

nº. 218

CONSEJO DE ESTADO

Boletín de Jurisprudencia



EDITORIAL
NORMAS ANULADAS
LEGALIDAD CONDICIONADA
EXHORTO
SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN
AUTO DE UNIFICACIÓN
ACCIONES CONSTITUCIONALES
 ○ ACCIONES DE TUTELA
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA
SECCIÓN SEGUNDA
SECCIÓN TERCERA
SECCIÓN CUARTA
SECCIÓN QUINTA
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

República de Colombia
Consejo de Estado

Boletín de Jurisprudencia
Segunda época

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Presidente

Relatorías

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Liliana Marcela Becerra Gámez

Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Gloria Cristina Olmos Leguizamón

Antonio José Sánchez David

Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Jorge Eduardo González Correa

Natalia Rodrigo Bravo

Guillermo León Gómez Moreno

Natalia Yadira Castilla Caro

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

Derys Susana Villamizar Reales

Acciones Constitucionales

Pedro Javier Barrera Varela

Camilo Augusto Bayona Espejo

Martha Lucía Gómez Gálvez

Comité Editorial

Rocío Araújo Oñate

Hernando Sánchez Sánchez

Gabriel Valbuena Hernández

Marta Nubia Velásquez Rico

Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz

Julio Roberto Piza Rodríguez

Ana Yasmín Torres Torres

Diseño

Juan David Pulido Gómez

Publicación

Camilo Ernesto Losada

ÍNDICE

Contenido

EDITORIAL.....	4
I. NORMAS ANULADAS.....	5
II. LEGALIDAD CONDICIONADA	6
III. EXHORTOS.....	6
IV. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN.....	7
V. AUTO DE UNIFICACIÓN	14
VI. ASUNTOS CONSTITUCIONALES	16
VII. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	23
VIII. SECCIÓN PRIMERA	26
IX. SECCIÓN SEGUNDA.....	28
X. SECCIÓN TERCERA	34
XI. SECCIÓN CUARTA	44
XII . SECCIÓN QUINTA.....	55
XIII. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL	66

EDITORIAL

En esta edición se registran 3 normas anuladas, una norma con legalidad condicionada y un exhorto.

Como novedades jurisprudenciales se resalta una sentencia de unificación de Sala Plena, dos sentencias de unificación de la Sección Segunda y un auto de unificación de la misma Sección.

En la primera de ellas, la Sala Plena al resolver una acción eventual de revisión respecto de una sentencia proferida dentro de la acción popular promovida por algunos ciudadanos contra el municipio de Támesis (Antioquia), por la afectación a los derechos colectivos que se causaron en virtud de un contrato de arrendamiento del Parque Caldas, unificó su criterio, en el sentido de afirmar que el contrato de arrendamiento no puede ser utilizado para entregar bienes de uso público para el aprovechamiento del arrendatario, quedando abierta la posibilidad de que se utilicen otras fórmulas contractuales o unilaterales, como el contrato de concesión, o la expedición de licencias o permisos para ese efecto. Expresó que la celebración de un contrato de arrendamiento sobre un bien de uso público entregando la explotación privada a un particular no sólo vulnera el derecho colectivo relacionado con el goce del espacio público, sino que además condujo a la declaratoria de nulidad de ese negocio por objeto ilícito. Es importante aclarar que esta acción popular se presentó en junio de 2009, por lo que no le es aplicable la Ley 1437 de 2011.

Así mismo, la Sección Segunda en sentencia de unificación estableció las reglas del ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Preciso que de acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. Sin embargo, la aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente.

Igualmente, la Sección Segunda unificó jurisprudencia en relación la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales. En este trascendental fallo se establecen cuáles son las partidas computables para la pensión y las forma en que deben liquidarse.

En asuntos constitucionales, así como en cada una de las Secciones y en la Sala de Consulta y Servicio Civil, se destacan pronunciamientos jurisprudenciales que merecen su lectura y análisis.

I. NORMAS ANULADAS

1. El Acuerdo 007 de 2009, “*Por medio del cual se dictan normas especiales sobre el uso de vías, espacios públicos, rotura y ocupación de los mismos para redes de servicios públicos y se otorga facultad protempore al señor alcalde*”, expedido por el Concejo Municipal de Itagüí: El artículo 4 y el literal c) del artículo quinto.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de marzo de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 05001-23-31-000-2010-01164-02. \(Ver pág. 26 de este Boletín\).](#)

2. Acuerdo 0357 de 2013, “*Por el cual se modifican parcialmente los Acuerdos Nos. 0321 del 2011, 0338 del 2012, 0339 del 2013 y 0346 del 2013 contentivos del Estatuto Tributario Municipal, se adopta un tributo y se dictan otras disposiciones*”, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali: el artículo 7 en forma parcial, en lo que tiene que ver con la tarifa del 16%, condicionada a que respecto de las actividades de servicios previstas en el citado artículo 7 del Acuerdo 0357 se aplicará la tarifa del diez (10) por mil, -otras actividades de servicios-, prevista en el artículo 8 del mismo Acuerdo.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de marzo de 2019, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 76001-23-33-000-2014-00464-01 \(21896\). \(Ver pág. 45 de este Boletín\).](#)

3. Decreto 30 del 13 de enero de 2000, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, “*Por medio del cual se fijan los plazos para la presentación y pago de un Impuesto*”: artículo 2 párrafo.

Decreto 364 del 1° de febrero de 2001, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, “*Por medio del cual se fijan fechas límite de pago para el impuesto de vehículos automotores*”: artículo 1 párrafo 1.

Decreto 77 del 18 de enero de 2002, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, “*Por medio del cual se fijan fechas límite de pago para el impuesto de vehículos automotores*”: artículo 1 párrafo 1.

Decreto 510 del 19 de marzo de 2002, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, “*Por medio del cual se modifica el Decreto N° 077 del 18 de enero de 2002*”: artículo 1 párrafo 1.

Decreto 2107 del 31 de diciembre de 2002, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, “*Por medio del cual se fijan los plazos para la presentación y pago del Impuesto sobre Vehículos Automotores y se conceden descuentos por pronto pago*”: artículo 1 párrafo 1.

Decreto 1948 del 29 de diciembre de 2003, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, “*Por medio del cual se fijan los plazos para la presentación y pago del Impuesto sobre vehículos Automotores*”: artículo 1 párrafo 1.

Decreto 2597 del 30 de diciembre de 2004, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, “Por medio del cual se fijan los plazos para la presentación y pago del Impuesto sobre Vehículos Automotores”: artículo 1 párrafo 1.

Decreto 0181 del 25 de enero de 2006, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, “Por medio del cual se fijan los plazos para la presentación y pago del Impuesto sobre Vehículos Automotores”: artículo 1 párrafo 1.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de marzo de 2019, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 05001-23-33-000-2013-01147-01 \(22126\). \(Ver pág. 54 de este Boletín\).](#)

II. LEGALIDAD CONDICIONADA

1. Acuerdo 041 de 21 de diciembre de 2006, “Por el cual se dictan disposiciones en materia de impuestos de Cartagena D. T. y C., se armoniza su administración, procesos y procedimientos con el Estatuto Tributario Nacional, se expide el Estatuto de Rentas Distrital o Cuerpo Jurídico de las Normas Sustanciales y Procedimentales de los Tributos Distritales y se dictan otras disposiciones de carácter tributario”, expedido por el Concejo del Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de Indias: el literal b.5) del artículo 184.

Se declaró la validez condicionada en el entendido de que las empresas dedicadas a la refinación de hidrocarburos y/u otros combustibles quedan gravadas con el impuesto de alumbrado público, siempre y cuando tengan establecimiento en la jurisdicción del mencionado Distrito.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 8 de marzo de 2019, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 13001-23-31-000-2007-00638-02 \(22963\). \(Ver pág. 44 de este Boletín\).](#)

III. EXHORTO

1. **Sección Quinta exhortó al Consejo Nacional Electoral, para que resuelva de manera expedita y oportuna las peticiones relativas a la depuración del censo electoral.**

En tal sentido, resolvió: “EXHORTAR al Consejo Nacional Electoral, para que en lo sucesivo adelante las gestiones pertinentes a fin de resolver de manera oportuna y expedita las peticiones relativas a la depuración del censo electoral, por las razones expuestas en esta providencia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 14 de marzo de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2018-00049-00.](#)

IV. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

1. La Sala Plena unificó jurisprudencia sobre la improcedencia del contrato de arrendamiento sobre bienes de uso público, para el aprovechamiento de un particular, dejando en claro que celebración de estos contratos vulnera el derecho colectivo relacionado con el espacio público y conduce a la declaratoria de nulidad de ese negocio jurídico por objeto ilícito en el trámite de las acciones populares si se vulnera un derecho colectivo.

Síntesis del caso: *Se instauró acción eventual de revisión respecto de una sentencia proferida dentro de la acción popular promovida por algunos ciudadanos contra el municipio de Támesis (Antioquia) como quiera que la administración municipal celebró contrato de arrendamiento con un particular respecto del Parque Caldas, dando lugar a que el arrendatario realizara encerramiento del mismo y colocara mesas y sillas ocupando para ello las áreas del parque, por lo que el uso de ese espacio sólo podía realizarse según éste dispusiera. La Sala Plena unificó jurisprudencia sobre la improcedencia de estos contratos y la necesidad de que se declarara la nulidad del mismo en el trámite de la acción popular si se evidencia la afectación de derechos colectivos.*

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO NO PUEDE SER UTILIZADO PARA ENTREGAR BIENES DE SU PÚBLICO A PARTICULARES PARA SU APROVECHAMIENTO – Unificación de Jurisprudencia

Problema jurídico 1: *¿Es posible que un bien de uso público sea aprovechado por un particular a través de la figura del arrendamiento?*

Tesis 1: “[L]a Sala unifica su criterio, en el sentido de afirmar que el contrato de arrendamiento no puede ser utilizado para entregar bienes de uso público para su aprovechamiento, quedando abierta la posibilidad a que se utilicen otras fórmulas contractuales o unilaterales, como el contrato de concesión, o la expedición de licencias o permisos para ese efecto. No debe olvidarse aquí que, con independencia del instrumento jurídico que se utilice para la gestión del bien (acto administrativo unilateral, acto administrativo concertado o contrato a excepción del contrato de arrendamiento), por expresa disposición constitucional, siempre que el objeto del negocio jurídico tenga la calidad de bien de uso público sus reglas de uso, disfrute y disposición deberán consultar forzosamente el régimen que se desprende del artículo 63 de la Carta y del principio de prevalencia del interés general (artículos 1 y 58 Superiores). Por ende deberá asumirse que además de bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles, se trata de bienes afectados a una destinación de interés general, que constituye su finalidad esencial y que no es otra que servir para el uso y disfrute de la colectividad. (...) [L]os bienes de uso público tienen un doble ángulo: Por un lado confieren a la colectividad el derecho de usarlos y disfrutarlos, pero con limitaciones; es decir, como cualquier otro derecho, la facultad de aprovecharse de estos bienes no es del todo absoluta, y por ende la Administración tiene la potestad de restringirlo proporcionalmente por razones de utilidad pública o interés social, tal y como ocurre por ejemplo cuando se implementan horarios de acceso a determinados bienes motivados en la seguridad ciudadana o de intereses de mayor envergadura. (...) [L]os derechos que se confieren a los particulares concesionarios o beneficiarios de una licencia para el uso y explotación de bienes de uso público son de aquellos que tanto la jurisprudencia como la doctrina ha denominado “precarios” o “relativos”, es decir, respecto de ellos no se puede predicar la existencia de una situación jurídica concreta o

reclamar la existencia de un derecho adquirido, pues se trata de derechos provisionales o transitorios, en la medida que pueden modificarse o extinguirse cuando cambia la regulación en que se fundamentan o cuando se presentan circunstancias de hecho que hacen que, fundándose en el interés general, sean revocados o modificados”.

Problema jurídico 2: *¿Está viciado de nulidad un contrato de arrendamiento celebrado sobre un bien de uso público?*

Tesis 2: “... [L]a celebración de un contrato de arrendamiento sobre un bien de uso público con un particular no sólo vulnera el derecho colectivo relacionado con el goce del espacio público (...) sino que además conduciría a la declaratoria de nulidad de ese negocio por objeto ilícito (...) Vistas así las cosas, es menester también pronunciarse en torno a la viabilidad de declarar la nulidad de contratos estatales, siempre que se encuentre vulnerado un derecho colectivo, en escenarios propuestos bajo la arista de una acción popular y al amparo de la remisión que se hace al Código Contencioso Administrativo, en cuanto fuere esta Jurisdicción la competente para conocer de la controversia”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de agosto de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 05001-33-31-003-2009-00157-01 \(AP\)SU.](#)

* Salvaron voto los consejeros Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Guillermo Sánchez Luque, Carlos Enrique Moreno Rubio y William Hernández Gómez.

Salvamento de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

TESIS SEGÚN LA CUAL BIENES DE USO PÚBLICO NO PUEDEN SER ENTREGADOS EN ARRENDAMIENTO – Carece de fundamento legal

Tesis: “[A] pesar de que la sentencia decidió anular el contrato de arrendamiento, suscrito entre la alcaldía de Támesis y un particular, de un kiosco ubicado en el Parque Caldas, claramente bien de uso público de esa municipalidad la misma carece de fundamento legal que impida el arrendamiento de este tipo de bienes. Por el contrario, como lo expuse en su oportunidad la lectura del Decreto 1504 de 1998, en sus artículos 18 y 19, permite establecer que los parques municipales, como el caso que decidió la Sala, pueden ser pasibles de ser entregado su uso, mediante contrato.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de agosto de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 05001-33-31-003-2009-00157-01 \(AP\)SU SV consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.](#)

Salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

JUEZ DE ACCIÓN POPULAR – Carece de competencia para anular actos administrativos o contratos

Tesis: “La Ley 1437 de 2011, luego de un largo debate jurisprudencial, definió que el juez de la acción popular no tiene competencia para anular actos administrativos ni contratos estatales. Este precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional. Recientemente, la Sala Plena de esta Corporación unificó la jurisprudencia y definió que, antes de la entrada en vigencia del CPACA, tampoco el juez de la acción popular estaba facultado para anular actos

administrativos ni contratos. Por ello, esta decisión no solo contradice el criterio definido sobre estas materias por el legislador, avalado por el juez constitucional, sino que además se aparta de la postura fijada hace apenas unos meses”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de agosto de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 05001-33-31-003-2009-00157-01 \(AP\), SU SV consejero Guillermo Sánchez Luque.](#)

Salvamento de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES DE USO PÚBLICO - Procedente cuando su uso es compatible con la condición del espacio público

Tesis: “El fallo (...) se decanta por una postura tajante e irreductible frente a la posibilidad de entregar esta clase de bienes en arrendamiento, cuando es el propio ordenamiento jurídico el que autoriza este tipo contractual, siempre que su uso sea compatible con la condición del espacio público, claro está. De hecho, el Código Civil Colombiano, en su artículo 1981 prevé el arrendamiento de bienes de uso público, y advierte que su regulación se regirá por las normas de dicha codificación. (...) Esta disposición, que aún se encuentra vigente, esclarece la posibilidad de que el contrato de arrendamiento recaiga sobre bienes públicos o de “la unión”, como los cataloga el ordenamiento civil, que, según su definición en el artículo 674, corresponde a los bienes de uso público o bienes públicos del territorio.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de agosto de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 05001-33-31-003-2009-00157-01 \(AP\), SU SV consejero Carlos Enrique Moreno Rubio.](#)

Salvamento parcial de voto del consejero William Hernández Gómez

ANULACIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Improcedencia

Tesis: “Disiento de la posición unificada adoptada en la providencia sobre la imposibilidad de suscribir contrato de arrendamiento sobre bienes de uso público. Me uno a los argumentos esbozados frente al tema en los salvamentos de voto de los señores consejeros Carlos Enrique Moreno Rubio y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. b) No debió anularse el contrato de arrendamiento, en tanto que su suscripción no fue el objeto de la acción popular y tampoco la causante de la vulneración de los derechos colectivos invocados. Bastaba adoptar medidas para que perdieran vigencia o se inapliquen las cláusulas restrictivas del uso público del bien objeto del contrato y que el arrendatario cesara en las conductas constitutivas de cerramiento del espacio público del parque principal del municipio de Támesis.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de enero de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2018-00031-00 SU, SP consejero William Hernández Gómez.](#)

2. La Sala Plena unificó jurisprudencia en relación la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Síntesis del caso: *El actor demandó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, al considerar que ésta incurrió en errores al momento de liquidar el valor de la mesada de su asignación de retiro como soldado profesional, al incluir de forma inadecuada el porcentaje de la prima de antigüedad antes de calcular el 70% de aquella, afectando equivocadamente su valor. Así mismo, la liquidación de la asignación de retiro incrementada en un 40% del salario mínimo legal vigente, teniendo en cuenta que éste debía corresponder al 60%, y no incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, cuando a todos los demás miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional sí se les tiene en cuenta como factor en la liquidación.*

ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS - Liquidación / ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS - Partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación

Problema jurídico 1: *¿Cuáles son las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales?*

Tesis 1: “[L]as partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el parágrafo ordena: «En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales». [...] [L]os grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. [...] [T]anto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. [...] En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes: i.- Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad; ii.- Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.”

SUBSIDIO FAMILIAR - Partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales

Problema jurídico 2: *¿El subsidio familiar es partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales?*

Tesis 2: “Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida. [...] Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.”

ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS QUE SE INCORPORARON COMO PROFESIONALES - Asignación básica para la liquidación

Problema jurídico 3: *¿Cuál es la asignación básica a tener en cuenta para calcular la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales?*

Tesis 3: “[L]a asignación salarial mensual de los soldados voluntarios incorporados como profesionales fue objeto de estudio por esta Corporación en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016. Allí se definió la controversia suscitada frente a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, en el sentido de precisar que, de conformidad con el inciso 2. del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. [...] [L]a asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.”

Nota de relatoría: Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, de 25 de agosto de 2016, Exp. 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16.

CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - Legitimación para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro con el 60 por ciento de la asignación básica mensual

Problema jurídico 4: *¿La CREMIL está facultada para realizar la reliquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales?*

Tesis 4. “[La] CREMIL tiene la función de reconocer, liquidar y pagar las asignaciones de retiro, en consecuencia, será la entidad obligada a efectuar una reliquidación de dicha prestación. Conviene aclarar además que el hecho de que la citada entidad realice el aludido reconocimiento con base en lo consignado en la hoja de servicios elaborada por el Ministerio de Defensa, entidad nominadora, no implica la imposibilidad de llevar acabo el reajuste de la prestación de retiro en virtud de una orden impartida

por una sentencia judicial. Cosa distinta es que haya lugar a realizar descuentos por concepto de los aportes que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, así como el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador. [...] [L]a Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.”

LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES - Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004

Problema jurídico 5: *¿Como se calcula la liquidación de la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales?*

Tesis 5: [A]l revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir, $(\text{Salario mensual} \times 70\%) + \text{prima de antigüedad} = \text{Asignación de Retiro}$. [...] En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho. [...] Resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro [...] [E]s menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%.

PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE SOLDADOS PROFESIONALES - Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015

Problema jurídico 6: *¿Son aplicables a la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015?*

Tesis 6: [S]i bien el porcentaje de liquidación de la asignación de retiro es diferente para los oficiales y suboficiales y para los soldados profesionales, también lo es que estos no se encuentran en la misma situación de hecho, por lo que no puede exigirse que las prestaciones de los dos grupos de militares se regulen en las mismas condiciones, porcentajes o montos. Ello toda vez que: i) pertenecen a diferentes categorías dentro de la jerarquía militar, distinción que por demás es constitucionalmente válida y ii) los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes. [...] No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de abril de 2019, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01\(1701-16\) CE-SUJ-SII-015-2019.](#)

3. Sección Segunda en sentencia de unificación estableció las reglas del ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Síntesis del caso: *Docente nacionalizada afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, con vinculación al servicio desde el año 1976, solicitó la reliquidación pensional para que se incluyera la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios.*

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - Lo determina la fecha de vinculación al servicio / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -Reglas

Problema jurídico: *¿Cómo se determina el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?*

Tesis: “De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así: a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 25 de abril de 2019, C.P. César Palomino Cortés, radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01\(0935-17\) SUJ-014-CE-S2-19.](#)

V. AUTO DE UNIFICACIÓN

4. La Sección Segunda del Consejo de Estado decidió «[...] Inaplicar el requisito de cuantía consagrado en el numeral 1 del artículo 257 del CPACA respecto del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia en materia laboral cuando su exigencia, en el caso concreto, se traduzca en el desconocimiento del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva [...]».

Síntesis del caso: *El señor Jaime Eduardo Flechas Mejía presentó recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia contra la sentencia de segunda instancia proferida el 22 de julio por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión. Por medio de auto del 27 de agosto de 2014, el Tribunal resolvió rechazar de plano el recurso, al considerar que este solo procede contra las sentencias de única y segunda instancia dictadas por los Tribunales Administrativos en procesos judiciales que se tramiten bajo el amparo de la Ley 1437 de 2011, mientras que el sub lite se rige por el Decreto 01 de 1984. Se interpuso recurso de reposición en contra de la decisión, el cual fue denegado y se expidieron las copias respectivas para dar trámite al recurso de queja.*

PROCEDENCIA RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA / SENTENCIA PROFERIDA EN VIGENCIA DE C.C.A

Problema jurídico 1: *¿Es procedente el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia que interpuso el señor Jaime Eduardo Flechas Mejía, si la sentencia impugnada fue proferida en aplicación y vigencia del Decreto 01 de 1984?*

Tesis 1: “[...] el recurso de que se trata es un mecanismo de unificación jurisprudencial de naturaleza correctiva toda vez que el momento en que corresponde emitir un pronunciamiento al Consejo de Estado es posterior al proferimiento de la sentencia ejecutoriada por el órgano judicial competente [...] El hecho de que el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia sea de tipo correctivo tiene importantes consecuencias prácticas. En efecto, la naturaleza extraordinaria del recurso hace que, como se dijo, este solo proceda respecto de sentencias que han puesto fin a un proceso en única o segunda instancia y ello, a su vez, significa que su trámite debe entenderse como una nueva actuación que, en tal virtud, ha de estar reglada por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Sobre esta base, es preciso entender que los recursos extraordinarios no conforman una unidad con el proceso judicial primigenio y, por consiguiente, los de revisión y unificación jurisprudencial contenidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sí son procedentes respecto de aquellos procesos judiciales que se iniciaron, tramitaron y terminaron bajo el imperio de leyes anteriores a la vigencia de aquel [...] En el caso concreto, la sentencia impugnada mediante el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia se dictó en segunda instancia el 22 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión, en aplicación del Código Contencioso Administrativo, lo que no es impedimento para que resulte viable el recurso en cuestión como quiera que este constituye un nuevo trámite que deviene procedente, al haberse iniciado en vigencia del CPACA con su instauración el 11 de agosto de 2014 [...]. Regla de unificación: El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial contenido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es procedente respecto de sentencias dictadas en procesos judiciales que se iniciaron, tramitaron y terminaron bajo el imperio de leyes anteriores a la vigencia de aquel, como lo es el Código Contencioso Administrativo. Ello en virtud de su naturaleza extraordinaria y de lo dispuesto en el artículo 308 del CPACA”.

REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN DE RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA / NATURALEZA DE LA DECISIÓN IMPUGNADA / CUANTÍA INAPLICACION EN MATERIA LABORAL / LEGITIMACIÓN / FORMA Y OPORTUNIDAD

Problema jurídico 2: *¿El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia que instauró el actor reúne los requisitos para su concesión?*

Tesis 2 : “[...] el requisito de la cuantía exigido en materia laboral para el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia contraviene los artículos 1, 2, 13 y 229 de la Constitución Política, lo que, por lo tanto, en el caso concreto, impone la inaplicación de esta exigencia por inconstitucional, proceder que tiene fundamento en el artículo 4 *ejusdem* [...] [E]l requisito legal que condiciona a una determinada cuantía el derecho que tienen las personas de acudir a la jurisdicción para que, a través del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, se les aplique el precedente judicial y sus casos sean fallados atendiendo a criterios uniformes e iguales, socava el derecho constitucional y fundamental de acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva, último que sumado a principios como la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima, cuyo amparo deviene del texto superior y de instrumentos normativos internacionales incorporados al orden interno, impone que, en la pugna con principios como la libertad de configuración normativa del legislador, la balanza se incline a favor del primero, siendo procedente remover los obstáculos que, por resultar excesivos, impiden su plena realización [...] [L]a libertad de configuración del legislador debe ceder para favorecer la satisfacción del derecho de acceso a la administración de justicia en cuanto a la concesión del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia que consagran los artículos 256 y siguientes del CPACA, sin sujeción a la cuantía. Si bien no resulta deseable la afectación del principio de la libre configuración normativa del legislador, en el caso objeto de estudio, la restricción de tal mandato se justifica en la mayor relevancia constitucional y convencional de proteger el derecho de acceso a la administración de justicia cuando a través de este se busca salvaguardar principios como lo son la seguridad jurídica, la confianza legítima y la igualdad. Tal derecho no podría verse mermado por las aspiraciones de racionalización y eficiencia en la prestación del servicio público de administración de justicia, pues aunque aquellas resulten legítimas y anheladas sobremanera en un sistema judicial como el colombiano, no son razón suficiente para sacrificar la realización de algunos de los fines esenciales del Estado social y democrático de derecho, tales como la creación de un orden justo, el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y el aseguramiento de la convivencia pacífica [...] Así las cosas, el condicionamiento de la titularidad del recurso en cuestión al cumplimiento de una exigencia de tipo patrimonial resulta excesiva y desproporcionada si se tiene en cuenta que la normativa constitucional y los instrumentos internacionales incorporados al orden interno imponen la remoción de los obstáculos meramente formales que impidan la realización material del derecho de acceso a la administración de justicia, lo que sin lugar a dudas se acentúa de cara a los beneficios mínimos e irrenunciables en materia laboral [...]. Reglas de unificación: 1. En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo son requisitos para la concesión del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (i) que la decisión impugnada haya sido proferida en única o segunda instancia por un Tribunal Administrativo; (ii) que el recurrente goce de legitimación en la causa y (iii) que se interponga oportunamente y por escrito. 2. Inaplicar el requisito de cuantía consagrado en el numeral 1 del artículo 257 del CPACA respecto del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia en materia laboral cuando su exigencia, en el caso concreto, se traduzca en el desconocimiento del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva.”

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto unificación de jurisprudencia (importancia jurídica) de 28 de marzo de 2019, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 15001-23-33-000-2003-00605 01 (0288 – 2015).

VI. ASUNTOS CONSTITUCIONALES

5. Tutela contra laudos arbitrales solo procede ante la vulneración directa de derechos fundamentales.

Síntesis del caso: *Se cuestiona un laudo arbitral por la presunta vulneración de derechos fundamentales. Según el accionante, esta decisión incurrió en los defectos sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente. Ahora, en principio, la regla que rige para la tutela contra las decisiones proferidas por los tribunales de arbitramento es la de la improcedencia. Más, en aquellos eventos donde lo que se cuestiona son aspectos de fondo, y no meramente procesales, la acción de tutela se erige como el mecanismo idóneo y eficaz de protección.*

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES – Por vulneración directa de derechos fundamentales / RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Medio idóneo / FLEXIBILIZACIÓN DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / INEFICACIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Cuando se discuten aspectos ajenos a los procedimentales

Problema jurídico 1: *[¿Procede la acción de tutela contra las decisiones proferidas por los tribunales de arbitramento, en aquellos eventos, cuya argumentación se dirige a demostrar la posible vulneración de derechos fundamentales?]*

Tesis 1: “Al respecto, la Sala recuerda que la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales exige que en la decisión que se ataca se haya configurado una vulneración directa de derechos fundamentales, pues el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros impide que el juez de tutela se pronuncie sobre los intereses jurídicos, no fundamentales, que se encontraban en discusión en el proceso arbitral. (...) Por consiguiente, cuando al laudo arbitral se le señalen defectos relativos a la argumentación de fondo adoptada como sustento de la decisión, completamente ajenos a cuestiones procedimentales, el requisito de subsidiariedad puede ser relativizado, de manera que la interposición de la acción constitucional antes o de manera simultánea con la presentación del recurso no haría improcedente, per se, la solicitud de amparo constitucional. (...) [D]e manera que si, por ejemplo, se invoca la protección a derechos fundamentales por la configuración de un defecto sustantivo o fáctico a partir del núcleo de su sustento argumentativo del laudo arbitral, la acción de tutela vendría a ser el único mecanismo verdaderamente eficaz para conjurar [la vulneración de los derechos fundamentales]. (...) En todo caso, (...) la tesis enunciada no podría ser utilizada, sin más, como excusa para omitir el agotamiento de los recursos pues, se reitera, solo en aquellos casos en que el recurso de anulación sea ineficaz porque se discuten asuntos completamente ajenos a los que se admiten como fundamento sus causales de procedibilidad, la acción de tutela puede ser la vía directa de defensa de derechos fundamentales. (...) Así entonces, el hecho de que en este momento ya exista una decisión definitiva sobre el recurso de anulación formulado contra el laudo de 6 de diciembre de 2017 no hace procedente la presente acción de tutela frente a todos los cargos formulados, pues, en todo caso, lo cierto es que el mecanismo idóneo para exponer los reproches sobre aspectos procedimentales del laudo es el recurso de anulación, de manera que al juez de tutela no le corresponde

emitir pronunciamiento alguno sobre lo que ya fue decidido por el juez natural del asunto, en sentencia definitiva que no ha sido objeto de cuestionamiento”.

AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO – Valoración probatoria no es arbitraria, desproporcionada u omisiva

Problema jurídico 2: “[I]ncurrió en defecto fáctico [el laudo de 6 de diciembre de 2017 al concluir] que, la ANH no demostró que PETROMINERALES al ejercer su derecho a delimitar las áreas de explotación dentro del área contratada, hubiere desplegado una actuación abusiva, maliciosa o malintencionada constitutiva de mala fe”.

Tesis 2: “[L]a Sala advierte que no es cierto que la valoración realizada por el Tribunal Arbitral sobre el informe rendido por ADALID CORP y las cadenas de correos electrónicos corporativos sea arbitraria, desproporcionada u omisiva. Por el contrario, las razones que se exponen en el escrito de tutela como sustento del defecto fáctico, que se reiteran en el recurso de impugnación, ponen de presente que el reproche en realidad consiste en la inconformidad de la parte actora con la conclusión a la cual arribó el Tribunal Arbitral, en tanto resulta desfavorable a sus intereses. (...) En consideración a lo anterior, la Sala recuerda que no corresponde al juez de tutela entrar a efectuar una nueva valoración del material probatorio aportado en el proceso arbitral, pues ello sería invadir su esfera de competencia y utilizar la acción de tutela como una instancia adicional del proceso, resultado a todas luces contrario al talante y a la configuración constitucional y legal de este especial mecanismo de amparo de los derechos fundamentales”.

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE – No configuración / SENTENCIAS ALEGADAS COMO DESCONOCIDAS NO CONSTITUYEN PRECEDENTE

Problema jurídico 3: *¿Incorre en desconocimiento del precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre las consecuencias procesales de la mala fe y el abuso del derecho en la ejecución de un contrato, el laudo arbitral que determinó que no existió una estrategia defraudatoria o elusiva de las obligaciones de una de las partes de un contrato estatal?*

Tesis 3: “[Este] argumento tampoco está llamado a prosperar si se tiene en cuenta que el hecho de que las decisiones que se invocan hayan sido adoptadas por el órgano de cierre de la jurisdicción civil evidencia que no existe identidad entre los hechos jurídicamente relevantes de los casos que se resolvieron en las providencias que se invocan desconocidas y el resuelto mediante el laudo de 6 de diciembre de 2017, toda vez que, dentro del ámbito de competencia de la Corte Suprema de Justicia, no se encuentran las decisiones sobre la correcta interpretación y aplicación de las cláusulas de los contrato estatales, siendo ese el problema jurídico abordado en el laudo atacado con la presente acción de tutela. Dicha circunstancia tiene la entidad suficiente para desestimar el cargo por desconocimiento del precedente alegado”.

AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO - Reglas para la interpretación de contrato estatal / ÁMBITO DEL JUEZ DE TUTELA

Problema jurídico 4: *¿Incorre en defecto sustantivo el laudo arbitral que fijó la interpretación de un contrato estatal de exploración y explotación de hidrocarburos y determinó que las definiciones contractuales de “¿Área Contratada”, “Área de Explotación” y “Campo Comercial” resultaban conceptos diferenciados?*

Tesis 4: “[E]n aplicación de las reglas de interpretación de los contratos previstas en los artículos 1618, 1621 y 1622 del Código Civil, el Tribunal de Arbitramento adoptó una tesis sobre la hermenéutica de la cláusula 16.2 del Contrato CORCEL que es contraria a los intereses de la parte actora, circunstancia que no resulta suficiente para calificar de arbitraria o desproporcionada la decisión allí adoptada. En ese orden, los

argumentos que sustentan el cargo sobre la supuesta interpretación manifiestamente irrazonable e ineficaz adoptada en el laudo acusado ponen de presente la inconformidad de la parte actora con la postura adoptada por el Tribunal Arbitral, ya que, en lugar de plantear un debate en torno a la vulneración de derechos de índole fundamental, en realidad exponen asuntos propios del problema jurídico que correspondió resolver al Tribunal accionado, como si pretendiera un pronunciamiento en sede de segunda instancia del proceso arbitral. (...) Así las cosas, la Sala encuentra que los argumentos que sustentan el cargo por defecto sustantivo no aluden a que la providencia se fundó en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, o que desconoció una sentencia con efecto erga omnes que definió el alcance de la norma aplicable, y, por el contrario, se encaminan a obtener un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la cláusula 16.2 del contrato CORCEL, aspecto este que escapa del ámbito de esta acción de tutela. En consecuencia, no prospera el cargo por el defecto sustantivo planteado”.

Nota de Relatoría: Con relación al estudio de procedencia de las acciones de tutela contra laudos arbitrales. Ver las SU 174 de 2007 y T-466 de 2011, proferidas por la Corte Constitucional.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 11 de abril de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación 11001-03-15-000-2018-01610-01\(AC\).](#)

6. No es admisible alegar interrupción de la caducidad por el trámite surtido ante el Tribunal de arbitramento, cuando no se pactó cláusula compromisoria.

Síntesis del caso: *Una entidad pública suscribió un contrato estatal en calidad de contratante, dentro del cual se dio un supuesto incumplimiento por parte del contratista, controversia que fue expuesta ante un tribunal de arbitramento el cual no se pudo conformar por falta de pago de las expensas por la parte convocada. En consecuencia, la entidad pública acudió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en uso del medio de control de controversias contractuales para que se declarara el incumplimiento del contrato; en primera instancia, se declaró la caducidad al advertir que no existía cláusula compromisoria que implicara que el asunto fuera de competencia del tribunal arbitral y que el trámite que se surtió ante este suspendiera el conteo del término de caducidad, por lo que efectuó el conteo de caducidad desde el momento en que se venció el plazo para liquidar el contrato; providencia que fue confirmada en segunda instancia.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO - Se surtió el procedimiento establecido / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Configurada / DEFECTO FÁCTICO - No se sustentó / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico: *¿La Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al proferir el auto de 1 de octubre de 2018 dentro del proceso de controversias contractuales identificado con número único de radicación 25000 23 36 000 2017 01544 01, incurrió, i) en defecto procedimental absoluto y ii) en defecto fáctico, lo que trajo como consecuencia que se rechazara la demanda por operar el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control?*

Tesis: “[P]ara la Sala, la autoridad judicial accionada no incurrió en defecto procedimental absoluto, toda vez no se configuró una actuación procesal arbitraria con desconocimiento de las normas jurídicas procesales aplicables al caso concreto, en

donde como quedó plenamente acreditado, la autoridad judicial accionada no se apartó del procedimiento establecido en la ley, al sostener de manera correcta y razonable que se había configurado el fenómeno de la caducidad. (...) [P]ara la configuración del defecto fáctico dentro del marco de la acción de tutela contra providencias judiciales, el actor debe cumplir con una carga argumentativa mínima identificando i) cuales medios probatorios fueron omitidos en su valoración por parte del juez colegiado; ii) que además dichos medios probatorios eran relevantes para cambiar el sentido de la decisión; y iii) demostrar que la omisión en la valoración de las pruebas fue una actuación grosera, arbitraria e irrazonable que trajo como consecuencia la afectación de derechos fundamentales, lo cual, se repite no aconteció en el presente caso”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 3 de mayo de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-15-000-2019-00930-00 \(AC\).](#)

7. A pesar de la extinción del derecho a la pensión de sobrevivientes este puede subsistir excepcionalmente para proteger a una persona en situación de debilidad manifiesta.

Síntesis del caso: *Una persona de la tercera edad (95 años) beneficiaria de una pensión de sobrevivientes, le fue revocada la prestación por la reclamación de una hija del causante que la desplazó en el derecho al goce de la misma. En primera instancia, el juzgado administrativo reconoció el derecho a seguir percibiendo la prestación a partir de que este se extinguiera para la hija a quien solo le faltaban dos meses para cumplir los 25 años; en segunda instancia, se revocó para denegar las súplicas.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN / PERSONA DE LA TERCERA EDAD COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD - Por omisión del deber de coadyuvar a personas en situación de debilidad manifiesta en hacer efectivos sus derechos / NATURALEZA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - Proteger a las personas que con la muerte del causante quedan en condiciones de desprotección

Problema jurídico: *¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, aplicó los mandatos constitucionales de solidaridad, protección a la familia y a las personas de la tercera edad, ¿para adoptar la sentencia que ahora se controvierte?*

Tesis: “[L]a extinción del derecho a la pensión de sobrevivientes de la [actora] no se ajusta a la naturaleza misma de la prestación, pues se utilizaron los recursos pensionales sin tener en cuenta que la progenitora del causante quedó totalmente desprotegida, mientras a la joven [A.M.A.R.] se le reconoció la pensión únicamente por dos meses, tiempo que le faltaba para cumplir los 25 años, edad que como se ha dicho, permite presumir la capacidad de autosostenimiento. Bajo este escenario, la posición del Tribunal no se compadece de la situación de la accionante, quien a sus 95 años de edad no está en la capacidad de obtener un trabajo para garantizar sus gastos, ni de la protección de aquella, como persona de la tercera edad, dentro del ámbito familiar, cuya condición requería la salvaguarda de sus derechos, pues su único ingreso, según fue demostrado, era el de la pensión de sobrevivientes, ya que su hijo era el que propendía por sufragar sus gastos”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de septiembre de 2018, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-15-000-2018-02793-00 \(AC\).](#)

8. En tutela no se satisface el requisito de subsidiariedad cuando no se interpusieron oportunamente los recursos ordinarios.

Síntesis del caso: *El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primera instancia que se dictó en audiencia inicial; luego, se fijó fecha para realizar la audiencia de conciliación previa a la concesión del recurso, sin que a esta asistiera el apoderado de la parte demandada, razón por la que se declaró desierto el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.*

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Incumplimiento del requisito de subsidiariedad - Existencia de otro medio de defensa judicial / RECURSO DE APELACIÓN - Mecanismo judicial idóneo y eficaz para controvertir sentencia de primera instancia / RECURSO DE APELACIÓN - Declarado desierto por la inasistencia a la audiencia de conciliación del apelante / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE TUTELA – Exige una carga argumentativa mínima

Problema jurídico: *¿Se debe confirmar la sentencia que negó el amparo de derechos fundamentales al actor por la presunta indebida aplicación del artículo 70 de la Ley 1395 de 2010 en el trámite del proceso ordinario de reparación directa?*

Tesis: “[S]i bien se pudo presentar una omisión por el juez del proceso ordinario, esta irregularidad procesal debió alegarse al interior del trámite ordinario, en el que el interesado contaba con los mecanismos de defensa pertinentes para que se corrigiera la irregularidad, pero como el apoderado no asistió a la audiencia en la que correspondía solicitar que se subsanara la inactividad frente a su recurso, no puede pretender a través de la tutela que se ordene al juez pronunciarse sobre dicho recurso. Lo anterior aunado al hecho de que el proceso ordinario culminó con una sentencia condenatoria en contra de la entidad territorial y que por lo tanto exigía a quien la representaba, una mayor diligencia en el trámite subsiguiente, pues no es suficiente que presente recurso de apelación, sino que debe estar atento a las decisiones que se tomen frente al mismo. En consecuencia, la omisión del apoderado dentro del proceso, conlleva a no superar el presupuesto de la subsidiariedad. (...) el accionante alegó un error procesal derivado en la omisión del juez quien no se pronunció sobre el recurso de apelación que el municipio presentó contra la sentencia. Sobre este tipo de irregularidades es preciso superar el requisito general del recurso de reposición con el fin de que se adicione, reforme, revoque o se aclare, la decisión que el funcionario judicial emitió en la diligencia de audiencia. (...) el municipio en el escrito de tutela, como sustento de la protección a su derecho fundamental al debido proceso, realizó un recuento del trámite que se le dio a la demanda ordinaria que en su contra presentaron los propietarios de un predio expropiado para la ejecución de obras necesarias para el tratamiento de aguas residuales, e hizo referencia a los fundamentos fácticos de la misma, a su contestación, así como al contenido de la sentencia. Agregó que el juez de conocimiento no efectuó pronunciamiento alguno frente a sus argumentos y a las pruebas que oportunamente presentó y que tampoco se refirió al recurso que interpuso contra la sentencia, a tal punto que en la audiencia de conciliación aceptó el desistimiento que del recurso hizo la parte demandante y declaró ejecutoriada la sentencia. Afirmó el impugnante que la apreciación injustificada de normas sustanciales y procesales, configuró una vía de hecho, pero sin explicar las razones ni describir las

normas desconocidas o indebidamente aplicadas. Tampoco se expresa claramente el o los defectos en que pudo incurrir el juez y que faculta la intervención del juez de tutela.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de marzo de 2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 25000-23-36-000-2019-00003-01\(AC\).](#)

9. Se desconoce el precedente jurisprudencial al no aplicar el principio de iura novit curia dentro del medio de control de reparación directa.

Síntesis del caso: *Un conscripto resultó herido por arma de dotación oficial accionada por un compañero; las víctimas demandaron en pretensión de reparación directa el resarcimiento de los daños; en primera instancia, se declaró la responsabilidad del Estado porque al momento de la incorporación se omitió la práctica de los exámenes médicos y el correcto diligenciamiento de los formularios de ingreso al servicio que advirtieran sobre la imposibilidad del reclutamiento por situación médica preexistente; en segunda instancia se revocó la decisión con sustento en la culpa exclusiva de la víctima por la inobservancia de los protocolos de seguridad y el desconocimiento del principio de congruencia, pues no se analizó el caso bajo la óptica de las lesiones sufridas sino de la indebida incorporación del conscripto.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO – No se valoró todo el acervo probatorio / DIMENSIONES DEL DEFECTO FÁCTICO – Dimensión negativa / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

Problema jurídico: *¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección A, al proferir la sentencia del 14 de junio de 2018, ¿incurrió en las causales específicas de procedencia de la acción de tutela denominadas defecto fáctico en su dimensión negativa y desconocimiento del precedente?*

Tesis: “[L]a Subsección C, de la Sección Tercera concuerda con la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado y considera que en el sub examine se dejaron de valorar aspectos relevantes para resolver el fondo del asunto, situación que conlleva el desconocimiento de los derechos de acceso material a la administración de justicia y al debido proceso, invocados en la demanda de acción de tutela, cuyo amparo será confirmado, pues se encuentra acreditado el defecto fáctico en la dimensión negativa. (...) [De otro lado], [E]l Tribunal accionado efectúa un análisis restrictivo de la responsabilidad de la administración bajo el pretexto de la aplicación del “principio de congruencia”, según el cual “la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda”, ahogándose en un excesivo rigor procesal que desconoce el alcance que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han otorgado al principio “iura novit curia” para los eventos de responsabilidad extracontractual del Estado, por lo cual se configura el defecto de desconocimiento del precedente judicial denunciado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 11 de abril de 2019, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2019-00037-01 \(AC\).](#)

10. Juez constitucional precisó que el presupuesto principal de la actio in rem verso es la demostración del enriquecimiento sin causa.

Síntesis del caso: *La empresa accionante pretendía el amparo de su derecho fundamental de acceso a la justicia. Consideró, que el Tribunal Administrativo de Nariño le vulneró esta garantía al decidir que la reparación directa no era la acción procedente, sino la acción ejecutiva ante la justicia ordinaria. Sin embargo, a pesar de la falta de jurisdicción, el Tribunal accionado resolvió la controversia de fondo. Concluyó, gracias a una argumentación razonable, que no se logró demostrar el enriquecimiento sin causa de la entidad accionada, y, por tanto, no se cumple con los requisitos señalados por la jurisprudencia para que prospere la actio in rem verso.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Por enriquecimiento sin causa / FALTA DE JURISDICCIÓN – El objeto de la demanda es hacer efectivas facturas de compraventa / ACEPTACIÓN IMPLÍCITA DE COMPETENCIA / REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACTIO DE IN REM VERSO – No se acreditan AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / Valoración probatoria razonable / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA– No resultó probado

Problema jurídico: *¿[D]eterminar si confirma la sentencia de tutela de primera instancia, que denegó el amparo solicitado, o si, como lo alega la sociedad impugnante, debe revocarse porque la sentencia del 28 de febrero de 2018, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño?, i) desconoció el derecho de acceso a la administración de justicia, cuando concluyó que la acción que debió adelantar es la ejecutiva ante la jurisdicción ordinaria, e ii) incurrió en defecto fáctico por indebida valoración probatoria, al estimar que, en todo caso, tampoco se probaron los requisitos del enriquecimiento sin causa.]?*

Tesis: “En los términos de la impugnación, corresponde a la Sala determinar si confirma la sentencia de tutela de primera instancia, que denegó el amparo solicitado, o si, como lo alega la sociedad impugnante, debe revocarse porque la sentencia del 28 de febrero de 2018, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, i) desconoció el derecho de acceso a la administración de justicia, cuando concluyó que la acción que debió adelantar es la ejecutiva ante la jurisdicción ordinaria, e ii) incurrió en defecto fáctico por indebida valoración probatoria, al estimar que, en todo caso, tampoco se probaron los requisitos del enriquecimiento sin causa. En ese mismo orden serán resueltos por la Sala. (...) [C]uando el tribunal se ocupó de analizar el trámite de la acción de reparación directa, precisó que, a su juicio, el juzgado administrativo que conoció en primera instancia el asunto debió declarar la falta de jurisdicción, pues el objeto de la demanda no era otro que hacer efectivas las facturas de compraventa. Pero que, como así no se hizo, dicha omisión «conlleva que el juzgado aceptó implícitamente la competencia». De ahí que el Tribunal Administrativo de Nariño, en últimas, terminara analizando si se cumplían o no los requisitos establecidos por la jurisprudencia para la prosperidad de la *actio de in rem verso*. Siendo así, la Sala estima que, al margen de las consideraciones expuestas por el Tribunal Administrativo de Nariño sobre la acción procedente, lo cierto es que dictó una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas y, por lo tanto, garantizó el derecho de acceso a la administración de justicia de Surtieléctricos Cali Ltda. (...) En efecto, la valoración probatoria del tribunal es razonable, pues es cierto que si la parte actora pretendía el pago de una contraprestación, lo primero que debía demostrar era que el obligado obtuvo una ventaja o beneficio patrimonial. En este caso, debió acreditar que Invipasto resultó favorecido con el suministro de material eléctrico, sin mediar contraprestación

económica. Si bien aportó facturas y oficios en los que aparentemente remitía dicho material, esas pruebas, antes que certeza, generaron serios motivos de duda en el tribunal sobre el presunto suministro, en razón de las inconsistencias de tales documentos. De ahí que el tribunal tuviera por no probado el enriquecimiento de Invipasto. Esa decisión, se insiste, no responde a una valoración manifiestamente equivocada o arbitraria de las pruebas del proceso, sino más bien a la aplicación de las reglas de la sana crítica, que le permiten al juez establecer el valor de las pruebas, conforme con las normas de la lógica, la ciencia y la experiencia. De hecho, ese análisis también está acorde con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo (...), que ha establecido que «el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión». Luego, si esa es la pretensión de la actio de in rem verso, resulta lógico que el demandante tenga el deber de demostrar el enriquecimiento que busca sea restituido con pruebas contundentes del beneficio presuntamente entregado. El caso propuesto por Surtieléctricos Cali Ltda. no se adecúa a ninguna de las excepciones previstas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues, como lo explicó la autoridad judicial demandada, de haberse probado el suministro, se habría tratado de un negocio consensual, según lo propone la propia sociedad demandante, mas no de un constreñimiento o de una imposición por parte de la administración.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 19 de marzo de 2019, C.P. Julio Roberto Pizza Rodríguez, radicación 11001-03-15-000-2018-01633-01\(AC\).](#)

VII. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

11. Se infirmó sentencia que había reconocido pensión a ex congresista con fundamento en un régimen especial que no le resulta aplicable, para en su lugar confirmar el fallo que había negado la reliquidación pretendida.

Síntesis del caso: *El señor Flaminio Malaver Hernández demandó la nulidad y restablecimiento del derecho respecto a la resolución de reconocimiento pensional para la obtención de unos ajustes obteniendo sentencia favorable de segunda instancia, misma que fue revocada por la Sala Plena del Consejo de Estado tras considerar que el demandante no reunía los requisitos para acceder al régimen especial reclamado.*

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN ESPECIAL DE CONGRESISTA – Requisito temporal para su aplicación

Problema jurídico: *¿El régimen de transición de Congresistas es aplicable a quien se haya desempeñado como Congresista y se encuentre amparado por la transición prevista en el artículo 36 de la ley 100 de 1993?*

Tesis: “[E]l régimen especial de Congresistas se aplica a quienes, a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 4ª de 1992 (18 de mayo de 1992), ocuparan el cargo de Senador de la República o de Representante a la Cámara y se encontraran afiliados al Fondo Pensional del Congreso de la República – Fonprecon, realizando el respectivo

pago de las cotizaciones. Como se advierte, la única diferencia que se plantea entre los servidores públicos afiliados a un sistema pensional en el momento en que entró a regir la nueva ley, y los no lo estaban, se circunscribe a que los primeros se pensionarán de conformidad con los requisitos y en las condiciones del régimen al que estaban afiliados, y los otros, con base en el régimen general de la Ley 100 de 1993. Así pues, no son beneficiarios del régimen de transición de los Congresistas que, para el período comprendido entre el 18 de mayo de 1992 y el 1º de abril de 1994, no ostentaran tal condición”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de marzo de 2019, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-15-000-2012-01718-00\(REV\).](#)

* Aclararon voto los consejeros Jorge Octavio Ramírez Ramírez y William Hernández Gómez

Aclaración de voto del consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez

PRECEDENTE UTILIZADO – Inaplicable por haberse radicado demanda antes de la expedición de sentencia citada

Tesis: “[N]o era necesario examinar el caso a la luz de las pautas dispuestas en la sentencia C-258 de 2013, más cuando la demanda se interpuso antes de la expedición de este pronunciamiento. Una posición contraria podría desconocer el marco fijado en la demanda y afectar los derechos de las partes del proceso.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de marzo de 2019, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-15-000-2012-01718-00\(REV\). A.V Consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez.](#)

Aclaración de voto del consejero William Hernández Gómez

ACLARACIÓN DE VOTO – Inaplicación del precedente

Tesis: “[E]n mi criterio el fallo de revisión no tuvo en cuenta que cuando se formuló el recurso extraordinario y el señor Malaver Hernández asumió su defensa en este asunto, no se había proferido la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional. En efecto, la demanda de revisión es anterior al fallo de constitucionalidad, pues data de septiembre de 2012, sin embargo, la sentencia tomó como punto de partida que la entidad de previsión formuló el recurso extraordinario especial, en cumplimiento del mandato de la Corte en aquella providencia y por esa razón basó muchos de sus planteamientos en aquella decisión. En mi criterio y por la citada razón, estos planteamientos no debieron ser sustento principal de la decisión; en lugar de ello, esta debió respaldarse exclusivamente en los precedentes judiciales anteriores al 2013 y de ser el caso, solo como complemento, señalar que la tesis sostenida en estas decisiones también fue acogida en la sentencia proferida posteriormente por la Corte Constitucional.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de marzo de 2019, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-15-000-2012-01718-00\(REV\). A.V Consejero William Hernández Gómez.](#)

12. Sucesores pensionales del mismo orden tienen derecho a acrecimiento de mesada cuando se surte liberación por parte de beneficiarios primigenios.

Síntesis del caso: *La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- formuló recurso extraordinario de revisión contra la sentencia que ordenó un acrecimiento pensional en favor de cónyuge superviviente, cuando existía un hijo del causante a quien le asistía ese derecho, lo que en efecto reconoció la Sala Plena ordenando informar la sentencia recurrida de manera parcial para disponer lo necesario a efecto que la mesada beneficiaria fuese la del hijo del causante.*

ACRECIMIENTO PENSIONAL -Debe disponerse en favor de beneficiario del mismo orden

Problema jurídico: *¿Qué mesada pensional debe acrecer cuándo fenece el derecho de sucesión pensional de un hijo inicialmente reconocido como beneficiario ante la concurrencia de cónyuge, compañera permanente y otro hijo del causante?*

Tesis: “[L]a sentencia del a quo fue emitida antes de que la hija del causante cumpliera la edad de 25 años, el 3 de septiembre de 2016, pero una vez liberado el 25% de la pensión de sobrevivientes que le había sido reconocida de manera temporal, este derecho favorece al beneficiario del mismo orden (...) que, en su condición de hijo, acrecienta su prestación, hasta el 5 de marzo de 2018, día anterior al cumplimiento de los 25 años de edad, siempre y cuando el beneficiario acredite estudios conforme a las normas vigentes. (...) Por lo tanto, se confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, de 4 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda incoada por la actora señora Doralice Bedoya Molina, y accedió a las súplicas del escrito denominado demanda de reconvencción presentado por la tercera interviniente, señora Olga Martínez de Hernández, y se modificará en el sentido de ordenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) que acreciente en un 25%, a partir del 4 de septiembre de 2016 y hasta el 5 de marzo de 2018, la pensión de sobrevivientes del hijo del causante, Daniel Mauricio Hernández Navarro, conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 8 del Decreto 1889 de 1994, expedido por el Gobierno Nacional”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de abril de 2019, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2018-01408-00\(REV\).](#)

VIII. SECCIÓN PRIMERA

13. Es nulo el Acuerdo que determinó que son bienes de uso público de la Nación las redes de servicios públicos que se construyen en espacio público.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda con el fin de obtener la nulidad del párrafo tercero del artículo primero; los párrafos primero y segundo del artículo cuarto y el literal c) del artículo quinto del Acuerdo 007 del 2 de septiembre de 2009, expedido por el Concejo Municipal de Itagüí, porque, consideró el demandante, vulneran los artículos 13, 29, 58 y numeral 7 del artículo 313 de la Constitución Política; 40 del Código de Régimen Municipal; 26 y 28 de la Ley 142 de 1994; 122 a 131 del Decreto 564 de 2006; y el Decreto 1469 de 2009.*

REDES E INSTALACIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Naturaleza jurídica / NATURALEZA DE LAS REDES E INSTALACIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Obedece a la naturaleza del prestador propietario

Problema jurídico 1: *¿Son bienes de uso público de la Nación las redes de servicios públicos (transformadores, postes, líneas de conducción, entre otras), que se construyen en espacio público?*

Tesis 1: “[L]a naturaleza de las redes e instalaciones de las empresas de servicios públicos sí obedece a la naturaleza del prestador propietario de esas redes e instalaciones. Así, si es el Estado quien lo presta directamente entrará a hacer parte de su estructura y se reputará bien fiscal; pero si quien despliega la actividad consistente en la prestación del servicio público es un particular, esos bienes (redes o instalaciones), no pierden la naturaleza privada. No comparte la Sala el razonamiento que efectuó el Tribunal al calificar los mencionados bienes como de uso público, dado que existen previsiones de rango legal de las que se puede inferir que tampoco fue voluntad del Legislador incluirlos en ese ámbito. En efecto, el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil los describe en una categoría distinta de los bienes de uso público como bienes inembargables, [...] En tal sentido, si el Legislador hubiese pretendido que los bienes de las empresas de servicios públicos fuesen bienes de uso público, no hubiese hecho la expresa distinción de la forma en que quedó dispuesta en el Código de Procedimiento Civil y que luego fue reiterada en el Código General del Proceso. A lo dicho se agrega lo previsto en el artículo 27 de la Ley 142 de 1994 que, al tratar sobre las reglas de participación de las entidades públicas en el capital de las empresas de servicios públicos, distingue sus aportes de los de los privados, dejando ver que en manera alguna la prestación del servicio convierte el aporte privado en patrimonio de la Nación, así como tampoco, el bien de los particulares en la categoría de uso público [...] Ahora bien, el que la naturaleza del bien sea privado cuando quiera que quien preste el servicio público es un particular no hace que su actividad pueda interrumpirse caprichosamente, ni tampoco permite que disponga de las redes a su arbitrio, pues lo cierto es que todos ellos se encuentran sometidos al cumplimiento de un fin social en la forma explicada anteriormente, es decir, hace parte de la definición del Estado mismo como social de derecho, circunstancia que somete a los prestadores a la necesidad de garantizar que los usuarios obtengan siempre el servicio contratado, en cumplimiento de la función social que corresponde a la propiedad, de conformidad con el artículo 58 de la Carta Política, y en desarrollo de los deberes que imprime la Ley 142 de 1994. La Sala debe entonces declarar la nulidad del primer inciso del párrafo primero del artículo cuarto del Acuerdo No.007 del 7 de septiembre de 2009, emitido por el Concejo del Municipio de Itagüí”.

RESPONSABILIDAD DERIVADA POR LAS MODIFICACIONES DE LAS REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE CONCEJO MUNICIPAL – Configuración

Problema jurídico 2: *¿El Municipio de Itagüí excedió sus potestades al definir de manera general que a las ESP les corresponde asumir toda la responsabilidad derivada de las modificaciones de las redes de servicios públicos, según la conveniencia del ente territorial, e incluso sin contar con la autorización de la ESP?*

Tesis 2: “[D]e requerirse una modificación en la ubicación de las redes los llamados a asumir los costos que ello implique son las mismas empresas, pues tal y como lo pone de presente la recurrente en su escrito de apelación, ejecutar obras de reubicación de redes e instalaciones requiere la adopción de estudios técnicos y de suelos, entre otros; y evidentemente también son necesarios análisis de índole presupuestal que no pueden pasar inadvertidos para el ente territorial a la hora de exigir tales modificaciones. No obstante, supuestos como el que pretende reglamentar el Acuerdo que se censura no pueden ser regulados de manera general y menos suponiendo una exoneración de toda responsabilidad de parte del ente territorial, toda vez que en el evento en que se ocasionen daños antijurídicos imputables, ya sea a las decisiones (actos administrativos) o actuaciones (operaciones, hechos administrativos, etc.) del municipio mediante las cuales se ordene la modificación de las redes de las empresas de servicios públicos, sus trazos, entre otros, tendrá que ponderarse el caso concreto a efectos de determinar si hay lugar a indemnizar algún perjuicio o a reparar un daño. Entender de otra manera las facultades legales y constitucionales de los entes territoriales supondría aceptar un ejercicio omnímodo y arbitrario que no consulta los fines y la estructura sobre la cual se cimienta la prestación de los servicios públicos en el país, y desconocer que la responsabilidad del Estado deriva de lo establecido en el artículo 90 Constitucional, por lo que mal hace un acuerdo municipal tratando de exonerar de toda responsabilidad a un municipio, cuando con su conducta puede ocasionar un daño antijurídico que le sea imputable. Al límite anotado se agrega uno ya de naturaleza constitucional que tiene que ver con el ejercicio de la intervención del Estado en la economía y su ponderación con el ejercicio de la libertad económica privada en materia de servicios públicos, pues, como también quedó anotado, las dos potestades se orientan hacia la garantía del bien común, el cual no puede ser invocado so pretexto de desbordar el uso de las atribuciones otorgadas para la garantía en la prestación de los servicios públicos, pues en todo caso, tanto unos como otros deben ser entendidos como un instrumento para el alcance de los fines que se trazan constitucionalmente para lograr el bien común. Dicho esto, la Sala estima que el literal c) del artículo 5º del Acuerdo No. 007 del 7 de septiembre de 2009 dictado por el Concejo del Municipio de Itagüí, excede de manera abierta las facultades descritas en la Ley 142 de 1994, al exigir de las ESP una carta de compromiso que no prevé las limitaciones a que se ha aludido llevando a un ejercicio indiscriminado de sus funciones. Es por ello que también debe ser declarada nula tal disposición.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de marzo de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 05001-23-31-000-2010-01164-02.](#)

IX. SECCIÓN SEGUNDA

14. **Se confirmó la responsabilidad disciplinaria de exdirector de Inteligencia de la Policía Nacional por haber ordenado actividades de interceptación de comunicaciones privadas sin orden judicial previa.**

Síntesis del caso: *Con ocasión de las negociaciones de paz entre el Gobierno nacional y las AUC, el director de la DIPOL emitió la Orden de Servicio a través de la cual dispuso el fortalecimiento de la acción institucional en la zona de Santa Fe de Ralito. En esta labor se obtuvieron las grabaciones de varias llamadas telefónicas que se realizaron en la zona de Santa Fe de Ralito y en la cárcel de Itagüí, en las que figuraban como interlocutores miembros de las AUC, funcionarios del Gobierno y otras personalidades de la vida nacional. Parte de la información que era recolectada de esa forma fue filtrada desde la DIPOL y cayó en manos de periodistas de una revista quienes la publicaron. Por estos hechos la Procuraduría General de la Nación inició un procedimiento disciplinario que derivó en la imposición de una sanción en contra del citado funcionario por haber incurrido en las faltas gravísimas tipificadas en el Código Disciplinario Único y el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.*

CONTROL DEL ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO – Funciones de la Dirección de Inteligencia de la Policía Nacional / DERECHO A LA INTIMIDAD EN LAS COMUNICACIONES PRIVADAS – Alcances / RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR INAPLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Prevalencia de la Constitución frente a los actos administrativos

Problema jurídico 1: *¿Las actividades que se realizaban en la DIPOL en relación con el espectro electromagnético, y que derivaron en la obtención de las comunicaciones publicadas en la revista Semana en mayo de 2007 ¿estaban ajustadas al ordenamiento jurídico?*

Tesis 1: “[...] no estaban ajustadas al ordenamiento jurídico porque, a pesar de estar cubiertas por las disposiciones reglamentarias del Manual de Inteligencia para la Policía Nacional, su aplicación era inconstitucional, ya que a través de estas se interceptaban, escuchaban y registraban comunicaciones privadas sin contar previamente con una orden judicial, con lo que se desconoció lo consagrado en el artículo 15 de la Constitución. La conducta desplegada por el demandante en la época de ocurrencia de los hechos, mientras fue director de la DIPOL, se configuró en la infracción de su deber primigenio, el cual consistía en defender y cumplir la Constitución, de acuerdo con el juramento que realizó al momento de tomar posesión de su cargo”.

TIPICIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO – Particularidades / TIPICIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO – Falsa motivación

Problema jurídico 2: *¿La conducta del director de la DIPOL, se ajustó a la tipicidad de las faltas gravísimas establecidas en el Código Disciplinario Único por las que fue sancionado?*

Tesis 2: “[S]i bien, la entidad demandada logró acreditar que mientras el (demandante) fue director de la DIPOL, se presentaron en esa dependencia una gran cantidad de falencias respecto de la seguridad en las instalaciones y el manejo de la información que allí reposaba, de las cuales él tenía conocimiento, no (se) demostró que por su conducta activa u omisiva se hubiera permitido el acceso a personas no autorizadas a la información contenida en los equipos estatales de informática, de acuerdo con la falta gravísima por la que fue sancionado. [...] [P]or lo tanto, si no se logró demostrar la

existencia de un nexo de causalidad entre la conducta del disciplinado y el resultado que allí se exige, esto es, el acceso de personas no autorizadas a los equipos estatales de informática, la conducta sería atípica respecto de dicha falta [...] Los actos administrativos demandados fueron expedidos con falsa motivación y se declarará su nulidad parcial respecto del segundo cargo por el que fue sancionado.”

ILICITUD SUSTANCIAL – Concepto

Problema jurídico 3: *¿Con la comisión de la falta disciplinaria por la cual se le sancionó, descrita en el numeral 4 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, se afectó de manera sustancial el deber funcional que le asistía, sin justificación alguna?*

Tesis 3: “[P]ara que se configure una infracción disciplinaria no se exige un resultado lesivo o dañino a la función pública, sino que se conforma con la existencia del quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales encargados al servidor público que afecten la consecución de los fines del Estado [...] La concreción de la ilicitud sustancial de una conducta o de una falta se expresa con la realización de dos juicios. Uno deontológico, referido a la constatación del cumplimiento de los deberes precisos (contenidos en reglas) que le impone el ordenamiento jurídico a un servidor público en razón de su cargo, y otro axiológico, relacionado con la verificación de la observancia de los principios de la función pública y/o administrativa [...] La conducta del (demandante) fue sustancialmente ilícita respecto de la falta gravísima contenida en el numeral 4 del artículo 48 del CDU, que se le imputó en el tercer cargo disciplinario por el que fue sancionado.”

DERECHO A LA IGUALDAD – En la expedición de actos administrativos

Problema jurídico 4: *¿La Procuraduría vulneró el derecho a la igualdad del (demandante) al haber decidido, en actuación disciplinaria posterior, archivar la investigación en contra de otros oficiales de la Policía Nacional, por los mismos hechos por los que fue sancionado el demandante?*

Tesis 4: “No se vulneró el derecho a la igualdad (...) porque en el momento que fueron expedidos los actos administrativos sancionatorios que se demandaron (...) no existía, en relación con estos, un parámetro de comparación con un acto administrativo precedente, o simultáneo, de la misma naturaleza (...) donde se hubiera tomado una decisión diferente, bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho analizados [...] El principio de la igualdad en la expedición de actos administrativos, por su naturaleza relacional, requiere de la comparación de al menos dos sujetos que no necesariamente se deben encontrar en relación de precedencia (situación presente frente a situación pasada), también es posible que la autoridad administrativa se vea vinculada por este principio cuando se enfrenta a dos situaciones simultáneas (situación presente frente a situación presente). En este sentido, en los eventos en que una autoridad expida un acto administrativo en el que desconozca sus decisiones precedentes sin ninguna justificación, o le dé un trato diferente a dos sujetos que se encuentran en relación de simultaneidad en situaciones de hecho y de derecho muy similares, se estaría violando, entre otros, el artículo 13 de la Constitución y, por lo tanto, se estaría incurrido en un vicio del acto por infracción de las normas en que debería fundarse”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 11 de abril de 2019, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2011-00214-00 \(0741-2011\).](#)

15. El desempeño de funciones de dos cargos en forma simultánea otorga el derecho al reconocimiento y pago de la diferencia salarial y demás emolumentos, sin que de ello se derive el pago de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías definitivas.

Síntesis del caso: *Un servidor público del municipio de Cartagena del Chairá se desempeñó por vinculación legal y reglamentaria en el cargo de Administrador de la Galería Municipal, y posteriormente, en forma simultánea, por petición verbal del Alcalde Municipal, desempeñó las funciones de Bibliotecario, lo que ocasionó la solicitud de reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales correspondientes a los dos cargos ocupados al retiro del servicio, así como, de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías definitivas. Petición que fue negada por la administración.*

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DIFERENCIAS SALARIALES POR EL DESEMPEÑO SIMULTÁNEO DE DOS EMPLEOS PÚBLICOS POR DISPOSICIÓN VERBAL DE LA ENTIDAD EMPLEADORA – Procedencia / PROHIBICIÓN DE RECIBIR DOBLE ASIGNACIÓN A CARGO DEL TESORO PÚBLICO – Alcance

Problema jurídico: *¿Pese a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política, un servidor público tiene derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos dejados de percibir con ocasión al tiempo que se desempeñó de manera simultánea como Bibliotecario Municipal de Cartagena del Chairá y Administrador de la Galería Municipal y de ser procedente surge la obligación para la administración a pagar la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantías definitivas?*

Tesis: “El demandante se desempeñó por disposición del Alcalde de Cartagena del Chairá, como Administrador de la Galería Municipal y Bibliotecario de manera simultánea, motivo por el que sería procedente el reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir, por haberse desempeñado en el último de los mencionados, máxime cuando entre éstos no existen funciones complementarias o afines, de hecho, se encuentran adscritos, respectivamente, a la Secretaría de Gobierno y al Instituto Departamental de Bibliotecas Públicas del Caquetá. Sin embargo, la Constitución Política en su artículo 128 estipuló “[n]adie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado (...)”, a menos que se encuentren dentro de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, pero la situación del [demandante] no es el caso, motivo por el que es imposible ordenar el pago de los emolumentos solicitados para los cargos de Administrador de la Galería y Bibliotecario Municipal, pero a cambio encuentra la Sala viable el reconocimiento y pago de la diferencia salarial existente entre éstos, tal y como lo ordenó el *a- quo*. (...) Afirma el demandante que, si bien la Administración de Cartagena del Chairá realizó el pago de los aportes a cesantías una vez finalizada su relación laboral, éste no fue completo, toda vez que se realizó sin tener en cuenta el reconocimiento de las sumas de dinero correspondientes a los emolumentos derivados de su trabajo en los cargos de Administrador de la Galería, Bibliotecario y Vigilante, los cuales hubiesen aumentado la cifra a pagar por concepto de cesantías, por lo que, en sus sentir, el hecho de no haber pagado la suma completa, es equiparable a no haber pagado a tiempo. (...). Si bien se ha dejado clara la posición del Consejo de Estado en relación al tema *sub examine*, aclara la Sala, que en este caso no se hace evidente la mala fe de la Administración, porque precisamente, al reconocer y pagar las cesantías en los términos correspondientes se evidencia su apego a la norma y el hecho de que el resultado no correspondiera a las expectativas del demandante no es motivo suficiente para afirmar que hubo mala fe en su actuar, máxime si se ha determinado a lo largo del presente

análisis que la Administración actuó de manera ajustada a la normatividad pertinente. En tal sentido, se considera que no es posible ordenar a la Alcaldía del Municipio de Cartagena del Chairá el pago de una indemnización moratoria cuando todos los pagos fueron realizados a tiempo, ajustados a la ley y sin observarse mala fe en su actuar.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de marzo de 2019, C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez, radicación: 18001-23-33-000-2013-00072-01\(3373-15\).](#)

16. Reconocimiento al cónyuge supérstite de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con aportes anteriores a la vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social.

Síntesis del caso: *La cónyuge supérstite solicita el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que se negó en vida al servidor público, por considerar la administración que no era beneficiario, por cuanto, se desvinculó del servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 que consagró dicho beneficio prestacional.*

RECONOCIMIENTO AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ– No requiere que los aportes sean anteriores a la vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social / INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ – Requisitos / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD -Aplicación

Problema jurídico: *¿Tiene derecho el cónyuge supérstite al reconocimiento de la sustitución de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, conforme al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, con base en los aportes efectuados por el beneficiario antes de la expedición de esta disposición?*

Tesis: “Hay lugar a recibir en sustitución de la pensión de vejez, una indemnización a favor de aquellas personas que al llegar a la edad pensional no alcanzaron a colmar el tiempo de servicio requerido para acceder a dicha prestación pero que cotizaron a una entidad de previsión. (...). Para efectos del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no es dable exigir que el cumplimiento de la edad para adquirir la pensión se dé durante la vinculación laboral, ni mucho menos que las cotizaciones para pensión se hayan realizado con posterioridad a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social (1 de abril de 1994). (...). La entidad le negó el derecho, por medio de Resolución 6750 de 13 de febrero de 2009, del gerente general, con el argumento de que «teniendo en cuenta que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez fue creada para el servidor público por la ley 100/93 y reglamentada por el decreto 1730 de 2001, no es posible ordenar el reconocimiento de esta indemnización al peticionario toda vez que su retiro se efectuó con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, pues de hacerlo se estaría concediendo a la ley efecto retroactivo, hecho éste que no está permitido por las normas legales vigentes, y además a la fecha de retiro no cumplió con el requisito de edad exigido, razón por la cual se niega la prestación solicitada» (. ..) En este orden de ideas, la Sala de decisión arriba al convencimiento que le asiste razón jurídica a la actora en su reclamación —en su condición de cónyuge supérstite del [causante]—, pues advierte la inobservancia de normas y precedentes jurisprudenciales que cobijaban a su esposo, con desconocimiento del derecho a obtener su indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pese a haber acreditado a la presentación de su solicitud (29 de mayo de 2008) que (i) superaba la edad para la adquisición de una pensión de jubilación—contaba con 70 años de edad—, ya sea bajo el amparo de la Ley 33 de 1985 (55 años) o de la Ley 71 de 1988 (60 años), (ii) no alcanzó el tiempo mínimo de servicios cotizados para la

adquisición de la pensión de jubilación, pues tan solo laboró 16 años, 7 meses y 6 días, y (iii) declaró su imposibilidad de seguir cotizando para lograr un derecho pensional. (...). Así las cosas, si bien es cierto que el finado esposo de la accionante hizo aportes a pensión únicamente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, también lo es que, en virtud del principio de favorabilidad, esta última tiene derecho a que le sea reconocida, en su calidad de cónyuge superviviente, la indemnización sustitutiva en consideración a dichas contribuciones y de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1730 de 2001.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 7 de marzo de 2019, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación número: 25000-23-25-000-2011-00452-01\(3433-14\).](#)

17. Sección Segunda reiteró que control de legalidad de los actos de carácter sancionatorio y de los proferidos en el marco de una actuación disciplinaria conlleva un control judicial integral.

Síntesis del caso: *El capitán de Policía del Corregimiento de Puerto Venus - Antioquia, presentó informe de novedad en contra del actor, y de otros compañeros de esa institución, de acuerdo con el cual el 3 de octubre de 2004, encontrándose de descanso, le reclamaron de manera violenta una suma de dinero que al parecer le había sido entregada por un delincuente. Atendiendo a lo anterior, se inició proceso disciplinario en su contra declarándolo disciplinariamente responsable e imponiéndole la sanción por la comisión de una falta gravísima de destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, decisión que fue confirmada en segunda instancia. El demandante adujo, entre otros aspectos, que el operador disciplinario vulneró su derecho al debido proceso, en la medida en que no probó fehacientemente cada uno de los elementos para haber calificado la culpabilidad a título de dolo.*

PROCESO DISCIPLINARIO - Debido proceso / PROCESO DISCIPLINARIO - Configuración estructural del tipo / PROCESO DISCIPLINARIO – Culpabilidad / PROCESO DISCIPLINARIO – Elementos del dolo

Problema jurídico: *¿Se incurre en violación al debido proceso, cuando no se acreditan los elementos para calificar la conducta disciplinable a título de dolo?*

Tesis: “[...] «la adopción de un sistema de números abiertos o de incriminación genérica de faltas culposas, implica la afirmación de que en principio toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria tiene su par culposo. Sin embargo, como se anotó, ello es en principio, pues se excluirá la posibilidad de admitir la modalidad culposa de la falta disciplinaria cuando “por la configuración estructural” del tipo ello resulte imposible. En efecto, el uso de expresiones como “a sabiendas”, “con el fin”, “de mala fe”, “con el propósito”, y la utilización de ingredientes subjetivos del tipo excluyen de por sí la posibilidad de admitir faltas culposas, en la modalidad en que la estructura típica resulta incompatible con tal modalidad de imputación.» [...] El dolo en materia disciplinaria debe estar conformado por los siguientes elementos: el conocimiento de los hechos, el conocimiento de la ilicitud y la voluntad. [...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 14 de febrero de 2019, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-25-000-2014-00073-00\(0140-14\).](#)

18. Por regla general será solo con el consentimiento del interesado que se puede revocar un acto administrativo de carácter particular y concreto, y solo de manera excepcional, frente a la actuación evidentemente fraudulenta del titular del derecho, la administración podrá prescindir de la obtención previa de su consentimiento.

Síntesis del caso: *La Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN, en el año 2012, solicitó al Consejo Nacional Profesional de Economistas, copia de relación de todos los funcionarios profesionales con título de economistas vinculados a esa entidad; en respuesta a su solicitud, fue informada que, según los archivos correspondientes, el demandante no se encontraba registrado como graduado ni matriculado en ningún programa educativo relacionado con la profesión. En razón de lo anterior, revocó el nombramiento del demandante para el empleo de Técnico en Ingresos Públicos I Nivel 25 en la Institución, primer cargo que desempeñó en la DIAN, con fundamento en que esta se produjo por medios ilegales al sustentarse en un documento apócrifo allegado por el servidor.*

REVOCATORIA DEL ACTO DE NOMBRAMIENTO - Procedencia sin consentimiento del particular / TÍTULO PROFESIONAL - Inexistencia

Problema jurídico: *¿Se ajusta a derecho la revocatoria del nombramiento de un funcionario, sin que medie previamente su consentimiento?*

Tesis: “Por regla general será solo con el consentimiento del interesado que se podrá revocar un acto administrativo de carácter particular y concreto, y solo de manera excepcional, frente a la actuación evidentemente fraudulenta del titular del derecho, la administración podrá prescindir de la obtención previa de su consentimiento. Con la revocación del nombramiento del demandante en forma directa sin que mediara su expreso consentimiento, no se avizora violación alguna al debido proceso, toda vez que la Subdirección de Gestión de Personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con la finalidad de establecer la autenticidad del título universitario que reposa en la hoja de vida del demandante, procedió a solicitar previamente la información necesaria al Consejo Nacional Profesional de Economía y este, en respuesta allegada el 25 de julio de 2012 con el anexo de 19 de julio del mismo año, suscrito por la Secretaria General de la Fundación Universitaria los Libertadores de Bogotá, corrió traslado por 5 días al señor (...) para que pudiera ofrecer las explicaciones que estimara pertinentes; (...) si la revocatoria se presenta porque fuere evidente que el acto de apertura “ocurrió por medios ilegales” (inciso segundo del artículo 73 del C.C.A.), resulta indudable que la administración puede dejarlo sin efectos, pues no tendría sentido que la administración quedara atada por un acto que ha surgido de forma “manifiestamente” ilícita, por el hecho de que el particular se ponga a que la decisión administrativa sea retirada del ordenamiento jurídico”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 24 de enero de 2019, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 66001-23-33-000-2013-00233-01\(3883-14\).](#)

X. SECCIÓN TERCERA

19. Sección Tercera reiteró que el proceso ejecutivo no es el mecanismo idóneo para cuestionar la legalidad del título ejecutivo, sin perjuicio de la formulación de los medios exceptivos previstos en la norma procedimental civil.

Síntesis del caso: *El departamento de Bolívar celebró con una Cooperativa contrato de compraventa para la adquisición de mercados y kits de aseo, con el fin de apoyar las actividades de salubridad y de alimentación de algunos municipios. Los elementos fueron entregados en el almacén de la Secretaría de Salud, como fue pactado; no obstante, la contratante no pagó el precio acordado. En el contrato se estipuló que el mismo se perfeccionaría cuando el acuerdo se elevara a escrito, punto en el cual el demandante afirmó que, por tratarse de una urgencia manifiesta, no se exigía mayor formalidad. La contratista cedió los derechos litigiosos y notificó de dicha cesión a la entidad territorial.*

PROCESO EJECUTIVO CONTRACTUAL / LEGALIDAD DEL TÍTULO EJECUTIVO – No se cuestiona en trámite ejecutivo / EXCEPCIONES EN EL PROCESO EJECUTIVO - Regulación legal / NULIDAD DE CONTRATO - Excepción impróspera / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico 1: *¿Es posible que a través del trámite ejecutivo se controvierta la legalidad del título ejecutivo?*

Tesis 1: “La Sala reitera lo dicho en oportunidades anteriores, en cuanto a que el proceso ejecutivo no es el escenario idóneo para cuestionar la legalidad del título, al tiempo que el artículo 509 del C. P. C., prescribe cuáles son los medios exceptivos que pueden formularse en los juicios ejecutivos como ocurre con las excepciones de pago, compensación, confusión, novación o transacción, siempre y cuando se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, pues de lo contrario se desnaturaliza el proceso ejecutivo, aunado a que el trámite de excepciones del proceso compulsivo no permite convertirlo en un proceso ordinario, en el cual se discuta la legalidad del título, pues cuando existan dudas sobre la misma el legislador previó su cuestionamiento a través del juicio ordinario”.

ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS / EFECTOS DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS – Frente a nuevos acreedores

Problema jurídico 2: *¿Frente a quiénes se extienden los efectos de los acuerdos de reestructuración?*

Tesis 2: “El carácter universal de este tipo de convenios implica que todos los acreedores se sometan a las reglas que aprueba la mayoría. Por el contrario el acuerdo, no es obligatorio frente a ACREEDORES que adquieran tal condición con posterioridad a su suscripción. Si la entidad DEUDORA celebra contratos y contrae obligaciones con posterioridad al acuerdo (...) si bien todos los acreedores deben acogerse a un acuerdo que se aprueba por la mayoría, ese acuerdo solo puede cobijar a quienes tenían tal condición antes de su celebración. Ni el acuerdo ni las modificaciones posteriores que se surtan frente al mismo, que solo son oponibles a los acreedores que lo suscribieron y a los que las partes en el mismo decidan incluir, puede tener efectos frente a quienes no tenían la condición de acreedores cuando se celebró el acuerdo inicial”.

PROCEDENCIA DEL DERECHO DE RETRACTO EN LA CESIÓN DE DERECHO LITIGIOSO / DERECHO DE RETRACTO EN LA CESIÓN DE DERECHO LITIGIOSO – Facultades del deudor

Problema jurídico 3: *¿Cuáles son las facultades del deudor frente al cesionario del crédito que se ejecuta?*

Tesis 3: “[E]l demandado tiene derecho a ejercer el retracto litigioso en desarrollo del cual puede optar simplemente por pagarle al CESIONARIO el valor que éste le pagó por la cesión; y esta opción puede ejercerla no solo durante el proceso sino nueve días después de proferida la sentencia. (...) En la cesión de derechos litigiosos el deudor podrá i) pagar el valor del crédito pedido en la demanda más los intereses previstos en la ley 80 de 1993, causados a partir del momento en que se hizo exigible la obligación y hasta la fecha de la sentencia o ii) el valor de la cesión más los intereses legales causados desde la fecha de notificación de la cesión (...) y hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 10 de abril de 2019, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 13001-23-31-000-2008-00120-02\(39770\).](#)

20. Consejo de Estado precisó requisitos para el reconocimiento del título ejecutivo complejo.

Síntesis del caso: *El Fondo de Desarrollo Local Antonio Nariño presentó demanda ejecutiva contra la Compañía de Seguros CÓNDROR S.A. El Tribunal libró mandamiento de pago y dictó sentencia en la que declara no probadas las excepciones y ordena continuar con el proceso. El actor apeló la sentencia y solicita se revoque ante la excepción de mérito que hace consistir en la inexistencia del título ejecutivo complejo.*

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PROCESO EJECUTIVO CONTRACTUAL / PROCESO EJECUTIVO CONTRA COMPAÑÍA DE SEGUROS / TOMA DE POSESIÓN CON FINES DE LIQUIDACIÓN / LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA / COMPAÑÍA DE SEGUROS / INEXISTENCIA DEL TÍTULO EJECUTIVO / TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO / CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE SEGURO

Problema jurídico 1: *¿Al operar la terminación automática de un contrato de seguro de cumplimiento, por disposición legal especial, desaparece con ello el título ejecutivo complejo que da origen y permite la ejecución?*

Tesis 1: “[L]a Sala encuentra que para resolver la impugnación debe realizarse un análisis sobre existencia del título ejecutivo complejo con el cual se pretende la ejecución. (...) con posterioridad a la Sentencia de primera instancia, ha tenido lugar un número considerable de hechos sobrevinientes consistentes en la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios; la liquidación forzosa administrativa y la terminación de la existencia legal de la Compañía de Seguros (...), que sin lugar a dudas han tenido un efecto directo sobre el proceso de la referencia (...) [ejecutivo contractual] (...). [D]e la mano de la suspensión de los procesos de ejecución, de la obligación de decretar de oficio la nulidad de las actuaciones surtidas en contravención de esta obligación, procede, de igual manera, por disposición legal especial, la terminación automática de los contratos de seguro en un término de dos meses como regla general, y de seis meses para los contratos de seguros de cumplimiento, como es el caso del contrato de seguro que en el proceso de la referencia conformaba el título ejecutivo que dio origen al proceso ejecutivo. (...) Advierte la Sala que al operar la terminación automática por

disposición legal especial de un contrato de seguro de cumplimiento, desaparece con ello el título ejecutivo complejo que da origen y permite la ejecución.”

LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA / TOMA DE POSESIÓN CON FINES DE LIQUIDACIÓN / COMPAÑÍA DE SEGUROS / ACREEDORES EN PROCESO LIQUIDATORIO / PROCESO LIQUIDATORIO / OBLIGACIONES DEL ACREEDOR

Problema Jurídico 2: *¿Debe el acreedor presentar su reclamación dentro de un proceso de liquidación forzosa administrativa contra su deudor, en un plazo determinado?*

Tesis 2: “Durante el desarrollo del proceso de liquidación forzosa administrativa, [...] los interesados debieron presentar sus reclamaciones dentro del término establecido para ello [...]; no obstante, (...), la demandante no concurrió a presentar su correspondiente reclamación. [...] Con posterioridad a la declaratoria de liquidación forzosa administrativa, (...), se declaró la terminación de la existencia legal de (...) Compañía de Seguros Generales, acto que fue igualmente publicado en un diario de amplia circulación nacional. [...] Se observa entonces que, no obstante que se realizaron los emplazamientos respectivos contemplados en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 del 2010, la demandante en el presente proceso ejecutivo no cumplió su carga de acudir al proceso de liquidación para perseguir su acreencia. [...] De conformidad con la norma especial, Decreto 2555 de 2010, vencido el término para presentar las reclamaciones, los interesados tenían un término adicional de 5 días hábiles para objetar las reclamaciones presentadas. No obstante, no obra en el expediente que, en alguna de las oportunidades previstas por las normas especiales, la ejecutante, frente a los múltiples emplazamientos que tuvieron lugar, haya actuado conforme a sus deberes y cargas de actuación.”

PROCEDENCIA DE LAS COSTAS PROCESALES - SOCIEDAD LIQUIDADA EXISTENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA / APLICACIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES / COSTAS PROCESALES

Problema Jurídico 3: *¿Procede o no condenar en costas a la parte vencida cuando se decretarían en favor de una persona jurídica frente a la cual se ha declarado la terminación de su existencia legal?*

Tesis 3: “El Código Contencioso Administrativo, en su artículo 171, señala que el juez podrá condenar en costas a la parte vencida en el proceso en los términos del Código de Procedimiento Civil. Por su parte, la condena en costas en el Código de Procedimiento Civil está contenida, de manera general, en su artículo 392, que señala que habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Sobre los procesos ejecutivos el Estatuto Procesal Civil referido contempla, además, dos disposiciones puntuales sobre la condena en costas al ejecutado (artículo 507) o al ejecutante (artículo 510), de acuerdo con la parte que ha sido vencida en el proceso. Ahora, si bien las disposiciones anteriores indicarían una eventual condena en costas a la parte vencida, la Sala se abstendrá de hacerlo pues en el caso en estudio estas se decretarían en favor de una persona jurídica frente a la cual se ha declarado la terminación de su existencia legal, razón que, de igual manera, llevará a la Sala a revocar la condena en costas de primera instancia a cargo del demandado”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 4 de marzo de \(2019\), C. P. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2002-01613-01\(28920\).](#)

21. Sección Tercera negó el pago de perjuicios morales a hermanos de recluso que falleció al interior del establecimiento carcelario e impuso medidas de reparación no pecuniarias al INPEC por la vulneración de los derechos a las libertades de culto y conciencia y su manifestación a través del ejercicio del rito funerario, al no haber entregado el cadáver a su familia.

Síntesis del caso: *Recluso falleció como consecuencia de sección de arteria causada con arma cortopunzante. El hecho ocurrió mientras se encontraba cumpliendo condena por el delito de homicidio. Según lo expuesto en la demanda, el cadáver nunca fue entregado a los familiares. Se atribuye responsabilidad patrimonial del Estado por falta de protección del recluso.*

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALTA DE PROTECCIÓN DEL RECLUSO / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVO / DAÑO ESPECIAL / PROTECCIÓN AL RECLUSO - Deber de seguridad y vigilancia del Estado / DERECHOS DEL RECLUSO - Obligaciones legales y constitucionales de las autoridades públicas / DAÑO CAUSADO A SUJETOS QUE SE ENCUENTRAN BAJO RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN / DAÑO CAUSADO A RECLUSOS / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico 1: *¿Cuál es el régimen de responsabilidad estatal aplicable en casos de daños ocasionados a los reclusos?*

Tesis 1: “Tal y como lo ha sostenido de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, cuando se discute la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a la integridad sicofísica de las personas que se encuentran privadas de su libertad, en virtud de las relaciones especiales de sujeción existentes entre la Administración y los reclusos, para el Estado surge una obligación de protección y seguridad frente a estos, la cual implica el adelantamiento de actuaciones positivas para salvaguardar la vida y la integridad de los internos frente a las posibles agresiones durante su reclusión, así como la abstención de llevar a cabo comportamientos que puedan atentar o poner en riesgo los derechos de las personas que no hayan sido limitados con la pena o medida cautelar impuesta, razón por la cual, si el Estado no devuelve a los ciudadanos en las mismas condiciones en que los retuvo, siempre y cuando se acredite un daño a su integridad sicofísica, a pesar de que este no haya sido consecuencia de una falla del servicio, surge el deber de reparar en cabeza suya -bajo un régimen de responsabilidad objetivo por daño especial-, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un comportamiento sino la realización efectiva de un resultado determinado”.

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL DEUDO SOBRE UN CADÁVER / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL DEUDO SOBRE UN CADÁVER - Por no informarle y hacerle entrega del cadáver a la familia / LIBERTAD DE CULTOS / DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA - Rito funerario / DERECHOS DEL DEUDO SOBRE UN CADÁVER - Protección constitucional / INHUMACIÓN DE CADÁVER / DEVOLUCIÓN DEL CADÁVER / DAÑO AUTÓNOMO / FALLA DEL SERVICIO

Problema jurídico 2: *¿Constituye un daño autónomo objeto de reparación estatal el no informar del fallecimiento de un recluso a sus familiares y no hacerles entrega del cadáver?*

Tesis 2: “[R]eclaman los actores además del daño derivado de la muerte (...) la congoja sufrida porque, hasta el momento de presentación de la demanda, no había sido posible conocer el paradero del cadáver. (...) Al respecto, llama la atención de la Sala

que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, a pesar de que contaba con datos, que le permitían averiguar la ubicación de la familia (...) no demostró haber adelantado alguna actuación para notificarles de su deceso y hacerles entrega del cadáver. Lo anterior en consideración a que en el momento de ingreso del recluso a la institución carcelaria, se consignaron, además de los datos de los padres, el último domicilio en la ciudad de Cartagena y en todo caso, así no se contara con tal información era deber del INPEC informar el hecho a sus familiares y hacerles entrega del cadáver, razón por la que éste daño le resulta imputable a título de falla en el servicio, como quiera que omitió el deber que le asistía de poner en conocimiento de la familia (...) el hecho de la muerte y entregarles el cadáver. [S]e tiene establecido que el hecho irregular del INPEC de no informar a la familia del señor (...) de su deceso y no hacerle entrega del cadáver constituye una omisión que afecta los derechos a la libertad de cultos y de conciencia de los actores, daño autónomo que será objeto de reparación. Así las cosas, estamos en presencia de dos daños autónomos e independientes: i) la muerte (...) y ii) no informarle y hacerle entrega del cadáver a la familia”. (...)

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL INPEC / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DEL RECLUSO / DAÑO ESPECIAL / MUERTE DE RECLUSO - Ausencia de demostración de causa extraña / RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECCIÓN CON EL ESTADO / CAUSALES DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO / INEXISTENCIA DEL HECHO DEL TERCERO

Problema jurídico 3: *¿Es procedente la configuración del hecho de un tercero como eximente de responsabilidad estatal frente a sujetos de especial protección?*

Tesis 3: “[A] pesar de que está acreditado que [el recluso] falleció como consecuencia de una herida con elemento cortopunzante ocasionada por otro interno, no es posible configurar el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima como causal eximente de responsabilidad en estos eventos, en consideración a que el [recluso] se encontraba bajo una relación de especial sujeción con el Estado. (...) De suerte que, el Instituto Nacional Penitenciario –INPEC-, no puede excusarse de responder por el hecho ocasionado por otro interno con un elemento cortopunzante, pues era su deber proteger a todos los internos de cualquier agresión que afectara su vida o su integridad. Este aspecto tampoco puede considerarse como un factor para reducir el monto de la indemnización, precisamente por tratarse de sujeto que se encontraba, como ya se ha dicho, bajo su especial sujeción y cuidado y el INPEC tiene la obligación de controlar las posibles riñas que se presentan en sus instituciones y evitar que los reclusos se causen daño entre sí”.

TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Procedencia excepcional desde el conocimiento del hecho generador del daño / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Desconocimiento de la ubicación del cadáver del recluso / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico 4: *¿A partir de qué momento se contabiliza el término la caducidad de la acción de reparación directa iniciada con fundamento en un hecho generador de responsabilidad estatal?*

Tesis 4: “Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos. En el presente asunto la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda se

originó en los daños que se alegaron sufridos por los demandantes con ocasión de la muerte del señor (...) cuando se encontraba cumpliendo una condena penal en el Establecimiento Penitenciario (...) y en razón a que a la fecha de presentación de la demanda desconocían la ubicación del cadáver. (...) Así las cosas, como se probó que la familia (...) tuvo conocimiento de la muerte hasta el día (...), a partir de ese momento se debe contar el bienio para la interposición de la acción de reparación directa y en todo caso, si se considera que la familia alega desconocer la ubicación del cadáver al momento de presentación de la demanda, la acción no estaría caducada.”

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 4 de marzo de 2019, C.P. María Adriana Marín (E), radicación: 68001-23-31-000-2010-00597-01 (48110).

22. Consejo de Estado condenó al Ejército Nacional al pago de perjuicios causados a familiares de civil ejecutado arbitrariamente en el Municipio de Montería por parte de miembros del Gula.

Síntesis del caso: *El 7 de septiembre de 2007, el señor Efrén Darío Chantre Rivera se dirigió desde Popayán-Cauca hacia Montería-Córdoba, con el fin de obtener ingresos y mejores condiciones económicas tras recibir una falsa propuesta económica. A partir de dicha fecha su madre y familiares no volvieron a obtener noticia alguna de él. En julio 2008, el Cuerpo Técnico de Investigaciones (C.T.I) unidad Popayán les informó que su hijo había sido dado de baja por el Ejército Nacional el 7 de septiembre de 2007 presuntamente en un combate y reportado como “NN” en el municipio de Córdoba, departamento de Córdoba.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO DERIVADO DE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES, SUMARIAS Y ARBITRARIAS / DESAPARICIÓN FORZADA / FALSO POSITIVO / DAÑOS CAUSADOS A CIVILES DURANTE CONFLICTO ARMADO / FALLA DEL SERVICIO

Problema jurídico: *¿Es responsable el Estado Colombiano por los daños causados por uno de sus agentes al efectuar ejecuciones extrajudiciales civiles protegidos por el DIH?*

Tesis: “En el ordenamiento jurídico colombiano esta conducta punible -conocida con el nombre de homicidio en persona protegida- ha sido tipificada por el artículo 135 del Código Penal, y pertenece al género de los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. En el caso concreto, el Estado infringió deberes convencionales, constitucionales y legales que le asistían en relación con la víctima, pues, esta ejecución extrajudicial fue un acto doloso cuya reprochable actuación se apoyó en las atribuciones que el Estado mismo le confirió al Ejército Nacional. Es importante señalar que los daños ocasionados en operativos militares y policiales a las víctimas del conflicto armado por conductas censurables de agentes del Estado, como lo son la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales de civiles presentados como bajas en combate, no guardan un vínculo “próximo y directo” con el servicio e implica una violación al derecho internacional de los derechos humanos y al DIH, y, por ende, no están cubiertos por una jurisdicción especial, la cual es una excepción en los Estados constitucionales, democráticos y de derecho. En consecuencia, los daños provenientes de estas conductas reprochables deben ser indemnizados por la jurisdicción interna, antes de someter a las víctimas del conflicto armado a la fatigosa carga de reclamar una reparación integral en los tribunales internacionales”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub Sección B, sentencia de 04 de marzo de 2019, C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, radicación: 23001-23-31-000-2009-00262-01\(49878\).](#)

23. Se condenó a la Nación por la muerte de dos desmovilizados de las autodefensas, quienes fueron presentados por el Ejército Nacional como miembros de una organización criminal.

Síntesis del caso: *Como parte de las operaciones contra las nuevas bandas emergentes, el Ejército Nacional declaró que dio de baja en combate a dos personas que delinquían y extorsionaban en la región. Como prueba de la existencia del combate, se presentó armamento y munición supuestamente incautado a los delincuentes abatidos. No obstante, con una valoración flexible del material probatorio, conforme al derecho internacional, se encontró demostrada la violación de los Derechos Humanos de las víctimas y se desvirtuó la versión del ejército sobre la forma en que sucedieron los hechos.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑOS CAUSADOS POR INTEGRANTES DE LA FUERZA PÚBLICA / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Problema jurídico: *¿En casos de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y ante la dificultad de las víctimas para recaudar las pruebas de estas violaciones, qué criterio de valoración probatoria debe adoptar el juez?*

Tesis: “[L]a Sala recalca el criterio de flexibilidad en la apreciación y valoración de los medios probatorios frente a graves violaciones de Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, fundamentado en que en la mayoría de casos los sucesos ocurren en zonas alejadas de los centros urbanos y en contextos de impunidad, de modo que las víctimas usualmente luchan contra la dificultad o imposibilidad fáctica de acreditar las afrentas a sus derechos y libertades, sobre todo si no hubo una investigación adecuada por parte de las autoridades competentes, que a su vez, se traduce en una expresa denegación de justicia. Es por eso que el juez administrativo debe acudir a criterios flexibles y privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia para reconstruir la verdad histórica de los hechos, garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las víctimas y la igualdad de armas en el proceso. Esta postura es acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, relativa a que el juez goza de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba en estos eventos [...] Asimismo, la Corte sostuvo que la defensa del Estado en casos de violaciones a Derechos Humanos no puede cimentarse en la imposibilidad de que el demandante obtenga y/o allegue pruebas, como ocurre en los procesos penales surtidos en el derecho interno, ya que el Estado tiene el control de los medios de convicción para contradecir, desvirtuar o aclarar las situaciones fácticas aducidas por los actores. Abona este criterio el artículo 175 del CPC, que indica que sirven como prueba “cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”. Vale decir, que no existe una tarifa legal en relación con las pruebas y el juez podrá acudir a los medios de convicción pertinentes y conducentes para establecer los hechos de relevancia jurídica del proceso. En definitiva, se adecuará la valoración de la prueba a los criterios de valoración establecidos en los instrumentos internacionales para garantizar la efectividad de la justicia y los derechos de las víctimas.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de marzo de 2019, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 23001-23-31-000-2007-00548-01\(42213\).](#)

24. El Estado debe implementar los procedimientos judiciales y no judiciales para esclarecer los hechos y realizar la búsqueda de los restos de miembros del Ejército Nacional desaparecidos en operación militar.

Síntesis del caso: “(...) Cabo del ejército se encontraba en el sitio conocido como Pozo-Nutria Peroles, municipio de Barrancabermeja, donde participaba de una operación como comandante de una escuadra de contraguerrilla del Ejército Nacional cuando, al parecer, fue secuestrado y posteriormente asesinado por miembros de un grupo armado ilegal. Años después, sin que sus familiares tuvieran noticias de su paradero, solicitaron la declaración de muerte presunta, la cual se reconoció en la sentencia (...), proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja.”

DERECHO A LA VERDAD / APLICACIÓN DEL DERECHO A LA VERDAD / DERECHO A LA INFORMACIÓN / DERECHO DE ACCESO A LA INVESTIGACIÓN / DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA DE PERSONA NATURAL / MUERTE PRESUNTA DE PERSONA NATURAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / OMISIÓN DE BÚSQUEDA DE DESAPARECIDO / PERSONA DESAPARECIDA / DERECHOS DE LOS FAMILIARES DE PERSONA DESAPARECIDA / MIEMBRO DE LAS FUERZAS MILITARES / OPERACIÓN MILITAR / DAÑO / DAÑO MORAL / DERECHOS HUMANOS / DERECHO A LA VERDAD / OBLIGACIONES DEL ESTADO / OBLIGACIONES DE LAS FUERZAS MILITARES / OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / EJÉRCITO NACIONAL / OBLIGACIONES DEL EJÉRCITO NACIONAL / DEBERES DEL EJÉRCITO NACIONAL / FALLA EN EL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL / DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema jurídico 1: *¿El Ejército Nacional incurrió en falla del servicio por omisión, al vulnerar el derecho a la verdad, por no informar a los familiares las circunstancias en las que un miembro de esa institución desapareció, así como, no realizar todas las averiguaciones y gestiones pertinentes para esclarecer las mismas, además, no adelantar las medidas adecuadas para la búsqueda y restitución de sus restos?*

Tesis 1: “[E]l daño sufrido por los accionantes, familiares del ex militar desaparecido, es moral, consistente en la angustia padecida por no conocer la verdad de los hechos, es decir, qué sucedió con su pariente. (...) Para la Sala, el a quo no se extralimitó en su decisión por incongruencia, debido a que los demandantes no imputan a la demandada el hecho de la muerte del ex militar, sino la falta de información y de gestiones por parte de la accionada, que llevó a que los actores no supieran cómo desapareció su pariente y debieran solicitar la declaración judicial de muerte presunta. (...) Así las cosas, como lo declaró el a quo, la afectación sufrida por los accionantes ante la incertidumbre y desinterés del Ejército Nacional por esclarecer el paradero de un miembro de esa institución, deriva en la violación del derecho a la verdad. (...) Si bien las Leyes 1418 de 2010 y 1448 de 2011, no se encontraban vigentes para la época de los hechos, se aplican al sub iudice dado que el derecho a la verdad de los demandantes aún no ha sido satisfecho. (...) En el sub iudice, la falla de la demandada no se configura porque no hubiera encontrado el paradero del ex militar, sino porque no informó a sus familiares lo que sucedió en el operativo durante el cual aquel desapareció y por la desidia en realizar todas las averiguaciones y gestiones pertinentes para esclarecer las circunstancias de su desaparición y adelantar las medidas adecuadas para la búsqueda y restitución de sus restos. (...)”

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE HECHO / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA MATERIAL / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Problema jurídico 2: *¿En la legitimación en la causa por pasiva, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial?*

Tesis 2: “La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva. (...) la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación. Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial”.

DERECHO A LA VERDAD / OBLIGACIONES DEL ESTADO / INSTRUMENTOS INTERNACIONALES / OBLIGACIONES DE LAS FUERZAS MILITARES / OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS / EJÉRCITO NACIONAL / OBLIGACIONES DEL EJÉRCITO NACIONAL / DEBERES DEL EJÉRCITO NACIONAL / FALLA EN EL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL / DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema jurídico 3: *¿El Estado debe implementar los procedimientos judiciales y no judiciales para esclarecer los hechos y realizar la búsqueda de los restos de un miembro del Ejército Nacional, cuando se mantiene la incertidumbre?*

Tesis 3: “[M]ientras la incertidumbre se prolonga en el tiempo, no desaparece la obligación del Estado de implementar los procedimientos judiciales y no judiciales para esclarecer los hechos y realizar la búsqueda de los restos del suboficial (...), aunque la última vez que se tuvo noticia de él fue el 23 de junio de 1989, pues se trata de una obligación vigente, de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la ley colombiana. Lo cierto es que, pasados más de 29 años desde la desaparición del ex militar, la demandada solo se pronunció dos años después para darlo de baja del servicio y, posteriormente, para reconocerle una (sic) ascenso póstumo, sin haber demostrado que realizó tarea alguna para su búsqueda o para determinar cómo ocurrió su desaparición”.

APELANTE ÚNICO / PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / LÍMITES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Nota de Relatoría: Se reitera lo señalado en la sentencia de unificación sobre la competencia del juez en segunda instancia cuando hay apelante único: sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, de 6 de abril de 2018, exp. 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005), CP: Danilo Rojas Betancourth.

PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / FIJACIÓN DEL MONTO DE LA

INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / ARBITRIO JUDICIAL / FACULTADES DEL JUEZ / MUERTE PRESUNTA DE PERSONA NATURAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / OMISIÓN DE BÚSQUEDA DE DESAPARECIDO / PERSONA DESAPARECIDA / DERECHOS DE LOS FAMILIARES DE PERSONA DESAPARECIDA / MIEMBRO DE LAS FUERZAS MILITARES / OPERACIÓN MILITAR / DAÑO / DAÑO MORAL

Problema Jurídico 4: *¿Puede acudirse al arbitrio juris para determinar la indemnización de perjuicios morales, cuando el daño no consiste en la muerte sino en la congoja y la zozobra de los familiares por no haber sido informados de las circunstancias que dieron lugar a la desaparición y posterior declaración judicial de muerte presunta de un militar?*

Tesis 4: “[C]omo el daño no consiste en la muerte no podrían confrontarse los montos reconocidos con los valores consignados en los fallos de unificación del 28 de agosto de 2014, específicamente en cuanto a la indemnización de perjuicios morales en casos de muerte, pues, se itera, el perjuicio no se deriva de la muerte de la víctima. (...) De ahí que la Sala considera necesario acudir al arbitrio juris para determinar si las sumas reconocidas en primera instancia por concepto de perjuicio moral son razonables. Para la Sala los montos reconocidos tienen fundamento en la congoja, la zozobra y la tristeza sufrida por los familiares del ex militar desaparecido debido a la desidia del Ejército Nacional en cuanto a la investigación de los hechos, lo que los obligó a iniciar el proceso para la declaración judicial de su muerte presunta, como lo demostró la prueba testimonial. A ello se suma que tras más de 29 años de la ausencia de su pariente siguen sin conocer las circunstancias en que este desapareció. Además, la entidad demandada les entregó unos restos humanos que no correspondían a la víctima, lo cual incrementó su incertidumbre”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de marzo de \(2019\), C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 68001-23-31-000-2008-00509-01\(48545\).](#)

25. Consejo de Estado reiteró lo requisitos que deben contener las providencias para que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado por error jurisdiccional.

Síntesis del caso: *Se reclama los perjuicios causados con motivo de la declaratoria de nulidad procesal emitida por el Tribunal Superior de Buga, dentro de un proceso de resolución de contrato de compraventa al darse un trámite procesal que no correspondía analizándose la procedencia de la responsabilidad extracontractual del estado por error judicial.*

CAUSAL EXIMENTE O EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CULPA O HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA - Regulación normativa. Reiteración jurisprudencial

Problema jurídico: *¿La decisión judicial proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga Sala Civil – Agraria contiene errores fácticos o normativos de los cuales se deriven los daños alegados, originados en el trámite de la demanda por un procedimiento diferente al que correspondía, situación que se evidenció con la providencia que declaró la nulidad de todo lo actuado, y, ¿configura el título de imputación del error judicial?*

Tesis: “En este punto, resulta indispensable analizar lo que ha dicho la jurisprudencia de la Sala sobre el denominado error judicial, pues, para que se abra paso la declaratoria de responsabilidad en virtud de tal supuesto, debe verificarse: i) la

existencia de una decisión judicial en firme, proferida por funcionario competente, ii) que dicha decisión resulte contraria a la realidad procesal (error fáctico) o al ordenamiento jurídico (error normativo) y iii) que en contra de la misma se hayan interpuesto los recursos procedentes. (...) Si bien se acreditó la ocurrencia de los primeros dos supuestos, conforme viene de exponerse, no obra en el proceso la prueba de que se hubiera configurado el tercero de ellos (contenido en el numeral 1 del artículo 67 de la ley 270 de 1996), consistente en que “*El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial*”, es decir, no se acreditó que los aquí demandantes hubieran interpuesto recurso alguno contra la providencia contentiva del error, esto es, la del 31 de mayo de 1999. (...) En este orden de ideas, resulta claro que fue la omisión de recurrirla lo que determinó la firmeza de la providencia contentiva del error judicial (la del 31 de mayo de 1999, proferida por el Juzgado Primero Civil de Circuito de Tuluá), en tanto existía la posibilidad procesal de que sus efectos fueren revertidos y de que al proceso se le diera el trámite adecuado desde el principio. (...) En consecuencia, al haber encontrado probada la eximente de responsabilidad de la culpa exclusiva de la víctima, la Sala confirmará la providencia recurrida.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 28 de marzo de 2019, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación: 76001-23-31-000-2010-00401-01\(45470\).](#)

XI. SECCIÓN CUARTA

26. Las empresas dedicadas a la refinación de hidrocarburos y/u otros combustibles están sujetas al impuesto de alumbrado público, siempre y cuando tengan sede o establecimiento en la jurisdicción del municipio que establece el tributo.

Síntesis del caso: *Se declaró la legalidad condicionada del literal b.5) del artículo 184 del Estatuto Tributario del Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de Indias (Acuerdo 041 de 21 de diciembre de 2006), que estableció la base gravable del impuesto de alumbrado público para las empresas dedicadas a la refinación de hidrocarburos y/u otros combustibles, en el entendido de que quedan sujetas al tributo, siempre y cuando tengan sede o establecimiento en la jurisdicción del mencionado Distrito.*

IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO DE EMPRESAS DEDICADAS A LA REFINACIÓN DE HIDROCARBUROS Y/U OTROS COMBUSTIBLES - Sujeción pasiva / EXENCIÓN DE IMPUESTOS TERRITORIALES SOBRE LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE PETRÓLEO - No violación / PROHIBICIÓN A LAS ENTIDADES TERRITORIALES DE GRAVAR LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES - No violación / IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO - Hecho generador / SUJECIÓN PASIVA AL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO DE EMPRESAS DEDICADAS A LA EXPLORACIÓN, EXPLOTACIÓN Y TRANSPORTE DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES - Presupuestos. Reiteración de jurisprudencia / SUJECIÓN PASIVA AL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO DE EMPRESAS DEDICADAS A LA REFINACIÓN DE HIDROCARBUROS Y/U OTROS COMBUSTIBLES EN EL DISTRITO DE CARTAGENA - Legalidad condicionada

Problema jurídico: *¿Las disposiciones demandadas del Acuerdo 041 del 21 de diciembre de 2006, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias D.T., violan los artículos 16 del Código de Petróleos, 1 del Decreto Reglamentario 850 de 1965 y 27*

de la Ley 141 de 1994 al gravar con el impuesto de alumbrado público la actividad de refinación de hidrocarburos y/u otros combustibles?

Tesis: “[P]ara el caso de las empresas dedicadas a actividades relacionadas con la industria del petróleo o transporte y distribución productos naturales no renovables, la Sala ha considerado que el impuesto de alumbrado público no recae sobre tales actividades, por lo que su imposición no transgrede la exención prevista en el artículo 16 del Decreto 1056 de 1953 y reglamentado por el Decreto 850 de 1965, ni tampoco la prohibición de gravamen sobre la explotación de recursos naturales a que se refiere el artículo 27 de la Ley 141 de 1994, toda vez que, lo que grava ese tributo, es el hecho de ser usuario potencial del impuesto de alumbrado público. Por lo anterior, la Sala observa que, en este caso, el literal b.5) del artículo 184 del Acuerdo 041 del 21 de diciembre de 2006 no viola el artículo 16 del Código de Petróleos ni el artículo 27 de la Ley 141 de 1994, porque toman como referente a las plantas refinadoras de hidrocarburos y/u otros combustibles, no con el fin de gravar la actividad como tal, sino de hacer determinable al sujeto pasivo. (...) Debe tenerse en cuenta que, desde la sentencia del 11 de marzo de 2010, a la cual se ha hecho referencia en este fallo y que ha sido reiterada en varias providencias, la Sala ha condicionado la legalidad de las normas que imponen la calidad de sujeto pasivo a las empresas dedicadas a la exploración, explotación y transporte de recursos no renovables, a las siguientes premisas: i) Que sean usuarios potenciales del servicio en tanto hagan parte de la colectividad que reside en el municipio que administra el tributo. Es decir, que tengan establecimiento en esa jurisdicción municipal. ii) Que por tal motivo, resulten beneficiadas directa o indirectamente, de forma transitoria o permanente con el servicio de alumbrado público. Entonces, en el presente asunto, la calidad de sujeto pasivo del tributo de las empresas a las que se refiere el literal b.5) del artículo 184 del Acuerdo 041 de 2006, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, está supeditado a que sean usuarios potenciales del servicio de alumbrado público lo cual solo se verifica en la medida en que tengan establecimiento en la jurisdicción municipal y, por ende, sean beneficiarias del servicio. Por tanto, el literal *b.5) del artículo 184 del Acuerdo 041 de 2006*, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias D.T. y C., que establece la sujeción pasiva de las empresas dedicadas a la refinación de hidrocarburos y/u otros combustibles, debe entenderse en el sentido que quedarán sujetas al impuesto siempre y cuando tengan sede o establecimiento en la jurisdicción de dicho municipio, tal como se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 8 de marzo de 2019, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 13001-23-31-000-2007-00638-02 \(22963\).](#)

27. Es nulo el artículo 7 del Acuerdo 0357 de 2013 del municipio de Santiago de Cali, en cuanto fijó la tarifa del impuesto de industria y comercio para los servicios integrales de aseo y cafetería, vigilancia y servicios temporales en el 16% de la parte correspondiente al AIU (Administración, Imprevistos y Utilidades).

Síntesis del caso: *Se anuló el artículo 7 del Acuerdo 0357 de 2013, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, en cuanto a la fijación de la tarifa del impuesto de industria y comercio para los servicios integrales de aseo y cafetería, vigilancia y servicios temporales en el 16% de la parte correspondiente al AIU (Administración, Imprevistos y Utilidades), por exceder el rango legal de la tarifa previsto en la Ley 14 de 1983 y el Decreto 1333 de 1986 para las actividades de servicios. La Sala condicionó la nulidad a que respecto de las actividades de servicios previstas en la norma parcialmente anulada se aplicará la tarifa del diez (10) por mil, -otras actividades de servicios-, prevista en el artículo 8 del mismo Acuerdo.*

BASE GRAVABLE ESPECIAL DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO PARA LOS SERVICIOS INTEGRALES DE ASEO Y CAFETERÍA, VIGILANCIA Y SERVICIOS TEMPORALES - Autorización legal / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO PARA ACTIVIDADES COMERCIALES Y DE SERVICIOS – Tarifa / TARIFA DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Principio de legalidad / FACULTAD O AUTONOMÍA IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Alcance y límites / TARIFA DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO PARA LOS SERVICIOS INTEGRALES DE ASEO Y CAFETERÍA, VIGILANCIA Y SERVICIOS TEMPORALES - Rango legal / RANGO LEGAL DE LA TARIFA DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO PARA LOS SERVICIOS INTEGRALES DE ASEO Y CAFETERÍA, VIGILANCIA Y SERVICIOS TEMPORALES EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI - Ilegalidad / TARIFA DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO DEL 16% PARA LOS SERVICIOS INTEGRALES DE ASEO Y CAFETERÍA, VIGILANCIA Y SERVICIOS TEMPORALES EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI - Nulidad condicionada

Problema jurídico: *¿Se ajustó a la legalidad la frase “la tarifa será del 16% en la parte correspondiente al AIU (Administración, Imprevistos y Utilidad)”, contenida en el artículo 7 del Acuerdo 0357 de 2013, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, que fue anulada en la sentencia apelada?*

Tesis: “[L]a tarifa establecida en el aparte de la norma demandada (...) debe ser anulada, puesto que la Ley 1607 de 2012, solo autorizó la imposición de una base gravable especial para los servicios ahí descritos. En efecto, conforme al precepto transcrito (artículo 33 de la Ley 14 de 1983), las tarifas del impuesto de industria y comercio que los municipios pueden imponer a sus contribuyentes para las actividades comerciales y de servicios deben estar en el rango del dos (2) al diez (10) por mil. Teniendo en cuenta que la obligación tributaria en el impuesto de industria y comercio es *ex-lege*, los presupuestos para su nacimiento son imperativos y requieren la correspondencia y coincidencia, entre otros elementos, de la tarifa determinada dentro del rango prescrito por la ley. En ese orden, como la facultad impositiva del municipio de Cali se restringe por lo dispuesto en la ley, es claro que la entidad territorial, al momento de fijar la tarifa del impuesto de industria y comercio para las actividades descritas en el artículo 7 del Acuerdo 0357 de 2013, debió respetar los límites impuestos por el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, en concordancia con el artículo 196 del Decreto 1333 de 1986. En suma, el municipio solo podía imponer una tarifa dentro del rango del dos (2) al diez (10) por mil para los servicios de aseo y cafetería, de vigilancia y de servicios temporales. En consecuencia, debido a que el aparte de la norma acusada expedida por el Concejo Municipal de Santiago de Cali gravó los mencionados servicios con el impuesto de industria y comercio a la tarifa del 16% en la parte correspondiente al AIU, sin tener en cuenta los rangos fijados por la ley, resulta evidente que el precepto demandado trasgredió el ordenamiento superior al cual debió ajustarse, lo que lleva a declarar la nulidad parcial, en cuanto a la tarifa se refiere. Comoquiera que la anulación de la tarifa en cuestión (16%) deja desprovisto de ese elemento al gravamen, se declarará la nulidad de la misma, condicionada a que respecto de las actividades de servicios previstas en el citado artículo 7 del Acuerdo 0357 de 2013 del Concejo Municipal de Santiago de Cali se aplicará la tarifa del diez (10) por mil, «otras actividades de servicios», prevista en el artículo 8 del mismo acuerdo”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de marzo de 2019, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 76001-23-33-000-2014-00464-01 \(21896\).](#)

Aclaración de voto del consejero Milton Chaves García

NULIDAD CONDICIONADA DE LA TARIFA DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO PARA LOS SERVICIOS INTEGRALES DE ASEO Y CAFETERÍA, VIGILANCIA Y SERVICIOS TEMPORALES EN LA PARTE CORRESPONDIENTE AL AIU EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI - Improcedencia / ANULACIÓN DE LA TARIFA DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO PARA LOS SERVICIOS INTEGRALES DE ASEO Y CAFETERÍA, VIGILANCIA Y SERVICIOS TEMPORALES EN LA PARTE CORRESPONDIENTE AL AIU EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI POR EXCEDER EL LÍMITE TARIFARIO - Aplicación de tarifa residual para otras actividades de servicios / MODIFICACIÓN DE LA TARIFA RESIDUAL DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO PARA OTRAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI - Procedencia

Tesis: “[D]ebo aclarar mi voto por cuanto no era necesario condicionar la decisión porque, al contrario de lo señalado en la providencia, no se dejaba sin tarifa del impuesto a las actividades de servicios de aseo cafetería; vigilancia, y de servicios temporales; lo anterior teniendo en cuenta que, como lo advierte el fallo, el artículo 7 del mismo Acuerdo demandado estableció como tarifa residual para “otras actividades de servicios” el diez por mil. Esta tarifa residual puede ser modificada por el Concejo Municipal cuando así lo considere necesario. Es por ello que no debió condicionarse la providencia, porque podrá dar a entender, equivocadamente, que la tarifa del diez por mil es la única aceptable legalmente”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de marzo de 2019, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 76001-23-33-000-2014-00464-01 \(21896\), AV consejero Milton Chaves García.](#)

28. Es legal la facultad atribuida al Ministerio de Agricultura por el Decreto 2537 de 2015, para que asuma la administración temporal de las contribuciones parafiscales agropecuarias, pesqueras y de desarrollo rural.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad del Decreto 2537 de 2015, reglamentario de la Ley 1753 de 2015, en cuanto a la administración temporal de las contribuciones parafiscales del sector agropecuario, pesquero y de desarrollo rural por parte del Ministerio de Agricultura. La Sala concluyó que dicha normativa se ajusta a derecho, dado que permite materializar de forma razonable el propósito de proteger el recaudo y la administración de tales rentas parafiscales y que la atribución al ministerio de la referida facultad no constituye una sanción para el administrador del fondo parafiscal, sino una medida preventiva tendiente a proteger los recursos del mismo, así como a garantizar el cumplimiento de sus fines.*

ADMINISTRACIÓN TEMPORAL DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DEL SECTOR AGROPECUARIO, PESQUERO Y DE DESARROLLO RURAL POR EL MINISTERIO DE AGRICULTURA - Legalidad / ADMINISTRACIÓN TEMPORAL DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DEL SECTOR AGROPECUARIO, PESQUERO Y DE DESARROLLO RURAL POR EL MINISTERIO DE AGRICULTURA – Naturaleza jurídica / TOMA DE ADMINISTRACIÓN TEMPORAL DE FONDOS PARAFISCALES POR EL GOBIERNO NACIONAL - Circunstancias habilitantes / TOMA DE ADMINISTRACIÓN TEMPORAL DE FONDOS PARAFISCALES POR EL GOBIERNO NACIONAL AUTORIZADA POR EL DECRETO 2537 DE 2015 - No establecimiento de procedimiento administrativo especial / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS PARAFISCALES - No establecimiento de cláusulas exorbitantes ni de incumplimiento contractual por el Decreto 2537 de 2015

Problema jurídico: *¿El Decreto 2537 de 2015, expedido por el Gobierno nacional en cumplimiento del mandato contenido en el inciso 3° del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, desconoce normas superiores?*

Tesis: “[P]ara esta Corporación, la administración temporal de los fondos parafiscales por parte del Ministerio de Agricultura que regula este decreto no constituye una sanción, sino una medida preventiva ante situaciones particulares que pueden poner en riesgo los recursos del fondo parafiscal, o el cumplimiento de sus objetivos. La administración temporal del fondo no se encamina a determinar la responsabilidad del administrador del fondo, sino que se establece con el fin de proteger sus recursos, y garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que dieron lugar a su creación y operación. Así, la decisión administrativa relativa a asumir la administración temporal del fondo debe evaluarse con miras a cumplir esos objetivos, y no a determinar la responsabilidad del administrador. La toma de administración temporal del fondo no supone en sí misma un castigo, ni limita la capacidad del administrador de reasumir tal condición, al punto que (...) el propio decreto contempla el supuesto de que el administrador reasuma su encargo, una vez se cumpla el término de la administración temporal. El decreto demandado no se ocupa de fijar sanciones o inhabilidades contractuales al administrador como consecuencia de la asunción temporal de la administración del fondo. Por otra parte, el decreto no crea un procedimiento para la toma de administración de los fondos parafiscales por parte del gobierno: El decreto no fija requisitos, cargas o términos que deba observar el administrador del fondo de recursos parafiscales para retomar la administración, ni establece trámites especiales para la emisión del acto por el cual se decide la asunción de la administración del fondo. Además, la obligación de sustentar la toma de administración en un acto motivado no constituye en sí misma un procedimiento que afecte derechos contractuales. Como el decreto no impone un procedimiento administrativo especial para la toma de administración temporal de los fondos, sino que define las circunstancias que habilitan al Ejecutivo para hacerlo, tampoco requiere establecer condiciones especiales para el ejercicio del derecho de defensa o el debido proceso del particular que crea vulnerados sus derechos con la expedición del acto particular que así lo ordene. Así lo sostuvo la propia Corte Constitucional (...) Tampoco puede sostenerse que el decreto demandado establece cláusulas exorbitantes relativas a los contratos de administración de fondos parafiscales, o que se ocupe del incumplimiento contractual. La existencia de una o varias de las razones especiales definidas por el decreto que habilitan la asunción de administración temporal del fondo parafiscal hace parte de un examen diferente de la responsabilidad que pueda endilgársele al administrador como parte en el contrato, lo cual deberá examinarse a la luz de las obligaciones a su cargo contenidas en este, en el marco de los procedimientos establecidos en la ley para ello (...) Para la Sala, no se demuestra una desviación de poder en este caso, pues nada en el texto del decreto ni en las circunstancias de su expedición lleva a concluir que se pretendía expedir una norma contraria a los fines propios de la administración de recursos públicos, o en detrimento particular de una organización encargada de la administración de fondos parafiscales. La norma acusada define un conjunto de situaciones que pueden dar lugar a la asunción de la administración de un fondo parafiscal manejado por agremiaciones particulares, por el término señalado en el mismo decreto, sin ocuparse de la situación particular de Fedegán ni de ninguna otra agremiación (...) Como se expuso anteriormente, el decreto demandado no tiene por objeto la imposición de sanciones, pues la delimitación de las razones especiales de administración temporal de los fondos parafiscales que regula no tiene ese carácter. Por tanto, no cabe interpretar que su expedición días antes de la expiración de un contrato en particular constituye una sanción contra el contratista, ni que haya un desvío de poder por parte de la Administración al no permitir el ejercicio del derecho de defensa ante esa decisión: si las razones especiales no tienen carácter sancionatorio, el decreto general que las recoge no constituye la imposición de una sanción especial de la que haya que defenderse. Por otra parte, no se entiende vulnerado el principio de confianza legítima

en las decisiones de la Administración: la prórroga del contrato de administración no es un derecho adquirido de la agremiación contratista a la que se le vence el contrato, por lo que no pueden tomarse las razones especiales contenidas en el decreto, incluyendo el vencimiento del término del contrato, como el desconocimiento de un derecho subjetivo de la agremiación contratante. Las asociaciones que ostentan el manejo de dichos recursos no lo hacen como administradores naturales, sino en la medida en que cumplen con los requisitos legales para desarrollar su gestión, en los términos generales indicados en la ley, y los particulares fijados en cada contrato. A juicio de la Sala, no se vulnera la prohibición de aplicación retroactiva de la ley, pues la reglamentación contenida en el decreto, dado su carácter general y abstracto, está llamada a regular las decisiones sobre administración temporal de los fondos parafiscales que se tomen después de su promulgación. Las razones planteadas por el Gobierno en cada caso concreto solo serían objeto de escrutinio en el examen de legalidad del acto administrativo particular que así lo disponga. (...) Una vez efectuado el análisis de las normas reglamentarias demandadas a la luz de lo dispuesto por el legislador en la ley reglamentada, la Sala concluye que no se desconocieron en este caso los límites legales y constitucionales de la ley, sino que por el contrario, sus disposiciones permiten materializar de manera razonable el propósito de proteger el recaudo y la administración de las rentas parafiscales. En consecuencia, la Sala negará las pretensiones de la demanda”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de marzo de 2019, C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2016-00026-00 \(22456\) y 11001-03-24-000-2016-00135-00 \(23574\) Acumulados.](#)

29. El retiro de inventarios para su uso en la actividad económica del sujeto pasivo está gravado con IVA cuando la nueva actividad tiene un fin diferente a la gravada (que no otorgue derecho a impuestos descontables), evento en el cual el responsable debe reconocer y devengar la respectiva cuota del impuesto por la operación de autoconsumo.

Síntesis del caso: *La DIAN modificó la declaración del impuesto sobre las ventas IVA presentada por un contribuyente por el tercer bimestre del 2011, en el sentido de adicionar al impuesto generado a la tarifa del 16%, el valor de los barriles de petróleo que la empresa reinyectó en el proceso de extracción del crudo durante los meses de mayo y junio de 2011, así como de disminuir el saldo a favor e imponer sanción por inexactitud. Lo anterior, porque consideró que, a la luz del literal b) del artículo 421 del E.T., dicho procedimiento constituyó un retiro de inventarios (autoconsumo) gravado con IVA. La Sala concluyó que el autoconsumo mediante retiro de inventarios está gravado con el impuesto sobre las ventas (IVA) siempre y cuando el retiro de los bienes que integran el inventario implique cambiar su destino a una actividad que no otorga derecho a impuestos descontables en el IVA. En consecuencia, confirmó la nulidad del acto acusado tras concluir que la demandante no realizó el hecho generador del IVA por autoconsumo, toda vez que el petróleo reinyectado fue destinado a la misma actividad de extracción y explotación de crudo, de manera que no se destinó a una actividad distinta de su proceso productivo, que adicionalmente tuviera un régimen diferenciado en materia de impuestos descontables.*

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA - Hecho generador / AUTOCONSUMO O AUTOPRODUCCIÓN PARA EFECTOS DEL IVA - Noción / AUTOCONSUMO PARA EFECTOS DEL IVA - Eventos en los que se configura / RETIROS DE BIENES CORPORALES MUEBLES HECHOS POR EL RESPONSABLE DE IVA PARA SU USO - Alcance. Autoconsumo por cambio de destino de los bienes retirados del inventario para su uso dentro del proceso productivo del mismo sujeto pasivo de

IVA / IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS SOBRE RETIROS DE BIENES CORPORALES MUEBLES HECHOS POR EL RESPONSABLE DE IVA PARA SU USO - Objeto / IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS SOBRE RETIROS DE BIENES CORPORALES MUEBLES HECHOS POR EL RESPONSABLE DE IVA PARA SU USO - Causación / AUTOCONSUMO GRAVADO CON IVA POR RETIRO DE INVENTARIOS - No configuración / AUTOCONSUMOS POR RETIRO DE INVENTARIOS NO GRAVADOS CON IVA / AUTOCONSUMO POR CAMBIO DE DESTINO DE BIENES RETIRADOS DEL INVENTARIO PARA SU USO DENTRO DEL PROCESO PRODUCTIVO DEL MISMO SUJETO PASIVO DE IVA - Presupuestos para gravarlo con IVA / REINYECCIÓN DE CRUDO DENTRO DEL PROCESO PRODUCTIVO DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL PETRÓLEO - No configuración del hecho generador del IVA por autoconsumo

Problemas jurídicos: *¿Los consumos de crudo realizados por la sociedad demandante constituyen un supuesto de autoconsumo gravado con IVA, a la luz de la letra b) del artículo 421 del ET? ¿De considerarse así, procede la sanción por inexactitud impuesta por la administración en el acto demandado?*

Tesis: “[E]l artículo 421 del ET incluye en la estructura del hecho generador del IVA aquello a lo que la doctrina ha identificado como «*autoconsumo*» o «*autoproducción*», pero se abstuvo de definir el concepto, pues se limita a señalar los casos en que resulta gravado. Para la Sala, existe autoconsumo cuando el responsable del impuesto destina a su proceso productivo bienes que previamente ha adquirido o producido; o cuando los destina para su uso personal, consumo privado o los transfiere de manera gratuita a un tercero. Así, en función del destino que el responsable del impuesto le dé a los bienes retirados del inventario, puede suceder que los emplee para satisfacer necesidades ajenas a su actividad empresarial (*i.e.* cuando los transfiere a su patrimonio personal, para su consumo particular, o gratuitamente a un tercero); o, por oposición, que los utilice en el marco de su actividad empresarial. En esta oportunidad, la Sala fija su atención exclusivamente en el análisis de los supuestos de autoconsumo que consisten en el cambio de destino de los bienes retirados del inventario para emplearlos dentro del proceso productivo del mismo sujeto pasivo de IVA, toda vez que en el *sub examine* el retiro de petróleo revisado en los actos acusados se llevó a cabo para emplearlo nuevamente dentro de la actividad empresarial desarrollada por la demandante, cuestión que está regulada en la letra b) del artículo 421 del ET en el aparte en que señala que se consideran ventas «*los retiros de bienes corporales muebles hechos por el responsable para su uso*». En la regulación que lleva a gravar ese supuesto de autoconsumo subyace un elemento que no se puede obviar en el análisis de la disposición: preservar la neutralidad del tributo, mediante la causación del IVA, cuando el empresario destine los bienes retirados a una actividad económica que no dé derecho al descuento del IVA pagado. En ese sentido, esta Sección aclaró en sentencia del 23 de agosto de 2007 (exp. 15210; CP: María Inés Ortiz Barbosa) que no constituye un «*retiro de inventarios*» gravado con la letra b) del artículo 421 del ET que el responsable de IVA disponga del inventario para emplearlo como insumo para la obtención final de un bien exento; y, por la misma razón, en la presente ocasión, observa la Sala que cuando los bienes retirados del inventario son incorporados como materia prima en un proceso productivo gravado, no da lugar a la causación de IVA, toda vez que generaría un nuevo impuesto descutable sobre los mismos bienes. Tales razonamientos, explicados por la doctrina, residen en la disposición comunitaria mencionada por la demandante en el escrito de alegatos de conclusión, pues el artículo 9.º de la Decisión 599 de 2004 de la CAN señala que «*con motivo del retiro de bienes por parte del sujeto pasivo del IVA, para un fin distinto a la actividad gravada, se genera el impuesto sobre una base gravable constituida por el valor comercial del bien*»; también en la letra c) del artículo 421 del ET, al disponer que se considera venta la transformación de bienes gravados en bienes no gravados, cuando los primeros hubieren sido construidos, fabricados, elaborados, procesados, por quien efectúa la incorporación o transformación; y en la letra b) de la misma norma, en la medida en

que grava el retiro bienes corporales muebles efectuado por el responsable para su uso o para formar parte de los activos fijos de la empresa. Por consiguiente, para la Sala, el retiro de inventarios, para uso de los respectivos bienes en la actividad económica del sujeto pasivo, está gravado con IVA cuando la nueva actividad tiene un fin diferente a la actividad gravada (que no otorgue derecho a impuestos descontables). Cumplidas esas condiciones, el responsable deberá reconocer y devengar la respectiva cuota del impuesto por la operación de autoconsumo (...) [C]onviene señalar que, de conformidad con lo considerado en el fundamento jurídico nro. 2 de esta providencia, la modalidad de autoconsumo interno bajo análisis está gravada con IVA siempre y cuando el retiro de los bienes que integran el inventario implique cambiar el destino de estos a una actividad que no otorga derecho a impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas. Para comprobar la concurrencia de los presupuestos propios para la realización de la primera modalidad de autoconsumo interno, la Sala juzga que el acto administrativo objeto de control de juridicidad no acredita: (i) que el crudo usado en las actividades de extracción estaba registrado en la cuenta del inventario; y (ii) que los barriles en cuestión fueron destinados a una actividad cuyo régimen de descuento de impuestos asumidos era distinto a la de su afectación inicial. Por el contrario, del plenario se extrae que la DIAN modificó la autoliquidación de IVA presentada por la demandante, bajo la consideración de que el mero retiro de un activo del inventario constituye un hecho gravado con IVA en virtud del artículo 421 del ET. De hecho, a juicio de la entidad demandada «una vez se verifique el retiro conforme lo estipula el literal b) del artículo 421 del Estatuto Tributario, se da el hecho generador independientemente de la destinación o uso que se dé a los mismos» (...) A la luz de las consideraciones expuestas, la Sala considera que la demandante no realizó el hecho generador del IVA por autoconsumo, toda vez que se encuentra acreditado que el petróleo fue destinado a la misma actividad de extracción y explotación de crudo, de manera que no se destinó a una actividad distinta que adicionalmente tuviera un régimen diferenciado en materia de impuestos descontables”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de febrero de 2019, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 25000-23-37-000-2014-00690-01 \(23479\).](#)

30. Para efectos del descuento especial en el impuesto sobre las ventas IVA por adquisición de maquinaria industrial, previsto en el artículo 485-2 del E.T., se fijó el alcance de esa maquinaria en el sentido de entenderla como un todo utilizado para la obtención o transformación de productos en la actividad desarrollada por el contribuyente.

Síntesis del caso: *Se negó la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre las ventas del segundo periodo del 2007 que presentó un contribuyente, para rechazar, por improcedentes, los impuestos descontables que registró por el IVA pagado en la adquisición de maquinaria industrial, con el argumento de que se trataba de compra de repuestos, elementos anexos y servicios que no ostentan ese carácter. La Sala concluyó que no había lugar a reconocer el referido descuento porque los bienes y servicios adquiridos por la demandante no encajaban en la noción de maquinaria industrial, cuyo alcance fijó en el sentido de entenderla como un todo utilizado para la obtención o transformación de productos en la actividad desarrollada por el contribuyente. Señaló que en ese concepto no se podían incluir las partes y repuestos incorporados a las plantas industriales de la demandante, porque el descuento recae sobre la maquinaria industrial y no sobre sus componentes considerados individualmente.*

DESCUENTO ESPECIAL DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA POR ADQUISICIÓN DE MAQUINARIA INDUSTRIAL - Alcance de la expresión

maquinaria industrial / DESCUENTO ESPECIAL DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA POR ADQUISICIÓN DE MAQUINARIA INDUSTRIAL – Requisitos / DESCUENTO ESPECIAL DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA POR ADQUISICIÓN DE MAQUINARIA INDUSTRIAL - Procedencia / BENEFICIOS O INCENTIVOS TRIBUTARIOS - Interpretación restringida / BENEFICIOS O INCENTIVOS TRIBUTARIOS - Principio de taxatividad. Alcance / DESCUENTO ESPECIAL DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA POR ADQUISICIÓN DE BIENES Y SERVICIOS INCORPORADOS A PLANTA INDUSTRIAL DEL CONTRIBUYENTE - Improcedencia / DESCUENTO ESPECIAL DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA POR ADQUISICIÓN DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN INCORPORADOS A PLANTA INDUSTRIAL DEL CONTRIBUYENTE - Improcedencia

Problemas jurídicos: *¿Procede el descuento especial en el impuesto sobre las ventas IVA, previsto en el artículo 485-2 del Estatuto Tributario, sobre los bienes que fueron incorporados a las plantas industriales de la empresa demandante? ¿Cuál es el alcance del concepto maquinaria industrial sobre el cual recae dicho beneficio tributario?*

Tesis: “El artículo 485-2 *ibídem* contempla un tratamiento especial para los contribuyentes del régimen común, los productores de bienes exentos y exportadores que adquieran o importen maquinaria industrial, consistente en que el IVA pagado por ese bien puede llevarse como descontable en la declaración del impuesto sobre las ventas. Se dice que es un “tratamiento especial” en la medida en que constituye una *excepción temporal* a la prohibición de descontar el impuesto a las ventas pagado por la adquisición o importación de activos fijos consagrada en el artículo 491 del Estatuto Tributario, que hace que por regla general, ese tributo se lleve como mayor valor del activo en el impuesto de renta. El propósito y la finalidad de este incentivo, se concreta, según los antecedentes de la ley en *“estimular la inversión productiva, corrigiendo el sesgo antiinversión asociado a un IVA tipo renta, en el que el impuesto aumenta el costo de adquisición, lo que implica una disminución del costo del uso del capital en Colombia y por consiguiente, estímulos directos a la reactivación económica para los demás sectores de la economía”*. En otras palabras, lo que se buscaba era estimular la inversión en nueva maquinaria industrial, lo que impedía el tratamiento tributario que tenía el IVA generado por la adquisición o importación de activos fijos, que no era descontable en esa operación y solo incidía en el impuesto a la renta como un costo generado en la actividad productora. 2.1.1. En dicho contexto, el descuento especial fue restringido a los bienes que constituyan “maquinaria industrial”, expresión que no fue definida por la normativa tributaria, pero en su sentido natural hace referencia a un conjunto de máquinas utilizadas para la obtención o transformación de productos. Si bien, estos artefactos se componen de varias piezas, la ley fue explícita en establecer el beneficio sobre la máquina vista como un “todo”, y no sobre las partes que la conforman. Por tanto, el descuento no procede sobre piezas o repuestos o servicios requeridos para el funcionamiento de las máquinas o de la planta industrial de los contribuyentes. Y ello es así, porque la ley condicionó el descuento especial a un determinado tipo de bien: “máquina”, y a un uso determinado: “procesos industriales”. No puede perderse de vista que la interpretación de las normas que regulan los beneficios tributarios es restrictiva y excluye cualquier similitud o analogía que no haya sido expresamente prevista en la ley. Por eso, como beneficio tributario a favor de ciertos contribuyentes, el descuento de IVA opera bajo el *principio de taxatividad*, que parte de la existencia de una norma expresa en la que se consagre dicha prerrogativa y restringe su aplicación a los casos que en ella se tipifiquen. Si es así, como lo cree la sala, no es procedente extender el descuento a bienes que no fueron contemplados en el artículo 485-2 del Estatuto Tributario, pues la norma, únicamente consagró el beneficio sobre la adquisición de maquinaria industrial, de donde se sigue, que el legislador quiso establecer un incentivo tributario únicamente sobre ese tipo de inversión. En tal sentido, el derecho al descuento especial de IVA surge por la compra de maquinarias industriales, entendidas como un todo utilizadas para la obtención o

transformación de productos, en la actividad desarrollada por el contribuyente. (...) 2.4. De acuerdo con el análisis normativo y las pruebas allegadas al expediente, la Sala encuentra que no es procedente el descuento especial sobre los bienes enlistados en el numeral 2.3., toda vez que estos son partes y repuestos incorporados a las plantas industriales de la empresa, pero no una maquinaria industrial, en el sentido expuesto en esta sentencia. Lo anterior, se corrobora en los conceptos y el dictamen pericial de expertos técnicos en la materia –ingenieros mecánico, industrial y civil- que soportan que tales bienes constituyen piezas y repuestos que entraron a formar parte de las máquinas de la empresa. De modo que, no tienen la condición de maquinaria industrial, sino de componentes de la misma sobre la cual no procede el beneficio, como se explicó en líneas atrás. En efecto, como bien lo diferencia el artículo 485-2 del Estatuto Tributario, el descuento especial de IVA solo recae sobre la maquinaria industrial, y no sobre sus componentes considerados individualmente. Pero además, se aclara que el hecho de que los bienes estén ubicados en la planta de la sociedad, es decir, en la fábrica en que se realizan los procesos productivos de la empresa, no determina que sobre estos proceda el beneficio tributario, sino que tengan la calidad de maquinaria industrial, porque ese fue el requisito previsto en la ley. 2.5. Tampoco procede el beneficio respecto de los servicios y los materiales de construcción relacionados en listado del numeral 2.3., aunque tuvieren por objeto la puesta en funcionamiento de la maquinaria. Y, ello es así, porque en el caso del descuento especial, la normativa tributaria consagró el beneficio sobre los bienes que tuvieran la condición de maquinaria, razón por la que los servicios de reparación o mantenimiento de los mecanismos no pueden llevarse como descontable invocando esta norma excepcional. 2.6. De acuerdo con las consideraciones expuestas, se confirma el rechazo del descuento especial ordenado en los actos demandados”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 14 de marzo de 2019, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 76001-23-33-000-2013-00858-01 \(22202\).](#)

Salvamento de voto del consejero Milton Chaves García

DESCUENTO ESPECIAL DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA POR ADQUISICIÓN DE MAQUINARIA INDUSTRIAL - Justificación / PROHIBICIÓN DE DESCUENTO DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA POR ADQUISICIÓN O IMPORTACIÓN DE ACTIVOS FIJOS - Efectos / IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA POR ADQUISICIÓN O IMPORTACIÓN DE ACTIVOS FIJOS - Tratamiento tributario / MAQUINARIA INDUSTRIAL - Noción / DESCUENTO ESPECIAL DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA POR ADQUISICIÓN O IMPORTACIÓN DE PARTES Y REPUESTOS PARA MAQUINARIA INDUSTRIAL - Procedencia

Tesis: “Al revisar la exposición de motivos de la Ley 788 de 2002, que en su artículo 40 adicionó el artículo 485-2 del Estatuto Tributario, el descuento especial fue justificado de la siguiente manera: *“con el fin de apoyar la actividad empresarial y la generación de empleo, se introducen algunos incentivos a la inversión productiva, entre los cuales se destaca el descuento del IVA en la compra de maquinaria industrial, corrigiendo el sesgo anti-inversión asociado a un IVA tipo renta, en el que el impuesto aumenta el costo de adquisición”*. La corrección a la que se refiere la exposición de motivos es la del efecto que genera la prohibición de descontar el impuesto sobre las ventas pagado en la adquisición de activos fijos, contenida en el artículo 491 del E.T. La improcedencia del descuento en IVA hace que se maneje como un mayor costo en el impuesto sobre la renta. Lo que pretende la norma es que el impuesto al valor agregado pagado por activos fijos, que correspondan a maquinaria industrial, pueda ser descontando del IVA generado por el responsable. La expresión “maquinaria industrial” no tiene una definición legal, por lo que

atendiendo el diccionario de la real academia de la lengua, maquinaria es un “Conjunto de máquinas para un fin determinado”, industrial “relativo a la industria”, esto es, el “conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales”. Atendiendo el sentido natural y obvio de la expresión, maquinaria industrial se refiere a máquinas para transformación, elaboración o transporte de bienes. La intención de la Ley también era estimular la industrialización de las empresas. A partir de este entendimiento, los bienes por los que el contribuyente solicitó el descuento especial y que denominó “planta industrial de producción de concentrados balanceados”, “planta industrial de harinas o de producción de proteína comestible” y “planta industrial automatizada de beneficio de pollo” en los que se incorporan una serie de elementos que integran dichas plantas, constituyen maquinaria industrial, como se acreditó en el expediente con el dictamen pericial practicado. El hecho que individualmente, puedan denominarse partes o repuestos no desvirtúa su unidad como maquinaria industrial, al contrario así lo acreditaron el informe técnico y el dictamen. No fue objeto de discusión que dichas “partes y repuestos” que integran las plantas industriales tienen un tratamiento de activos fijos y como tales, el IVA pagado en su adquisición no da derecho al descuento regular, conforme el art. 491 del E.T. Por tanto, procedía el descuento especial en el impuesto sobre las ventas por el periodo objeto de discusión, atendiendo al artículo 485-2 del E.T.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 14 de marzo de 2019, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 76001-23-33-000-2013-00858-01 \(22202\), SV consejero Milton Chaves García.](#)

31. Se anulan las normas que establecieron los plazos para declarar y pagar el impuesto de vehículos sobre los automotores oficiales matriculados en el Departamento de Antioquia, respecto de las vigencias fiscales 2000 a 2006.

Síntesis del caso: *Se anularon las disposiciones de los Decretos 30 de 2000, 364 de 2001, 77 de 2002, 510 de 2002, 2107 de 2002, 1948 de 2003, 2597 de 2004 y 0181 de 2006, en las que el Gobernador de Antioquia fijó los plazos para declarar y pagar el impuesto de vehículos sobre los automotores oficiales matriculados en ese Departamento, respecto de las vigencias fiscales 2000 a 2006. Para el efecto, la Sala concluyó que el Gobernador no está facultado para establecer dichos plazos en relación con los vehículos oficiales, porque la Ley 488 de 1998 no los gravó con el impuesto en mención, debido a la ausencia de la tarifa, que constituye uno de sus elementos esenciales.*

DEFINICIÓN DE VEHÍCULOS PARTICULARES Y OFICIALES - Diferencia. Reiteración de jurisprudencia / IMPUESTO DE VEHÍCULOS SOBRE AUTOMOTORES DE USO OFICIAL - Inexistencia. Reiteración de jurisprudencia / FIJACIÓN DE PLAZOS PARA LA DECLARACIÓN Y PAGO DEL IMPUESTO DE VEHÍCULOS SOBRE AUTOMOTORES OFICIALES - Ilegalidad. Extralimitación de facultades por parte de la Gobernación de Antioquia / FACULTAD O AUTONOMÍA IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Extralimitación

Problema jurídico: *¿El Departamento de Antioquia podía fijar los plazos para declarar y pagar el impuesto de vehículos sobre automotores oficiales?*

Tesis: “2.3 En cumplimiento de la función de fijar los plazos para declarar y pagar el impuesto de vehículos el Gobierno Departamental expidió los Decretos 30 de 2000, 364 de 2001, 77 de 2002, 510 de 2002, 2107 de 2002, 1948 de 2003, 2597 de 2004 y 0181

de 2006. En los decretos señalados, específicamente, en los párrafos demandados, la administración departamental estableció que los propietarios de **vehículos oficiales** debían sujetarse a los plazos allí determinados para declarar y pagar el impuesto (...) [E]sta Sección tuvo oportunidad de pronunciarse en la sentencia de 12 de marzo de 2012, en los siguientes términos: (...) [S]e colige para la Sala, que tanto en vigencia del antiguo como del nuevo Código Nacional de Tránsito, los términos “vehículos particulares” y “vehículos oficiales” son diferentes, de manera que uno no se subsume dentro del otro, ni participan de elementos que los hagan similares en su uso o destinación. Por ello, no es posible jurídicamente que cuando se haga alusión al término “vehículos particulares” éste incluya a los vehículos oficiales o de propiedad de las entidades públicas, dada su distinta destinación. (...) 2.5 Así, dentro de los vehículos particulares no se incluyen los oficiales. Por esto, cuando el artículo 145 de la Ley 488 de 1998, fija las tarifas del impuesto sobre vehículos automotores, se refiere a los vehículos particulares es decir, a los destinados “a satisfacer las necesidades privadas de movilización de personas, animales o cosas”, no comprende los vehículos destinados al “servicio de entidades públicas”. En consecuencia, los vehículos oficiales no se encuentran gravados con el impuesto sobre vehículos automotores de que trata la Ley 488 de 1998 debido a la ausencia de uno de los elementos esenciales del tributo, la tarifa (...) 2.7 En consecuencia, los párrafos demandados en cuanto fijaron los plazos para declarar y pagar el impuesto de vehículos respecto de automotores oficiales, se tornaron en ilegales por el desconocimiento de los preceptos legales en que debían fundarse (...) 2.8 Por otra parte, la Sala enfatiza en que la ilegalidad advertida y por la que se declarará la nulidad de las normas demandadas no radica en el régimen de exenciones del tributo como lo expuso el Tribunal, sino en la extralimitación en la que incurrió la Gobernación de Antioquia al señalar los plazos para la declaración y pago del impuesto respecto de vehículos oficiales que la Ley 488 de 1998 no gravó”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de marzo de 2019, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 05001-23-33-000-2013-01147-01 \(22126\).](#)

XII . SECCIÓN QUINTA

32. Se declaró la nulidad de un aparte de Resolución expedida por el Consejo Nacional Electoral mediante la cual se abstuvo de investigar la trashumancia histórica denunciada.

Síntesis del caso: *Se demandó en simple nulidad, (i) la resolución N° 2478 del 22 de septiembre de 2015 por medio de la cual se dispuso, entre otras cosas, abstenerse de adelantar investigación por trashumancia electoral histórica, y (ii) la resolución 1640 del 12 de julio de 2017, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, ambas expedidas por el Consejo Nacional Electoral. Se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda puesto que los actos demandados adolecen de falta de motivación y de falsa motivación, respectivamente.*

MEDIO DE CONTROL DE SIMPLE NULIDAD – Contra acto administrativo del CNE que se abstuvo de iniciar investigación por trashumancia electoral histórica / RECURSO DE REPOSICIÓN – La respuesta extemporánea al mismo no constituye causal de nulidad del acto acusado

Problema jurídico 1: *¿La presunta respuesta inoportuna e ineficaz del Consejo Nacional Electoral al resolver el recurso de reposición que interpuso el demandante contra la Resolución N° 2478 del 22 de septiembre de 2015, constituye una razón para declarar la nulidad de las resoluciones demandadas?*

Tesis 1: “Al revisar la Resolución N° 0333 del 16 de marzo 2015 del CNE, que constituyó la norma procedimental que aplicó la demandada frente al análisis de la petición de trashumancia del accionante, no se advierte un término para la resolución del recurso de reposición contra la decisión de fondo, por lo que a juicio de la Sala, (...), la administración inicialmente tenía hasta 2 meses para resolver dicho medio de impugnación, pues una vez vencido dicho plazo se configura el silencio administrativo negativo (en materia de recursos), aunque ello no impide que el medio de impugnación se resuelva con posterioridad, “siempre que no se hubiere notificado auto admisorio de la demanda cuando el interesado haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”. En ese orden de ideas, es claro que la respuesta por parte del CNE al recurso de reposición interpuesto fue claramente extemporánea, máxime cuando tratándose de peticiones relativas a la trashumancia electoral, la administración debe responder de manera oportuna y eficaz (...), toda vez que está de por medio el debido ejercicio de la participación democrática, pues muy poca utilidad tiene una depuración del censo electoral después de celebrados los comicios, aunque los elementos de análisis correspondientes se hayan suministrado antes del cierre de aquél. En todo caso, la administración resolvió el recurso de reposición interpuesto el 12 de julio de 2017, momento para el cual ni siquiera se había presentado la demanda objeto de estudio (el 11 de enero 2018), de manera tal que no hay lugar a predicar que el CNE perdió competencia por el transcurso de tiempo para pronunciarse frente al referido medio de impugnación. (...). Añádase a lo expuesto, que (...) la respuesta extemporánea de las peticiones no constituye una situación que dé lugar anular los actos administrativos, pues en garantía de los derechos del ciudadano, el silencio de la administración por regla general debe entenderse como una respuesta negativa, que puede controvertirse en cualquier tiempo ante la jurisdicción, y en los casos expresamente señalados por el legislador, el silencio equivale a una respuesta favorable al peticionario que sólo puede ser revocada en los términos previstos por la ley (...), que por regla general exige el consentimiento previo y expreso del titular del derecho reconocido. (...). Por las razones expuestas, la resolución extemporánea del recurso de reposición no constituye una causal de nulidad de los actos acusados (salvo los casos enunciados), pues ante dicha situación el ordenamiento jurídico ha establecido otras vías procesales para reprochar y prevenir la mencionada conducta.”

MEDIO DE CONTROL DE SIMPLE NULIDAD – Se acogen pretensiones por falta de motivación y por falsa motivación

Problema jurídico 2: *¿El actuar del Consejo Nacional Electoral, concretado en la Resolución N° 2478 del 22 de septiembre de 2015, confirmada por la Resolución N° 1640 del 12 de julio de 2017, es correspondiente o no con el principio de legalidad, en punto específico a la trashumancia histórica que fue denunciada por el actor en sede administrativa y judicial?*

Tesis 2: “En cuanto a la falta de motivación, salta a la vista que el Consejo Nacional en el numeral 4° de la parte resolutive Resolución N° 2478 de 2015, determinó “abstenerse de adelantar investigación por trashumancia electoral histórica de conformidad con las consideraciones del presente acto”, pero al analizar la motivación del mismo, no se encuentra justificación alguna de tal decisión, pues en lo relativo a la trashumancia histórica la entidad se limitó a formular un concepto e indicar que puede investigar tal fenómeno de oficio, sin precisar las circunstancias fácticas y/o jurídicas para no investigar las situaciones atinentes a la denuncia del peticionario, expuestas en el escrito radicado el 27 de noviembre de 2014. (...). En consecuencia, el numeral 4° de la

parte resolutive de la Resolución N° 2478 del 22 de septiembre de 2015 debe anularse por falta de motivación, pues a través del mismo el Consejo Nacional Electoral determinó “abstenerse de adelantar investigación por trashumancia electoral histórica”, sin exponer de manera clara, precisa y concreta las razones de tal determinación, y por consiguiente, vulneró el derecho al debido proceso del demandante, máxime cuando la petición que elevó éste está íntimamente relacionada con las obligaciones de la mencionada entidad en materia de trashumancia. (...). Y fue precisamente esta situación [configuración de falsa motivación] la que tuvo lugar con la Resolución N° 1640 del 12 de julio de 2017, pues en esta al resolver el recurso de reposición (luego de casi 2 años) contra la Resolución 2478 de 2015, se indicó que se confirmaba la decisión de abstenerse de investigar la trashumancia histórica en Córdoba (Bolívar) denunciada por el accionante, porque éste en la petición inicial del 27 de noviembre de 2014 no suministró los nombres y cédulas relacionados con dicho municipio, lo cual es contrario a la realidad, pues el demandante en dicha solicitud relacionó los ciudadanos que a su juicio se encuentran en situación de trashumancia histórica, precisando respecto cada uno de ellos, nombres y apellidos, documento de identidad y lugar en el que verdaderamente residen según el SISBEN, de allí que de manera acertada mediante el presente medio de control se reprochara que el Consejo Nacional Electoral dejó de realizar la labor que le correspondía a pesar que le fueron suministrados los elementos de juicio para tal efecto. (...). Por lo tanto, la Resolución N° 1640 del 12 de julio de 2017 debe anularse, pues la misma de manera contraria a la realidad, justificó que el análisis de trashumancia histórica no se llevó a cabo porque el demandante no identificó a las personas presuntamente relacionadas con dicha situación, a pesar de que el actor sí cumplió con tal carga.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 14 de marzo de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2018-00049-00.](#)

Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araújo Oñate

TRASHUMANCIA HISTÓRICA – El estudio realizado por el CNE ha debido tener en cuenta el marco temporal señalado por el demandante / RESIDENCIA ELECTORAL – El lugar de nacimiento no es criterio para determinarla

Tesis: “[E]l Consejo Nacional Electoral incurrió en un error, pues el estudio de trashumancia histórica que se solicitó tenía como marco temporal los años 2011 a 2015 en la referida entidad territorial, por lo que el propósito del análisis consistió en establecer el fenómeno en dicho período y no en la actualidad. De allí, que el hecho consistente en que 530 ciudadanos no tengan registrado su documento de identidad en Córdoba (Bolívar) de conformidad con el censo electoral actual, no es justificación válida para excluir a los mismos del análisis trashumancia histórica, pues el objetivo de la prueba decretada fue realizar un estudio en el pasado, teniendo en cuenta la época aludida por el demandante. Que actualmente 530 personas no estén registradas en el municipio de Córdoba (Bolívar), no significa que para el período objeto de análisis no hubieran estado inscritas en dicha entidad territorial para ejercer el derecho voto, por lo que resultaba necesario revisar su situación a luz del concepto residencia electoral y bajo el contexto de la trashumancia histórica. (...). En suma, la entidad demandada no debió excluir del estudio de trashumancia histórica, las 530 cédulas de ciudadanía que agrupó bajo el criterio “NO DECIDE POR NO ESTAR EN EL CENSO ACTUAL”. (...).Lo anterior quiere decir, que de manera incorrecta la entidad demandada estableció que durante los años 2011 a 2015, 390 personas residieron para efectos electorales en Córdoba (Bolívar) y que no son trashumantes, producto de haber interpretado erróneamente, que el lugar de nacimiento es un criterio válido para establecer la residencia electoral, aunque ni la ley o la jurisprudencia lo consideran

como tal. (...). En ese orden de ideas, es incorrecto predicar que: (i) una persona materialmente no tiene relación electoral con el sitio en el que tiene inscrita su cédula de ciudadanía, por el hecho que su lugar de nacimiento no coincide con aquél. (ii) Dar por sentado que un ciudadano no es trashumante porque se encuentra inscrito para ejercer el derecho al voto en el municipio en que nació.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 14 de marzo de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2018-00049-00. A.V. de la magistrada Rocío Araújo Oñate.](#)

Salvamento de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

TRASHUMANCIA ELECTORAL – El medio de control de simple nulidad no era el adecuado y ha debido demandarse el acto de elección

Tesis: “A mi juicio, el asunto no podía tramitarse bajo el ropaje del medio de control de nulidad “simple” o de contenido electoral, toda vez que el acto que se demanda es intermedio y debió demandarse el acto de elección –acto definitivo- y plantear la censura respectiva con fundamento en la trashumancia y en el concepto de violación plantear las irregularidades frente al acto que se refiera a la inscripción de varias cédulas por adolecer de trashumancia. Incluso revisando los antecedentes jurisprudenciales que trajo a colación el fallo, advierto que fueron proferidos dentro del marco de acciones de nulidad electoral, no de “simple” nulidad o nulidad de contenido electoral. A mi juicio, el acto no podía demandarse escindido del acto que declaró la elección ni tampoco podían admitirse con fundamento en la acción de simple nulidad, porque aunado a lo anterior, se trata de un acto particular que incide en el declaratorio de la elección que es el definitivo y cuya demanda debe estar sometida a la caducidad de la acción de nulidad electoral. (...). Finalmente, encuentro que el acto acusado menos sería demandable individual y autónomamente en acción de nulidad de contenido electoral si lo que aconteció fue que el CNE se abstuvo de realizar la actividad que se pretendía de excluir las cédulas de ciudadanía por trashumancia, porque entonces en la realidad de los hechos no hubo decisión de fondo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 14 de marzo de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2018-00049-00. S.V. de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.](#)

Aclaración de voto del magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio

DEMANDA DE SIMPLE NULIDAD – Al haber sido admitida de esa manera la demanda, no ha debido incluirse ni resolverse uno de los problemas jurídicos propuestos

Tesis: “[A]claro mi voto en el sentido de señalar que al haberse admitido la demanda como de simple nulidad, en la fijación del litigio no se debió haber incluido ese problema jurídico [¿Si con la nulidad de las resoluciones N° 2478 del 22 de septiembre y 1640 del 12 de julio de 2017 expedidas por el Consejo Nacional Electoral, se puede acceder o no a la pretensión de retirar del censo electoral a los ciudadanos cuya prueba permita la exclusión del censo electoral en el municipio de Córdoba- Bolívar, únicamente a la fecha de los hechos?] por no ser propio de este medio de control, y por tanto no había lugar a hacer tal pronunciamiento en la sentencia. Además de lo anterior, considero que la demanda sí se hubiera podido admitir como de nulidad y restablecimiento de derecho, por tratarse de un acto de contenido particular, pero con la precisión de que se adecuaran las pretensiones de restablecimiento del derecho en el sentido

de que se solicitara ordenar al Consejo Nacional Electoral abrir la respectiva investigación por trashumancia histórica, por ejemplo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 14 de marzo de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2018-00049-00. A.V. del magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio.](#)

33. La ineptitud de la demanda solamente se configura ante la ausencia absoluta de invocación normativa y de concepto de violación.

Síntesis del caso: *En desarrollo de la audiencia inicial, la magistrada ponente resolvió la excepción de inepta demanda propuesta por la parte demandada, quien adujo la falta de mención de las normas demandadas y del concepto de violación. La excepción propuesta se declaró no probada, decisión que fue confirmada en súplica por la Sala, al comprobarse que no hay carencia absoluta de las normas invocadas y del concepto de violación.*

INEPTITUD DE LA DEMANDA – Se presenta solamente ante la ausencia absoluta de invocación normativa y de concepto de violación

Problema jurídico: *¿Se debe revocar o confirmar la decisión tomada en audiencia inicial mediante la cual se declaró no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por falta de invocación normativa y de desarrollo del concepto de violación?*

Tesis: “[E]l demandado planteó el evento dentro de la excepción de inepta demanda, consistente en la falta de invocación normativa y la falta de desarrollo del concepto de violación, argumento que converge en que la parte actora no podía fundamentarse en la violación a una sentencia de unificación. (...). Para la Sala, es claro que (...) el demandante debe invocar la norma que considera se transgrede y aparejado a ello, cuando se trata de desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo o del acto electoral, debe esgrimir la argumentación sobre las razones por las que éste infringe el ordenamiento jurídico que se menciona. (...). Puede decirse entonces, que serán aquellas situaciones o eventos extremos de carencia absoluta de invocación normativa o de argumentaciones que toquen los límites de lo absurdo, o cuando sea evidente o torticeramente incoherente, los que en dado caso podrían dar lugar a reputar inepta la demanda por la falta de invocación normativa y argumentativa del concepto de la violación y, eso sin olvidar, que el juez como máximo director del proceso y dada su competencia, se le impone solicitar al sujeto procesal que subsane la demanda. (...). Valga aclarar que la insuficiencia normativa o la poquedad del argumento sustento de la violación, es una consideración y predicamento propios de la sentencia de fondo, que en nada se relaciona con el requisito que permite reputar la demanda como apta, por cuanto, la indeterminación de los presupuestos de la censura de violación aparejada con la invocación normativa, en una etapa tan temprana como lo es la audiencia inicial, adelanta en forma preocupante y desnaturaliza la decisión de fondo que caracteriza a la sentencia que permite analizar la situación judicializada a partir de las pruebas recaudadas e incluso invierte el orden del proceso en el que ni siquiera aún se ha fijado el litigio. (...). [P]ara la Sala, en la causal 179-2 superior invocada en el libelo introductorio, pueden auparse las dos imputaciones de inhabilidad, a saber: (i) el ejercicio de autoridad en calidad de empleado público y (ii) la renuncia antes de finalizar el período para el cual fueron elegidos para lograr aspirar a otro cargo de elección popular de mayor jerarquía y así mismo, dentro de la labor del administrador de justicia, observar si el supuesto fáctico resultará debidamente probado para encuadrar en la causal, lo cual corresponde al estudio de fondo propio de la sentencia en la que se

analizará el derecho el conflicto o controversia y que no encuadra en los presupuestos de la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda para enervar la pretensión, en tanto no se advierte encaje dentro de la ausencia absoluta de argumentación, en un planteamiento de lo absurdo ni el trazos crasos de incoherencia argumentativa, que en nada hacen referencia a la prosperidad o no de las pretensiones de nulidad electoral. Por todo lo anterior, la Sala concluye que no le asiste razón al suplicante (...) porque además de la sentencia de unificación que se cita como referente, sí existe otra normativa y explicación conceptual más allá del mentado fallo que estructura la demanda en cuestión, y porque con el planteamiento que se hace en el recurso de súplica lo que se intenta es que el juez ingrese a dirimir aspectos que deben ser decididos en el fondo de asunto. En consecuencia, (...), se confirmará la decisión suplicada.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 7 de marzo de 2019, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-28-000-2018-00091-00.](#)

34. Se declaró la nulidad del acto de elección de la Representante a la Cámara Ángela María Robledo Gómez.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad de la elección de Ángela María Robledo Gómez, como Representante a la Cámara, aduciendo que estaba incurso en la prohibición de doble militancia. La Sala acogió las pretensiones de la demanda al considerar que se acreditó la causal alegada.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección de congresista por configurarse la prohibición de doble militancia

Problema jurídico 1: *¿El acto de designación-llamamiento de la señora Robledo Gómez como representante a la Cámara, contenido en la Resolución 1595 de julio 19 de 2018 expedida por el Consejo Nacional Electoral, es nulo porque la demandada presuntamente incurrió en la prohibición de doble militancia?*

Tesis 1: “Advierte la Sala que al regular la prohibición de doble militancia, el artículo 107 de la Constitución dispuso expresamente que quien siendo miembro de una corporación pública y decida presentarse a la siguiente elección por un partido distinto, deberá renunciar al menos doce meses antes del primer día de inscripciones. Este mandato fue reproducido en la Ley Estatutaria 1475 de 2011, cuyo artículo 2º estableció la obligación que tienen los integrantes de esas corporaciones de renunciar a la curul dentro del mismo lapso, cuando vayan a presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político diferente. (...). Entonces, es claro que la prohibición es aplicable a quienes aspiren a ser elegidos en las corporaciones públicas y en los demás cargos de elección popular, puesto que las normas constitucional y legal no incluyeron ninguna distinción en esta materia. Adicionalmente, cuando la persona ocupa una curul o desempeña un cargo de elección popular, reitera la Sala que la siguiente elección necesariamente debe entenderse aquella que sigue para las corporaciones públicas y para cualquier cargo de elección popular. Desde este punto de vista, las disposiciones que regulan la doble militancia no incluyeron excepciones en su aplicación, por lo cual no puede concluirse que la siguiente elección sea la que sigue para la corporación pública de la misma naturaleza, como lo expuso la señora agente del Ministerio Público en su intervención. Insiste la Sala en que la prohibición fue establecida expresamente para quienes aspiren a presentarse por otro partido en la siguiente elección, la cual corresponde a cualquiera que haya sido prevista para la misma corporación pública de la cual hace parte el candidato, para otra corporación y para cualquier otro cargo de

elección popular. Así, en virtud de las disposiciones constitucional y legal que sustentan la doble militancia, la renuncia a la curul que ocupa el candidato en la corporación pública debe ser presentada con doce meses de antelación al primer día de inscripciones para la dignidad a la cual aspire en cualquiera de las corporaciones públicas y cargos de elección popular. (...). [L]a señora Robledo Gómez no renunció a la curul que ocupaba en la Cámara de Representantes en los doce meses anteriores al primer día de inscripciones para el cargo de vicepresidente de la República, en la fórmula con el candidato Petro Urrego. (...). Considera la Sala que al tener la condición de representante a la Cámara por el Partido Alianza Verde, la señora Robledo Gómez tenía que renunciar a la curul que ocupaba en la citada corporación pública, con doce meses de antelación, si aspiraba a la Vicepresidencia de la República por una agrupación política distinta de aquella en la cual militaba. Al no haberlo hecho, como está demostrado en el proceso, concluye la Sala que la congresista demandada estaba incurso en la prohibición de doble militancia política prevista en los artículos 107 de la Constitución y 2º de la Ley Estatutaria 1475 de 2011.”

ESTATUTO DE LA OPOSICIÓN – Surgimiento del derecho personal de acceder al Congreso de la República

Problema jurídico 2: *¿La curul obtenida por la demandada, en virtud del mandato constitucional según el cual constituye un derecho personal que tienen los aspirantes que sigan en votos a quienes sean elegidos presidente y vicepresidente de la República de acceder al Congreso de la República, puede tenerse como excepción al régimen de la doble militancia?*

Tesis 2: “Por mandato de la disposición constitucional surge el derecho personal que tienen los aspirantes que sigan en votos a quienes sean elegidos presidente y vicepresidente de la República de acceder al Congreso de la República para el respectivo periodo. Dicha prerrogativa de orden superior también fue incluida en el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1909 de 2018, mediante la cual fueron adoptados el estatuto de la oposición política y algunos derechos de las organizaciones políticas independientes. (...). Se trata de una figura nueva en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación queda materializada en la designación como congresista de quien adquiere el derecho personal de ocupar la curul en las cámaras, como ocurrió mediante la Resolución 1595 de 2018 expedida por el Consejo Nacional Electoral. (...). Este derecho propio de carácter personal reconocido por los artículos 112 de la Carta Política y 24 de la Ley 1909 de 2018, como garantía a la oposición, fue el que llevó al Consejo Nacional Electoral a declarar-llamar, mediante el acto acusado, que la señora Robledo Gómez tenía el derecho a ocupar la curul en la Cámara de Representantes para el periodo 2018-2022. Sin embargo, advierte la Sala que el derecho personal que tiene el candidato en virtud de dicho mecanismo no puede tenerse como excepción al régimen de la doble militancia, dado que las normas constitucional y legal no establecieron ninguna limitación en este sentido. Al regular esta prohibición, las respectivas disposiciones fueron claras al señalar que quien decida presentarse a la siguiente elección, en este caso para la escogencia de presidente y vicepresidente, deberá renunciar a la curul que ocupa en la corporación pública al menos doce meses antes del primer día de inscripciones. Como la señora Robledo Gómez ocupaba el cargo en la Cámara de Representantes por el Partido Alianza Verde, la elección siguiente era aquella convocada para elegir al presidente y vicepresidente de la República. Reitera la Sala que la obligación de renunciar contemplada en el artículo 107 de la Carta Política y 2º de la Ley Estatutaria 1475 de 2011 es aplicable a la aspiración a las corporaciones públicas y a cualquier otro cargo de elección, incluyendo la Vicepresidencia de la República como fórmula de quien busca detentar la primera magistratura del Estado. (...). Al estar configurada la doble militancia en el momento de la inscripción para la Vicepresidencia de la República, la prohibición constitucional y legal resulta aplicable para la posterior designación en la Cámara de Representantes debido a que su acceso a esta corporación pública, gracias al derecho personal

reconocido a la oposición, obedeció precisamente a su aspiración a dicho cargo como fórmula del candidato a la Presidencia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 25 de abril de 2019, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2018-00074-00.](#)

Salvamento de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

DOBLE MILITANCIA - Causal no aplicable a elección de Presidente y Vicepresidente de la República

Tesis: “[L]a mayoría no advirtió que la causal de doble militancia definida para los “miembros de corporaciones públicas” no podía aplicarse a la situación bajo examen con fundamento en las explicaciones que prosiguen. (...). Las causales de inelegibilidad para la elección de presidente y vicepresidente de la República disponen de naturaleza constitucional. (...). [E]s claro que en cuanto concierne al cargo de Presidente de la República, y por contera al de Vicepresidente, dada la inescindible relación que los vincula, toda previsión legal debe despojarse de cualquier alcance que establezca límites de acceso no contemplados en la Constitución Política. (...). En los estudios realizados por la Sala Electoral del Consejo de Estado, la doble militancia, aun cuando formalmente posea su propio peso jurídico, materialmente termina siendo una causal de inelegibilidad específica, que a las voces de lo normado en el numeral 8° del artículo 275 del CPACA se predica de las elecciones por voto popular, lo que implica que la infracción de esta regla por el acceso a dignidades bajo otras formas de designación no constituye per se causal de anulación, como ocurre con el acto demandado que reconoce un derecho personal –tal y como será desarrollado posteriormente– que es diferente al que declaró el resultado de la elección, ya que no materializó la voluntad popular de forma directa, al responder a un mandato estatuido en la Constitución y la Ley. Esto quiere decir que al menos los supuestos del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011 no pueden servir de parámetro de control para la doble militancia, lo que reduce el análisis a la mera confrontación con la parte final del artículo 107 de la Constitución Política. (...). Pues bien, como se dijo, dentro de las temáticas sobre las cuales recae la reserva constitucional se encuentra, sin duda alguna, los requisitos y condiciones de inelegibilidad de los candidatos que aspiran a acceder al cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, producto de las funciones que desempeñan al interior de la arquitectura constitucional concebida por los Asambleístas de 1991. (...). [L]as disposiciones constitucionales referenciadas [artículos 107, 191, 197 de la Constitución] no mencionan la doble militancia para los candidatos que pretenden acceder a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, toda vez que, como puede constatarse, de su literalidad no puede desprenderse tal restricción. (...). En el asunto resuelto por la Sala, por estar ausente la doble militancia del marco de elegibilidad establecido en el artículo 197 de la Carta, como se explicó, para el cargo de Presidente y Vicepresidente, y por no derivar su aplicabilidad del inciso 12 del artículo 107 de la Carta para estas dignidades no podía declararse la nulidad del acto demandado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 25 de abril de 2019, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2018-00074-00. S.V. de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.](#)

35. Se declaró la nulidad del acto de elección de Antanas Mockus como Senador de la República.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del Senador Antanas Mockus aduciendo que estaba incurso en inhabilidad al haber intervenido, dada su condición de Representante Legal de Corprovisionarios, en gestión de negocios y celebración de contratos con entidades públicas. La Sala acogió las pretensiones de la demanda al encontrar acreditada la causal de intervención en celebración de contratos.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se declara la nulidad del acto de elección del senador Antanas Mockus / REPRESENTACIÓN LEGAL – Delegación de la representación / REPRESENTACIÓN LEGAL – Pese a la delegación el demandado nunca perdió la condición de representante legal

Problema jurídico: *¿El señor Antanas Mockus se encuentra incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 Superior por la gestión de negocios y/o la celebración de contratos ante entidades públicas. Específicamente, por la gestión ó celebración de: i) El convenio de asociación N° 10 de noviembre de 2017 celebrado entre la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y Corprovisionarios y ii) El convenio de asociación N° 566 de 10 de noviembre de 2017 suscrito entre la UAESP y la referida corporación?*

Tesis: “[P]ara la Sala es claro que la representación legal de CORPOVISIONARIOS siempre estuvo en cabeza del demandado en su calidad de presidente de la misma, solo que este, en virtud de la autorización dada por la ESAL, entregó esa potestad al director ejecutivo. Sin embargo, como esa “entrega” no implica el despojo total de la función asignada o que este haya dejado de ostentarla, debe entenderse que el señor Antanas Mockus seguía desempeñando, al menos jurídicamente, el cargo de representante legal. En otras palabras, pese a la “delegación”, que en realidad es un mandato, el demandado seguía siendo el representante legal, porque esa figura no tenía la potestad para arrebatarse tal condición. (...). Para la Sección Electoral, teniendo en cuenta lo expuesto, y en especial que la “delegación” no transmitió la representación sino, únicamente, permitió que un tercero actuara en nombre y representación de quien tenía la capacidad para comprometer legalmente a la entidad, debe concluirse que el elemento objetivo de la inhabilidad se encuentra plenamente acreditado, toda vez que quien suscribió los convenios lo hizo, en nombre del representante legal de la ESAL, esto es del señor Antanas Mockus. (...). Así pues, si los convenios se celebraron en virtud de la “delegación” hecha por el presidente, es decir por el representante legal de CORPOVISIONARIOS, debe concluirse que quien verdaderamente suscribió los negocios fue el “delegante”. (...). En otras palabras, como el único representante legal de CORPOVISIONARIOS era el presidente, esto es, el señor Antanas Mockus y este, autorizado por los estatutos delegó esa función al director ejecutivo debe concluirse que el demandado ejerció la representación legal que ostenta a través de interpuesta persona. Por ello, se colige que, desde el punto de vista jurídico aquel suscribió los convenios estatales a los que aluden las partes, comoquiera que hizo uso de la “delegación” para que el director ejecutivo actuará en su nombre y representación, lo que significa que el verbo rector de la inhabilidad objeto de estudio, esto es, celebrar se encuentra plenamente acreditado. (...). Conforme a las consideraciones expuestas y atendiendo a que todos los elementos de la inhabilidad de celebración de contratos se encuentran acreditados, la Sala encuentra que el acto acusado en lo que respecta a la elección del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas se encuentra viciado de nulidad, según lo contemplado en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 11 de abril de 2019, C.P Alberto Yepes Barreiro, radicación: 11001-03-28-000-2018-00080-00.](#)

Salvamento de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

NULIDAD ELECTORAL – Las pruebas no evidencian la participación del demandado para la configuración de la causal

Tesis: “Otros argumentos de fondo que estructura mi disidencia es que visto el acervo probatorio es claro que la persona jurídica de Corpovisionarios tiene la posibilidad estatutaria de valerse de la figura de la representación legal plural, múltiple, compartida o coadministración -la cual a título de mención tiene fundamento jurídico y génesis legal en el artículo 400 del Código de Comercio- lo afirmo de esa forma porque nada diferente puede concluirse de la cláusula que así lo pactó y que quedó registrada en el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio. (...). Por contera, insisto en que quedarse en la parte general teórica de la representación y sus vicisitudes dogmáticas, alejó la decisión de las circunstancias propias del caso, concretamente respecto de lo acordado al interior de la persona jurídica de Corpovisionarios, pues con ello y, de ahí otro fundamento de mi disidencia, lo que se hizo fue abrir paso a una cuasi presunción, consistente en que siendo el Senador cuestionado, el Presidente de la persona jurídica, el fallo indefectiblemente dedujo que ejercía la representación legal y, por ende, que los contratos se hicieron a nombre de aquel, con lo que a mi juicio desconoció la posibilidad pactada por el ente societario, en su voluntad propia, de contar con la representación múltiple, plural o coadministrada. (...). En contraste no observé que el Senador demandado hubiera adelantado ante las contratistas (departamento de Cundinamarca Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto ACPP y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá UAESP) gestiones necesarias para la consecución de los dos contratos que la parte actora utilizó de referente documental (Convenio de Asociación N° 10 de 2017 y 0566 de 2017) para atribuir la causal inhabilitante y generadora de la nulidad electoral, pues las negociaciones de esos contratos se adelantaron directamente por el co-administrador Henry Murrain Knudson y, en ellas, por el contrario no advertí, conforme a las pruebas, participación alguna del Senador Mockus Sivickas y menos aún para encontrar probada la imputación de haber celebrado para él o para Corpovisionarios contrato alguno, ello con base incluso en la Ley de la contratación estatal que determina que el perfeccionamiento del contrato estatal emerge con el acuerdo de voluntades que conste por escrito frente al objeto y al precio o contraprestación (art. 41), actuaciones en las que no advertí hubiera intervenido o participado el Senador desinvertido.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 11 de abril de 2019, C.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación: 11001-03-28-000-2018-00080-00. S.V. de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.](#)

Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araújo Oñate

REPRESENTACIÓN LEGAL – Es indelegable / MANDATO – El mandatario no puede reputarse como representante legal

Tesis: “[L]a representación es un elemento esencial de las personas jurídicas, pues sin ella éstas no pueden materializar los derechos y obligaciones de las que son titulares, en el caso de autos resulta necesario distinguir que un asunto es la representación, derivada de la voluntad de órgano social, a fin de poder realizar su objeto, asumir responsabilidades y que hace parte de su esencia, y otro muy

distinto el mandato entre el representante legal y otra persona, en este caso el Director Ejecutivo, para que ésta ejerza algunas de las facultades que le fueron concedidas a aquél, en favor de la sociedad, mandato que no tiene el alcance de conferir al mandatario ante los socios y terceros, la condición de representante legal de la persona jurídica. Teniendo claridad que un asunto es la representación y otro el mandato, la Superintendencia de Sociedades en conceptos (...), ha señalado de manera clara y precisa que un mandatario no puede reputarse representante legal, toda vez que dicha condición hace parte de la esencia de la persona jurídica, derivada de la voluntad del órgano societario, a diferencia del mandato que puede conferir el representante para el ejercicio de determinada atribución. Además, que la representación legal de una sociedad es fundamental, inseparable e indelegable, motivo por cual cuando el representante legal otorga en cabeza de otro el ejercicio de ciertas funciones, “así faculten al apoderado o mandatario para realizar todos los negocios previstos en su objeto social, no defieren o delegan la representación legal en el mandatario, pues ésta por ministerio de la ley siempre se encontrará en cabeza de la persona designada por la junta directiva, asamblea de accionistas o junta de socios para ejercer dicha función. (...). En efecto, el mandato con representación entre el Presidente y el Director Ejecutivo de Corpovisionarios, significaba que todo aquello que el mandatario hiciera, se entiende como si directamente lo hubiese efectuado el mandante, esto es, el representante legal de la entidad sin ánimo de lucro, el señor Antanas Mockus, el encargado de ejercer los derechos de la persona jurídica y de adquirir obligaciones en su nombre, pues tal es la situación que por excelencia caracteriza dicho tipo de mandato. En ese orden de ideas, que el Presidente de Corpovisionarios, el señor Antanas Mockus, a través de las Resoluciones (...), le haya concedido al Director Ejecutivo la facultad de representar y comprometer a la Corporación, no significó que el primero dejara de ser el representante legal con todas las atribuciones y responsabilidades que ello conlleva. Igualmente, se tiene en cuenta que el demandado siguió registrado como tal en el registro mercantil, no renunció a la condición de Presidente durante el periodo inhabilitante, ni tampoco se advierte que se haya nombrado por el órgano social a otra persona en su lugar. (...). Lo expuesto lleva a concluir que el Director Ejecutivo de Corpovisionarios suscribió los referidos convenios como un mandatario con representación, en el que el mandante fue el representante legal de la persona jurídica, el entonces Presidente Antanas Mockus, por lo que hay lugar a predicar que el mismo bajo la mentada calidad, dentro de los 6 meses anteriores a las elecciones suscribió a través de un encargado los mencionados contratos, incurriendo en la causal de inhabilidad fundamento de la declaratoria de nulidad de su elección como Senador de la República.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 11 de abril de 2019, C.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación: 11001-03-28-000-2018-00080-00. A.V. de la magistrada Rocío Araújo Oñate.](#)

XIII. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

36. UAEGRTD asume competencia para inscribir y cancelar en el RUPTA medida de protección patrimonial sobre predio urbano de persona afectada por violencia y desplazamiento forzado.

Síntesis del caso: *Se planteó conflicto negativo de competencias administrativas entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD- y la Alcaldía Municipal de Chaparral, en relación con el trámite de las solicitudes de inscripción y cancelación de medidas de protección patrimonial sobre predios urbanos, como consecuencia del desplazamiento forzado de los titulares de derechos reales a causa de la violencia. La UAEGRTD, optó por aplicar el precedente reiterado de esta Sala y asumió competencia, lo que dio lugar a pronunciamiento inhibitorio.*

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS DESPOJADAS, UAEGRTD – Asume competencia para inscribir y cancelar en el RUPTA medidas de protección sobre predios urbanos en aplicación de criterio fijado por la Sala de Consulta y Servicio Civil al desatar conflictos similares

Problema jurídico: *¿Es procedente desatar conflicto de competencias administrativas cuando entidad asume competencia en aplicación de tesis sostenida por la Sala de Consulta en casos con idéntica situación fáctica y jurídica?*

Tesis: [C]uando dentro del trámite de un conflicto negativo de competencias administrativas una de las autoridades involucradas asume competencia para conocer del asunto dada la identidad que se presenta entre la situación fáctica planteada y el criterio fijado por la Sala en anteriores oportunidades, desaparece el conflicto por sustracción de materia, y a la Sala ya no le corresponde determinar cuál de las autoridades sería la competente para conocer de la respectiva actuación, por lo que en estos casos lo procedente será una decisión inhibitoria.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto negativo de competencias administrativas del 5 de marzo de 2019, C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2018-00248-00.](#)

37. En materia de transporte público terrestre automotor no es posible imponer sanciones administrativas con fundamento en el Decreto Reglamentario 3366 de 2003 o resoluciones que repliquen apartes declarados nulos.

Síntesis del caso: *“Con ocasión de una consulta elevada por el Ministerio de Transporte relativa al régimen sancionatorio de las normas de transporte público terrestre automotor, la Sala de Consulta y Servicio Civil esclareció los efectos de la nulidad de algunas normas del Decreto Reglamentario 3366 de 2003 y de sanciones impuestas por Supertransporte, concluyendo que dicha disposición o resoluciones que lo repliquen no pueden ser soporte para imponer sanciones administrativas”.*

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS FALTAS Y DE LAS SANCIONES EN MATERIA ADMINISTRATIVA- El artículo 29 CP debe observarse para establecer las infracciones administrativas y las sanciones correspondientes en el sector del transporte terrestre. Implica las dimensiones reserva de ley y tipicidad.

Problema jurídico: *¿El régimen sancionatorio en materia de transporte terrestre está sujeto a reserva de ley? En materia administrativa rige el principio de legalidad de las faltas y las sanciones? Pueden preverse “normas en blanco”?*

Tesis: [L]a Constitución no permite otorgar a la Administración la potestad genérica de establecer infracciones y sanciones administrativas vía decreto reglamentario. Corresponde al legislador delimitar su contenido a través de la configuración de los elementos estructurales del tipo, así como la clase y grado de la sanción aplicable. El contenido de la ley estará referido al núcleo esencial de la materia reservada, de manera que el reglamento se limite a desarrollar, complementar y precisar lo que ya ha sido contemplado en la ley de manera expresa. (...) [L]a norma sancionatoria debe garantizar que se puedan predecir con certeza las conductas típicas que constituyen la infracción (elementos básicos), y el tipo y grado (cuantía, si fuere el caso) de las sanciones correspondientes (...) [P]odrán preverse normas en “blanco” o incompletas y conceptos jurídicos indeterminados, pero no un “cheque en blanco” para ser llenado a voluntad por la Administración. Exigen remisiones normativas precisas o criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole pertinente, por medio de los cuales se puedan determinar con claridad los comportamientos prohibidos y sancionados. No son admisibles formulaciones abiertas que pongan la definición de la infracción o de la sanción prevista en la ley en manos de la de la autoridad administrativa.

INFRACCIONES Y SANCIONES PREVISTAS EN EL DECRETO REGLAMENTARIO 3366 DE 2003 SOBRE TRANSPORTE PÚBLICO TERRESTRE AUTOMOTOR – Al desaparecer del mundo jurídico no puede servir de sustento para imponer sanciones administrativas

Problema jurídico: *¿Los trámites sancionatorios que se encuentren en curso y que tuvieron como soporte la infracción del Decreto 3366 de 2003 y la Resolución 10800 de 2003 deben adelantarse no obstante la declaratoria de nulidad del referido Decreto?*

Tesis: [L]os documentos conocidos como “informe de infracciones de transporte” no son representativos o declarativos de una “infracción de transporte”, en tanto se basen en las conductas “tipificadas” como tales en los artículos del Decreto 3366 de 2003 declarados nulos por la Sección Primera del Consejo de Estado o en los “códigos” de la Resolución 10800 que, a su vez, se basan en ellos. (...) [L]a Sala conceptuó que la nulidad decretada por la Sección Primera dio lugar a la pérdida de la fuerza ejecutoria de la Resolución 10800 y señaló que no puede ser sustento del ejercicio de la potestad sancionatoria en las materias que ese acto administrativo contenía, por lo que las sanciones impuestas con base en estas normas pueden ser sometidas a revocatoria directa por parte de la Superintendencia de Transporte por ser violatorias del debido proceso constitucional (...) [L]a utilización del “informe de infracciones de transporte” como “prueba” en las actuaciones administrativas que se adelanten, viola el debido proceso administrativo, en la medida en que no es representativa o declarativa de una conducta infractora y no puede tener el carácter de prueba válida aportada al proceso. Debe recordarse que el artículo 29 de la Constitución Política establece que es “*nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”. (...) [E]n cuanto a los actos administrativos sancionatorios que se encuentran en conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, serán los jueces competentes los que deban adoptar la decisión que corresponda, y necesariamente deberán apreciar la declaratoria de nulidad de las normas del Decreto Reglamentario 3366 de 2003 y las consecuencias que tal decisión trae.

CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA– Aplicación del artículo 52 del CPACA.

Problema jurídico: *¿con posterioridad del término de un (1) año previsto en el artículo 52 del CPACA es posible que la Superintendencia de Transporte revoque de oficio las decisiones que se hayan tomado con fundamento en los informes de los agentes de control al amparo de la Resolución 10800 de 2003 y del Decreto 3366 de 2003?*

Tesis: [E]n cuanto a la competencia *ratio temporis* para resolver los recursos en sede administrativa contra actos sancionatorios, prevista en el artículo 52 del CPACA, la Sala sostuvo que vencido el término de un año señalado en esa norma sin que los recursos se hayan decidido, la Administración pierde competencia sobre el asunto y se provoca el *silencio administrativo positivo a favor del recurrente*, es decir, que el acto sancionatorio se entiende revocado. El beneficio del silencio podrá invocarse de acuerdo con el mecanismo descrito en el artículo 85 del CPACA. (...) [L]o procedente, desde el ámbito de la Administración, es ordenar el archivo del expediente por la pérdida de competencia establecida en el citado artículo 52, sin que sea menester que el favorecido con el silencio presente la protocolización correspondiente".

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de marzo de 2019, C.P. Germán Bula Escobar, radicación: 11001-03-06-000-2018-00217-00 \(2403\).](#)

38. Contralor General de la República no puede postular o nombrar en cargos públicos a quienes han intervenido en su postulación.

Síntesis del caso: *Se consultó a la Sala sobre la forma en la que debía entenderse la prohibición contenida en el artículo 126 de la Constitución Política para el Contralor General de la República respecto a los miembros del Congreso y si la misma se extendía a quienes no hubiesen intervenido en su postulación y posterior elección ante lo cual la Sala conceptuó que dicha prohibición se extiende a todos los congresistas que participaron directa o indirectamente en su postulación o designación, independientemente que hayan o no estado presentes el día en que se votó finalmente la elección.*

PROHIBICIÓN AL CONTRALOR GENERAL DE LA NACIÓN PARA POSTULAR Y NOMBRAR A QUIENES HAYAN INTERVENIDO EN SU POSTULACIÓN O DESIGNACIÓN– Congresistas respecto de la cual se configura

Problema jurídico: *¿La prohibición contenida en el inciso del artículo 126 de la Carta Política en relación con la función nominadora de los servidores públicos cobija al Contralor General de la República en relación con los Congresistas que intervinieron en su postulación o elección?*

Tesis: [L]a prohibición que cobija al Contralor General de la República, de postular o nombrar a quienes hayan intervenido en su postulación o designación, o a los familiares de estos en los grados previstos en el artículo 126 Superior, se configura en relación con los congresistas que intervinieron en las siguientes etapas y órganos previstos por la Ley 1904 de 2018, para la elección del Contralor General República: **i)** Mesa Directiva del Congreso de la República, encargada de realizar la convocatoria para la elección del Contralor; verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos para hacer parte de la lista de admitidos para este cargo; publicar la lista de admitidos previa validación de la Comisión de Acreditación y resolver las reclamaciones de quienes no fueron admitidos; **ii)** Comisiones de Acreditación Documental de ambas Cámaras,

encargadas de emitir el dictamen respecto a la lista de admitidos para la selección del Contralor General de la República; **iii)** En el nombramiento de los congresistas que harían parte de la Comisión Accidental para la elección del Contralor General de la República, **iv)** En la conformación y actuación de la Comisión Accidental, encargada de realizar las audiencias públicas para escuchar a los habilitados para asumir el cargo de Contralor General y de elaborar la lista de elegibles para este cargo; **v)** En las votaciones para la elección del Contralor General de la República”.

ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN EN CASO DE DELEGACIÓN– Función nominadora

Problema jurídico: *¿La prohibición del artículo 126 de la Carta Política opera cuando la función nominadora la ejerce el delegatario del servidor público al cual se aplica la referida prohibición?*

Tesis: Las prohibiciones impuestas por el art. 126 Superior, a la facultad nominadora de los servidores públicos, cobija también el ejercicio de la facultad nominadora por parte del delegatario, en la medida en que las referidas prohibiciones tienen como objetivo garantizar la transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la facultad nominadora del delegante, y que este mantiene una relación de influencia y control sobre las actuaciones del delegatario, más aún cuando se trata de postular o nombrar a las personas que conformarán su grupo de trabajo o apoyo. (...) [L]a Sala de Consulta y Servicio Civil comparte la siguiente conclusión a la que llegó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia de unificación de fecha 7 de diciembre de 2016, al determinar el contenido y alcance del artículo 126 de la C.P: “Está prohibido al servidor público **directamente o por interpuesta persona** designar, postular, nombrar, elegir a quien con anterioridad o posterioridad lo designó, nombró, eligió o postuló a sus parientes en los grados referidos en la norma”. (Resalta la Sala) (...). [C]iertamente, la finalidad de las prohibiciones previstas en el artículo 126 ibídem podría ser desvirtuada, si los servidores públicos pueden sustraerse de esta ejerciendo su facultad nominadora por interpuesta persona, a través de la delegación o por cualquier otra modalidad.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 12 de marzo de 2019, C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2018-00236-00 \(2408\).](#)

39. La Procuraduría General de la Nación es la competente para conocer de las recusaciones formuladas contra los miembros del Consejo Superior de la Universidad de Cundinamarca.

Síntesis del caso: *Se planteó conflicto negativo de competencias por parte del Ministerio de Educación Nacional (MEN) para conocer de una recusación formulada por una empleada de la Universidad de Cundinamarca contra los miembros del Consejo Superior de ese ente universitario, concluyéndose por parte de la Sala que el MEN carece de competencia para ejercer la dirección, gestión, administración, coordinación o intervención en actividades o funciones de entes universitarios y por ende la recusación debía ser tramitada por la Procuraduría General de la Nación.*

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Ejerce control disciplinario externo

Problema jurídico: *¿Qué entidad es competente para resolver la recusación formulada por contra todos los integrantes del Consejo Superior de la Universidad de Cundinamarca?*

Tesis: La Sala señaló que el Ministerio de Educación Nacional solo tiene competencia disciplinaria sobre los empleados y funcionarios que hacen parte de su estructura orgánica, pero en modo alguno de los que hacen parte de otros órganos o entidades, así hagan parte del sector educativo, como lo son, por ejemplo, las universidades estatales u oficiales. En consecuencia, asignó la competencia para resolver la recusación formulada contra todos los miembros del Consejo Superior de la Universidad de Cundinamarca a la Procuraduría General de la Nación, por lo siguiente: *i)* Resulta imposible que la recusación se desate según las reglas del control disciplinario interno, en la medida en que los recusados constituyen la máxima autoridad de la Universidad de Cundinamarca y sobre ellos no existe superior jerárquico ni orgánico; *ii)* El Ministerio de Educación Nacional no ejerce control disciplinario sobre las universidades públicas, aun cuando el Decreto 1075 de 2015 señala, en el artículo 1.1.1.1, que es la entidad “*cabeza del sector educativo*”; *iii)* Como no es posible resolver la recusación a través de la regla general en materia de control disciplinario, que señala que debe hacerse por las entidades a las que pertenece el funcionario o empleado que comete una falta, debe acudir a la regla de excepción, que avala el control disciplinario externo; *iv)* La Procuraduría General de la Nación es la entidad a la cual el Código Disciplinario Único asigna el control disciplinario externo, el que no debe confundirse con el poder preferente que prevé el artículo 277 de la Carta Política y el artículo 3° del Código Disciplinario Único, y *v)* El artículo 76 de la Ley 734 de 2002 dispone que “*si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional*”, como ocurre en el sub examine, “*conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias*”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto negativo de competencias administrativas del 9 de abril de 2019, C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación: 11001-03-06-000-2018-00241-00.](#)