con fundamento en el abuso en materia tributaria es aplicable para las conductas cometidas a partir del año gravable 2013, conforme lo dispone el parágrafo del artículo 198 de la Ley 1607 de 2012, sumado a que la Administración no adelantó el procedimiento previsto en el artículo 869-1 del ET para acreditar tal situación.*

**MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIA TRIBUTARIA - Reiteración de jurisprudencia / PROCEDENCIA DE COSTOS EN MATERIA TRIBUTARIA – Factura como soporte documental / PRUEBA DE LA REALIDAD DE LAS OPERACIONES ECONÓMICAS REGISTRADAS EN LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS – Libertad probatoria. Reiteración de jurisprudencia / PRUEBA DE LA SIMULACIÓN DE OPERACIONES ECONÓMICAS / INDICIO EN MATERIA TRIBUTARIA – Alcance. Reiteración de jurisprudencia / ASPECTOS NEGATIVOS DE LA BASE IMPONIBLE – Carga de la prueba del contribuyente. Reiteración de jurisprudencia / ALTERACIÓN DE LOS FACTORES O ASPECTOS POSITIVOS DE LA BASE IMPONIBLE – Carga de la prueba de la administración tributaria. Reiteración de jurisprudencia / CARGA DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA DE AUTOLIQUIDACIÓN TRIBUTARIA - Reiteración de jurisprudencia / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PRIVADA – Alcance en materia tributaria / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PRIVADA – Falta de configuración / INEXISTENCIA DE COMPRAS SOPORTADAS EN FACTURAS Y PRUEBA CONTABLE – Acreditación de la simulación de operaciones económicas / RECHAZO DE PASIVOS Y COSTOS DE VENTAS POR SIMULACIÓN DE OPERACIONES SOPORTADAS EN FACTURAS Y PRUEBA CONTABLE – Legalidad**

*Problema jurídico 1: ¿Los medios probatorios que refiere la demandante (libros contables, facturas y retenciones en la fuente practicadas a proveedores) acreditan la realidad de las operaciones cuestionadas por la DIAN y que originaron los pasivos y los costos de ventas que incluyó en la declaración revisada y que fueron glosados por dicha entidad o, en cambio, puede colegirse, de las pruebas practicadas por esa autoridad, que las operaciones declaradas por la actora fueron inexistentes?*

**Tesis 1:** “2.2- Sobre el asunto debatido, la Sala ha precisado que si bien la procedencia de los costos se supedita a que la operación respectiva encuentre respaldo en una factura expedida con el cumplimiento de los requisitos legales (artículos 617, 618 y 771-2 del ET), su exhibición no excluye la potestad de la Administración de celebrar investigaciones respecto de la operación económica documentada, a fin de corroborarla o desvirtuarla. Al respecto, esta Sección ha precisado que para corroborar la existencia o inexistencia de las operaciones cuestionadas, la Administración puede practicar los distintos medios de prueba previstos en las leyes tributarias o en el CGP (Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012), en cuanto estos sean compatibles con aquellos, según lo señala el artículo 742 del ET, ya que ninguna norma del ordenamiento tributario fija los medios de prueba conducentes para acreditar la existencia de dichas operaciones, de ahí que su demostración se enmarque en la regla general de libertad probatoria consagrada en el artículo 165 del CGP. En consecuencia, la eficacia de los medios probatorios aportados para ese fin dependerá «de [su] mayor o menor conexión con el hecho que trata de probarse» (artículo 743 del ET), que sería, en el presente caso, la existencia de las operaciones de compra en cuestión, situación en la que los indicios adquieren preponderancia, dado que, si la operación económica es inexistente, por obvias razones no habrá evidencia directa de ese tipo de afirmación indefinida (i.e. inexistencia). De modo que, la inexistencia o simulación de operaciones económicas debe ser acreditada mediante la prueba de otros hechos a partir de los cuales, por inferencia lógica, estas se colijan. En este esquema, un hecho base debe estar plenamente demostrado en el proceso mediante otros medios de prueba y este hecho indicador debe tener la propiedad de demostrar otro mediante un proceso de inferencia lógica, con fundamento en las reglas de la experiencia (sentencias del 19 de febrero de 2020 y del 05 de agosto de 2021, exs. 23296 y 22478, CP: Julio Roberto Piza). La Sala también ha establecido que, en virtud del principio general de la carga de la prueba consagrado en el artículo 167 CGP, corresponde al sujeto pasivo demostrar los aspectos negativos de la base imponible (pasivos, costos, gastos, impuestos descontables, compras), pues es quien los invoca a su favor. A contrario sensu, en aquellos casos en donde se pretenda alterar el aspecto positivo de la base gravable (entiéndase adición de ingresos u operaciones sometidos a tributación), la carga se asigna a la autoridad que constituye el sujeto que invoca a su favor la modificación del caso. Lo anterior obedece al deber de la Administración de agotar una actividad de verificación suficiente respecto de la liquidación de los tributos que efectúan los sujetos pasivos. Ahora, en virtud del sistema de autoliquidación tributaria, en aquellos casos en los que medie un despliegue probatorio cuya vocación permita cuestionar la veracidad de los hechos consignados en la declaración, el llamado a comprobarlos es el sujeto pasivo o declarante (...). 2.3- Hechas las anteriores precisiones, corresponde estudiar el material probatorio que obra en el proceso, a fin de determinar la realidad de las operaciones económicas objetadas por la demandada. (...) Con la liquidación oficial de revisión (...), la demandada cuestionó el valor probatorio de los medios de prueba aportados por la contribuyente, y concluyó que las operaciones informadas eran inexistentes. Puntualmente, señaló que las facturas y soportes contables aportados obedecieron únicamente a una realidad documental pues se trató de operaciones simuladas. Para ello, presentó como indicios que las proveedoras no tenían como objeto social el comercio de material textil, tampoco contaban con instalaciones e infraestructura física que dieran cuenta del

desarrollo de esa actividad económica. Así porque no se demostró que tuvieran la logística y el personal necesario y adecuado, se negaron a entregar los registros contables, los soportes de las compras de mercancías y la información de sus proveedores. Además, no existía información en medios magnéticos de terceros que reportaran ventas a estas proveedoras, a partir de los cuales se pudiera establecer el origen de las mercancías que a su vez compró la actora. Sobre las retenciones en la fuente declaradas por las proveedoras, en el acto definitivo se indicó que correspondían a valores que no guardaban relación con los montos de compras y costos que estas declararon. También, señaló la Administración que los cheques girados como medio de pago de las supuestas compras, tenían como destinatarios terceros, otros eran inexistentes, y algunos que fueron girados a nombre de las proveedoras se endosaron a una comisionista de bolsa que declaró haber destinado los recursos a la adquisición de acciones por cuenta de una compañía del exterior que tenía como beneficiaria a la misma contribuyente, y de una persona natural que era el representante legal de la actora. En todo lo anterior, se fundó la decisión de la Administración de modificar la declaración privada revisada, la cual fue confirmada al resolver el recurso de reconsideración.

2.4- A la luz de los hechos probados y del derecho aplicable al *sub lite*, la Sala destaca que la demandada cuestionó las operaciones de compra de material textil, las cuales se encuentran registradas en la contabilidad de la actora y documentadas en facturas, cuyos requisitos formales no son debatidos por la autoridad de impuestos. Al respecto, en lo que interesa al presente caso, la Administración discute la realidad de las supuestas operaciones realizadas por la actora con dos de sus proveedoras, pues estas operaban en direcciones contiguas y sus instalaciones correspondían a una oficina en la que la Administración no halló ningún rasgo que evidenciara el desarrollo de la actividad de comercialización de textiles, aunado a los demás indicios recaudados. Los medios probatorios aportados por la demandante para acreditar la existencia de las operaciones se reducen a facturas de venta expedidas por sus proveedoras y documentos contables, respecto de los cuales la Administración no reprochó el incumplimiento de requisitos. En contraste, en el *sub lite*, permiten cuestionar la realidad de las operaciones de compra y concluir que las mismas no tuvieron lugar, los siguientes hechos probados: (i) la información allegada por las propias proveedoras; (ii) la falta de soportes argumentativos y probatorios acerca del origen de la mercancía vendida a la demandante; (iii) las contradicciones respecto [sic] a quien asumía los gastos de transporte de dicha mercancía en las versiones de la actora y las proveedoras; (iv) el hecho que algunos de los cheques con los cuales la actora pagó la mercancía resultaron pagando inversiones en acciones a nombre de su representante legal y de una compañía extranjera de la que era beneficiaria final; (v) otros de estos títulos valores fueron girados a nombre de terceros y de otros no había registro en las entidades financieras responsables de su pago; (vi) la falta de claridad sobre la destinación de las mercancías supuestamente adquiridas, pues aunque la demandante afirmó haberlas vendido, no proporcionó información sobre los adquirentes ni prueba de las ventas.

2.5- En ese contexto, la Sala evidencia que por sí solas las facturas aportadas por la actora no permiten acreditar la realidad de las operaciones económicas glosadas. Aunque la factura sea el documento soporte necesario para la procedencia de los costos (artículo 771-2 del ET), esto no impide que la autoridad adelante investigaciones respecto de la operación documentada en la factura, a fin de comprobar su veracidad, correspondiéndole al obligado tributario desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar la realidad y características de la transacción. De esta forma, la Sala verifica que una vez la Administración, a través de los indicios, desconoció las operaciones de compra de textiles que dieron lugar a los pasivos y costos de ventas glosados, la demandante no allegó prueba que permitiera validar o corroborar la existencia de los negocios jurídicos establecidos como simulados por la Administración; es decir, la demandante no desplegó alguna actividad probatoria tendiente a desvirtuar los hallazgos de la autoridad de impuestos, en cambio, limitó su defensa a acreditar la existencia de las operaciones mediante las pruebas documentales que las soportaron formalmente, siendo que la Administración no ha rebatido su existencia, sino que los negocios jurídicos en realidad no fueron celebrados aun cuando, contablemente, la demandante hubiera registrado lo contrario y le hubiese dado apariencia formal de haberse celebrado los negocios que sustentan las facturas y la contabilidad. Ahora, contrariamente a lo señalado por la actora, considera la Sala que la autoridad fiscal puede requerir a terceros para que rindan informes o declaraciones a efectos de comprobar, real y adecuadamente, los hechos económicos de donde derivan obligaciones tributarias, con lo cual, no se infringe la autonomía privada de los sujetos que celebraron el negocio jurídico, pues, lo que se pretende es revelar la verdadera operación comercial que fue ocultada mediante la apariencia de una declaración contractual, esto es, la compraventa aparente que la contribuyente quiere hacer valer por el hecho de estar soportada en facturas. Así, se advierte que no le asiste razón a la actora sobre las garantías constitucionales vulneradas, pues la calificación de simulación por la autoridad de impuestos tuvo efectos fiscales, a partir de la comprobación de indicios que permitían inferir la simulación de las operaciones. Tampoco comparte la Sala el alegato de la demandante según el cual se le habrían trasladado los efectos negativos por el incumplimiento de deberes a cargo de terceros, puesto que la inexistencia de las transacciones que llevó a cabo con esas terceras compañías se constató por la Administración a partir de diferentes hechos, que fueron debidamente probados y que no desvirtuó la demandante. Sobre el particular, se evidencia que la actora no allegó prueba idónea alguna que dé cuenta de la realidad de las operaciones en discusión, puesto que, si bien aseguró que las pruebas contables dan fe de estas, lo cierto es que resultan insuficientes pues solo cumplen el cometido de mostrar la apariencia

del negocio que soportan. Por esa razón se echa de menos una actividad probatoria en la que se allegaran al plenario otro tipo de comprobantes que los comerciantes suelen usar en desarrollo de sus actividades (i.e. contratos, entradas y salidas de almacén, órdenes de compra, registro del transporte de las mercancías, listas de correspondencia con las proveedoras) y, en mayor medida, no se pudo constatar el origen y el destino de la mercancía, pues ni la contribuyente ni las proveedoras dieron razón de ello, todo lo cual pone en duda la realidad de las transacciones en cuestión, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Precisamente esa inactividad probatoria de la demandante reprochada por la Administración, impiden a esta Judicatura llegar al convencimiento de que las operaciones se hubieran llevado a cabo en la realidad. En cambio, las pruebas que recaudó la Administración y que en esta oportunidad se valoraron, dan cuenta de que las operaciones fueron simuladas, tal como se concluyó en los fallos que en esta oportunidad se reiteran, en las cuales se juzgó la realidad de las mismas operaciones de compra de textil, pero respecto del impuesto sobre las ventas de los bimestres de 2012. A lo anterior, podría agregarse que ambas proveedoras fueron declaradas ficticias, entre otras, por las mismas operaciones aquí debatidas, mediante Resoluciones nros. 000609 y 000660, del 30 de septiembre y 19 de octubre de 2015 (...) y, respecto de la nro. 000660, y su resolución confirmatoria esta Sección emitió juicio de legalidad en la sentencia del 30 de junio de 2020 (exp. 22988, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto) a favor de la demandada. Ahora, en la misma forma que lo expuso el tribunal, esos actos administrativos permiten evidenciar que las operaciones objeto de la litis, llevaron a declarar a las vendedoras de la demandante como proveedores ficticios, pero, contrariamente a lo alegado por el extremo activo de la litis, ese no constituye el fundamento de la decisión de modificar la autoliquidación del impuesto aquí enjuiciada, puesto que (como se vio) la liquidación oficial se sustentó en las pruebas que recaudó la Administración sobre las operaciones que declaró la actora. 2.6- De esta forma, la Sala encuentra que la contribuyente no desvirtuó que las operaciones con sus dos proveedoras investigadas fueran simuladas y, por lo mismo, no encuentra la Sala que se hubieran menoscabado los principios invocados en la demanda, pues, según se advirtió en precedencia, quedó demostrado, mediante indicios, que las operaciones de compra de textiles a las cuestionadas proveedoras fueron simuladas y por ello no hay lugar a su reconocimiento fiscal como pasivos y costos de ventas”.

**SANCIÓN POR INEXACTITUD / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL RÉGIMEN SANCIONATORIO TRIBUTARIO - Disminución de la sanción por inexactitud / SANCIÓN POR INEXACTITUD POR INCLUSIÓN DE PASIVOS Y COSTOS DE VENTAS INEXISTENTES - Configuración / SANCIÓN POR INEXACTITUD POR COMPRAS O GASTOS EFECTUADOS A PROVEEDORES FICTICIOS - Falta de configuración / SANCIÓN POR INEXACTITUD POR INCURRIR EN CONDUCTA DE ABUSO TRIBUTARIO - Vigencia. Se aplica a las conductas cometidas a partir del año gravable 2013, conforme lo dispone el parágrafo del artículo 198 de la Ley 1607 de 2012 / PROCEDIMIENTO ESPECIAL POR ABUSO EN MATERIA TRIBUTARIA - Falta de adelantamiento**

**Problema jurídico 2:** *¿Se ajustan a la juridicidad la sanción por inexactitud impuesta y la tarifa aplicable a la misma?*

**Tesis 2:** “En lo que respecta a la sanción por inexactitud impuesta, dado que quedó demostrada la configuración de la conducta tipificada en el artículo 647 del ET, sin que la infractora hubiera esgrimido ninguna causal exculpatoria, procede la Sala a decidir sobre el cargo de apelación planteado por la demandada, quien cuestionó la decisión del *a quo* de disminuir la sanción impuesta al 100%, en aplicación del principio de favorabilidad, pues considera que la sanción aplicable es del 160%, en virtud del artículo 648.2 del ET, al configurarse la conducta contemplada en el artículo 647.5 del ET y por estar ante un caso de abuso en materia tributaria. El artículo 288 de la Ley 1819 de 2016 redujo el porcentaje de la sanción al 100% de la diferencia entre el saldo a pagar o saldo a favor, y a su vez previó una multa del 160% cuando la inexactitud se originara en operaciones con terceros que hubiesen sido declarados proveedores ficticios por la Administración, o ante la ocurrencia de abuso en materia tributaria. No obstante lo anterior, y según el criterio de esta Sala, en virtud del principio de favorabilidad en materia punitiva (artículo 29 de la Constitución), procede la imposición de la sanción por inexactitud del 100% en aplicación del artículo 288 de la Ley 1819 de 2016, dado que la declaratoria de proveedores ficticios de las dos proveedoras cuestionadas fue, como ya se señaló, en el año 2015, esto es, con posterioridad a la ocurrencia [sic] conducta infractora por parte de la demandante i.e. la inclusión de pasivos y costos de ventas inexistentes que derivaron un menor impuesto a cargo en la declaración del impuesto sobre la renta del periodo *sub iudice*. En línea con lo anterior, en el caso *sub examine*, no procede la determinación de la sanción por inexactitud con fundamento en el abuso en materia tributaria, pues lo dispuesto en los artículos 869 y 869-1 del ET, es aplicable para las conductas cometidas a partir del año gravable 2013, conforme lo dispone

el párrafo del artículo 198 de la Ley 1607 de 2012, sumado a que la Administración no adelantó el procedimiento previsto en el artículo 869-1 del ET para acreditar tal situación.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 9 de febrero de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 25000-23-37-000-2017-00138-01 \(26365\).](#)

## SECCIÓN QUINTA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Se confirmó la decisión que negó la nulidad de la elección de la alcaldesa encargada del Distrito Especial de Ciencia, Tecnología e Innovación de Medellín, Antioquia.

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del Decreto No. 937 del 1° de junio de 2022, a través del cual el presidente de la República designó a la señora Jennifer Andree Uribe Montoya como alcaldesa encargada del Distrito Especial de Ciencia, Tecnología e Innovación de Medellín (Antioquia), aduciendo que no se acreditó que los integrantes de la terna enviada pertenecieran al grupo significativo de ciudadanos independientes que promovió la elección del alcalde suspendido Daniel Quintero Calle, como tampoco que las personas que enviaron la terna al presidente de la República, integraban dicha colectividad o que fueran directivos de esa agrupación. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, luego de corroborar que, (i) las ternadas fueron seleccionadas por dos (2) de los (3) integrantes del comité inscriptor, quienes representan al grupo significativo de ciudadanos Independientes que inscribió al mandatario que fue suspendido; y, (ii) que no se acreditó que las personas que presentaron la terna ante la Presidencia de la República militan en una colectividad distinta a la denominada grupo significativo de ciudadanos Independientes, hoy movimiento político Independientes.

## MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ALCALDE ENCARGADO / GRUPO SIGNIFICATIVO DE CIUDADANOS / INTEGRANTES DE LA TERNA / AFILIACIÓN AL MOVIMIENTO POLÍTICO / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA

**Problema jurídico:** Conforme al fallo de primera instancia y a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, corresponde a esta Sección determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en tanto en criterio de la recurrente no se encuentra probado en el plenario que las ternadas para ocupar el cargo de alcaldesa encargada del Distrito Especial de Ciencia, Tecnología e Innovación de Medellín, entre ellas, la demandada, hacían parte del grupo significativo de ciudadanos Independientes que promovió la elección del señor Daniel Quintero Calle, así como tampoco está demostrado que las personas que enviaron la terna al presidente de la República para suplir la vacancia temporal integraban dicha colectividad, ni que eran directivos de esa agrupación.

**Tesis:** “En el sub examine la apelante considera que con la designación de la señora Jennifer Andree Uribe Montoya como alcaldesa encargada del Distrito Especial de Ciencia, Tecnología e Innovación de Medellín, se desconoció el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013, en cuanto dispone que en aquellos casos en que al presidente de la República le corresponda designar el reemplazo de un alcalde, deberá escoger a un ciudadano que pertenezca al mismo partido o movimiento político del titular, según el procedimiento que establezca la ley. (...). Sobre este asunto, la Sala observa, según el formulario E-6 AL, que los señores Juan Carlos Upegui Vanegas, Juliana Colorado Jaramillo y Vilmer René Hoyos Hoyos, como integrantes del comité promotor del grupo significativo de ciudadanos Independientes, inscribieron a Daniel Quintero Calle como candidato a la alcaldía de Medellín para las elecciones que se llevaron a cabo el 27 de octubre de 2019, en las que, finalmente, resultó electo como tal. (...). Pues bien, del contenido de la norma cuyo desconocimiento se predica - artículo 32 de la Ley 1617 de 2013 -, no se desprende que se deba expedir certificación alguna en la que se indique que las ternadas a proveer una vacancia temporal de un alcalde suspendido integran la colectividad o agrupación o son afines a esta. (...). En este orden, resulta claro que, ante la falta temporal del señor Daniel Quintero Calle como alcalde del Distrito Especial de Ciencia, Tecnología e Innovación de Medellín (Antioquia), las ternadas, en este caso, fueron seleccionadas por dos (2) de los (3) integrantes del comité inscriptor, quienes representan al grupo significativo de ciudadanos Independientes que inscribió al mandatario que fue suspendido y, por ende, pertenecen a dicha agrupación. Por otro lado, respecto del argumento de la apelante consistente en que no se allegó prueba que demuestre que los encargados de enviar la terna para reemplazar al señor Daniel Quintero Calle, inscrito por el grupo significativo de ciudadanos Independientes, “ya eran DIRECTIVOS que hacían parte del mismo”, se impone precisar que, el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 no exige tal condición para las personas que conforman la terna que le fue presentada, en este caso, al presidente de la República. (...). Como se observa, el único requisito previsto por el legislador es que quienes integren la terna sean de la misma filiación política del titular, pero nada dice respecto de las personas que van a seleccionar a los que

van a conformar la terna, por lo tanto, no le asiste razón a la recurrente en este aspecto. Por otra parte, se evidencia que, si bien el comité promotor del grupo significativo de ciudadanos Independientes, fue el que inscribió la candidatura del señor Daniel Quintero Calle para la alcaldía de Medellín, período constitucional 2020 – 2023 y con posterioridad “esta colectividad fue registrada en el capítulo de Partidos y Movimientos Políticos sin personería Jurídica el 20 de mayo de 2022 en el aplicativo “Registro Único de Partidos y Movimientos” (R.U.P.Y.M.)”, esto no significa que se trate de una agrupación distinta, por el contrario, para la Sala corresponde al mismo colectivo que inscribió al candidato Quintero Calle, hoy alcalde del Distrito Especial de Ciencia, Tecnología e Innovación de Medellín. Al respecto, se tiene que, en el expediente no obra prueba que demuestre que las personas que presentaron la terna ante la Presidencia de la República militan en una colectividad distinta a la denominada grupo significativo de ciudadanos Independientes, hoy movimiento político Independientes, pues, se reitera, que quienes designaron a las tres (3) ciudadanas para reemplazar a Daniel Quintero Calle, fueron Juan Carlos Upegui Vanegas y Juliana Colorado Jaramillo, los cuales integraban el comité promotor de la mencionada agrupación. En este orden, se concluye que, en el sub judice, el presidente de la República tenía la competencia para designar al alcalde encargado del Distrito Especial de Ciencia, Tecnología e Innovación de Medellín, con ocasión de la suspensión de Daniel Quintero Calle, ordenada por la Viceprocuraduría General de la Nación, potestad que está supeditada a la terna que le envía el movimiento del alcalde titular, en este caso, el comité promotor del grupo significativo de ciudadanos Independientes, hoy movimiento político Independientes, la cual tiene como finalidad respetar el programa de gobierno por el que resultó electo el mandatario suspendido y de esta manera garantizar la estabilidad del voto programático, como en efecto ocurrió con la designación de Jennifer Andree Uribe Montoya, quien, como quedó visto, junto a las otras dos ternadas, “son integrantes como simpatizantes del Movimiento Independientes”. Así las cosas, los argumentos de la parte recurrente no tienen la virtualidad de generar la convicción para quebrar el fallo emitido por el a quo, por lo que se impone confirmar la sentencia apelada.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 7 de diciembre de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 05001-23-33-000-2022-00754-01.](#)

## **2. Se negó la nulidad del acto de elección de un representante a la Cámara por el departamento de Boyacá.**

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección del señor Pedro José Suárez Vacca como representante a la Cámara por el Departamento de Boyacá, alegando que se configuró la causal de nulidad referida a la infracción de norma superior, toda vez que la inscripción de la lista de coalición denominada “Pacto Histórico” no cumplió con los requisitos establecidos en el inciso quinto del artículo 262 constitucional, en lo relativo a que los partidos que la conforman hubieren obtenido hasta el 15% de los votos válidos en la elección anterior, en la misma circunscripción. La Sala negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, (i) el partido político “Colombia Humana” no participó de una elección anterior, en tanto nació solamente hasta el 2021 mediante una orden judicial, y, adicionalmente, (ii) la votación que el accionante pretende sea contabilizada en la conformación de la coalición “Pacto Histórico” se depositó en una elección que lleva a cabo en una circunscripción diferente.*

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / INTERPRETACIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL / LISTA DE CANDIDATOS EN COALICIÓN / RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA / CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL / INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR**

**Problema jurídico:** *Corresponde a la Sala determinar la legalidad del acto de elección del señor Pedro José Suárez Vacca como representante a la Cámara por el departamento de Boyacá para el período constitucional 2022-2026, estableciendo si resulta aplicable o no a la lista de candidatos inscrita a la Cámara de Representantes por el departamento de Boyacá, que integran el acuerdo de coalición denominado Pacto Histórico, el requisito establecido en el artículo 262 constitucional, específicamente, en lo atinente a la acreditación de quienes la componen para que en su sumatoria hayan obtenido una votación de hasta el quince por ciento de los votos válidos de la respectiva circunscripción.*

Tesis: “Conforme a cada uno de los hechos relevantes debidamente probados al interior del proceso, la

Sala considera lo siguiente: En estricto sentido, el movimiento político Colombia Humana no participó en una elección anterior en la respectiva circunscripción. (...). [E]l movimiento político “Colombia Humana”, nació como tal tras el reconocimiento de la personería jurídica efectuado por la Resolución No. 7417 del 15 de octubre del 2021, dictada por el Consejo Nacional Electoral, en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia SU-316 del 2021 de la Corte Constitucional. Así las cosas, al momento de la inscripción de los candidatos por la lista de la coalición “Pacto Histórico” en el departamento de Boyacá, si bien la “Colombia Humana” contaba con el reconocimiento de su personería jurídica, no es procedente considerar que la autoridad electoral debía contabilizar los votos de la elección inmediatamente anterior, en la medida en que no pudo haber participado en la misma, en tanto no existía en estricto sentido. Desde esta perspectiva, dicho criterio objetivo establecido por la norma no puede ser verificado, en tanto resulta en un imposible desde el punto de vista fáctico. Ahora bien, tampoco es acertado considerar que se debía incluir la votación obtenida por el señor Gustavo Francisco Petro Urrego en las elecciones presidenciales del año 2018, así dichos sufragios hayan sido aquellos que la Corte Constitucional consideró para efectos de otorgar la personería jurídica al movimiento político “Colombia Humana”. (...). Las elecciones se llevaron a cabo en diferentes circunscripciones. El inciso 5º del artículo 262 constitucional señala que, “[l]os partidos y movimientos políticos con personería jurídica que sumados hayan obtenido una votación de hasta el quince por ciento (15%) de los votos válidos de la respectiva circunscripción, podrán presentar listas de candidatos en coalición para corporaciones públicas”. (...). El concepto de circunscripción electoral refiere al ámbito territorial en el cual los votos depositados, constituyen el fundamento para el reparto de los escaños entre candidatos o partidos. Así las cosas, se trata de una delimitación espacial que permite establecer quienes serán los ciudadanos habilitados para participar en la elección de un funcionario a través del voto popular. (...). Conforme con ello, se tienen elecciones que se llevan a nivel nacional, en la cual, el territorio colombiano constituye una sola circunscripción electoral y por lo mismo, todos los ciudadanos pueden participar sin restricciones de orden geográfico en aquellos. (...). De otro lado, tenemos aquellos procesos democráticos que atienden a criterios geográficos que no incluyen a todo el territorio nacional, sino a parte integrante de este (...) en la cual se busca que sólo los ciudadanos que residen allí elijan a quienes los representaran en una determinada posición. (...). Dicho lo anterior, se tiene que el certamen democrático para elegir al presidente de la República se lleva a cabo nivel nacional, mientras que los representantes a la Cámara se eligen en cada uno de los departamentos que conforman el territorio colombiano. Como fundamento normativo de ello, se tiene lo señalado en el artículo 176 constitucional, que refiere a que “la Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y especiales”, indicando que “cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial”. Bajo esta consideración, es claro que la forma de elección presenta una diferencia sustancial en cuanto hace a la circunscripción electoral en las cuales estas se llevan a cabo, toda vez que, de un lado, la primera tiene como fundamento la sumatoria de todos los votos obtenidos en el territorio colombiano, mientras que la segunda se declara con el soporte del total de votos válidamente depositados en el ente territorial que elige el correspondiente representante. Así las cosas, conforme a lo dicho, es improcedente contabilizar la votación obtenida a nivel nacional por la coalición “PETRO PRESIDENTE” en el año 2018 a efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos de una lista que busca un espacio de representación en una corporación pública que se elige al nivel territorial. La tesis del demandante presenta una dificultad práctica en el caso concreto. De otra parte, en gracia de discusión, de aceptar la postura propuesta en la demanda, lo cierto es que respecto de esta se observa una dificultad práctica para entrar a determinar cuáles serían los votos a tener en cuenta respecto del partido “Colombia Humana” y sumar los mismos con aquellos obtenidos por los demás partidos coaligados. (...). En atención a la forma de participación, se tiene entonces que los votos depositados a favor de dicha opción política se contabilizan a favor del candidato presentado por la coalición, sin que sea posible identificar si los mismos pertenecen a una u otra de las organizaciones que hacen parte del acuerdo. (...). [N]o debe perderse de vista que la norma constitucional -inciso 5º del artículo 262-, exige que la determinación del 15% se realice frente a la votación obtenida por cada una de las colectividades que integran el acuerdo de coalición que deriva en la inscripción de candidatos a una corporación pública determinada. Así las cosas, en tanto es imposible determinar cuántos votos obtuvo la “Colombia Humana” en las elecciones presidenciales del año 2018, por cuanto los mismos no fueron para dicha colectividad sino para un candidato presentado en coalición para un cargo uninominal, la cual se rige por las reglas propias del artículo 29 de la Ley 1475 del 2011, lo cierto es que se presenta una dificultad práctica a efectos de establecer en efecto cual sería el monto a tener en cuenta para establecer el cumplimiento de los requisitos del artículo 262 constitucional. (...). Conforme con lo dicho, se tiene entonces que el cargo por infracción de norma superior no resultó demostrado en el presente asunto, pues la tesis propuesta por el demandante no se compeadece con los requisitos de la norma constitucional presuntamente desconocida. Por un lado, se tiene que el partido político “Colombia Humana” no participó de una elección anterior, en tanto nació solamente hasta el 2021 mediante una orden judicial, y, adicionalmente, la votación que el accionante pretende sea contabilizada en la conformación de la coalición “Pacto Histórico” se depositó en una elección que lleva a cabo en una circunscripción diferente. De otra parte, de aceptar la tesis del (...) [demandante], se tiene una dificultad práctica para establecer los votos que fueron depositados a favor del entonces grupo significativo de ciudadanos “Colombia Humana”, dado que su participación en las

presidenciales se dio bajo la figura de la coalición.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 17 de noviembre de 2022; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00084-00.](#)

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

#### **LISTA DE CANDIDATOS EN COALICIÓN / CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL**

**Tesis:** “La posición mayoritaria de la Sala llegó a la conclusión que, resulta contrario a la teleología de la norma, que se tomen en cuenta para efectos de determinar el 15% del que habla dicha disposición, los resultados obtenidos por un determinado partido o movimiento en una elección diferente a aquella para la cual se busca presentar una lista en coalición, incluso si se ha presentado en la misma circunscripción. De modo que, la votación relevante que debe tenerse en cuenta para establecer dicho porcentaje es aquella depositada en una elección a la misma corporación pública a la cual pretende aspirar la lista por coalición. No obstante, la ponencia sugiere que la norma constitucional en comento se limitó únicamente a señalar los votos “válidos de la respectiva circunscripción”, sin condicionar que ellos hayan sido obtenidos en una elección igual o en una determinada corporación pública. Al respecto, (...), tales consideraciones pueden tener unas implicaciones prácticas que no consultan el espíritu de la norma constitucional y la finalidad para la cual fue creada. En efecto, no puede perderse de vista que la restricción establecida en el inciso quinto del artículo 262 superior, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, se dirige a evitar que las fuerzas políticas que cuentan con amplia participación en una determinada corporación pública puedan unirse para la siguiente elección de la misma naturaleza, con el fin de aumentar su representación en ella, en desmedro de las organizaciones que cuentan con un menor número de integrantes o que carecen de representantes en tales cuerpos colegiados. (...). Luego, por un lado, teniendo en cuenta que la disposición solo hace referencia a elecciones de corporaciones públicas, el cálculo del 15% a que se refiere el artículo 262 constitucional no debe tomar en consideración los resultados obtenidos en elecciones uninominales, incluso si estas tuvieron lugar en la misma circunscripción. Por otro lado, de acoger las consideraciones planteadas en el fallo objeto de aclaración, implicaría que las fuerzas políticas regionales que tienen un respaldo electoral favorable en sus lugares de origen, por ejemplo, una votación considerable en las Asambleas Departamentales (que constituyen la misma circunscripción para la Cámara), pero que no cuentan con participación democrática en el Congreso de la República, podrían verse limitadas en su derecho a coaligarse con otras colectividades como mecanismo para obtener una o más curules en una elección de Cámara de Representantes. Lo cual además, supone enfrentar a dos corporaciones diametralmente distintas: las Asambleas Departamentales y la Cámara de Representantes.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 17 de noviembre de 2022; A.V. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00084-00.](#)

### **Salvamento parcial de voto del magistrado Pedro Pablo Vanegas Gil**

#### **LISTA DE CANDIDATOS EN COALICIÓN / CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL**

**Tesis:** “[A]un cuando [se comparte] lo decidido en relación con el caso concreto, [se manifiesta el] disenso parcial en relación con la tesis de la sentencia del 17 de noviembre de 2022 dentro del proceso de la referencia, en relación con la interpretación y aplicación del artículo 262, inciso quinto, de la Constitución Política, que señala «[l]os partidos y movimientos políticos con personería jurídica que sumados hayan obtenido una votación de hasta el quince por ciento (15%) de los votos válidos de la respectiva circunscripción, podrán presentar listas de candidatos en coalición para corporaciones públicas». (...). Frente a lo planteado en (...) la sentencia, [se advierte] que tales consideraciones parten de dos premisas que podrían desconocer elementos fundamentales del modelo constitucional de democracia representativa, en relación con la elección de quienes han de integrar las corporaciones públicas en los diferentes niveles de funcionamiento del Estado, a saber: i) Que el único elemento relevante para definir el concepto de circunscripción electoral es el relativo a la división del territorio nacional en secciones, cuyos límites definirán quiénes pueden participar de un certamen democrático determinado, en atención a su lugar de residencia; y ii) Que el término «respectiva circunscripción» incorporado al aparte final del artículo 262, inciso quinto, superior, es suficiente para definir la manera en que ha de calcularse el 15% de los votos válidos emitidos para establecer si un determinado partido o movimiento político puede o no formar parte de una coalición para la elección de una corporación pública. (...). Así, debe entenderse que, para el cálculo del 15% a que refiere la norma, únicamente deben tenerse en cuenta las elecciones de corporaciones públicas que tienen lugar en una misma circunscripción. Aun cuando lo antes señalado delimita la manera de analizar el asunto en estudio, persisten varios problemas en relación con su aplicación, como pasa a

explicarse: En primer término, de entenderse que el cálculo del 15% a que refiere el inciso quinto del artículo 262 superior debe realizarse sobre la última elección de una corporación pública en una determinada circunscripción, conllevaría a que, por ejemplo, si varios partidos pretenden inscribir una lista en coalición para una asamblea departamental en 2023, el cálculo se realizaría con los votos que dichas organizaciones políticas alcanzaron en las votaciones a la cámara de representantes en 2022 en la respectiva circunscripción. (...). Por otra parte, esto llevaría a la existencia de metodologías diferentes en la aplicación de la disposición en comento. Por ejemplo, para el caso de las circunscripciones departamentales o la del distrito capital de Bogotá, la inscripción de listas en coalición para la elección de Cámara de Representantes debería tomar en cuenta los resultados derivados de las elecciones de asambleas o del concejo distrital, respectivamente. Mientras tanto, las listas inscritas en coalición para elegir representantes a la Cámara en la circunscripción especial indígena, en la circunscripción especial de comunidades afrodescendientes y en la circunscripción especial de colombianos residentes en el exterior, perteneciendo a la misma corporación, tendrían que calcular el porcentaje mencionado a partir de los resultados obtenidos en la elección inmediatamente anterior de la misma naturaleza, es decir, la elección de Cámara de Representantes en las mismas circunscripciones para el periodo constitucional inmediatamente anterior. De tal modo, se llegaría a un escenario en el que, para elegir funcionarios que representaran los intereses de sus electores en un mismo escenario democrático, debe acudir a criterios diferentes para establecer la posibilidad de suscribir o no un acuerdo de coalición. Adicionalmente, aplicar el inciso quinto del artículo 262 constitucional en la forma antes expuesta, podría derivar en que los votos obtenidos por una organización política para la elección de una asamblea departamental o para el Concejo Distrital de Bogotá impidieran que esta cuente con la posibilidad de suscribir un acuerdo de coalición para la siguiente elección de Cámara de Representantes en la correspondiente circunscripción. De tal modo, aquellas fuerzas políticas regionales que tienen un respaldo electoral favorable en sus lugares de origen, pero que no cuentan con participación democrática en el Congreso de la República, podrían verse limitadas en su derecho a coaligarse con otras colectividades, como mecanismo para obtener una o más curules en una elección de Cámara de Representantes.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 17 de noviembre de 2022; S.V. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00084-00.](#)

### **3. Se negó la nulidad del acto de elección de un representante a la Cámara por la Circunscripción Departamental de Casanare.**

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del acto de elección de un representante a la Cámara por la Circunscripción departamental de Casanare, alegando que, (i) el demandado incurrió en corrupción al electorado al coaccionar a los contratistas de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal al ofrecer estabilidad laboral por 6 años a cambio de su voto; (ii) el demandado estaba incurso en la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 179 de la C.P., al haberse desempeñado como alcalde encargado de Yopal y secretario del Despacho; el demandado estaba incurso en la inhabilidad prevista en el numeral 8 del artículo 179 de la C.P., por haberse desempeñado como alcalde encargado de Yopal y secretario del despacho, durante los meses de noviembre y diciembre de 2020 y enero y febrero de 2021. La Sala negó las pretensiones de la demanda, luego de concluir que: (i) no se acreditó la corrupción de prácticas electorales endilgadas al demandado; (ii) no se configuró la inhabilidad del demandado por ejercicio de autoridad dentro de la jurisdicción en la que resultó electo; y, (iii) tampoco se configuró la inhabilidad por coincidencia de periodos, teniendo en cuenta que la renuncia del demandado a los cargos de secretario de gobierno y en algunas ocasiones de alcalde encargado, tuvo lugar antes de inscribir su candidatura a la Cámara de Representantes.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / CORRUPCIÓN DEL ELECTOR / VIOLENCIA PSICOLÓGICA / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA EN VIDEO / AUTENTICIDAD DEL DOCUMENTO / INHABILIDAD DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR EJERCICIO DE AUTORIDAD / PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR COINCIDENCIA DE PERIODOS**

**Problema jurídico:** En este caso debe determinarse si hay lugar o no a declarar la nulidad de la elección del señor Hugo Alfonso Archila Suárez como representante a la Cámara por el departamento de Casanare. De manera concreta debe determinarse: (i) Si el demandado incurrió en corrupción al electorado, esto es, violación a los artículos 40 y 258 de la Constitución, al coaccionar a los contratistas de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal al ofrecer estabilidad laboral por 6 años a cambio de su voto. (ii) Si el demandado está incurso en la inhabilidad del numeral 2 del artículo 179 de la Constitución, por haber ejercido jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el departamento de Casanare al haberse desempeñado como alcalde encargado de Yopal y secretario del Despacho. Frente a este punto debe estudiarse si en el factor temporal, para preservar el efecto útil de la norma, esta inhabilidad opera desde el día de las elecciones o desde el día de la inscripción del candidato. (iii) Si el demandado está incurso en la inhabilidad consagrada en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución, así como en el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5 de 1992, puesto que en los meses de noviembre y diciembre de 2020 y enero y febrero de 2021, se desempeñó como alcalde encargado de Yopal y secretario del Despacho, sin separarse de las funciones del empleo del que era titular. Debe resolverse si quien aspire a la elección popular no puede tener la calidad de servidor público en el momento de la inscripción como candidato.

**Tesis:** “Acerca del alcance de la causal de nulidad consistente en la corrupción del sufragante, la Sala ha dicho que “la corrupción de las prácticas electorales constituye una clara violación de los artículos 40 y 258 Constitucionales anteriormente desarrollados, toda vez que se afecta el voto libre y secreto y el derecho a elegir y ser elegido sin coacción alguna, lo cual redundando, se insiste en orden democrático que debe regir un Estado Social de Derecho como el colombiano (...) la alteración indebida de la voluntad de los electores a través de presiones de cualquier tipo que afecten su libertad y vicien el voto, como por ejemplo, la corrupción a través de coacción a los votantes o el ofrecimiento y/o entrega de dádivas para que acudan a las urnas en un sentido determinado, desconocen principios democráticos fundantes.” (...). En el mismo pronunciamiento se puso de presente que la violencia contra el elector se cataloga clásicamente como una causal objetiva de nulidad, en los términos del numeral 1° del artículo 275 del CPACA, sin embargo, en el contexto que nos ocupa, el reparo de anulación se analiza como una causal subjetiva, por lo que no se requiere determinar la incidencia en el resultado de la elección bajo esa circunstancia. (...). De acuerdo con lo anterior, los requisitos para acreditar la causal violencia en un juicio objetivo de nulidad, tales como i) las circunstancias de tiempo, modo y lugar; ii) la entrega efectiva de dádivas; iii) la cantidad de votantes que sufragaron con ocasión de haber recibido el pago; y iv) la incidencia de ese fraude en el resultado electoral, no son presupuestos apreciables en el marco del control de legalidad bajo el escenario subjetivo por presuntas prácticas corruptas para corromper al votante, tal como ocurre en el asunto que ocupa a la Sala. (...). Para esta Sala, lo dicho por el demandado en el discurso (...) no se enmarca en actos de corrupción al sufragante, como quiera que en manera alguna condicionó la vigencia de los vínculos contractuales y laborales de los servidores de la EAAy a que debían sufragar en su favor. (...). [L]o que busca evitar el legislador con la descripción típica de la conducta reprochable, es prohibir cualquier intimidación, amenaza, imposición o presión que condicione la voluntad del sufragante y, por ende, comprometa su libre ejercicio del sufragio. Por el contrario, las propuestas que un candidato plantea ante sus potenciales electores, con miras a convencerles de depositar el voto en su favor, se enmarcan más en una estrategia electoral que busca encaminar la voluntad del votante, aún si tales propuestas o promesas implican repercusiones individuales favorables al eventual elector. (...). En este asunto, al revisar el discurso que el demandado esbozó ante los presuntos empleados y contratistas de la EAAy, planteándoles proteger la empresa y estabilidad por seis años, en manera alguna puede catalogarse como una intimidación a dichos electores para que, bajo la presión y/o amenaza de no conservar sus vínculos laborales o contractuales, debieran depositar su voto por él. Más bien, como se puede colegir, la promesa de la protección y estabilidad planteada por el demandado ante quienes presuntamente eran empleados y contratistas de la EAAy, buscó convencerles de la posibilidad de tener permanencia en sus vínculos, como una forma de fortalecer la empresa, que es el reto que se impone al demandado en su discurso, pero siempre, claro está, con cargo al libre albedrío de los sufragantes. (...). Inhabilidad del demandado por el ejercicio de autoridad política, civil o administrativa, dentro de la jurisdicción en la que resultó electo. (...). la Sala no comparte, en manera alguna, la tesis de la parte demandante según la cual el elemento temporal de la inhabilidad por parentesco de que trata el numeral 5° del artículo 179 Superior, decantado en la jurisprudencia, deba aplicarse al elemento temporal de la causal prevista en el numeral 2° Ibidem, toda vez que la interpretación restrictiva de estas limitaciones no permite contemplar su extensión, sea por similitud o analogía, al contenido y alcance de otras instituciones inhabilitantes que conlleven a aplicar la prohibición a otros supuestos no previstos en los dictados legales. Por lo tanto, cuando el numeral 2° del artículo 179 de la Constitución Política establece que no podrán ser congresistas “Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.”, implica entender que el elemento temporal allí previsto acarrea que la autoridad “debe ejercerse durante los doce meses anteriores a la fecha de la elección, es decir, partimos de un extremo temporal final que sería el día de la celebración de los respectivos comicios, para contabilizar el término inhabilitante hacia atrás hasta completar los doce

meses, que constituiría el extremo temporal inicial de esta factor temporal.” (...). De este modo, se concluye que el factor temporal de la norma, opera desde el día de las elecciones, hacía atrás, y no desde el día de la inscripción del candidato. (...). Según las pruebas destacadas, el demandado se desempeñó como secretario de gobierno, y ocasionalmente como alcalde encargado, pero sin separarse de las funciones de su empleo, entre el 1° de enero de 2020 y el 11 de marzo de 2021, fecha en la que se aceptó su renuncia. La fecha de las elecciones para el Congreso de la República tuvo lugar el 13 de marzo de 2022. Entre la renuncia del señor Hugo Alfonso Archila Suárez al cargo de secretario de gobierno, 11 de marzo de 2021, y la fecha de su elección, 13 de marzo de 2022, trascurrieron más de doce meses. El supuesto temporal de la inhabilidad deprecada por el extremo demandante, la del numeral 2° del artículo 179 Superior, se refiere a que la autoridad civil o política del aspirante o electo, debe ejercerse dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección. Como entre la fecha de la renuncia del demandado y la fecha de los comicios transcurrió un lapso mayor a doce meses, se concluye que la causal de inhabilidad deprecada en su contra no se configuró y, por lo tanto, este cargo de la demanda no está llamado a prosperar. (...). Inhabilidad del demandado por convergencia de periodos. A juicio de la demandante del proceso 2022-00046-00, por cuenta de los cargos desempeñados, el congresista electo está incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, conforme al cual “Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación o un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”. en concordancia con el numeral 8° del artículo 280 de la Ley 5° de 1992, que establece que no podrán ser elegidos congresistas “Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente.” Para la demandante, la persona que aspire a ser elegida en el cargo de congresista no puede tener la calidad de servidor público en el momento de la inscripción de su candidatura, por lo que debe formalizar su renuncia antes de ese momento, so pena de estar incurso en la prohibición de las normas referidas. (...). Bajo la anterior precisión [sentencia C 093 e la Corte Constitucional], y sin necesidad de mayores contemplaciones, bastará con reiterar la tesis de esta Sala, de acuerdo con la cual “(...) la inhabilidad consagrada en el artículo 179.8 de la Constitución Política, se materializa en el caso que un ciudadano resulte electo para más de una corporación o cargo público, cuando los respectivos períodos coincidan en el tiempo, así sea parcialmente y no obre renuncia previa, que en este caso en concreto, debe ser con anterioridad a la inscripción de la candidatura.” En este asunto, se reitera que al demandado se le aceptó la renuncia el día 11 de marzo de 2021, antes de inscribir su candidatura a la Cámara de Representantes, lo que tuvo lugar el día 13 de diciembre de esa anualidad. Menos aún es posible sostener que su periodo como secretario de gobierno, y en ocasiones como alcalde encargado, coincidió con el de representante a la Cámara, pues su periodo como congresista, cargo para el cual fue elegido y respecto del cual operaría la inhabilidad, inició el 20 de julio de 2022. Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Sala negará las súplicas de las demandas acumuladas, comoquiera que las causales de inhabilidad y las infracciones endilgadas al demandado, no se acreditaron.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 10 de noviembre de 2022; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00046-00.](#)

## **4. Se confirmó la decisión que declaró la nulidad de la elección de una concejal de Bogotá D.C.**

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección de los concejales de Bogotá D.C., periodo 2020-2023, aduciendo que: (i) se dejaron de registrar sin justificación alguna, 452 votos en el formulario E-24 que estaban incluidos en el formulario E-14, a favor de candidatos y de la lista del partido Cambio Radical; y (ii) que no se estudió de fondo una solicitud de saneamiento porque el Consejo Nacional Electoral la encontró extemporánea. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que declaró la nulidad de la elección de María Susana Muhamad González, y declaró la elección del señor César Alfonso García Vargas, como concejal de Bogotá, D.C. para el periodo 2020-2023, en respuesta a lo expuesto en el recurso de apelación, concluyendo que: (i) los presuntos vicios de procedimiento en el trámite de primera instancia fueron despachos por el juez a quo y las apelantes no están legitimadas para alegar la falta de notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; (ii) el “Respecto al Debido Proceso Administrativo y el Proceso Especial de Escrutinio” corresponde a un relato general que no cuestiona las razones alegadas por el juez a quo; (iii) no hubo violación del principio de congruencia en tanto el fallador de primera instancia se pronunció sobre la totalidad de las pretensiones y estudió todos los puntos objeto de litigio; y, (iv) las*

*apelantes no señalaron los fundamentos que sustentaran su censura en relación con el cargo de diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24.*

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL CONCEJAL / IRREGULARIDAD EN EL PROCESO JUDICIAL / FALTA DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUSENCIA DE CARGA ARGUMENTATIVA DE LA IMPUGNACIÓN / INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / DIFERENCIA ENTRE EL FORMULARIO E-14 Y EL FORMULARIO E-24**

*Problema jurídico: De acuerdo con lo expuesto en la apelación, la Sala debe pronunciarse respecto a: i) no haber notificado a María Susana Muhamad de la demanda y su admisión, conforme a los artículos 196, 197, 198, 200 y 277 del CPACA, y la omisión de notificar a la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado; ii) lo referente al “...Debido Proceso Administrativo y el Proceso Especial de Escrutinio”, en el cual mencionó que el artículo 29 de la Constitución Política debe ser aplicado por la Comisión Escrutadora Distrital, la general y el Consejo Nacional Electoral, durante los escrutinios; iii) la sentencia apelada vulnera el principio de congruencia “...en cuanto las pretensiones de la demanda y la fijación del litigio no son claros respecto a la valoración de los hechos y las pretensiones y cargos de nulidad de la demanda” y iv) “no compartía en su integridad” el análisis referido a la existencia diferencias injustificadas porque “...en varios de ellos encontramos recuento de votos o modificación en las actas generales de escrutinios y, por otro, existen registros a los que, si bien se les hizo una anotación en los E-14 claveros o los registros de los E-24 fueron corregidos”.*

**Tesis:** “Vicios de procedimiento en el trámite de primera instancia. (...). [L]as recurrentes advierten como vicios de procedimiento, que la demanda y su admisión no fueron notificadas a la demandada María Susana Muhamad, en los términos de los artículos 196, 197, 198 y 200 del CPACA, y, además, que debió notificarse a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. De entrada, advierte la Sala que resulta innecesario pronunciarse de fondo frente a este reparo (...). Los reparos que las apelantes tenían frente a su notificación y vinculación al presente proceso fueron despachados en su oportunidad, por el juez a quo, sin que sea procedente revivir dicha instancia para su nuevo análisis, sobre todo en consideración a que han tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa en todas las instancias previstas para el medio de control de nulidad electoral. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso hacer referencia al numeral 1º del artículo 136 del Código General del Proceso que establece que la nulidad se entenderá saneada cuando la parte que podía alegarla, no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla. (...). En lo que respecta a la notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (...) [conforme a lo dispuesto en el último inciso del artículo 134 y 1º y 3º del artículo 135 del Código General del Proceso] se tiene que es la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la legitimada, eventualmente, para alegar su falta notificación, puesto que solo la misma afectada podrá invocarla y beneficiarse de su declaración. Por tanto, las demandadas María Susana Muhamad y Ana Teresa Bernal Montañez no están legitimadas para invocar dicha nulidad. Razón suficiente para demostrar el fracaso de este argumento expuesto en procura de revocar el fallo apelado. (...). “Respecto al Debido Proceso Administrativo y el Proceso Especial de Escrutinio”. Ahora bien, en la apelación se incluyó un acápite titulado “Respecto al Debido Proceso Administrativo y el Proceso Especial de Escrutinio”, en el cual mencionó que el artículo 29 de la Constitución Política debe ser aplicado por la Comisión Escrutadora Distrital, la general y el Consejo Nacional Electoral, durante los escrutinios. (...). [R]esulta evidente que lo señalado en este aparte, se trata de un alegato general que refiere a los escrutinios pero que en ninguno de sus apartes procura por cuestionar y mucho menos demostrar los yerros que, en su criterio, contiene el fallo que se pide revocar. (...). En este orden de ideas, se concluye que lo expuesto en el acápite “respecto al debido proceso administrativo y el proceso especial de escrutinio”, debió consistir en la debida fundamentación que permita a esta Sala, en sede de apelación, entrar a revisar los argumentos expuestos por el Tribunal para anular la elección como lo requirió la parte actora pues, como se expuso se trata de un relato general que no cuestiona las razones alegadas por el juez a quo. (...). Violación del principio de congruencia. De acuerdo con las apelantes, la sentencia del Tribunal “...es violatoria del principio de congruencia en cuanto las pretensiones de la demanda y la fijación del litigio no son claros respecto a la valoración de los hechos y las pretensiones y cargos de nulidad de la demanda”. (...). En este orden de ideas y resaltando que las apelantes estuvieron representadas en dicha audiencia por su apoderada judicial, es claro que cualquier reparo frente a la fijación de litigio debió hacerse en dicha diligencia y luego de la respectiva notificación en estrados, lo cual no ocurrió según da cuenta la respectiva acta y sin que en esta instancia definitiva pueda ser objeto de cuestionamiento. (...). [T]eniendo en consideración que el artículo 281 del Código General del Proceso establece, entre otras cosas, que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos, pretensiones y excepciones, la Sala encuentra que el fallador de primera instancia se pronunció sobre la totalidad de las pretensiones y estudió todos los puntos objeto de litigio, por tanto, no incurre en el yerro señalado por las apelantes. (...). Inexistencia de diferencias injustificadas en los formularios E-14 CON y E-24 CON. Las recurrentes afirmaron que “no compartía en su integridad” el análisis referido a la

existencia diferencias injustificadas porque “...en varios de ellos encontramos recuento de votos o modificación en las actas generales de escrutinios y, por otro, existen registros a los que, si bien se les hizo una anotación en los E-14 claveros o los registros de los E-24 fueron corregidos” (...). Así las cosas, para este juez de lo electoral, las recurrentes contrario a cuestionar y demostrar que la decisión del tribunal según la cual existen registros con “...diferencias entre los formularios E-14 y el E-24 y no están justificadas, ya sea por un recuento de votos o modificación en las actas generales de escrutinios y, por otro, existen registros a los que, si bien se les hizo una anotación en los E-14 claveros o los registros de los E-24 fueron corregidos, lo cierto es que aún persiste una diferencia injustificada”, se limitaron a reseñar algunas resoluciones -las antes precisadas-, que se encargaron de resolver lo relacionado con diferentes reclamaciones, que por demás no se identifican. En este orden de ideas, lo primero que debe advertirse es que mientras el tribunal anula la elección por encontrar configurada la causal de nulidad de falsedad de documentos electorales, las recurrentes en su escrito aluden a la decisión que se dictaron en cuanto a las reclamaciones presentadas, en su oportunidad, lo que no guarda identidad con lo decidido por el a quo y que pretende ser revocado. (...). Ahora bien, a pesar que la parte apelante manifestó su inconformidad frente a la valoración de los documentos electorales por parte del Tribunal, lo cierto es que no señaló los fundamentos que sustentaran su censura, tampoco precisó en qué localidades, zonas, puestos o mesas encontró justificadas las diferencias señaladas en la sentencia y mucho menos logró desvirtuar las conclusiones a las que arribó el tribunal pues se insiste aludir a la forma en que se resolvieron las reclamaciones resulta inoperante a la ahora de pretender demostrar que el fallo debe ser revocado. (...). Así las cosas, al no desvirtuarse que la diferencia de votos entre los documentos electorales advertida por el tribunal debe revocarse, tampoco es posible entrar a revisar el juicio de incidencia pues este reparo parte del presupuesto que no debieron sumarse los 258 votos encontrados, decisión que no fue desvirtuada. (...). Por lo expuesto, para esta Sala los argumentos manifestados en el recurso de apelación no lograron desvirtuar las diferencias entre los formularios E-14 y E-24 advertidas en la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, de 9 de junio de 2022, por medio de la cual se anuló parcialmente el Acuerdo núm. 002 de 10 de diciembre de 2019, por tanto, se confirmará la misma.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia del 17 de noviembre de 2022; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 25000-23-41-000-2020-00222-01.](#)

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. La Agencia Nacional de Seguridad Vial no es competente para apoyar medidas orientadas a garantizar la seguridad del transporte fluvial y atender con su presupuesto temas asociados a la seguridad de dicho transporte.

*Síntesis del caso:* El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la competencia de la Agencia Nacional de Seguridad Vial para apoyar medidas orientadas a garantizar la seguridad del transporte fluvial, debido a que este transporte involucra el traslado de personas que pueden ser víctimas de siniestros en embarcaciones. Igualmente plantea la inquietud sobre la posibilidad para que dicha entidad pueda utilizar recursos de su presupuesto para atender temas asociados a la seguridad en el transporte fluvial.

**CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / SEGURIDAD VIAL / VÍA PÚBLICA / VÍA TERRESTRE / VÍA FÉRREA / INFRAESTRUCTURA VIAL / TRANSPORTE MARÍTIMO / TRANSPORTE FLUVIAL / TRANSPORTE AÉREO / TRANSPORTE TERRESTRE / VÍA MARÍTIMA / TRANSPORTE ACUÁTICO / AGENCIA NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL / SEGURIDAD VIAL / PLAN NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL / POLÍTICA DE SEGURIDAD VIAL – Competencia de la Agencia de Seguridad Vial / SOAT / DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS DEL SOAT / RECURSOS DEL SOAT / ACCIDENTE DE TRÁNSITO / VÍA TERRESTRE / FONDO NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL**

*Problema jurídico:* ¿Está facultada la Agencia Nacional de Seguridad Vial para utilizar los recursos existentes de su presupuesto, para atender los temas asociados a la seguridad en el transporte fluvial? ¿Cuál es la fuente presupuestal que debe emplear para ello?

**Tesis:** “De los documentos referidos que sirvieron de fundamento para la creación de la Agencia Nacional de Seguridad Vial se puede observar cómo el contenido y alcance de los mismos están enfocados al desarrollo de políticas dirigidas a implementar la seguridad vial en vías terrestres. Lo anterior cobra mayor fuerza interpretativa, al considerar que es el Código Nacional de Tránsito Terrestre el que le impone la obligación al Ministerio de Transporte de expedir el Plan Nacional de Seguridad Vial. Este Código, como se indicó, regula “la circulación de los peatones, usuarios, pasajeros, conductores, motociclistas, ciclistas, agentes de tránsito, y vehículos por las vías públicas o privadas que están abiertas al público, o en las vías privadas, que internamente circulen vehículos; así como la actuación y procedimientos de las autoridades de tránsito”, en todo el territorio nacional. Una vía pública y privada a la que se refiere el Código Nacional de Tránsito, y por la cual se garantiza la circulación de todos los actores viales, es aquella definida por el mismo Código como “Zona de uso público o privado, abierta al público, destinada al tránsito de vehículos, personas y animales”. La anterior definición de vía se encuentra complementada con el resto de las definiciones que el mismo Código consagra en el artículo 2º, las cuales deben tenerse en cuenta para su aplicación e interpretación. (...). En conclusión, tanto el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014 como el Plan Nacional de Seguridad Vial, instrumentos que sirvieron de fundamento para la creación de la Agencia Nacional de Seguridad Vial, tuvieron como objetivo reducir la mortalidad y el número de lesionados de peatones, motociclistas, ciclistas, entre otros, como consecuencia de accidentes de tránsito. Dichos documentos contienen datos estadísticos relacionados con la seguridad vial terrestre, se fundamentan en el Código Nacional de Tránsito Terrestre y los programas y acciones diseñados están dirigidos a logro de tales objetivos. (...) Como se indicó, la Agencia tiene como misión la de prevenir y reducir los accidentes de tránsito generados por vehículos que se desplacen por el suelo y sobre ruedas. Refuerza esta finalidad de la Agencia el hecho que dentro de su patrimonio se encuentren contemplados los recursos provenientes del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito -SOAT y los recursos que transfieran los organismos de apoyo al tránsito, debido a que estas dos fuentes de recursos tienen sustento legal en el Código Nacional de Tránsito Terrestre (...). [E]l SOAT fue creado por la Ley 33 de 1986 e incorporada su reglamentación mediante el Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para cubrir los daños corporales que se causen a las personas en accidentes de tránsito generados por vehículos automotores montados sobre ruedas y que circulen por el suelo. Esta destinación es coherente con el objeto de la Agencia Nacional de Seguridad Vial cuya misión es prevenir y reducir los accidentes de tránsito, es decir, su política de seguridad vial está enfocada a reducir la accidentalidad ocasionada en vías terrestres y concretamente por vehículos que se desplacen sobre ruedas. (...) El Fondo Nacional de

Seguridad Vial obtiene recursos para el cumplimiento de sus funciones, de las transferencias que los organismos de apoyo al tránsito le hagan por los servicios prestados. (...) Estos organismos de apoyo al tránsito se encuentran regulados en el Código Nacional de Tránsito Terrestre, es decir son organismos que como su nombre lo indica, desarrollan actividades relacionadas con el tránsito terrestre automotor, bien sea capacitando a las personas para la conducción de un vehículo, bien capacitando a los instructores en conducción, o haciendo la revisión técnico – mecánica, o realizando las pruebas teóricas – prácticas para la obtención de la licencia de conducción por las personas que pretendan manejar vehículos automotores. Por lo tanto, los recursos transferidos provienen de aquellos organismos relacionados con el tránsito terrestre. (...) La Agencia Nacional de Seguridad Vial no puede destinar sus recursos para atender temas asociados a la seguridad en el transporte fluvial, pues como se explicó a lo largo de este concepto, esta entidad fue creada por el legislador como la máxima autoridad para la aplicación de las políticas y medidas de seguridad vial nacional, entendida como “el conjunto de acciones y políticas dirigidas a prevenir, controlar y disminuir el riesgo de muerte o de lesión de las personas en sus desplazamientos ya sea en medios motorizados o no motorizados” (Ley 1702 de 2013, artículo 5), riesgos ocasionados con vehículos sobre ruedas que se desplacen por vías terrestres”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2396 del 27 de noviembre de 2018; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2018-00161-00\(2396\). Levantamiento de reserva mediante auto del 19 de diciembre de 2022.](#)

## **2. El Gobierno nacional está facultado para aumentar el límite máximo salarial de los empleados públicos del nivel territorial, en los niveles técnico y asistencial, sin que simultáneamente deba incrementar dicho límite a otros niveles.**

*Síntesis del caso: El director del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) formuló consulta a la Sala sobre a los límites máximos salariales que el Gobierno, conforme a lo establecido en el artículo 12 de la Ley 4 de 1992, puede fijar a los empleados públicos de las entidades del nivel territorial, dentro del contexto de la negociación colectiva adelantada con organizaciones sindicales de empleados públicos.*

**CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA PARA LA FIJACIÓN DEL RÉGIMEN SALARIAL DEL EMPLEADO PÚBLICO EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / FIJACIÓN DEL RÉGIMEN SALARIAL DEL EMPLEADO PÚBLICO / RÉGIMEN SALARIAL DEL EMPLEADO PÚBLICO / RÉGIMEN SALARIAL DEL EMPLEADO PÚBLICO TERRITORIAL / FIJACIÓN DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO / FIJACIÓN DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL SERVIDOR PÚBLICO / COMPETENCIA PARA LA FIJACIÓN DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO / RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO TERRITORIAL / ESCALA DE REMUNERACIÓN SALARIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO / INCREMENTO DEL SALARIO / CATEGORÍAS DE SERVIDORES PÚBLICOS EN LA ADMINISTRACIÓN / NEGOCIACIÓN COLECTIVA / DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA / NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL SECTOR PÚBLICO**

*Problema jurídico: ¿El Gobierno nacional es competente para fijar el límite máximo salarial de los empleados públicos de los niveles técnicos y asistencial en el orden territorial? ¿Puede el Gobierno nacional aumentar dicho límite máximo, sin modificar el límite máximo salarial de los niveles profesional, asesor y directivo de los empleados de dicho orden?*

**Tesis:** “[L]a Sala concluye (...) que: i) el Gobierno nacional es el competente para fijar el «límite máximo salarial» de los empleados del nivel territorial; ii) si bien las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales tienen autonomía para establecer las distintas escalas salariales, esto es, para fijar las remuneraciones correspondientes a cada una de las diferentes categorías de empleo, esta facultad debe ejercerse dentro del límite máximo fijado por el Gobierno nacional; iii) la atribución asignada a las mencionadas corporaciones públicas territoriales comprende únicamente la facultad de establecer en «forma sucesiva, numérica y progresiva y sistemática tablas salariales por grados, donde se consignan la

asignación o remuneración básica mensual para el año respectivo, teniendo en cuenta la clasificación por niveles de los diferentes empleos –sobre la base además de que cada nivel tiene una nomenclatura específica de empleos y una escala de remuneración independiente», conforme lo sostiene la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado citada; iv) la atribución de las asambleas y concejos, en modo alguno significa que puedan crear factores salariales diferentes a los establecidos por la ley, y v) la distribución de competencias en las materias comentadas busca el equilibrio y unificación del sistema salarial de los empleados públicos acordes con el carácter unitario del Estado colombiano y las competencias constitucional y legalmente atribuidas a las diferentes autoridades del orden nacional y territorial. (...) [L]os grados de asignación básica que, respecto de cada categoría de empleos deben establecer las corporaciones públicas territoriales, consiste en la facultad de señalar en «forma sucesiva, numérica y progresiva y sistemática tablas salariales por grados, donde se consignan la asignación o remuneración básica mensual para el año respectivo, teniendo en cuenta la clasificación por niveles de los diferentes empleos –sobre la base además de que cada nivel tiene una nomenclatura específica de empleos y una escala de remuneración independiente», como la ha sostenido la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que la Sala acoge. Las competencias laborales y requisitos para el ejercicio de los empleos, los niveles jerárquicos, las funciones, la nomenclatura y los grados de asignación básica, entre otros aspectos, guardan relación directa con el establecimiento de la planta de personal, tal como se sigue del artículo 27 del D.L. 785 de 2005 (...). Si bien cada entidad del orden territorial debe tener una planta de personal para el cumplimiento de sus funciones, lo cierto es que el establecimiento de la planta debe seguir las reglas fijadas en el D.L. 785, en particular, en lo relacionado con la fijación de las escalas y grados de remuneración. De esta manera, para la fijación de las escalas de remuneración de los empleados públicos, se debe observar que tales escalas correspondan a las responsabilidades y calidades exigidas para cada nivel, en los términos dispuestos por la Ley 4 de 1992 y el Decreto Ley 785 de 2005, lo cual es concordante con el principio del mérito constitucionalmente previsto (artículos 125 y 126 CP, entre otros), y el mandato superior de que la «remuneración [sea] proporcional a la cantidad y calidad del trabajo» (art. 53 CP), sin perjuicio de las limitaciones que respecto de los aumentos salariales anuales ha señalado la Corte Constitucional (...). [E]ncuentra la Sala que el Gobierno nacional está facultado para aumentar el límite máximo salarial de los empleados públicos del nivel territorial, en los niveles técnico y asistencial, sin que simultáneamente deba incrementar dicho límite a otros niveles - profesional, asesor y directivo-. Con todo, en el ejercicio de esta potestad, el Gobierno nacional deberá tener en cuenta los principios constitucionales y legales explicados en este concepto, que a manera de síntesis se reiteran: i. Los criterios y objetivos para fijar los incrementos salariales, según los artículos 2 y 3 de la Ley 4 de 1992; ii. El respeto a las equivalencias con cargos similares en el orden nacional; iii. El pago de una remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo (art. 53 CP), de tal suerte que las diferencias en los ajustes entre escalas salariales deberán ser mínimas, y no pueden afectar el núcleo esencial de ese derecho; iv. El principio de progresividad por escalas salariales, de tal manera que quienes perciban salarios más altos se vean sujetos a las mayores limitaciones, y v. La organización del empleo público se sustenta en normas legales (Ley 4 de 1992 y D.L. 785 de 2005, entre otros), que establecen los niveles jerárquicos, las funciones, las competencias laborales y requisitos para el ejercicio de los empleos, la nomenclatura y los grados de asignación básica, entre otros aspectos, cuya observancia es imperativa, pues debe evitarse la distorsión de ese sistema. (...) [L]a negociación colectiva entre el Gobierno nacional y las organizaciones sindicales tiene un claro marco convencional, constitucional, legal y reglamentario. Por su parte, la Ley 4 de 1992 dispone que es el Gobierno nacional el competente para determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados público, lo cual implica la observancia de límites para dicha negociación. Se reitera lo establecido en el Decreto 1072 de 2015, artículo 2.2.2.4.4., párrafo segundo, que autoriza la negociación y concertación en materia salarial, atendiendo en todo caso las posibilidades fiscales y presupuestales (...). [L]as determinaciones en materia salarial corresponden a una competencia del Ejecutivo. Para el ejercicio de esta competencia puede acudir al criterio de la concertación, sin que en todo caso esté obligado a ello”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** En el presente concepto la Sala hace un recuento sobre los antecedentes normativos que regulan la competencia del Gobierno nacional para fijar el límite salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales // Sobre la asignación de competencias relativas a la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las entidades territoriales y , ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 709 de 1995, 1393 de 2002, 1507 y 1518 de 2003, 1878 A de 2008, 2205 de 2014, 2302 de 2015, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 9 de abril de 2014, radicado 2005-00351; Corte Constitucional, sentencias C-312 de 1997, C-710 de 1999, C-815 de 1999, C-1433 de 2000, C-1064 de 2001 y C-1017 de 2003.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la competencia del Gobierno nacional de fijar el límite máximo salarial de los empleados del nivel territorial, ver: Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección A, Sentencia del 30 de abril de 2009, Radicado 68001 23 15 000 2003 02652 01 (2615-07).

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre la regulación de la negociación colectiva con los empleados públicos, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2339 de 2017 y Corte Constitucional, sentencias C-377 de 1998 y C-551 de 2003.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2475 del 25 de mayo de 2022; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2022-00036-00\(2475\). Levantamiento de reserva mediante auto del 12 de diciembre de 2023.](#)

**3. Para efectos de cumplir lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-153 de 2022, los convenios interadministrativos celebrados al amparo del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 que se encuentren en ejecución, deben ser terminados y liquidados inmediatamente sin perjuicio de la devolución de los recursos girados y no ejecutados y de las restituciones a que haya lugar entre las entidades que los suscribieron.**

*Síntesis del caso: El Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior consulta a la Sala sobre las actuaciones administrativas que deben surtirse con ocasión de la orden impartida por la Corte Constitucional en sentencia C-153 de 2022, respecto de los convenios interadministrativos celebrados al amparo del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021.*

CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / LEY 996 DE 2005 / ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES / CONTRATACIÓN DIRECTA / LEY DE PRESUPUESTO / PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN / SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD / EFECTOS RETROACTIVOS DE LA SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD / PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA / PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA / TERMINACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / CONVENIO INTERADMINISTRATIVO

*Problema jurídico 1: En el marco de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-153 de 2022, ¿Existe un procedimiento que se debe seguir en aquellos convenios interadministrativos que se encuentran en plena ejecución, y en las siguientes circunstancias: i) con cabal cumplimiento del objeto y de las obligaciones contractuales y ii) con presunto incumplimiento del objeto y/o de las obligaciones contractuales?*

**Tesis 1:** “La Ley 2159 de 2021 «[p]or la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2022» en su artículo 124 modificó temporalmente -para la vigencia fiscal 2022-, el inciso primero del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, previendo: «la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación», indicando que tales convenios serían objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C-153 del 5 de mayo del presente año, declaró inexecutable con efectos retroactivos la modificación al párrafo anotado, por la violación flagrante de la reserva de ley estatutaria y del principio de unidad de materia (...) Sobre la violación de la reserva de ley estatutaria (...) [la Corte] advierte que la modificación al párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, de contenido estatutario, debió adelantarse a través de las comisiones primeras permanentes del Congreso de la República, encargadas de los asuntos estatutarios, y no de las comisiones de asuntos económicos de ambas cámaras, como ocurre en el trámite de la ley anual de presupuesto, el cual es indudablemente incompatible con los requerimientos de una ley estatutaria, configurándose un déficit deliberativo, dados los términos con los que debe tramitarse, y las limitantes para la introducción de modificaciones al proyecto de ley que presenta el Gobierno Nacional. (...) Respecto al cargo de violación del principio de unidad de materia, encuentra la Corte que un enunciado normativo que tiene por objeto prever una regla de aplicación de uno de los instrumentos de contratación a disposición de las entidades del Estado, no guarda una relación de conexidad temática con la ley anual de presupuesto, amén que tampoco se cumplieron los criterios de conexidad teleológica ni sistemática. (...)

La Corte Constitucional, en su fallo erga omnes confirió efectos retroactivos a su decisión, debido a que estimó necesario restablecer el orden constitucional y sancionar una violación flagrante y deliberada de la Constitución. Entonces, para efectos de cumplir lo ordenado en la sentencia C-153 de 2022, los convenios interadministrativos celebrados al amparo del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 que se encuentren en ejecución, deben ser terminados y liquidados inmediatamente sin perjuicio de la devolución de los recursos girados y no ejecutados y de las restituciones a que haya lugar entre las entidades que los suscribieron. Si alguna de las entidades que son parte en los convenios se niega a terminarlos y/o a liquidarlos, la otra estaría facultada para demandar la terminación y/o la liquidación a efectos de obtener la devolución de los recursos públicos a que haya lugar. Tratándose de convenios en plena ejecución, si se ha dado cabal cumplimiento al objeto y obligaciones pactados, se reconocerán los valores correspondientes a lo ejecutado, y se dispondrá y efectuará la devolución de los recursos girados y no ejecutados, todo, antes de la fecha del comunicado oficial de la sentencia. Si por el contrario, existe incumplimiento del objeto y las obligaciones contractuales, no puede efectuarse pago alguno relativo a dicho incumplimiento, y en caso de haberse girado recursos, deberá disponerse y efectuarse su devolución”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la prohibición en materia de contratación, establecida en los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 2005, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Radicado 2013-00412-00 (2168). // Sobre el sentido que se le debe dar a la expresión «contratación directa», a la que alude el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Radicado 2018-00095-00 (2382). // Sobre la interpretación del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2006. Radicado 2006-00016-00 (1717).

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la inexecutable del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-153 del 5 de mayo de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre la procedencia en los contratos y convenios interadministrativos de la imposición unilateral de multas y de la declaratoria unilateral de incumplimiento para la efectividad de la cláusula penal, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 2016. Radicado 2015-00102-00 (2257). // Sobre el término para imponer multas ante el incumplimiento del contrato estatal, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 2009. Expediente 1996-03076; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 20 de abril de 2022. Expedientes acumulados 2008-00601 y 2009-00191.

**NOTA DE RELATORÍA 4:** Sobre la posibilidad de pactar la cláusula penal en los contratos interadministrativos, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 4 de mayo de 2022. Expediente 2012-00059. // Sobre el límite temporal para declarar el incumplimiento del contrato estatal y hacer efectiva la cláusula penal previamente pactada, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 16 de agosto de 2016, radicación número 52001-23-33-000-2020-00974-01 (67.526).

## **CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / CONTRATACIÓN ESTATAL PARA LA SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD / EFECTOS RETROACTIVOS DE LA SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD**

**Problema jurídico 2:** *¿Tratándose de convenios interadministrativos que se suscribieron invocando en sus estudios previos razones de seguridad y defensa, argumento relativo a la excepción de la restricción prevista en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, pero que al parecer habrían sido suscritos por Alcaldes inmersos en la prohibición o restricción expresa para hacerlo de que trata el parágrafo del artículo 38 de la misma ley 996 de 2005, existe un procedimiento que deba seguir el Ministerio del Interior frente a dichos convenios?*

**Tesis 2:** “Pese a que la Sala advierte que la pregunta está formulada en términos imprecisos y parte de una suposición, atendiendo las consideraciones expuestas en el presente concepto, responde de la siguiente manera: Los convenios cuyo fundamento jurídico fue la modificación que introdujo al artículo 38 de la Ley 996 de 2005, el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, deberán ser terminados y liquidados inmediatamente”.

## **MULTA AL CONTRATISTA / CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / TÉRMINO PARA IMPONER MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD / EFECTOS RETROACTIVOS DE LA SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD**

**Problema jurídico 3:** *¿Procede la aplicación de las cláusulas de multa y penal pecuniaria a los entes territoriales que no han cumplido con el objeto y/o las obligaciones pactadas en los convenios interadministrativos de cofinanciación suscritos con el Ministerio del Interior?*

**Tesis 3:** “Conforme lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-153 de 2022, y como consecuencia de la declaratoria de inexecuibilidad del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, los convenios celebrados en virtud de dicha norma deben ser terminados y liquidados de manera inmediata una vez expedido el comunicado oficial de esa decisión. Así, vencido o extinguido el plazo contractual, no es posible ejercer la facultad de imponer multas, toda vez que el objeto de estas es conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Además, su declaración exigiría la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, todo lo cual desconocería el carácter perentorio del fallo. En igual sentido, la declaratoria de incumplimiento y aplicación de la cláusula penal, cuyo límite temporal es la liquidación contractual, no es procedente, dado que ello también supondría el agotamiento del debido proceso dispuesto en el mencionado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo cual no es posible ante la orden de terminación y liquidación inmediata de los convenios interadministrativos celebrados”.

#### **TERMINACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD / EFECTOS RETROACTIVOS DE LA SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES**

**Problema jurídico 4:** *¿Deben ser objeto de terminación y liquidación, todos los convenios interadministrativos suscritos a partir del 13 de noviembre de 2021 y hasta la terminación de la restricción de ley de garantías, sin distingo alguno?*

**Tesis 4:** “Con la salvedad hecha por la Corte Constitucional, en el sentido que la Sentencia C-153 de 2021 no se predica respecto de los convenios que se hubieren suscrito para atender necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable y vivienda. Igualmente, el pronunciamiento de la corte no recae sobre los convenios celebrados en cumplimiento de una sentencia o providencia judicial proferida en una acción popular o de tutela. En tal medida, los convenios que no se encuentren dentro de los supuestos antes descritos, deben ser terminados y liquidados inmediatamente”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2489 del 13 de diciembre de 2022; C.P. Maria del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2022-00250-00\(2489\). Levantamiento de reserva oficio del 29 de enero de 2023.](#)

## **4. El régimen jurídico de contratación aplicable a la Unidad de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD) corresponde de manera imperativa al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.**

**Síntesis del caso:** *El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Justicia y del Derecho consulta a la Sala sobre el alcance del inciso 3° del artículo 1° del Decreto Ley 589 de 2017, en cuanto al régimen contractual aplicable a la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas.*

**CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / UNIDAD DE BÚSQUEDA DE PERSONAS DADAS POR DESAPARECIDAS / NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD ESTATAL / NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD PÚBLICA / UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CON PERSONERÍA JURÍDICA / CONTRATACIÓN ESTATAL / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / APLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN EXCEPTUADO DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA / GESTIÓN FISCAL**

**Problema jurídico 1:** *¿El régimen jurídico de contratación aplicable a la Unidad de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD) es el contenido en el del Estatuto General de Contratación Pública?*

**Tesis 1:** “El establecimiento de un régimen especial de contratación de una entidad estatal, que la excluya del EGC, solo es posible con fundamento en una norma constitucional o legal que lo establezca expresamente. En efecto, si el Estatuto de contratación, acorde con las normas constitucional, es de carácter legal, es claro que debe existir una norma del mismo rango o de origen constitucional que permita sustentar un régimen jurídico especial de contratación. Ahora bien, son varias y disímiles las razones que han llevado al legislador y al mismo constituyente a establecer un régimen especial de contratación para algunas entidades públicas. En general, estas se han determinado por la naturaleza de la entidad o por la naturaleza de su actividad. En varios casos el régimen especial de contratación atribuido por el legislador a distintas entidades públicas encuentra fundamento en la naturaleza de la función o de los servicios que estas prestan, en virtud de los cuales requieren actuar en el mercado en condiciones de libre iniciativa privada y de libre competencia frente a los demás agentes del mercado. (...) Asimismo, el legislador y el propio constituyente han establecido un régimen especial de contratación para determinadas entidades públicas, por la naturaleza especial de la entidad o por las necesidades sociales, públicas involucradas en sus actividades y funciones, que requieren una garantía de selección de los contratistas y ejecución del contrato en condiciones legales que les de competitividad y/o agilidad para alcanzar sus fines. (...) Para la Sala las normas señaladas no consagran un régimen especial de contratación para esta entidad, distinto al establecido en el EGC, por las siguientes: 1. Como se analizó al inicio de este dictamen, la UBPD es una unidad administrativa especial, que cuenta con personería jurídica para ejercer todos los actos, contratos y convenios necesarios para el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, por regla general, esta unidad está sometida de manera imperativa al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de conformidad con lo previsto en los artículos 1, 2 y 13 de Ley 80 de 1993. 2. Ni la norma constitucional de su creación ni el Decreto ley que la reglamenta señalan que la UBPD está excluida del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y/o que está sometida a un régimen especial de contratación establecido en la misma normativa. (...) [L]as normas no consagran un régimen especial de contratación para esta entidad, que excluya la aplicación de las normas especiales previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aunque esta posibilidad no queda excluida, si el legislador en otra norma en la que regule la UBPD así lo dispone. Estas conclusiones se reafirman, desde el punto de vista sistemático, teniendo en cuenta que el referido Decreto ley: por una parte, no regula un régimen especial de contratación de la UBPD y, por otra, sí regula expresamente las funciones y atribuciones con las que cuenta la UBPD. 3. De manera adicional, la Sala advierte que, desde el punto de vista histórico y finalista, los antecedentes del Acto Legislativo 01 de 2017 y del Decreto Ley 589 de 2017 no permiten sustentar la existencia de un régimen especial de contratación para la UBPD”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la constitucionalidad del Decreto Ley 589 de 2017, ver: Corte Constitucional, sentencia C-067 de 2018.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre los principios de la contratación estatal y los regímenes exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 29 de mayo de 2003, (Exp. No. 1488); Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativa. Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 8 de abril de 2014 (exp. 25.801); Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de mayo de 2018. Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00058-00(2335); Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección A, sentencia del 9 de octubre de 2013. Rad. n°. 25000-23-26-000-2002-01282-01(30763); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 diciembre de 2013. Rad. n°. 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP) y Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020. Rad. n°. 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003).

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre los regímenes especiales de contratación estatal, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del quince (15) de mayo de dos mil dieciocho (2018), rad. 11001-03-06-000-2017-00058-00(2335).

## **UNIDAD DE BÚSQUEDA DE PERSONAS DADAS POR DESAPARECIDAS / CONTRATACIÓN ESTATAL / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / APLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN**

**Problema jurídico 2:** *¿El alcance del inciso 3° del artículo 1° del Decreto Ley 589 de 2017, en cuanto al régimen contractual aplicable a la UBPD, implica un régimen especial?*

**Tesis 2:** “El inciso 3.º del artículo 1 del Decreto Ley 589 de 2017 tiene como alcance: i) reafirmar que esta unidad puede realizar todos los actos, contratos o convenios necesarios para el desarrollo de sus funciones ii) precisar que dichos actos, contratos y convenios deben estar acordes con las facultades y atribuciones que la ley y el reglamento le asigne a la UBPD para cumplir sus funciones constitucionales y legales. En atención a lo dispuesto en las normas constitucionales y legales de creación y reglamentación,

la gestión contractual de la UBPD no está sometida a un régimen especial. Por lo tanto, la UBPD debe aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en sus actuaciones contractuales, de conformidad con sus especiales atribuciones y funciones establecidas por la Constitución y la ley”.

## **UNIDAD DE BÚSQUEDA DE PERSONAS DADAS POR DESAPARECIDAS / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL / COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

*Problema jurídico 3: ¿Es viable que la UBPD, como mecanismo que hace parte del Sistema Integral para la Paz, reglamente la gestión contractual para la realización de todos los actos y contratos aplicando los principios de la función administrativa, bajo un régimen excepcional? En garantía de los derechos de las víctimas, ¿cuál debe ser el procedimiento a seguir por la UBPD para aplicar un régimen excepcional de contratación?*

**Tesis 3:** “La UBPD no puede reglamentar su gestión contractual bajo un régimen excepcional, por las razones expuestas en este concepto. Lo anterior, sin perjuicio de que, por la naturaleza de sus funciones (humanitarias y extrajudiciales) y el carácter transitorio de la entidad, el legislador le pueda establecer un régimen contractual especial. (...) La UBPD deberá acudir al legislador para crear un régimen excepcional de contratación”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2488 del 13 de diciembre de 2022; C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2022-00244-00\(2488\). Levantamiento de reserva oficio del 18 de enero de 2023.](#)

## **5. El Presidente de la República solo tiene una oportunidad para objetar cada proyecto de ley que le envíe el Congreso para su sanción y promulgación, ya sea por inconveniencia o por inconstitucionalidad.**

*Síntesis del caso: El Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior consulta a la Sala sobre la posibilidad de que el Presidente de la República objete por inconveniencia, por segunda ocasión, el proyecto de ley N° 055 de 2014 Senado - 195 de 2014 Cámara, “[p]or medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”, teniendo en cuenta los cambios políticos, jurídicos y sociales que han ocurrido durante el largo tiempo transcurrido entre la fecha en que el Presidente objetó dicha iniciativa, por primera vez, y el momento en que el citado proyecto le fue enviado definitivamente para su sanción y promulgación.*

**CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FUNCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / SANCIÓN DE LA LEY / PROMULGACIÓN DE LA LEY – Función y deber constitucional del Presidente de la República / OBJECIÓN PRESIDENCIAL / OBJECIÓN POR INCONVENIENCIA – Trámite de la objeción presidencial por inconveniencia / OBJECIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD / TRÁMITE DE LA OBJECIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD / CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA OBJECIÓN PRESIDENCIAL - Trámite de la objeción presidencial por inconstitucionalidad**

*Problema jurídico 1: ¿El Presidente de la República solo tiene una oportunidad para objetar cada proyecto de ley que le envíe el Congreso para su sanción y promulgación, ya sea por inconveniencia o por inconstitucionalidad?*

**Tesis 1:** “[L]as objeciones a los proyectos de ley constituyen un derecho que la Constitución Política otorga al Presidente de la República, para que su visión política y jurídica sobre las leyes que necesita el país, de acuerdo con sus propuestas y programas de gobierno, sea tenida en cuenta por el Congreso de la República. Desde ese punto de vista, se trata de un ejercicio dialéctico que forma parte del funcionamiento normal de la democracia, de acuerdo con los principios de independencia y separación de los poderes públicos, de colaboración armónica entre los mismos y de pesos y contrapesos. Esta es la razón por la cual, a juicio de la Sala, la Constitución Política y la Ley Orgánica del Congreso de la República han sido

minuciosas en la regulación de este derecho, tanto en relación con la oportunidad para ejercerlo, como en cuanto a su procedimiento y a las consecuencias jurídicas de la decisión (positiva o negativa) que adopte el Congreso frente a las objeciones formuladas. Por la misma razón, la Sala estima que la observancia de tales normas debe ser cuidadosa y estricta, ya que su incumplimiento directo o indirecto (por ejemplo, mediante una interpretación indebidamente laxa) podría generar un desequilibrio de poderes, ya sea en beneficio del legislativo o bien a favor del ejecutivo. (...) [F]ácilmente de las disposiciones constitucionales y legales-orgánicas que se han transcrito, el Presidente de la República tiene el derecho de objetar total o parcialmente los proyectos de ley que sean aprobados por el Congreso de la República, ya sea por razones de inconstitucionalidad o de inconveniencia. En ambos casos, el término que el Presidente tiene para objetar los proyectos es el mismo, dependiendo de la extensión del proyecto: seis (6), diez (10) o veinte (20) días, según el caso. Igualmente, en los dos eventos señalados, el Gobierno debe enviar el proyecto, junto con las objeciones presentadas, a la cámara legislativa en la que tuvo origen, es decir, al Senado de la República o a la Cámara de Representantes, según el caso. Ni la Constitución Política ni la Ley Orgánica del Congreso señalan expresamente cuál es el término que tiene el Congreso de la República para conocer, discutir y adoptar una decisión sobre las objeciones formuladas por el Presidente de la República, por inconstitucionalidad o por inconveniencia. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado reiteradamente que debe entenderse que dicho plazo es el mismo que la Carta establece en el artículo 162 para la discusión y aprobación de los proyectos de ley, es decir, el correspondiente a dos legislaturas. [U]na vez estudiadas y discutidas las objeciones presidenciales, por parte del Congreso de la República, este debe decidir, por mayoría absoluta de cada una de las cámaras, si acepta total o parcialmente tales objeciones, o si, por el contrario, insiste en el proyecto ante el Gobierno, para obtener su sanción. A partir de ese momento, el trámite es distinto, si se trata de objeciones por inconveniencia o por inconstitucionalidad. En efecto, en el primer caso, el Congreso debe enviar el proyecto de nuevo al Presidente de la República, para que este cumpla con su deber constitucional de sancionarlo y promulgarlo, sin que pueda presentar nuevas objeciones, como lo establecen los artículos 167, inciso segundo, de la Constitución y 199, numeral 2° de la Ley 5 de 1992. En el segundo caso, es decir, cuando las objeciones son por inconstitucionalidad, si el Congreso las rechaza, total o parcialmente, debe enviar el proyecto a la Corte Constitucional, para que resuelva definitivamente aquellas que no hayan sido acogidas, dentro de los seis (6) días siguientes. Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo debe indicar a la Cámara en que tuvo su origen, para que, oído el ministro del ramo, el Congreso rehaga e integre las disposiciones afectadas, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en su sentencia. Una vez hecho lo anterior, el proyecto debe ser devuelto a esa corporación, para que dicte el fallo definitivo. En cambio, si la Corte Constitucional declara el proyecto de ley totalmente inexecutable, este deberá ser archivado. Finalmente, si lo declara completamente ajustado a la Constitución (la primera vez, o después de haber sido rehecho e integrado), el proyecto debe ser enviado al Presidente de la República para que lo sancione y promulgue, sin que dicho funcionario pueda presentar nuevas objeciones. (...) [L]a Sala encuentra que las normas constitucionales y legales citadas ofrecen respuestas muy claras: (i) El Presidente de la República solo tiene una oportunidad para objetar cada proyecto de ley que le envíe el Congreso para su sanción y promulgación, ya sea por inconveniencia o por inconstitucionalidad, o por ambas razones a la vez, y (ii) el plazo con el que cuenta el Primer Mandatario para estos efectos es también único, "preclusivo" e improrrogable, de acuerdo con el número de artículos con el que cuenta cada proyecto, como lo disponen los artículos 166 de la Constitución y 198 del Reglamento del Congreso. Aclara la Sala que lo anterior no significa que el Presidente de la República deba enviar necesariamente al Congreso de la República un solo escrito de objeciones en relación con un determinado proyecto de ley, pues, eventualmente, podría plantear al inicio unas objeciones (por inconveniencia o por inconstitucionalidad, o de ambas clases) y posteriormente exponer otras objeciones adicionales, en un solo momento o en varios, siempre que lo haga dentro de la misma oportunidad que le otorga la Constitución y la ley, es decir, dentro de los 6, 10 o 20 días siguientes a la fecha en la que haya recibido el proyecto para sanción, de acuerdo con la extensión del mismo. (...).

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el trámite de las objeciones presidenciales, ver: Corte Constitucional, sentencias C-241 de 1994, C-433 de 2004, C-830 de 2007, C-306 de 2009, C-469 de 2009, C-307 de 2013, C-633 de 2016, C-202 de 2016 y C-432 de 2017.

## **OBJECIÓN PRESIDENCIAL / OBJECIÓN POR INCONVENIENCIA / OBJECIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD / TRÁMITE DE LA OBJECIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD / CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA OBJECIÓN PRESIDENCIAL / DEROGACIÓN DE LA LEY / INEXEQUIBILIDAD DE LA LEY - Trámite de las objeciones presidenciales formuladas al proyecto de ley N° 055 de 2014 Senado - 195 de 2014 Cámara**

**Problema jurídico 2:** *¿Puede el presidente de la República formular por segunda vez objeciones por inconveniencia al Proyecto de Ley 055 de 2014 Senado - 195 de 2014 Cámara "Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2001", el cual fue remitido para sanción presidencial luego de más de tres (3) años y seis*

*(6) meses de haberse presentado ante el honorable Congreso de la República las objeciones por inconveniencia, teniendo en cuenta las nuevas circunstancias del país que han sucedido en dicho transcurso de tiempo?*

**Tesis 2:** “[E]l trámite de las objeciones presidenciales formuladas en relación con el citado proyecto de ley se cumplió íntegramente y se encuentra agotado, tanto en relación con las etapas que debían realizarse en el Congreso de la República como en relación con aquellas que debían llevarse a cabo ante la Corte Constitucional, de lo cual se concluye que el Presidente de la República no podría objetar de nuevo dicho proyecto, ni por razones de inconveniencia (aunque estas sean distintas de las formuladas en su momento), ni, mucho menos, por motivos de inconstitucionalidad, pues la oportunidad que el Presidente tenía para ejercer este derecho ya caducó (hace tres años y medio). Como se explicó en el acápite anterior, ni la Constitución Política, ni la Ley 5 de 1992, ni la jurisprudencia de la Corte Constitucional permiten que el Presidente de la República pueda objetar más de una vez un mismo proyecto de ley, ni tampoco que pueda hacerlo por fuera de los plazos que taxativamente señala el artículo 166 de la Carta. Por el contrario, los artículos 167, inciso segundo, de la Carta y 199, numeral 2°, de la Ley 5 de 1992, disponen expresamente que el Presidente no puede plantear nuevas objeciones, luego de que el Congreso, con la mayoría absoluta de los votos de cada cámara, haya rechazado las objeciones por inconveniencia inicialmente formuladas y haya decidido insistir en la sanción del proyecto. Ahora bien, sobre la posibilidad de que esto suceda por hechos sobrevinientes o por modificaciones en la realidad económica, social o política, acaecidas después de que el Presidente haya objetado el proyecto de ley por inconveniencia y antes de que termine el trámite de las objeciones por inconstitucionalidad, especialmente en aquellos casos en que transcurra un tiempo considerable (más allá del normal para este tipo de asuntos), la Sala considera que, ni siquiera en tales circunstancias, puede entenderse que el Presidente de la República esté facultado para objetar de nuevo el proyecto de ley. (...) Así, dado que ninguna norma constitucional o legal permite al Presidente de la República, expresa o implícitamente, objetar más de una vez un mismo proyecto de ley, ni por razones de inconveniencia ni por motivos de inconstitucionalidad, no podría el Presidente objetar de nuevo el proyecto de ley que nos ocupa, cuyas objeciones ya fueron presentadas, discutidas y resueltas. (...) Con todo, la Sala advierte que el Gobierno Nacional mantiene intacta su iniciativa legislativa, por lo cual tiene la facultad de presentar nuevos proyectos de ley, o de proponer las reformas a los proyectos en curso que considere necesarias y convenientes para derogar o modificar las disposiciones que estima inconvenientes del proyecto de ley 055 de 2014 Senado – 195 de 2014 Cámara. (...) [E]l Presidente de la República no puede objetar de nuevo, por motivos de inconveniencia, el proyecto de ley N° 055 de 2014 Senado - 195 de 2014 Cámara. Lo anterior se entiende sin perjuicio de los diferentes instrumentos jurídicos previstos en la Constitución y en la ley con los que cuenta el Presidente para buscar la derogación, la modificación o la declaratoria de inexecutable de la ley que sea sancionada y promulgada, ya sea total o parcialmente, incluyendo, de llegarse a presentar el caso, aquellos instrumentos dispuestos en la Carta Política para superar situaciones verdaderamente extraordinarias, imprevisibles y sobrevinientes que pudieran presentarse (“estados de excepción”) (...).”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2411 del 23 de enero de 2019; C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación: 11001-03-06-000-2019-00013-00\(2411\). Levantamiento de reserva mediante oficio del 25 de enero de 2023.](#)

**GÉNERO Y NO  
DISCRIMINACIÓN**



# **BOLETÍN**

**DEL CONSEJO DE ESTADO**

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# SECCIÓN QUINTA

## 1. Se declaró la nulidad del nombramiento de Alberto Carrasquilla Barrera como miembro de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República.

*Síntesis del caso:* Se demandó la nulidad del nombramiento de Alberto Carrasquilla Barrera como miembro de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República, aduciendo que dicho nombramiento desconoció la cuota de género prevista en la ley 581 de 2000, que dispone que el 30% de los cargos del máximo nivel decisorio deben ser desempeñados por mujeres. La Sala declaró la nulidad del nombramiento acusado al constatar que hubo incumplimiento en la cuota de género, teniendo en cuenta que, de los cinco miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República, solamente uno de ellos estaba ocupado por una mujer, siendo necesaria la presencia de 2 para dar cumplimiento a la norma en cita.

**BANCO DE LA REPÚBLICA / MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO / PARTICIPACIÓN DE LA MUJER EN LOS NIVELES DECISORIOS / DETERMINACIÓN DE LA CUOTA DE GÉNERO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE NOMBRAMIENTO**

*Problema jurídico:* ¿Se debe decretar la nulidad del acto de nombramiento del señor Alberto Carrasquilla Barrera, como miembro de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República, por infracción del artículo 4 literal b) de la Ley 472 de 1998? Lo anterior por cuanto los demandantes estiman que con este nombramiento se desconoció el derecho a la participación femenina en los cargos de máximo nivel decisorio, ordenados por la Ley 581 de 2000, en una proporción no inferior al 30%.

**Tesis:** “[L]a autonomía que goza el Banco de la República y su Junta Directiva, se refiere al ejercicio de sus competencias y funciones señaladas en la legislación; a la forma de su organización, relacionada con la estructura y organización interna en razón de sus funciones; técnica, relacionada directa y específicamente con las materias a su cargo; y, la facultad de administrar su patrimonio, preservándolo de injerencias indebidas por parte de otros órganos públicos. En este orden de ideas, la aplicación de la Ley 581 de 2000 y la consecuente exigencia de cumplir con la cuota de género en el órgano de máximo nivel decisorio, en manera alguna limita la autonomía del Banco de la República, muchos menos de su Junta Directiva, toda vez que no se están imponiendo restricciones al ejercicio de sus funciones, no se establece una orientación específica en las políticas que debe adoptar en su calidad de autoridad cambiaria, monetaria y crediticia, no se está interfiriendo, reduciendo o anulando la iniciativa de la Junta Directiva de la Banca Central, ni cambia la organización interna, ni su estructura definida en los estatutos y en la Ley 31 de 1992, motivo por el cual, la autonomía de esa entidad no riñe con que se tenga en cuenta la cuota de género contemplada en artículo 4° de la ibídem [Ley 581 de 2000], máxime cuando se trata de dar aplicación material a postulados constitucionales y convencionales, como el derecho a la igualdad. (...). Constatación del cumplimiento de la cuota de género. (...). Como se ha reiterado, son cinco los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República, frente a los cuales el 30% corresponde a 1,5, por lo cual la cuota de género se cumple con el nombramiento de dos mujeres. (...). Como se ve, de los cinco miembros tan solo una pertenece al género femenino, de lo anterior se deriva el incumplimiento de la cuota de género en el sub iudice, es decir, que se debió proveer tal dignidad con la inclusión de una dama, puesto que era menester dar cumplimiento a los postulados constitucionales, convencionales y legales de equidad e inclusión de la mujer en los cargos de máximo nivel decisorio, lo que garantiza que estos axiomas tan importantes no solo sean consagrados como derechos, sino que tengan aplicación real y material razón por la cual se declarará la nulidad del acto enjuiciado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 24 de noviembre de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2021-00057-00.](#)

## 2. Se negó la nulidad del acto de elección de representantes a la Cámara por el Departamento de Putumayo.

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del acto de elección de dos representantes a la Cámara por el Departamento de Putumayo, aduciendo que está viciado de nulidad por haber desconocido el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, relativo a la cuota de género que deben cumplir las listas de candidatos que aspiran a corporaciones públicas. La Sala negó las pretensiones de la demanda luego de concluir que la exigencia a las colectividades políticas en la presentación de listas con la composición de los dos géneros en la proporción mínima de 30% por mujeres solo aplica en aquellas circunscripciones que elijan 5 o más curules en las corporaciones de elección popular, dentro de las cuales no se encuentra la circunscripción de Putumayo pues cuenta solamente con dos curules.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / CUOTA DE GÉNERO / DERECHO DE LA MUJER A LA PARTICIPACIÓN EN LA VIDA POLÍTICA Y PÚBLICA / LISTA DE CANDIDATOS EN COALICIÓN / LISTA DE CANDIDATOS A CORPORACIÓN PÚBLICA DE ELECCIÓN POPULAR**

**Problema jurídico:** La controversia en este proceso está circunscrita a determinar si el acto de elección se encuentra viciado de nulidad por haber desconocido el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, relativo a la cuota de género que deben cumplir las listas de candidatos que aspiran a corporaciones públicas.

**Tesis:** “[E]l artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 consagró una obligación clara para los partidos, movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos, consistente en que en la integración de sus listas a corporaciones públicas se debería respetar un porcentaje mínimo del 30% de participación de cualquiera de los géneros (...). Ahora bien, esta Sección ha precisado que la cuota de género es un concepto que tiene como finalidad equiparar la representación de los hombres y las mujeres en las corporaciones públicas de elección popular (...). En ese orden, se ha precisado por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala de Decisión, que las acciones afirmativas tendientes a garantizar la equidad de género, no vulneran la autonomía que gozan los partidos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, de ceñirse a los límites que les imponga el legislador, sino que buscan garantizar la participación igualitaria de ambos géneros en la conformación del poder público, en especial, al femenino que históricamente ha sido menoscabado, en cuanto al ejercicio y conformación del poder. (...). [L]as listas constituidas por las organizaciones políticas que aspiran a corporaciones públicas se deben conformar por mínimo un 30% de uno de los géneros, con el propósito de promover el respeto por la diversidad y de garantizar la participación de los ciudadanos en la vida política del país - hombres y/o mujeres-. Asimismo, los partidos, movimientos políticos y grupos de ciudadanos significativos deben conformar e inscribir listas con una cuota mínima de participación femenina del 30%, siempre y cuando se deban elegir 5 o más curules y no se sobrepase el aspecto cuantitativo fijado en el artículo 262 constitucional – máximo de curules a distribuir dentro de la correspondiente circunscripción-, conforme lo prevé el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011. Sobre el particular, esta Sala de decisión ha precisado que de la referida norma es claro que el legislador al incluir el mínimo de 30% del género femenino, se refirió a este porcentaje en relación con la conformación de las listas de candidatos y, de ninguna manera, se observa que haya considerado que el referido valor debería calcularse respecto del número de curules a proveer. Así mismo dicho porcentaje, tiene aplicación cuando se deban elegir 5 o más curules, teniendo en cuenta la limitación que de acuerdo con el contenido del artículo 262 de la Constitución Política, dispone que la lista no puede sobrepasar la cantidad de los escaños a proveer, a menos que se trate de una situación en la que se deban proveer como máximo 2, caso en el cual, las colectividades podrán inscribir hasta 3 aspirantes. (...) [Conforme a lo dispuesto en el artículo 262 superior] significa que las colectividades, tienen la facultad de inscribir un número menor de candidatos, sin embargo, se deberá respetar el tope máximo que corresponde al número de curules a proveer. En ese sentido, debe concluirse que la lista de candidatos a corporaciones públicas que inscriban las agrupaciones políticas puede estar conformada por un número inferior a las curules a proveer, pero no mayor a ésta, salvo cuando se deban elegir máximo dos escaños. Adicionalmente, la Sección frente a casos similares ha considerado que entender que el 30% de la cuota de género se determina con relación al número de curules a proveer, podría en algunos eventos llegar a menoscabar la inclusión masculina y desatender la participación y conformación igualitaria del poder público. En consecuencia, i) le corresponde a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, previa inscripción de sus candidatos, verificar que éstos cumplan a cabalidad las calidades y requisitos exigidos y, la ausencia de inhabilidades o incompatibilidades y; ii) tratándose de listas donde se

elijan cinco o más curules para corporaciones de elección popular es obligatorio que se conformen por el 30% de uno de los géneros. En este asunto, los demandantes en el proceso 2022-00038-00 consideran que la coalición Pacto Histórico y el Partido Liberal Colombiano desconocieron los parámetros de participación igualitaria de la mujer en la votación popular para elegir a los representantes de la Cámara por el departamento del Putumayo, al no incluir en las listas a una mujer. (...). Como en este asunto la circunscripción de Putumayo obedece solo a 2 curules, las colectividades políticas cuestionadas estaban habilitadas por la ley para presentar listas sin la composición de los dos géneros en la proporción mínima de 30% por mujeres, pues el legislador dispuso que solo resulta imperativa en las circunscripciones en las que se elijan 5 o más curules en las corporaciones de elección popular.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 24 de noviembre de 2022; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00038-00.](#)