

EDICIÓN

235

OCTUBRE DE 2020

BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



#CEtrabajaencasa

PUBLICACIÓN MENSUAL

ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Álvaro Namén Vargas
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate
Hernando Sánchez Sánchez
Cesar Palomino Cortés
Rafael Francisco Suárez Vargas
Marta Nubia Velásquez Rico
Jaime Enrique Rodríguez Navas
Stella Jeannette Carvajal Basto
Ana Yasmín Torres Torres

RELATORÍAS

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Liliana Marcela Becerra Gámez

Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Gloria Cristina Olmos Leguizamón

Antonio José Sánchez David

Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Jorge Eduardo González Correa

Natalia Rodrigo Bravo

Natalia Yadira Castilla Caro

Guillermo León Gómez Moreno

Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

María Magaly Santos Murillo

Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

Wadith Rodolfo Corredor Villate

Sala de Consulta y Servicio Civil

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Derys Susana Villamizar Reales

Acciones Constitucionales

Leonardo Vega Velásquez

Camilo Augusto Bayona Espejo

Juan Alejandro Suárez Salamanca

DISEÑO

Oficina de Prensa

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 235 octubre de 2020
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co

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



CONTENIDO

CONTENIDO.....	3
EDITORIAL	4
I. NORMAS ANULADAS.....	5
II. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN	6
III. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	9
IV. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .	23
V. SECCIÓN PRIMERA.....	39
VI. SECCIÓN SEGUNDA.....	45
VII. SECCIÓN TERCERA	55
VIII. SECCIÓN CUARTA.....	68
IX. SECCIÓN QUINTA.....	80
X. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL	88

EDITORIAL

En esta edición se destaca la sentencia de Unificación de la Sección Cuarta, en la cual se sentó jurisprudencia en relación con la coherencia que deben guardar las sanciones impuestas en liquidaciones oficiales con el proceso de determinación tributaria, dada la inexistencia de pronunciamientos de la Corporación frente al tema.

En asuntos constitucionales, la Sección Primera dentro del trámite de una acción popular, dictó medidas de preservación y conservación para el Centro Urbano Antonio Nariño, bien declarado como de interés cultural para la Nación y el Distrito de Bogotá y conocido como la primera ciudadela de Colombia.

En otra acción popular, la Sección Primera determinó que se venía afectando el recurso hídrico de toda la región del departamento del Tolima, por actividades de exploración y explotación de minería, cerca de las cuencas de los ríos Combeima, Cocora y Coello. Dichas actividades contaban con las concesiones otorgadas por las autoridades competentes; no obstante, se venían afectando no solo los derechos e intereses colectivos alegados por la parte actora, sino que también se estaba agotando el abastecimiento de agua potable en ese ente territorial. La decisión de la Sala de mantener la suspensión de los títulos de minería conllevó a que se garantizaran los derechos e intereses colectivos vulnerados y que, a su vez, se mantuviera el equilibrio ecológico y las reservas hídricas en esa región del país.

La Sección Segunda, Subsección B, en un fallo de tutela contra una decisión adoptada en otro proceso de la misma naturaleza, ordenó al juez de conocimiento rehacer toda la actuación procesal, en razón a que, si bien individualizó e identificó con claridad la autoridad que presuntamente trasgredió las garantías fundamentales alegadas por la parte actora, no realizó los actos de notificación del auto admisorio en debida forma.

La Sección Tercera al resolver una acción de reparación de los perjuicios causados a un grupo (ley 1437 de 2011) negó la indemnización pretendida por los demandantes, en su condición de integrantes del censo de damnificados por la segunda ola invernal de 2011 en las localidades de Kennedy y Bosa, por considerar que no reunieron los requisitos establecidos en la Resolución 074 de 2011 (daños directo en inmuebles) sin perjuicio de que podían aplicar a otras ayudas.

La Sección Quinta consideró, en una acción de tutela, que dentro de un incidente de regulación de honorarios adelantado en un medio de control de reparación directa, el juez desconoció el precedente trazado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el que se estableció que, al momento de liquidar los honorarios de un profesional del derecho, con quien se suscribió contrato de mandato, se debe hacer conforme a las cláusulas pactadas en dicho contrato, sin que de manera arbitraria lo pueda hacer el juez de la causa. A su vez, se encontraron configurados los defectos fácticos, por indebida valoración de la cláusula de pago establecida en el contrato de mandato y, sustantivo, por indebida interpretación del artículo 76 del Código General del Proceso, en el que se señala la forma como se da terminación al poder de mandato.

Los invitamos a leer en su totalidad el número 235 del Boletín del Consejo de Estado “Jurisprudencia y Conceptos”, en cada una de las secciones y en la Sala de Consulta y Servicio Civil encontrarán importantes pronunciamientos que aportan al conocimiento jurídico de Colombia.

NORMAS ANULADAS

1. El Decreto 383 de 2007, “*Por el cual se modifica el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones*”, expedido por el Gobierno Nacional: La expresión “[...] *practicaje* [...]” contenida en el literal b del párrafo del numeral 4 del artículo 393-3

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de junio de 2020, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2007-00194-00 \(ver página 42 de este boletín\).](#)

2. El Acuerdo 011 de 2008, “*Por medio del cual se modifica el Acuerdo nro. 028 del 30 de diciembre de 2004, sobre las Juntas Administradoras Locales*”, expedido por el Concejo Municipal de Itagüí.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de mayo de 2020, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 05001-23-31-000-2009-01088-01. \(ver página 40 de este boletín\).](#)

3. La Ordenanza 077 del 23 de diciembre de 2014, “*Por medio de la cual se expide el Estatuto Tributario del Departamento de Santander*”, expedida por la Asamblea del mismo departamento: Los numerales 5 y 16 del artículo 230 y 25 del artículo 246, en forma parcial.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 20 de agosto de 2020, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2016-01027-01 \(24996\) \(ver página 70 de este boletín\).](#)

4. El Oficio 76737 del 10 de diciembre de 2012, expedido por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de septiembre de 2020, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2019-00018-00 \(24536\) \(ver página 76 de este boletín\).](#)

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

Sección Cuarta unificó jurisprudencia sobre la coherencia que deben guardar las sanciones impuestas en liquidaciones oficiales con el proceso de determinación tributaria.

Síntesis del caso: *La Sala dictó sentencia de unificación, para sentar jurisprudencia, en relación con la coherencia que deben guardar las sanciones impuestas en liquidaciones oficiales con el proceso de determinación tributaria, dada la inexistencia de pronunciamientos de la Corporación frente al tema. Concretamente, estableció como reglas jurisprudenciales de unificación aplicables para la procedencia de las sanciones aplicadas en procesos de determinación, las siguientes: i) Que, además del cumplimiento de los supuestos normativos previstos para su imposición, requieren de la expedición de una liquidación oficial y, ii) Que deben coincidir con el tributo, el periodo, las bases de cuantificación y el monto del gravamen, cuando afecten la base para su imposición. Además, la Sala precisó que dichas reglas rigen para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial y que no se podrán aplicar a conflictos decididos con antelación.*

PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN OFICIAL DEL TRIBUTO Y PROCEDIMIENTO SANCIONADOR O SANCIONATORIO - Autonomía y objeto. Reiteración de jurisprudencia / SANCIÓN IMPUESTA EN LIQUIDACIÓN OFICIAL – Normativa aplicable. Obligación de ajustarse a las reglas del proceso de determinación oficial del tributo / SANCIÓN IMPUESTA EN RESOLUCIÓN INDEPENDIENTE – Normativa aplicable. Se rige por la normativa que regula el procedimiento sancionatorio / SANCIONES IMPUESTAS EN LIQUIDACIONES OFICIALES - Requisito de coherencia. Reglas de unificación jurisprudencial. Deben guardar coherencia con el proceso de determinación, sin que pierdan independencia, pues se originan en hechos sancionables diferentes de los que motivan la determinación oficial de los tributos / SANCIÓN POR NO INFORMAR IMPUESTA EN LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN – Legalidad / SANCIÓN POR NO INFORMAR FRENTE A CONDUCTA NO REGULARIZADA Y RENUENCIA DEFINITIVA DEL OBLIGADO A CUMPLIR CON LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR – Graduación. Reiteración de sentencia de unificación jurisprudencial. Imposición de la sanción máxima del 5 por ciento de la información no entregada / REGLAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL REQUISITO DE COHERENCIA DE LAS SANCIONES IMPUESTAS EN LIQUIDACIONES OFICIALES CON EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN OFICIAL DEL TRIBUTO - Aplicación. Rigen para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial. No se aplican a conflictos ya decididos

Problema Jurídico 1: *¿Ante la revocatoria de las modificaciones oficiales a la declaración privada de renta de la demandante, efectuada por la administración en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, se podían imponer las sanciones por no informar y por irregularidades en la contabilidad y, en caso afirmativo, cuál es el porcentaje aplicable a la primera?*

Tesis 1: *“Frente al argumento de la actora, según el cual la revocatoria de las glosas y modificaciones oficiales implica la improcedencia de la sanción, esta Sección precisó que, «el procedimiento de determinación oficial de un impuesto es independiente del sancionador, porque obedecen a hechos diferentes. Mientras el primero está dirigido a determinar la realización y cuantificación de los hechos económicos que dan lugar al tributo respectivo, el segundo impone sanciones*

como consecuencia de conductas infractoras tipificadas en la ley tributaria». No obstante, la independencia que existe en los procedimientos aludidos, cuando la sanción se impone en liquidación oficial se debe ajustar a las reglas aplicables a esta última para su procedencia. El artículo 637 del E.T. dispone que «Las sanciones podrán imponerse mediante resolución independiente, o en las respectivas liquidaciones oficiales». Conforme con la anterior disposición, las sanciones impuestas en resolución independiente se rigen por la normativa que regula el procedimiento sancionatorio, mientras las establecidas en «las respectivas liquidaciones oficiales», se deben ajustar al proceso de determinación. En este último caso, la sanción requiere la existencia de un proceso de determinación que culmine con la expedición de una liquidación oficial (de revisión o de aforo, según el caso),

que contenga los requisitos del artículo 712 del Estatuto Tributario (...) Por ello, las sanciones impuestas en liquidaciones oficiales deben guardar coherencia con el proceso de determinación, al corresponder al tributo en discusión, periodo, bases de cuantificación y monto del gravamen cuando afecten la base de imposición, sin que pierdan independencia, pues se originan en hechos sancionables diferentes de los que motivan la determinación oficial de los tributos. Por las anteriores razones, la Sala establece las siguientes reglas de unificación: 1.- *Las sanciones aplicadas en procesos de determinación requieren, además del cumplimiento de los supuestos normativos previstos para su imposición, de la expedición de una liquidación oficial.* 2.- *Las sanciones establecidas en procesos de determinación deben coincidir con el tributo, periodo, bases de cuantificación y monto del gravamen, cuando afecten la base de imposición.* En el caso concreto, se advierte que, como la sanción por no informar se impuso en un procedimiento de determinación que culminó con la expedición de liquidación de revisión, y se relaciona con el periodo y tributo en discusión, sin que se encuentre afectada por la base de cuantificación o por el monto del tributo, pues su determinación res-

ponde al valor total de la información omitida, los cargos formulados por la demandante no están llamados a prosperar. De otro lado, en relación con el monto de la sanción por no informar, que fue apelado por la entidad demandada, está demostrado que la actora no remitió la información requerida por la DIAN, supuesto sobre el cual, para efectos de graduación de la sanción, la sentencia de unificación del 14 de noviembre de 2019, expediente 22185, precisó (...) En esas condiciones, como la actora no subsanó la infracción cometida, en aplicación de la regla de unificación señalada, la sanción se debe tasar en el 5% del valor de la información no entregada, como lo hizo la Administración en los actos administrativos demandados, circunstancia que no vulnera el espíritu de justicia, ni los principios de razonabilidad y proporcionalidad aducidos en la demanda (...) 3) *Las anteriores reglas jurisprudenciales de unificación rigen para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial. No podrán aplicarse a conflictos decididos con antelación.*”

SANCIÓN POR LIBROS DE CONTABILIDAD - Conductas sancionables. Reiteración de jurisprudencia / SANCIÓN POR LIBROS DE CONTABILIDAD IMPUESTA EN LIQUIDACIÓN OFICIAL - Requisito de coherencia. Unificación para sentar jurisprudencia. Regla de decisión. Debe guardar relación con el periodo sujeto al proceso de determinación / SANCIÓN POR LIBROS DE CONTABILIDAD IMPUESTA EN LIQUIDACIÓN OFICIAL RESPECTO DE PERIODO DIFERENTE AL QUE ES OBJETO DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN TRIBUTARIA - Ilegalidad. Violación del requisito de coherencia entre la sanción impuesta en liquidación oficial con el procedimiento de determinación del tributo

Problema Jurídico 2: *¿Es procedente la sanción por irregularidades en la contabilidad impuesta en los actos acusados en relación con los años gravables 2007, 2009 y 2011, cuando se discute el periodo 2010?*

Tesis 2: “Respecto a las irregularidades en la contabilidad, el artículo 654 del Estatuto Tributario dispone (...) En punto a las infracciones que dan lugar a la sanción por irregularidades en la contabilidad, la Sala ha precisado que *«tributariamente se castiga no llevar contabilidad, no registrar los libros, no exhibirlos cuando se requieran, llevar doble contabilidad, no diligenciarlos de manera que se puedan establecer las bases de liquidación de los impuestos o retenciones y cuando se encuentren atrasados, pues de presentarse alguno de estos hechos, la fuente contable no es idónea y eficaz para una correcta determinación tributa-*

ria». En relación con la sanción por libros de contabilidad, el artículo 655 del E.T. señala (...) En ese sentido, se reitera que, cuando la sanción se impone en liquidación oficial debe guardar relación con el periodo sujeto a determinación, lo que no ocurre en este caso, pues las irregularidades contables se refieren a periodos diferentes del discutido, que debieron ser abordadas en resolución independiente, previa notificación del pliego de cargos y con observancia de los términos de caducidad de la potestad sancionatoria. En consecuencia, la Sala modificará el ordinal segundo de la sentencia apelada, para declarar que la actora no está obligada a pagar la sanción por irregularidades en la contabilidad y se mantendrá la sanción por no informar liquidada por la DIAN en los actos administrativos demandados, así como el recálculo de la sanción por corrección que no fue objeto de apelación.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de septiembre de 2020, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, Sentencia de Unificación 2020-CE-SUJ-4-002, radicación: 25000-23-37-000-2016-01405-01\(24264\).](#)

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

ACCIONES DE TUTELA

1. Se vulnera el derecho fundamental al debido proceso en el trámite de una acción de tutela, cuando no se notifica en debida forma a todas las partes.

Síntesis del caso: *El Comandante del Distrito Militar 32 de la Quinta Zona de Reclutamiento del Ejército Nacional, presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Santander, por la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso, dentro del trámite de otra tutela, por cuanto no fue debidamente vinculado en el auto admisorio de la demanda. La Sala encontró demostrado que, pese a que la autoridad judicial accionada surtió las etapas procesales de notificación de cada una de las decisiones adoptadas en proceso número 68001-33-33-004-2019-00371-00/01, no se efectuó la notificación en debida forma al correo institucional de la entidad accionante, dando lugar con ello a que se afectara su derecho fundamental al debido proceso y de contradicción. En consecuencia, se amparó esa garantía fundamental y se ordenó a la autoridad judicial demandada que rehiciera todo el trámite procesal de la tutela, vinculando, en debida forma, a todos los sujetos procesales.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE TUTELA - Ampara / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA - De conformidad con la sentencia SU 627 de 2015 / INDEBIDA NOTIFICACIÓN DEL TRÁMITE DE TUTELA - Al dirigirse la comunicación a otras instancias ajenas / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

Problema Jurídico: *[La Sala deberá] determinar si: ¿[l]as autoridades judiciales accionadas vulneraron el derecho al debido proceso del Distrito Militar No. 32 adscrito a la Quinta Zona de Reclutamiento del Ejército Nacional, al no ser notificado del trámite de tutela adelantado en su contra, en el que fue declarado infractor de los derechos fundamentales del señor [S.L.T.G.]?*

Tesis: “[L]a Sala observa que, contrario a lo considerado por el Tribunal Administrativo de Santander en sentencia de tutela del 6 de febrero de 2020, el Distrito Militar n.º 32 de la Quinta Zona de Reclutamiento del Ejército Nacional si bien fue vinculada en calidad de accionante mediante auto del 28 de noviembre de 2019, su notificación se surtió a través de correo electrónico dirigido a direcciones ajenas a la instancia militar accionante. (...) En este punto, no se puede perder de vista que el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga identificó e individualizó contra quien se dirigía la solicitud de amparo “Distrito Militar n.º 32 de la Quinta Zona de Reclutamiento del Ejército Nacional”, por ello la notificación personal

(entiéndase también por correo electrónico) debió realizarse respecto del Comandante de dicha instancia militar o de quien hiciera sus veces y no, a un correo institucional cualquiera del Ejército Nacional, diferente es, que se hubiere ordenado vincular al Comando General de la institución, lo cual no ocurrió. (...) Cosa distinta sucedió en segunda instancia, donde el fallo del 20 de febrero de 2020, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, fue notificado de forma electrónica a las direcciones [electrónicas que corresponden con los buzones judiciales de la entidad accionante]; lo cual generó otro efecto, pues según se señaló en el escrito de tutela, fue a partir de ese momento que el Distrito Militar n.º 32 de la Quinta Zona de Reclutamiento del Ejército Nacional tuvo conocimiento del asunto, siendo tardío para el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción; lo cual no es motivo para desconocer la irregularidad procesal presentada durante el trámite constitucional de la primera instancia. (...) De conformidad con lo expuesto, la Sala [ampará] los derechos fundamentales [de la entidad tutelante].”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 14 de julio de 2020, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 11001-03-15-000-2020-02651-00\(AC\).](#)

2. Para que se libre el mandamiento de pago, el ejecutante debe allegar los documentos y pruebas que den certeza sobre el monto de los dineros presuntamente adeudados.

Síntesis del caso: *El Tribunal Administrativo del Meta, en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, condenó al municipio de Villavicencio a reintegrar al accionante y pagar los salarios, primas, vacaciones, bonificaciones, cesantías y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento de la desvinculación. El tutelante, al considerar que el municipio no pagó la totalidad de lo ordenado, presentó demanda ejecutiva. El Juzgado Sexto Administrativo de Villavicencio se abstuvo de librar mandamiento de pago. El Tribunal Administrativo confirmó la anterior decisión. El Consejo de Estado concluyó, en sede de tutela, que no se vulneraban los derechos fundamentales en un proceso ejecutivo, al exigir que se allegue el certificado de sueldos y factores salariales devengados antes de la desvinculación para establecer la suma de dinero presuntamente adeudada.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL EJECUTIVO / AUTO QUE NIEGA EL MANDAMIENTO DE PAGO / AUSENCIA DE DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE – Se aplicó la jurisprudencia de las altas cortes sobre la materia / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO – Por debida aplicación de las normas sobre los requisitos del título ejecutivo / REINTEGRO AL CARGO Y PAGO DE PRESTACIONES Y SALARIOS DEJADOS DE RECIBIR / AUSENCIA DE DEFECTO POR VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN – Por exigir pruebas para tener certeza sobre los factores salariales devengados antes de la desvinculación

Problema Jurídico: *¿El Tribunal Administrativo del Meta, al expedir confirmar la decisión que negó el mandamiento de pago, incurrió en defecto sustantivo, desconocimiento del precedente y en violación de la Constitución?*

Tesis: “Al respecto, se advierte que la decisión judicial reprochada fue proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 12 de septiembre de 2019 en el trámite de segunda instancia del proceso ejecutivo iniciado por el señor [C.E.R.] contra el municipio de Villavicencio para que se diera cumplimiento a la orden judicial de ese mismo Tribunal que confirmó el fallo del 16 de junio de 2010 proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio (...) En el precitado auto, el Tribunal Administrativo del Meta resolvió confirmar la decisión del Juzgado Sexto Administrativo Oral de Villavicencio que negó el mandamiento de pago pues indicó que la inconformidad del demandante recae principalmente en que la liquidación de las prestaciones reconocidas por el municipio de Villavicencio excluyó los gastos de representación. Sin embargo, una vez analizado el acto administrativo por el cual la entidad territorial cumplió la condena se advirtió que tuvo en cuenta los gastos de representación (...) de tal manera que para establecer con claridad cuál es la suma que el demandante pretendía ejecutar era necesario contar con la certificación de factores salariales que devengó. En el contexto anterior, la decisión reprochada no incurrió

en el defecto sustantivo ni en el desconocimiento del precedente alegados toda que el Tribunal accionado analizó las normas aplicables al caso y tuvo en cuenta la jurisprudencia de las altas cortes sobre el asunto como queda demostrado en el texto del auto (...) En ese sentido, se evidencia que el Tribunal fundamentó su decisión en las normas que rigen la controversia, esto es, el artículo 422 del Código General del Proceso sobre las obligaciones que se pueden demandarse ejecutivamente, los artículos 297, 298 y 299 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, relacionados con las sentencias judiciales como títulos ejecutivos y en la jurisprudencia relacionada con el asunto como se destacó. Por otra parte, en cuanto a la violación de la Constitución, esta Sala de Decisión considera que tampoco se configuró pues la decisión del Tribunal de solicitar el certificado de salarios con el propósito de tener certeza sobre la suma ejecutada no es desproporcionado y corresponde a la necesidad de conocer cuáles eran los valores devengados por el accionante por concepto de gastos de representación a fin de establecer si la suma que ya había reconocido el municipio de Villavicencio no correspondía a la que se le debió reconocer y por el cual se ejecutaría a la entidad territorial. Sostener lo contrario, que no era necesario el certificado solicitado, sería aceptar que el funcionario judicial podía librar mandamiento de pago sin tener certeza sobre la suma que se ejecutaría, circunstancia que sí es contraria a la Constitución, porque no se

puede exigir una obligación respecto de la que no se tiene certeza si se cumplió o no.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 13 de agosto de 2020, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 11001-03-15-000-2020-00755-01 \(AC\).](#)

3. Se desconoce el precedente jurisprudencial sobre la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración, al exigir actuaciones adicionales a la expedición y notificación del acto principal dentro del término establecido en el artículo 38 del C.C.A.

Síntesis del caso: *La Constructora ICODI S.A.S. instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Distrito Capital de Bogotá – Secretaría Distrital del Hábitat, para que se declarara la nulidad de unas decisiones sancionatorias. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó la providencia de primera instancia y, en su lugar, declaró la nulidad de los actos administrativos acusados, al considerar la administración debía emitir el acto sancionatorio, resolver los recursos formulados y notificar las decisiones en el término de 3 años. Esta Corporación concluyó, en sede de tutela, que la autoridad judicial accionada desconoció el criterio de la Corte Constitucional y el precedente uniforme, pacífico y reiterado que el Consejo de Estado sobre la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración pública.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y AL DEBIDO PROCESO / CONFIGURACIÓN DE DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - No se aplicó la sentencia de unificación del 29 de septiembre de 2009 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional / CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA - Tres años contados a partir del acaecimiento de los hechos para expedir y notificar el acto principal

Problema Jurídico: *¿La autoridad judicial accionada desconoció la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, al declarar la caducidad de la potestad sancionatoria, por considerar que debe proferirse y notificarse la decisión que resuelve los recursos contra la sanción administrativa dentro del plazo de 3 años establecido en el artículo 38 del C.C.A.?*

Tesis: “[E]l Tribunal demandado declaró de la caducidad de la potestad sancionatoria respecto de la Secretaría Distrital del Hábitat, al considerar que era aplicable la teoría restrictiva del artículo 38 del C.C.A. –que indica que la Administración tiene 3 años para iniciar la investigación, emitir el acto sancionatorio, resolver los recursos formulados en su contra y notificar cada una de dichas decisiones– y no la tesis jurisprudencial –tesis intermedia– fijada en la sentencia de unificación del 29 de septiembre de 2009, por la Sala Plena del Consejo de Estado, toda vez que, en su parecer, ese criterio

unificador solo es aplicable a los procesos sancionatorios disciplinarios. (...) [L]a Sala concluye que se unificó la jurisprudencia en relación con el entendimiento y aplicación del artículo 38 del C.C.A., en el sentido de que debe entenderse «impuesta» la sanción si se ha proferido y notificado el acto principal dentro del término de 3 años establecido en dicho artículo, sin que sea necesario que se hayan expedido los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa, por cuanto estos últimos constituyen la etapa posterior del proceso administrativo, cuyo fin no es emitir el pronunciamiento principal, sino que sea revisada la decisión proferida por la Administración. (...) [E]s evidente que la interpretación que del artículo 38 del C.C.A. [s]e realizó en la sentencia de unificación del 29 de septiembre de 2009, no se reduce a (...) las acciones disciplinarias, pues, como se vio, ello implicaría desconocer que el mencionado artículo fue consagrado como una norma general, que establece la caducidad de las sanciones que le compete imponer a la Administración, cuando no exista norma especial en contrario. (...)”

Como se observa, al resolver asuntos relativos a la caducidad de la facultad sancionatoria de las autoridades administrativas, varias Secciones de esta Corporación han reconocido y ratificado el criterio unificado, establecido en la sentencia del 29 de septiembre de 2009. (...) En este orden de ideas, resulta clara la existencia de un precedente uniforme en relación con la aplicación de la tesis -intermedia- del artículo 38 C.C.A. frente a los procesos sancionatorios, no solo los disciplinarios, eso sí, cuando no tengan una regulación especial en contrario. (...) Lo que se observa es que dicha autoridad judicial se apartó del precedente vinculante, sin cumplir con la carga argumentativa exigida a los jueces para tal fin, pues i) no hizo referencia al precedente que abandonaba, toda vez que ni siquiera analizó que

este aplica para todos los procesos sancionatorios que no tengan regla especial, no solo los disciplinarios, como lo mencionó en la sentencia cuestionada y ii) no explicó de manera suficiente sus razones para alejarse de las decisiones proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues su fundamentación se redujo a citar un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 2005 y una sentencia del 5 de febrero de 2009 de la Sección Primera, ambos previos al fallo de unificación del 29 de septiembre de 2009, y, además, (iii) desconoció la sentencia T-211 de 2018 que (...) dejó sin efectos una sentencia que produjo el mismo tribunal accionado, por desconocer el criterio uniforme existente respecto del artículo 38 del C.C.A.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 10 de septiembre de 2020, C.P. María Adriana Marín, radicación 11001-03-15-000-2020-02289-01 \(AC\).](#)

4. No se vulneran derechos fundamentales cuando se omite adelantar el trámite administrativo para solicitar la inclusión en un vuelo humanitario de repatriación.

Síntesis del caso: *La parte actora presentó acción de tutela contra la Presidencia de la República y otras entidades públicas, con el fin de que le sean garantizados sus derechos fundamentales a la libre locomoción, salud, vida digna y mínimo vital, afectados con ocasión de la declaratoria de emergencia económica, ecológica y social derivada de la pandemia de la COVID 19. Dicha vulneración se predica ante la imposibilidad de regresar nuevamente a Colombia, por lo que solicitó a las entidades demandadas su inclusión en algún vuelo humanitario de Lima a Bogotá. El juez de tutela encontró que no se le vulneró derecho fundamental alguno al accionante, pues se demostró que éste no adelantó ninguna gestión administrativa, conforme al protocolo establecido en la Resolución 1032 de 8 de abril de 2020, para efectos de ser incluido en un vuelo humanitario de repatriación. La Sala destacó la importancia de atender el debido proceso administrativo, frente al referido protocolo de repatriación, con el fin de que se no vea afectado el derecho fundamental a la igualdad de todas aquellas personas que se encuentren en similares circunstancias.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA AUTORIDAD PÚBLICA - Niega / REPATRIACIÓN DE COLOMBIANOS EN EL EXTERIOR - Ante la pandemia del COVID-19 / VUELOS HUMANITARIOS / PROTOCOLO DE RETORNO DE COLOMBIANOS EN EL EXTRANJERO EN CONDICIONES DE EMERGENCIA HUMANITARIA, CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR - Elementos / OMISIÓN DE LA PARTE INTERESADA DE TRAMITAR EL PERMISO PARA EL VUELO HUMANITARIO / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema Jurídico: *[L]a Sala debe decidir si el a quo acertó al denegar la inclusión del señor [J.J.P.G.] en un vuelo humanitario de emergencia entre Lima y Bogotá.*

Tesis: “[L]a Sala advierte que el señor [J.J.P.G.] no realizó ninguna de las gestiones ni asumió ninguno de los compromisos previstos en el protocolo de regreso al país [Resolución 1032 de 2020]. Si bien el actor adujo haberse comunicado telefónicamente con el

consulado, lo cierto es que no dio cuenta del agotamiento del procedimiento previsto para efecto de ser incluido en algún vuelo humanitario entre Lima y Bogotá. (...) A juicio de la Sala, se trata de un procedimiento idóneo y eficaz, puesto que caracteriza las situaciones individuales de cada uno de los solicitantes y elabora listados para efecto de tramitar y programar los vuelos humanitarios. (...) [Asimismo, la Sala considera necesario resaltar] la necesidad de respetar el procedimiento administrativo previsto para los vuelos

humanitarios, por cuanto de este modo se garantiza el derecho a la igualdad de todas aquellas personas que requieren ejercer el derecho al regreso. Asumir un tratamiento preferencial frente al actor, derivaría en que se desconozca el derecho a la igualdad de las personas que sí se han sometido al trámite administrativo. (...) [Así las cosas, encuentra la Sala que,] el a quo acertó al abstenerse de ordenar que el señor [J.J.P.G.] fuera incluido en un vuelo humanitario. En consecuencia, será confirmada la sentencia impugnada.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 18 de junio de 2020, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación 25000-23-15-000-2020-01224-01\(AC\).](#)

5. No se pueden desconocer las cláusulas pactadas, en relación con la liquidación y pago de honorarios, en un contrato de mandato.

Síntesis del caso: *La parte actora presentó demanda de tutela con el fin de buscar la protección a los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y al trabajo, presuntamente vulnerados por las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales demandadas, que, de manera arbitraria, fijaron y liquidaron los honorarios que le correspondían como apoderada judicial de los demandantes, en el proceso de reparación directa que culminó con el trámite de conciliación prejudicial No. 1100133360382015- 00 11700. Se arribó a la conclusión de que efectivamente, los jueces del proceso ordinario, valoraron de manera inadecuada la normativa relacionada con la liquidación y pago de los honorarios, al igual que las pruebas obrantes en el proceso y el precedente judicial vinculante sobre la materia, desconociendo la cláusula previamente establecida, en el contrato de mandato, en torno a la remuneración a la que tenía derecho la tutelante, como apoderada judicial de los accionantes.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL DICTADA EN UN INCIDENTE DE REGULACIÓN DE HONORARIOS / CONTRATO DE MANDATO - Es ley para las partes / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / DEFECTO SUSTANTIVO / DEFECTO FÁCTICO – Arbitraria valoración de lo pactado en el contrato de prestación de servicios profesionales / PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO LEX CONTRACTUS-PACTA SUNT SERVANDA / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema Jurídico: *[La Sala deberá determinar si las decisiones proferidas el 12 de agosto y 5 de diciembre de 2019, por las autoridades judiciales accionadas, incurrieron en los defectos sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente judicial, al interior del incidente de regulación de honorarios adelantado en el proceso de reparación directa que culminó con el trámite de conciliación prejudicial No. 1100133360382015- 00 11700, al fijar, de manera arbitraria, unos honorarios sin tener en cuenta lo pactado en el contrato de mandato suscrito entre la tutelante y los demandantes del proceso ordinario].*

Tesis: “Esta Sala de Decisión luego de analizar la providencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, al interior del incidente de regulación de honorarios, constató que la autoridad judicial interpretó de manera arbitraria la cláusula que estipulaba el pago de los honorarios a la accionante, por lo que simplemente esgrimió los argumentos por los cuales consideró que pese a existir un contrato de prestación de servicios entre las partes, el mismo debía entenderse a partir de las etapas procesales en las que la abogada prestó efectivamente sus servicios, y no como un todo. (...). En suma,

es claro como el Juez Treinta y Ocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá desde un primer momento realizó una interpretación arbitraria de la situación, ya que valoró indebidamente la existencia de la cláusula que claramente fue pactada entre las partes y en la cual se estipulaba la forma de pago por los servicios prestados al interior del proceso ordinario de reparación directa y, en consecuencia, contravino la manera integral como debió valorar la prueba teniendo en cuenta las normas que regulan los contratos (...) Nótese que el juzgado a pesar de tener en cuenta el convenio pactado, interpretó a voluntad la manera en cómo debían ser fijados los honorarios y dividió el proceso de reparación directa en etapas, y por cada una fijó un monto, lo cual en ningún momento fue estipulado por las partes; puesto que como se evidenció

en las cláusulas del contrato de prestación de servicios firmado entre la tutelante y la parte demandante en el medio de control, el pago se debía hacer de una sola manera, en un solo porcentaje y bajo el entendido de llevar a cabo el proceso para el cual había sido contratada, por ende no podía el juez ordinario pasar por alto el principio de *“lex contractus, pacta sunt servanda”* y desconocer lo allí acordado. Por ende, no es dable que la autoridad judicial que determinó los honorarios de la [accionante] después de desatar el incidente de regulación de honorarios lo haya hecho con desconocimiento de la normativa y jurisprudencia aplicada al caso, la cual, lo instaba a valorar integralmente las pruebas aportadas y sobre todo respetar el acuerdo de voluntades de las partes y la forma como se había realizado, sin lugar a interpretaciones.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 3 de septiembre de 2020, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 11001-03-15-000-2020-00726-01\(AC\).](#)

6. Se incurre en los defectos sustantivo y por desconocimiento del precedente, al comenzar el cómputo del término para realizar la notificación por aviso en el proceso de nulidad electoral, sin que el aviso se encuentre a disposición del demandante.

Síntesis del caso: *El tutelante presentó demanda de nulidad electoral contra del acto de elección del alcalde del Municipio de Tenerife, Magdalena. El Tribunal Administrativo del Magdalena admitió la demanda el 21 de enero de 2020 y, al día siguiente, se surtió la notificación al Ministerio Público. Como no fue posible realizar la notificación personal al demandado, el 3 de febrero de 2020, se elaboró el aviso correspondiente para que fuera publicado. Las publicaciones se realizaron el día 23 de febrero de 2020. Sin embargo, el Tribunal resolvió declarar la terminación del proceso por abandono, al considerar que no se acreditaron las publicaciones, dentro de los veinte días siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO Y DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DEFECTO SUSTANTIVO - Por interpretación errónea de las normas aplicables / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Por inaplicación de la interpretación legal del máximo órgano de cierre / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / TERMINACIÓN DEL PROCESO POR ABANDONO / NOTIFICACIÓN POR AVISO - Publicación y acreditación / CÓMPUTO DEL TÉRMINO PARA PUBLICAR EL AVISO – A partir de la notificación al procurador delegado, si el aviso se encuentra a disposición del demandante

Problema Jurídico: *“¿[L]as providencias bajo cuestionamiento adolecen de defecto sustantivo y desconocimiento del precedente por indebida interpretación del literal g) del numeral 1° del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, en contravía de la tesis de esta Sala sobre el particular?”*

Tesis: *“Por ello, se determinará si las providencias bajo cuestionamiento adolecen de defecto sustantivo y desconocimiento del precedente por indebida interpretación del literal g) del numeral 1 del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, en contravía de la tesis de esta Sala*

sobre el particular.(...) la Sala anticipa que concederá el amparo, comoquiera que la providencia atacada adolece de defecto sustantivo y desconocimiento del precedente, en la medida que la autoridad judicial pasó por alto la tesis interpretativa de esta Sala según la cual, el cómputo de los veinte días de que trata el literal g) del numeral 1 del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, debe considerar el momento en el que la Secretaría elaboró y puso a disposición de la parte demandante el aviso de notificación. (...) De este modo, se advierte que, por regla textual, el cómputo de los veinte días para acreditar las publicaciones del aviso de notificación se debe realizar a partir del día siguiente a la notificación al Ministerio Público. Sin embargo, y de acuerdo con la regla interpretativa que adoptó esta Sala, a la que se refirió el demandante, la notificación a dicha agencia especial no puede acontecer hasta tanto exista certeza sobre la notificación personal al demandado, o que el aviso de notificación está elaborado y disponible en las depen-

dencias secretariales para ser recogido por el actor, según sea el caso. Con todo, si el aviso se elabora con posterioridad a la notificación al procurador delegado, el término en mención debe contabilizarse desde el momento en que éste se encuentre a disposición del demandante. (...) Lo anterior significa que, para el momento en que se dictó el auto que decretó la terminación del proceso por abandono, a saber, el 24 de febrero de 2020, ni siquiera había transcurrido el término de veinte días de que trata la ley para proceder en ese sentido. Se observa, entonces, que la postura del Tribunal demandado resultó errónea, al pasar por alto el precedente judicial que contiene la interpretación legal que sobre el punto acogió esta Corporación, de manera que las providencias atacadas desconocieron el precedente y, por lo mismo, adolecen de defecto sustantivo. También se puede advertir, además, que la interpretación del Tribunal demandado fue restrictiva.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 17 de septiembre de 2020, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 11001-03-15-000-2020-03469-00\(AC\).](#)

ACCIONES POPULARES

1. Existe vulneración de derechos e intereses colectivos cuando se autoriza la exploración y explotación minera sobre las cuencas de reserva hídrica que abastecen a todo un departamento.

Síntesis del caso: *La Personería municipal de Ibagué presentó acción popular contra el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), el Instituto Colombiano de Geología y Minería – INGEOMINAS (hoy Agencia Nacional de Minería), AngloGold Ashanti Colombia S.A. (hoy Sociedad Kedahda S.A.), Continental Gold Ltda. (hoy Negocios Mineros S.A.), Oro Barracuda Ltda., Fernando Montoya, Alberto Murillo y Eugenio Gómez, por la presunta vulneración de derechos e intereses colectivos, con ocasión de las actividades de exploración y explotación de minería, en inmediaciones de los ríos Combeima, Cocora y Coello, afectando con ello la mayor fuente hídrica de todo el departamento del Tolima. Del análisis de los hechos planteados y las pruebas allegadas al proceso, se encontró que los sujetos demandados vulneraron los derechos e intereses colectivos enunciados por la parte actora. Por lo anterior, el juez popular de segunda instancia mantuvo la suspensión de toda la actividad minera sobre la cuenca hidrográfica de los ríos Combeima, Cocora y Coello, con el fin de preservar el principal suministro de agua potable para toda la región del departamento del Tolima.*

ACCIÓN POPULAR - Accede / EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN MINERA SOBRE LAS CUENCAS DE LOS RÍOS COMBEIMA Y COCORA / AFECTACIÓN AL ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - Por las actividades de minería realizadas cerca de la cuenca del río Coello / AGOTAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN / OMISIÓN DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA PARA DECIDIR EL ARGUMENTO DE AGOTAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN - No configuración / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Problema Jurídico 1: *[D]eberá la Sala definir, en primer lugar, si es cierto que el Tribunal omitió pronunciarse sobre el argumento esgrimido por AGA relacionado con el agotamiento de jurisdicción alegado respecto del proceso [73001-33-31-003-2009-00068-00], tal como lo afirma el Ministerio de Minas y Energía en su recurso de alzada.*

Tesis 1: “[La Sala] observa que, mediante escrito del 3 de octubre de 2011, la sociedad AGA solicitó al Tribunal rechazar la demanda con fundamento en la ocurrencia de la figura del agotamiento de jurisdicción en relación con el expediente [73001-33-31-003-2009-00068-00], la cual fue presentada ante el Juzgado Tercero Administrativo de Ibagué el 5 de marzo de 2009 por parte de la Asociación de Usuarios de Adecuación de Tierras de los Ríos Coello y Cucuna-USOCOELLO, y admitida mediante providencia del 19 de marzo de ese mismo año, por cuanto consideró

que en ella concurren los presupuestos jurisprudencialmente definidos para ello, esto es, el mismo objeto, causa, derechos y partes. También se encuentra que el Tribunal, a través de auto del 28 de octubre de 2011, negó tal solicitud, por considerar que en ese momento no se había trabado la litis, dado que no se habían notificado a los demás accionados. Posteriormente, por medio providencia del 4 de julio de 2019, en la que se resolvió la solicitud de aclaración y adición de la sentencia del 30 de mayo de 2019, el a quo declaró no probada la excepción de agotamiento de jurisdicción impetrada por la sociedad AGA. (...) Así las cosas, no es cierto que el Tribunal haya omitido resolver el planteamiento relacionado con el agotamiento de jurisdicción en relación con el proceso nro. [73001-33-31-003-2009-00068-00].”

ACCIÓN POPULAR - Accede / EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN MINERA SOBRE LAS CUENCAS DE LOS RÍOS COMBEIMA Y COCORA / AFECTACIÓN AL ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE DEL DEPARTAMENTO EN EL TOLIMA - Por las actividades de minería realizadas cerca de la cuenca del río Coello / AGOTAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN / ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS PARA DECLARAR EL AGOTAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN - Solo del proceso que actualmente está vigente / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Problema Jurídico 2: *¿[E]s procedente declarar el agotamiento de jurisdicción del proceso que ahora ocupa a la Sala frente los expedientes [73001-33-31-003-2009-00068-00 y 73001-33-31-008-2009-00270-00 (acumulados), o con el identificado con número*

Tesis 2: “[Para la Sala,] es claro que los expedientes acumulados [73001-33-31-003-2009-00068-00 y 73001-33-31-008-2009-00270-00] fueron fallados en primera y segunda instancia por el Juzgado Tercero Administrativo de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima, respectivamente, resolviéndose en aquella oportunidad revocar la decisión inicial para en su lugar declarar el agotamiento de jurisdicción en relación con el proceso nro. [73001-23-00-000-2011-00613-00], es decir, que en este escenario el estudio de la figura del agotamiento de jurisdicción propuesto por los apelantes se debe circunscribir a este último, y no a los anteriores que fueron acumulados y que no se encuentran activos. (...) [Ahora bien, respecto a la configuración de los elementos en el presente asunto] deben tenerse en cuenta las siguientes reglas: (i) que las demandas versen sobre los mismos hechos y tengan igual causa petendi; (ii) que ambas acciones estén en curso, (iii) que las demandas se dirijan contra el mismo demandado, bajo el entendido de que por ser

de radicado 73001-23-00-000-2011-00613-00], que fueron puestos en consideración de la Sala con los recursos de alzada?

una acción que protege derechos en cabeza de todos, no se requiere que coincida el mismo demandante, y (iv) que el proceso que primero haya notificado el auto admisorio de la demanda a los demandados agota la jurisdicción. Así las cosas (...), habrá de establecerse inicialmente en qué proceso se notificó en primer lugar la demanda, para luego verificar la viabilidad de adelantar el estudio concreto de acuerdo con los presupuestos vistos. (...) [La Sala] concluye que el proceso [73001-23-31-000-2011-00611-03] notificó primero a sus demandados, en tanto la última notificación se surtió el 24 de agosto de 2012, mientras que en el expediente [73001-23-00-000-2011-00613-00] esto ocurrió el 18 de septiembre de 2013, lo que significa que, de concurrir los demás presupuestos tratados sobre el agotamiento de jurisdicción, sería el primero de los mentados procesos y no el último (...), el que agotó la jurisdicción. (...) En síntesis de lo expuesto, este cargo no está llamado a prosperar.”

ACCIÓN POPULAR - Accede / EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN MINERA SOBRE LAS CUENCAS DE LOS RÍOS COMBEIMA Y COCORA / AFECTACIÓN AL ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - Por las actividades de minería realizadas cerca de la cuenca del río Coello / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Problema Jurídico 3: *Deberá la Sala dilucidar si es cierto que el Tribunal no resolvió la totalidad de las excepciones propuestas por las sociedades Negocios Mineros S.A. y AGA; si ello es así, habrá que definirse si esto constituye razón suficiente para revocar el fallo impugnado [al vulnerarse el principio de congruencia].*

Tesis 3: “[E]ncuentra la Sala que el Tribunal no abordó los puntos de la controversia en los términos planteados en las contestaciones de la demanda, sino que reagrupó los argumentos de defensa expuestos por todas las entidades intervinientes. (...) [Ahora] es cierto que el Tribunal, en los antecedentes de la providencia, no resumió lo dicho por AGA en el

escrito de contestación radicado ante esa Corporación el 25 de junio de 2013 (...), sino que, en su lugar, trajo a colación lo dicho inicialmente por esa misma empresa en relación con el agotamiento de jurisdicción. Adicionalmente, tal como lo sostienen los apelantes, en la providencia del 4 de julio de 2019, por medio de la cual se resolvió la solicitud de aclaración y adición de la sentencia del 30 de mayo de 2019, se afirmó erróneamente que “no se avizora excepción alguna” propuesta por Negocios Mineros, puesto que, como se vio, ésta sí las presentó bajo los títulos vistos. No obstante, evidencia la Sala que, aun cuando son ciertas las afirmaciones anteriores, el Tribunal sí resolvió los planteamientos que como medios exceptivos formularon los memorialistas.

(...) En efecto, de lo expuesto anteriormente se observa que todos estos temas fueron tratados en la decisión recurrida, de manera que no es procedente afirmar que el Tribunal haya omitido abordarlos, puesto que, aunque quedaron resueltos de forma general, fueron objeto de pronunciamiento en los términos vistos, bajo la perspectiva de la aplicación

del principio de precaución. (...) [Por lo tanto,] a juicio de la Sala, no es cierto que Tribunal haya omitido resolver la totalidad de las excepciones propuestas por las sociedades Negocios Mineros S.A. y AGA, situación que la releva de adelantar su estudio, tal como lo ordena el artículo 185 del CPACA.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 14 de septiembre de 2020, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación 73001-23-31-000-2011-00611-03\(AP\).](#)

2. Se ordenaron medidas de conservación y protección para el bien de interés cultural Centro Urbano Antonio Nariño, primera ciudadela de Colombia.

Síntesis del caso: *El Centro Urbano Antonio Nariño se declaró bien de interés cultural de carácter nacional en el año 2001, por tal razón, está sometido a la Ley 397 de 1997 que establece una limitante en el sentido de condicionar su intervención a la autorización previa del Ministerio de Cultura. El conjunto cuenta con una subestación principal de energía eléctrica ubicada dentro de la copropiedad. Desde el año 2010, Codensa S.A. E.S.P. pretende adelantar obras en el terreno donde está ubicada la subestación eléctrica con la finalidad de modernizarla, bajo una licencia de construcción que obtuvo del Curador Urbano 1 de Bogotá, sin la autorización previa de los Ministerios de Cultura y Medio Ambiente, como lo ordena la ley. Además, pese a que la licencia de construcción autorizó la demolición parcial en el bien de interés cultural, adelantó la demolición total con la justificación de que era necesario para reforzar la estructura del bien.*

ACCIÓN POPULAR / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR EN SEGUNDA INSTANCIA - Revoca parcialmente la sentencia / VULNERACIÓN DEL DERECHO COLECTIVO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN / VULNERACIÓN DEL DERECHO COLECTIVO A LA REALIZACIÓN DE CONSTRUCCIONES, EDIFICACIONES Y DESARROLLOS URBANOS RESPETANDO LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS, DE MANERA ORDENADA, Y DANDO PREVALENCIA AL BENEFICIO DE LA CALIDAD DE VIDA DE LOS HABITANTES / BIEN DE INTERÉS CULTURAL DE CARÁCTER NACIONAL - Centro Urbano Antonio Nariño / AFECTACIÓN PARCIAL DE BIEN DE INTERÉS CULTURAL DE CARÁCTER NACIONAL / DEMOLICIÓN TOTAL DE SUBESTACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA - Ubicada dentro de un bien declarado de interés cultural / PLAN ESPECIAL DE MANEJO Y PROTECCIÓN DE BIEN DE INTERÉS CULTURAL - Para garantizar la protección y la sostenibilidad en el tiempo

Problema Jurídico: *¿ Se vulneraron los derechos colectivos a la defensa del patrimonio cultural de la Nación y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes y el goce de un ambiente sano por la demolición total de las instalaciones físicas donde funcionaba la subestación de energía eléctrica ubicada en el Centro Urbano Antonio Nariño, bien declarado de interés cultural de carácter nacional?*

Tesis: “[L]a vulneración del patrimonio cultural de la Nación se predica por el incumplimiento del propósito trazado en la autorización de intervención otorgada por el Ministerio de Cultura; lo anterior en la medida que Codensa S.A. E.S.P. pretendió la modernización

de la subestación de energía eléctrica ubicada dentro del Centro Urbano Antonio Nariño, bien declarado de interés cultural, con la intención, por un lado, de evitar un perjuicio a los habitantes del conjunto residencial, al sector y, en general, a la comunidad que se abastecía de energía de la subestación en cuestión, que ya se encontraba obsoleta y, por el otro, de “[...] actualizar sus instalaciones a los requerimientos técnicos vigentes [...] garantizando la seguridad y el mejoramiento del servicio [...]”, pero esta no se cumplió (...) [L]a Sala evidencia que se ha vulnerado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio cultural de la Nación: i) por parte de Codensa S.A. E.S.P. al no cumplir el propósito de mejorar las condiciones técnicas para la prestación del servicio público de energía y por el contrario

realizar la intervención del Centro Urbano Antonio Nariño, bien declarado de interés cultural de carácter nacional, dejando las obras inconclusas y en estado de abandono, sin justificación válida; y ii) por parte del Ministerio de Cultura y Bogotá, D.C. al no ejercer sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias en aras de proteger y conservar el patrimonio cultural (...) Además, se tiene que pese a que la curaduría Urbana núm. 1 de Bogotá D.C. expidió licencia de construcción bajo la modalidad de ampliación, modificación y/o demolición parcial de la subestación de energía eléctrica, Codensa S.A. E.S.P. demolió totalmente la infraestructura física de la misma, interviniendo de forma indebida el bien declarado de interés

cultural, dañando la construcción inicial y la preservación cultural de la que fue objeto el Centro Urbano Antonio Nariño (...) Así las cosas, al ser los planes especiales de manejo y protección un instrumento de gestión del patrimonio cultural de la Nación, la Sala considera que a través de este mecanismo deben establecerse acciones necesarias para garantizar la protección, conservación y sostenibilidad del Centro Urbano Antonio Nariño, como bien de interés cultural, así como implementar la restauración del terreno afectado por la demolición realizada en el conjunto residencial, como medida compensatoria al daño ocasionado.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 21 de mayo de 2020, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación 25000-23-24-000-2011-00407-01\(AP\).](#)

3. Falta de una oficina de atención para los afiliados de la Nueva E.P.S. en el municipio de Aguadas – Caldas vulnera los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud.

Síntesis del caso: *Una ciudadana, en ejercicio de la acción popular, presentó demanda contra la entidad promotora de salud Nueva E.P.S., con miras a obtener la protección de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios en materia de salud, por la falta de una sucursal física de atención al público en el municipio de Aguadas – Caldas, a fin de que los afiliados de esa E.P.S. puedan acceder a las autorizaciones de servicios y medicamentos y demás trámites administrativos. El Consejo de Estado concluyó que se vulneraron los derechos colectivos invocados y, en consecuencia, ordenó la ubicación transitoria de una oficina de atención personalizada en el referido municipio, mientras se realizan las actividades para adaptar a los usuarios a una cultura de comunicación digital en relación con los servicios de salud.*

MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN MATERIA DE SALUD - Por la falta de una oficina de atención para los afiliados de la Nueva E.P.S. en el municipio de Aguadas – Caldas / MECANISMOS DE COMUNICACIÓN DIGITAL - Insuficientes para garantizar el ejercicio de los derechos de los usuarios en materia de salud

Problema Jurídico: “¿[E]xiste afectación de los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud debido a que en el municipio de Aguadas – Caldas no hay una oficina de atención personalizada disponible para que los afiliados de la entidad promotora de salud Nueva EPS puedan acceder a sus autorizaciones médicas y demás trámites administrativos?”

Tesis: “[L]a comunicación entre la Nueva E.P.S. y sus afiliados vía mensaje de texto no es un mecanismo ha-

bilitado para que estos puedan acceder a sus autorizaciones médicas y demás trámites administrativos. (...) Aunque la Nueva E.P.S., a lo largo del proceso, mencionara que mediante las líneas telefónicas ofrece a sus usuarios información sobre el estado de las autorizaciones médicas solicitadas, lo cierto es que la vía telefónica tampoco es un medio habilitado por la E.P.S. para solicitar los servicios o programas de salud correspondientes. Ahora bien, la Nueva E.P.S. no desconoció ni cuestionó las evidencias (...) referentes a las

cargas desproporcionadas o dificultades físicas, mentales o económicas que supone para algunos usuarios del municipio de Aguadas, el hecho de tener que desplazarse hasta el municipio de Salamina -que se encuentra a 66 kilómetros de distancia- para solicitar los servicios de salud, debido a la ausencia de una “oficina de atención al usuario de manera personalizada”. No obstante, la E.P.S. informó que sus afiliados del municipio de Aguadas, habitantes en zonas dispersas y de escasos recursos -además de las oficinas de Chinchiná, Salamina, La Dorada y Manizales-, cuentan con el portal transaccional y la oficina virtual a fin de acceder a los servicios administrativos que necesiten. (...) [C]iertamente dichos mecanismos no son suficientes para garantizar el debido ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios en materia de salud. [L]a Ley Estatutaria 1751 de 2015 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han señalado que el servicio público y derecho fundamental a la salud se encuentra integrado por unos elementos esenciales, dentro de los cuales, para la presente controversia, cobran especial importancia la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad. Estos elementos no solamente refieren a los servicios de salud propiamente dichos, sino que también

aluden a los medios e instrumentos para acceder a dichas prestaciones, es decir, a los establecimientos y bienes de la salud. (...) Pues bien, es evidente que los trámites administrativos que presta una oficina de atención personalizada al usuario o afiliado tienen relación directa con la prestación de los servicios de salud. (...) Aunque Nueva E.P.S. haya replicado que, a través del concepto N.º 2-2017-113233 de 30 de octubre de 2017, la Supersalud manifestó que no existe obligación de tener una oficina de atención al usuario en cada municipio donde se tengan afiliados, la Sala observa que, dadas las condiciones específicas del municipio de Aguadas, dicho criterio no resulta aplicable en la presente controversia. Dicho concepto, además de carecer de vinculatoriedad por mandato legal, según lo referido hasta ahora, tampoco puede ser oponible a la Constitución Política ni a la ley, tanto en sentido estricto (especialmente las leyes de carácter estatutario), como en sentido lato. Pues bien, la Sala observa que una oficina de atención personalizada al alcance de los afiliados de Nueva E.P.S. domiciliados en el municipio de Aguadas resulta de vital importancia para que estos puedan acceder de manera expedita a la información, trámites y servicios en virtud de los cuales se materialice su derecho constitucional a la salud.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 6 de agosto de 2020, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 17001-23-33-000-2018-00350-01 \(AP\).](#)

ACCIÓN DE GRUPO

1. La inclusión en el censo de familias damnificadas por la segunda ola invernal de 2011, por sí sola, no convierte al censado en acreedor del apoyo económico, pues resulta indispensable verificar que se hubiera presentado el padecimiento material directo.

Síntesis del caso: *Se ejerció la acción de reparación de los perjuicios causados a un grupo (ley 1437 de 2011) contra la Nación - Ministerio del Interior, la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres UNGRD, el Distrito Capital de Bogotá - Secretaría Distrital de Integración Social y el Fondo de Atención y Prevención de Emergencias FOPAE, por el supuesto daño causado al “grupo afectado” en su condición de damnificados por la segunda ola invernal de 2011 en las localidades de Kennedy y Bosa, como consecuencia del no pago del auxilio económico dispuesto en la Resolución No. 074 de 2011. Esta Corporación concluyó, en segunda instancia, que el daño alegado no resultó antijurídico, ya que no se acreditó que las personas censadas cumplieran los requisitos establecidos en la referida Resolución y la circular que le dio alcance.*

RECURSO DE APELACIÓN / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A UN GRUPO / FALTA DE PAGO DEL AUXILIO ECONÓMICO A FAMILIAS DAMNIFICADAS POR OLA INVERNAL EN BOGOTÁ - Reporte de damnificados en las localidades de Bosa y Kennedy / INCLUSIÓN EN EL CENSO DE DAMNIFICADOS – Insuficiente para acceder al apoyo económico / AUSENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO - Derivado del no reconocimiento y pago del apoyo económico dispuesto / INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA ACREDITAR LA CALIDAD DE DAMNIFICADO – No se acreditó perjuicio material en muebles o inmuebles

Problema Jurídico: *¿El daño alegado consistente en la falta de pago del subsidio como familia damnificada con la ola invernal reviste o no el carácter de daño antijurídico?*

Tesis: “Con todo, el daño que alega haber sufrido el grupo actor y que se concretó en el no pago del auxilio equivalente a \$1'500.000, pese a estar inscritos en el censo entregado el 29 de febrero de 2012, si bien está demostrado por cuenta de los listados en los que, no obstante estar incluidos como damnificados no figura reporte de pago del auxilio en su favor, tal acontecer no lo torna en un daño antijurídico, en tanto, según se vio, su reconocimiento no resultaba procedente en el contexto de la Resolución No. 074 de 2011, modificada por la Resolución No. 002 de 2012. (...) Para que resultara antijurídico el daño evidenciado era necesario que la falta de pago del subsidio económico en favor de las personas incluidas en el censo no hubiera consultado o se hubiera alejado de los términos en que fue dispuesta su procedencia o que la razón para su negativa hubiera estribado en el carácter extemporáneo de la entrega del censo por parte del FOPAE a la UNGRD, nada de lo cual ocurrió. (...) En efecto, de acuerdo con el acta de reunión del 16 de diciembre de 2011, a la que asistieron representantes de la UNGRD y del FOPAE, se previno la necesidad de realizar la depuración respectiva a los registros de damnificados, de cara a la efectiva verificación de las requisitos que dieran cuenta de tal calidad, por lo que (...), existieron múltiples casos en los que, respecto del censo aportado en diciembre de

2011, los inscritos no fueron reconocidos como damnificados por las inconsistencias presentadas respecto del cumplimiento de los requisitos previstos en la Resolución No. 074 de 2011, modificada por la Resolución No. 002 de 2012. (...) De esos documentos surge con claridad que, de la revisión del censo aportado el 29 de febrero de 2012, la UNGDR, más allá de oponer el carácter extemporáneo de su presentación, se pudo evidenciar por esa Unidad que no se reunían las condiciones para ser beneficiarios del pago del auxilio económico, lo que llevaba a abstenerse de ordenar su pago. (...) En otras palabras, la inclusión de los integrantes del grupo actor en el censo, por sí sola, no los convertía automáticamente en acreedores del apoyo económico creado para el restablecimiento de los deterioros sufridos en los bienes de los afectados, en razón a que, para ese propósito, era indispensable verificar que se hubiera presentado el padecimiento material directo en sus muebles o inmuebles de habitación, circunstancias que, según lo evidenció la UNGRD al revisar el contenido del censo entregado el 29 de febrero de 2012, no se acreditaron, a pesar de estar enlistadas en el pluricitado registro; por el contrario, en la gran mayoría de los casos se trató de familias que no sufrieron ningún tipo de afectación directa en su inmueble o muebles y que ni siquiera se encontraban en manzanas de afectación directa y en ninguno de los eventos, se determinó que fueran personas que residían en los primeros pisos de los bloques impactados con las inundaciones.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 31 de julio de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 25000-23-41-000-2013-00488-01\(AG\).](#)

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

1. En Recurso Extraordinario de Revisión condenan al Estado por homicidio de los diputados del Valle del Cauca a manos de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC.

Síntesis del caso: *Los familiares de los 11 diputados del Valle del Cauca secuestrados por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC E.P., en ejercicio de la acción de grupo, instauraron varias demandas que fueron acumuladas por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Cali, a efecto de obtener se declarara la responsabilidad por falla en el servicio de la Nación, Ministerio de Defensa- Policía Nacional y Departamento del Valle del Cauca, con ocasión de la muerte en cautiverio de los 11 diputados y, como consecuencia de ello, que se condenara a las entidades accionadas al pago de las sumas que cada grupo acreditara respecto de perjuicios materiales, morales y daño a la vida de relación, considerándose en sede de eventual revisión de la acción de grupo que no existía cosa juzgada respecto a la acción de grupo instaurada por las partes cuando se produjo el secuestro, luego de indicar que la sentencia cuestionada se apartó del precedente de la Corporación al analizar la responsabilidad del estado por los daños ocasionados por un tercero actor del conflicto armado.*

MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN EN ACCIÓN DE GRUPO / DIPUTADOS SECUESTRADOS DEL VALLE DEL CAUCA – Por un grupo de rebeldes militantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC EP / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA – Concepto / DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA – Alcance / DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD PERSONAL – Está asociado al derecho fundamental a la vida / TOMA DE REHENES Y MUERTE EN CAUTIVERIO – Conexidad / DEBER JURÍDICO DE EVITAR RESULTADO DAÑOSO / ESQUEMA DE IMPUTACIÓN DE FALLA DEL SERVICIO – Por omisión en la posición de garante / PRECEDENTE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Hace referencia a la ausencia del elemento intencional dolo o culpa / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Con ocasión de los daños ocasionados por un tercero actor del conflicto armado / INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA CUANDO SE PROFIERE SENTENCIA DE REPARACIÓN DIRECTA QUE RECONOCE PERJUICIOS DERIVADOS DE LA TOMA DE REHENES – Cuando posteriormente se instaura acción de grupo para pedir que se reconozca el pago de perjuicios derivados de la muerte en cautiverio

Problema Jurídico 1: “[V]erificar si la sentencia del 22 de febrero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca: 1) se apartó del corpus juris del derecho internacional humanitario en lo concerniente al deber de protección de los derechos humanos que debe asumir el Estado en los eventos de conflicto armado interno. Ello asociado a la conexidad que existe entre el secuestro y la muerte en cautiverio”, luego de lo cual debe establecerse “si la decisión objeto de revisión armoniza con el precedente de la Corporación, al analizar la responsabilidad del estado por los daños ocasionados por un tercero actor del conflicto armado”.

Tesis 1: “[E]l atentado contra el derecho a la seguridad personal que se materializa en actos ilegales y reprochables a la luz del orden interno y de los instrumentos internacionales como el secuestro y/o toma de rehenes, ha llevado a considerarlos como uno de los más graves que lesionan a la sociedad. (...) El delito de toma de rehenes, es calificado como un crimen que atenta directamente contra la libertad individual, y en muchos casos la vida e integridad física de quienes lo padecen. (...) [L]a anulación o restricción del derecho a la libertad personal, no solo trasgrede un único bien jurídico como la libertad, sino que está asociado a un sin número de derechos humanos que se cercenan o limitan de manera inmediata, entre ellos, uno de los

más importantes, el derecho a la vida (...) [E]l secuestro, o toma de rehenes al tratarse de una privación arbitraria de la libertad en virtud de un conflicto armado, pone en riesgo la vida de la víctima dado que ésta se encuentra en un estado total de indefensión (...) En tal sentido, el secuestro como limitante del derecho a la libertad personal, constituye una conducta continuada y solo cesa sus efectos con la liberación de la víctima, o con su muerte, porque en uno u otro evento, o bien se restablece el derecho de quien ha sido privado arbitrariamente de la libertad o se le impide de forma definitiva la capacidad de gozar del mismo. (...) [L]a muerte de quien fue secuestrado o tomado como rehén en el marco de un conflicto armado, representa una consecuencia directa y prolongada de la omisión en el deber de la protección de la libertad personal, ya que con dicha omisión se generó el riesgo de perder la vida, que bien pudo ser evitado de haberse actuado. (...) [L]a limitación arbitraria de la libertad personal a través de los actos ilegales de la toma de rehenes y/o secuestro, está asociada a la vulneración de otros derechos humanos entre ellos de la vida, dado que coloca a la víctima en estado de indefensión, la instrumentaliza y anula toda posibilidad de autodeterminación. (...) [L]os precedentes de la Corporación se inclinan al análisis de la falla en el servicio por omisión en la posición de garante institucional, en eventos en que el hecho dañoso se produce como consecuencia de un conflicto armado interno. (...) [L]os precedentes jurisprudenciales se han orientado a atribuir la responsabilidad del Estado, analizando el deber de protección que le asiste, en sus dos dimensiones convencional (art. 1.1) y constitucional (art. 2-2 y 218). La responsabilidad surge por la omisión de sus obligaciones de garantizar la efectividad de los derechos humanos, las cuales se traducen en actuar de manera eficiente, utilizando todos los medios a su alcance, de manera que los derechos garantizados por la convención no sean limitados ni vulnerados por autoridades del Estado ni por terceros.”

Problema Jurídico 2: *“¿Opera la cosa juzgada en aquellos eventos en que se profiere sentencia de reparación directa que reconoce perjuicios derivados de la toma de rehenes y con posterioridad se instaura la acción de grupo para pedir que se reconozca el pago de perjuicios derivados de la muerte en cautiverio?”*

[Consejo de Estado, Sala Novena Especial de Decisión, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia del 9 de septiembre de 2020, radicación: 6001-33-31-001-2008-00134-01.](#)

Salvamento voto del consejero Roberto Augusto Serrato Valdés

SALVAMENTO DE VOTO / OCURRENCIA DEL DAÑO – Se funda en el secuestro de los diputados, lo que ya había sido objeto de pronunciamiento en otro proceso de reparación directa / POSICIÓN DE GARANTE Y DEBER DE PROTECCIÓN – Para determinar nexo de causalidad respecto del daño jurídico / HOMICIDIO DE LOS DIPUTADOS – No analiza ni explica cuáles fueron omisiones o acciones

Tesis 2: “La respuesta al interrogante es negativo. La tesis se fundamenta en que, aunque la acción de reparación directa y la acción de grupo, hoy medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, comparten la naturaleza indemnizatoria, debe demostrarse en las dos la igualdad de partes, objeto y causa para que se pueda predicar que se presentó el fenómeno de la cosa juzgada. (...) Es importante resaltar que el ordenamiento jurídico permite, en virtud del derecho de exclusión, que el interesado pueda iniciar una acción independiente del resto de las personas cobijadas por la misma causa que originó un daño plural, no obstante, cuando no ejercen el derecho de exclusión del grupo, resultan vinculadas por lo decidido en una acción instaurada en su nombre, tanto si se han hecho parte en el proceso como si no. (...) [E]l criterio acogido por la Corporación en estos eventos en que se interponen acciones de reparación directa y acciones de grupo, es aquel en el cual se estudia el fenómeno de la cosa juzgada ligado al objeto del litigio, esto es, que se trata en el fondo de asuntos en los que se debaten y definen intereses subjetivos. De manera, que la cosa juzgada se materializa en el hecho en que en sede judicial no pueda debatirse nuevamente un proceso, que sea tramitado por las mismas partes, verse sobre igual objeto, y se funde en la misma causa de otro que ya haya sido definido mediante sentencia ejecutoriada. En suma, en estos casos, el litigio está constituido por tres aspectos. Elementos a los que hace referencia en igual sentido, el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable al medio de control de reparación de perjuicios a un grupo, en virtud de la remisión normativa del artículo 306 del CPACA. (...) En los términos de la Ley 472 de 1998, lo decidido en el medio de control colectivo tiene efectos de cosa juzgada para los miembros del grupo a favor del cual se interpuso –tanto si hicieron parte del proceso o no y salvo las excepciones antes señaladas-, lo que, en consideración a lo dispuesto en el entonces artículo 175 del CCA y ahora 140 del CPACA sobre las acciones de reparación directa, significa que a favor del mismo grupo no podrá adelantarse, contra el mismo demandado, otra acción con un objeto idéntico y con fundamento en la misma causa.”

de la fuerza pública y del Estado colombiano de los cuales se desprende la responsabilidad administrativa

Problema Jurídico: *¿Se encuentra acreditado el nexo de causalidad entre la posición de garante y el deber de protección del Estado respecto al daño jurídico cuya indemnización se reclama para declarar la responsabilidad de la administración?*

Tesis: “[E]n primer lugar, me permito advertir que me distancié la decisión en tanto que la misma realiza una imputación con fundamento en circunstancias fácticas y jurídicas que ya fueron objeto de pronunciamiento y juzgamiento por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (...) En efecto, no se tuvo en cuenta que dentro del proceso de reparación directa 2004 – 1085 ya se había decidido una demanda formulada por los ahora accionantes en contra de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, acción promovida por el secuestro de los 11 diputados del Valle del Cauca, proceso en el cual se concluyó que las entidades demandadas eran responsables patrimonialmente bajo el título de imputación de falla del servicio. (...) [E]l proyecto debió centrar su análisis en las circunstancias que rodearon la muerte de los diputados, esto es, ahondar en la posición de garante y en el deber de protección que tenía el Estado para el momento específico en que los diputados fueron asesinados y, con fundamento en lo an-

terior, determinar la existencia o no de un nexo de causalidad respecto del daño antijurídico. (...) En la medida en que tal análisis no está contenido en la providencia objeto del presente salvamento, la fundamentación del nexo de causalidad, en mi criterio, no se acreditó debidamente y quedó, entonces, sin sustento jurídico, pues tan solo se aludió a que la muerte de los diputados resultaba una consecuencia directa del secuestro, supuesto que, por sí mismo, no resulta suficiente para imputar la responsabilidad del Estado en la muerte de los 11 diputados. (...) [E]l homicidio de estos servidores públicos se dio, según la información suministrada por la Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, el 18 de junio de 2007, lo que quiere decir que, entre su secuestro, ocurrido el 11 de abril de 2002 y, su muerte, transcurrieron 5 años. (...) Así pues, el proyecto reitera los hechos que fueron objeto de juzgamiento y que se relacionan con el secuestro de los diputados, pero no analiza ni explica cuáles fueron omisiones o acciones de la fuerza pública y del Estado colombiano que, en el mencionado período, condujeron a la muerte los diputados y de la cuales se desprende la responsabilidad administrativa.”

[Consejo de Estado, Sala Novena Especial de Decisión, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, SV. Roberto Augusto Serrato Valdés, sentencia del 9 de septiembre de 2020, radicación: 6001-33-31-001-2008-00134-01\(AG\)REV.](#)

2. Se ordena a la Sección Tercera del Consejo de Estado proferir nuevo fallo tras declarar fundado recurso extraordinario de revisión que declaró caducidad en proceso de reparación directa donde se reclama la existencia de falla del servicio del Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional por la acción de un grupo paramilitar.

Síntesis del caso: *Se declaró fundado el recurso extraordinario de revisión por nulidad originada en la sentencia formulado contra la decisión inhibitoria proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado tras estimarse que la autoridad cuya decisión se cuestiona no se enfocó en la fecha del daño antijurídico demandado (destrucción total de la finca y hurto del ganado), de cara a la conducta imputada al Ministerio de Defensa (Ejército Nacional), que le hubieran permitido proferir una decisión de fondo, sin que fuese viable contabilizar la caducidad de esta acción en la forma en que se hizo, pues tanto en los hechos como en las pretensiones de la reparación directa se imputan dos hechos contundentes que se materializan en forma posterior a la ocupación que se tuvo como referente para soportar el fallo censurado.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Se declara fundado / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA – En la modalidad de falta de congruencia / CONGRUENCIA – Relación con la causa petendi / CONGRUENCIA Y DECISIÓN INHIBITORIA – Elementos diferenciadores / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Se declara fundado / DECLARATORIA DE CADUCIDAD – No era necesaria / CADUCIDAD – Debió contabilizarse desde fecha del daño antijurídico demandado

Problema Jurídico: “[D]eterminar si existen razones fundadas para declarar la prosperidad de la causal 5º del artículo 250 del CPACA, nulidad originada en la sentencia, estructurada en la violación al debido proceso del artículo 29 de la Constitución Política y en la transgresión a la garantía de acceso a la administración de justicia, aunado a la incongruencia de la decisión, respecto de la sentencia del 1º de octubre de 2018, proferida por la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado y que convergen en un supuesto fáctico procesal, que debe ser determinado por la Sala de Decisión, atinente a la caducidad de la acción.”

Tesis: “[N]o se advierte por esta Sala de Decisión que se haya pretendido, por lo menos, no desde la formulación contenida en dicha demanda, que se atribuya a la accionada la conducta omisiva de falta de protección y de acción efectiva por la mera ocupación del grupo al margen de la ley, sino que la certeza del daño la formulan e imputan a los dos hechos contundentes que alegan (...) (i) la destrucción total de la finca y (ii) el hurto de 560 semovientes, acontecidos, itera la Sala, en junio de 2003 (...) [L]a ocupación de la finca por las AUC ocurrió a la altura del mes de marzo de 2003, pero institucionalmente, ese acontecer fue puesto en conocimiento de la Fiscalía, mas no del Ministerio de Defensa (Ejército Nacional), y es a éste último a quien se le imputa el daño antijurídico (...). En efecto, el daño antijurídico que se imputa en la demanda a la supuesta conducta omisiva e inactiva del Ministerio de Defensa (Ejército Nacional) se materializa en dos afectaciones, a saber: la destrucción total

de la finca “El Peral” y el hurto del ganado (560 semovientes), que no fueron conocidos por ninguna persona ni autoridad sino el 13 de junio de 2003, día de su real, actual y cierto acontecer. (...) Ahora, indicar que si era viable conocer la conclusión de los hechos en marzo de 2005, es decir, dos años después, porque ya se sabía, ineluctablemente, de la destrucción de la finca y del hurto del ganado, sería tanto como predicar la operatividad de la caducidad basándose en la falacia de que el daño antijurídico, ya era presente, cierto, actual y determinado; pues ha de recordarse que la caducidad, figura a merced del tiempo, parte de supuestos de actualidad y certeza en el hecho dañoso o conducta dañosa génesis del daño antijurídico, lo que implica que se da en circunstancias de tiempo presente y no en lo que se supone va a suceder, en lo incierto o aleatorio, salvo claro está cuando en márgenes de probabilidad se tenga un nivel alto de contingencia en su ocurrencia, pero lo cierto es que para ello, el legislador y la jurisprudencia, han apelado a determinar presunciones o en últimas, el operador ha abogado por interpretaciones para el caso concreto y específico que juzga, no siendo una generalidad de efectos inclusivos y aplicables a todos los casos. Esta decisión se enmarca entonces dentro del contexto de que, a juicio de la Sala de Decisión, la sentencia inhibitoria (mencionada como denegatoria en la parte resolutive de la sentencia revisada) no era verdaderamente necesaria, porque el juez de la reparación directa, tuvo la oportunidad de adoptar un parámetro diferente y conducente que le hubiera permitido proferir una decisión de fondo.”

[Consejo de Estado, Sala Cuarta Especial de Decisión, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, sentencia del 1 de septiembre de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-00266-00\(REV\).](#)

Salvamento voto del consejero Alberto Montaña Plata

SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA INFIRMADA – No terminó con fallo inhibitorio / EXISTENCIA DE CADUCIDAD - Justificada en criterio de juez natural / CAUSAL QUE REQUIERE QUE EL FALLO INHIBITORIO SEA INJUSTIFICADO – No se configura

Problema Jurídico: ¿Fallo inhibitorio que se consideró proferido en el caso concreto se encuentra justificado?

Tesis: “[M]e aparto de la decisión de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala por 3 razones a saber. 1) La Sentencia infirmada no terminó con un fallo inhibitorio y, en consecuencia, no se configuraba la causal alegada, 2) En gracia de discusión, de entender

que existió un fallo inhibitorio, el mismo se encontraba justificado con el análisis del juez natural, 3) En todo caso, de concluir que se configuró la causal, debía infirmarse el fallo sin entrar a la órbita del juez natural y efectuar un análisis sustancial sobre la caducidad. (...) 1) Es claro que la Sentencia resolvió: "PRIMERO. DECLÁRASE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD, EN CONSECUENCIA, NIÉGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA". En consecuencia, no existió una declaración de inhibición por parte de la Sala que permita que prospere la causal de nulidad invocada, que requiere para su configuración, de acuerdo con los antecedentes de esta Corporación, la existencia de un fallo inhibitorio injustificado. (...) [S]e afirma que, dada la existencia de caducidad, "técnicamente" lo correcto era declararse inhibido y, agrega, que así lo entenderá como quiera que faltó un presupuesto procesal, esto es, que la demanda se presente en tiempo. No comparto esta decisión, como quiera que, al existir caducidad, no es posible demandar nuevamente por lo cual debe negarse las pretensiones y no inhibirse. Recuérdese que esta última decisión permite reclamarle nuevamente al juez sus pretensiones y, de existir caducidad, no es posible acudir al juez en una segunda oportunidad. Esta postura ha sido adoptada desde el 29 de mayo de 2014 y en la actualidad, por la Subsección a la que pertenezco. (...) En gracia de discusión, de estimar que, en efecto, tras existir caducidad debió declararse un fallo inhibitorio, en el

caso concreto, la decisión fue justificada y, en esa medida, no se configuraba la causal que requiere que el fallo inhibitorio sea injustificado. Esta Corporación ha sostenido que el fallo inhibitorio es injustificado cuando, pese a la coexistencia de presupuestos procesales, no se resuelve de fondo. En el presente caso, de acuerdo con el análisis del juez natural efectuado sobre el fundamento fáctico y la valoración crítica de las pruebas, no existió un presupuesto procesal porque la demanda no se presentó en tiempo. Como fundamento de su decisión, analizó la demanda y las pruebas y concluyó razonablemente que la parte demandante conoció de la retención ilegal de la finca y de las cabezas de ganado desde que el grupo al margen de la ley tomó posesión de ella. Luego, la causal de revisión no resultaba procedente (...) 3) En todo caso, de considerar que se profirió un fallo inhibitorio injustificado, la decisión debió limitarse a declarar la nulidad originada en la Sentencia. Sin embargo, en el caso concreto se efectuó un análisis propio del juez natural que, además de que excedió los límites de la causal, desbordó la competencia del juez del recurso extraordinario de revisión a quien le está vetado efectuar un análisis sustancial de la controversia."

[Consejo de Estado, Sala Cuarta Especial de Decisión, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, S.V. Alberto Montaña Plata, sentencia del 1 de septiembre de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-00266-00\(REV\).](#)

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

1. Legalidad condicionada de la Resolución 0042 del 26 de marzo de 2020 expedida por la Directora de Protección y Servicios Especiales de la Policía Nacional de Colombia.

Síntesis del caso: *Se decidió el control inmediato de legalidad, previsto en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, 136 y 185 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en relación con la Resolución 0042 del 26 de marzo de 2020, expedida por la Directora de Protección y Servicios Especiales de la Policía Nacional de Colombia "Por la cual se declara la urgencia manifiesta y se adoptan medidas en materia de contratación estatal, por parte de la Dirección de Protección y Servicios Especiales para la adquisición de bienes y/o servicios, necesarios para atender el estado de emergencia económica, social y ecológica, derivada de la pandemia generada por el COVID-19".*

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – La Resolución 0042 del 16 de marzo de 2020 expedida por la Directora de Protección y Servicios Especiales de la Policía Nacional de Colombia / RESOLUCIÓN 0042 DEL 26 DE MARZO DE 2020 – Validez condicionada / VIGENCIA DE LAS MEDIDAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 1 DEL ACTO CONTROLADO – Se declara nulidad

Problema Jurídico: *¿Debe declararse la legalidad de la Resolución 0042 del 16 de marzo de 2020 expedida por la Dirección de Protección y Servicios Especiales de la Policía Nacional de Colombia?*

Tesis: "Como en el Decreto Legislativo 440 de 2020, que es el desarrollado por la Resolución 0042 de 2020, estableció que las medidas en él adoptadas producirían efectos durante el Estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la pandemia por el Covid-19, es en dicha temporalidad en la que debe enmarcarse la correspondiente a las medidas adoptadas en el acto administrativo que ahora se controla, es decir, mientras dure el Estado de emergencia económico, social y ecológico declarado por el Gobierno nacional en el Decreto Legislativo 417 del 27 de marzo de 2020, el cual, conforme con el artículo 215 constitucional, fue declarado por treinta (30) días, los cuales culminaron el 16 de abril de 2020, mientras que las medidas sanitarias de emergencia dispuestas por el Ministerio de Salud superan dicha temporalidad pues su vigencia inicial fue prevista hasta el 31 de mayo de 2020 y fue prorrogada hasta el 1 de agosto de 2020. (...) [C]omo la vigencia prevista en la Resolución 0042 de 2020 para las medidas relativas a la declaratoria de urgencia manifiesta y a la suspensión de los términos en las actuaciones contractuales sancionatorias, difiere de la prevista en la norma que desarrolla y permite su extensión en un periodo superior al que se señaló para el Estado de excepción, la Sala no las encuentra conformes con el ordenamiento superior -

artículo 215-, con el Decreto Legislativo 440 de 2020 ni con lo previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Ante el hecho de que la Resolución 0042 de 2020 no demarcó sus límites de aplicación en el tiempo en relación con las restantes medidas adoptadas, al igual que ocurre con la declaratoria de urgencia manifiesta y con la suspensión de términos, a ellas corresponde el mismo marco temporal del Decreto Legislativo que desarrolló, razón por la cual se declarará la nulidad de los apartes correspondientes a las vigencias fijadas en el acto administrativo en el artículo 1 y en el inciso segundo del artículo 3. (...) Por esta razón (...) la Sala declarará la legalidad condicionada (...) en el sentido de que las medidas desarrolladas en él estarán vigentes durante el Estado de emergencia económica social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19, declarado mediante el Decreto legislativo 417 del 17 de marzo de 2020, conforme lo prevé el Decreto Legislativo 440 de 2020 que desarrolla dicho Estado de excepción. (...) Consecuentemente, se declarará la nulidad de los apartes que hacen referencia a la vigencia de las medidas contenidas en la Resolución No. 0042 de 2020 en el artículo 1 "mientras se encuentre vigente la declaratoria de pandemia y emergencia sanitaria por parte de las autoridades competentes", y del artículo 3 inciso segundo "y hasta que el Gobierno Nacional notifique la finalización de la emergencia sanitaria decretada a través de Resolución 385 del 12 de marzo de 2020", por ser contrarios a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 440 de 2020."

[Consejo de Estado, Sala Veintisiete Especial de Decisión, C.P. Rocío Araújo Oñate, sentencia del 3 de agosto de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-01273-00.](#)

2. Se declara la legalidad condicionada de varios artículos de la Resolución 666 expedida por la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena CAM.

Síntesis del caso: *Sometida a Control Inmediato de Legalidad la Resolución 666 de 2020 expedida por la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena se declaró la legalidad condicionada de algunos acápite, haciendo extensivo respecto a uno de los numerales, el análisis de constitucionalidad efectuado en la C-242 de 2020 sobre un texto del Decreto 491 de 2020, replicado en el acto administrativo controlado.*

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – De la Resolución 666 expedida por la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena CAM / NOTIFICACIÓN Y COMUNICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS / IMPOSIBILIDAD MANIFIESTA DE FACILITAR UNA DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO – Permite medio alternativo para comunicación y notificación de actos administrativos / TRÁMIES ADMINISTRATIVOS – Suspensión / TÉRMINOS DE CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN – Interrupción / PRÓRROGA AUTOMÁTICA – De permisos, autorizaciones, certificados, y licencias ambientales / PRÓRROGA AUTOMÁTICA – Término / ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD – Aplicación extensiva / LEGALIDAD CONDICIONADA

Problema Jurídico 1: *¿Debe declararse la legalidad de las medidas adoptadas en la Resolución 666 de 2020 expedida por la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena que se refirió a la obligación de suministrar un correo electrónico para recibir notificaciones de las actuaciones administrativas y la interrupción de términos?*

Tesis 1: “[S]e identifica la existencia de cuatro (4) medidas en el texto del artículo 2° de la RESOLUCIÓN n.º 666 DE 2020, relacionadas con: i) la forma de notificar y/o comunicar los actos administrativos a los usuarios, ii) la recepción por parte de la Corporación de notificaciones y/o comunicaciones de actuaciones referentes a de los actos administrativos expedidos por la CAM, iii) la necesidad de solicitar al usuario que proporcione de forma obligatoria una dirección electrónica para la recepción de notificaciones y, iv) en el evento en que la notificación o comunicación no pueda hacerse de forma electrónica, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. (...) [L]a Sala evidencia la necesidad de declarar la legalidad condicionada del artículo 2° de la RESOLUCIÓN 666 DE 2020, en consonancia con lo dispuesto por la Corte Constitucional, bajo el entendido de que, ante la imposibilidad manifiesta de una persona de suministrar una dirección de correo electrónico, podrá indicar un medio alternativo para facilitar la notificación o comunicación de los actos administrativos. (...) [E]l ARTÍCULO 4° (...) [D]e los numerales I, II, III, IV, V, VI y VII se desprende la existencia de seis (6) tipo de medidas adoptadas por la Dirección General de la CAM (...) La Sala se detiene entonces en el PARÁGRAFO QUINTO del ARTÍCULO CUARTO (...) mediante el cual la Corporación

Autónoma prescribió que la suspensión de los términos administrativos de los procedimientos ambientales implicaba, por contera, la interrupción de los términos de caducidad y prescripción de los diferentes procesos que se adelantaban ante ella (...) Por lo que para la Sala el punto de inflexión está en que si bien es entendible que la suspensión de términos implique, en forma consecencial e incuestionable, la suspensión de los procesos, siendo connatural casi por efecto evidente, pero ese racionamiento no acontece con la figura de interrupción, en tanto implica, como ya se explicó, el reinicio del plazo o lo que en forma coloquial se entiende como “un borrón y cuenta nueva”. (...) [D]icha decisión, por exceder el marco de la Resolución 385, hace que el operador del Control Inmediato de Legalidad, considere que su fuente jurídico-normativa tendría que ser otras de las normas invocadas, como el DECRETO n.º. 417 DE 17 DE MARZO DE 2020 (...) para la CAM, la suspensión de los términos debía conllevar igualmente la interrupción de los términos de caducidad y prescripción de los procesos adelantados a instancias de ésta. La verificación de estas circunstancias lleva a declarar no ajustado a derecho la expresión interrupción contenida en el parágrafo 5° del artículo 4° de la RESOLUCIÓN 666 DE 1° DE ABRIL DE 2020, por cuanto al momento de expedir la Resolución escrutada no se advierte que dicha figura de la interrupción esté planteada en los decretos legislativos ni mencionada en el decreto declaratorio del estado de emergencia, pudiendo llevar así a la referida declaratoria de nulidad parcial.”

Problema Jurídico 2: “¿A las medidas decretadas en la Resolución controlada relacionadas con la prórroga automática de permisos, autorizaciones, certificados y licencias ambientales son aplicables los razonamientos contenidos en la C- 242 de 2020 que analizó la constitucionalidad del Decreto 491 de 2020, cuyo texto se reproduce en el acto administrativo objeto de análisis?”

Tesis 2: “[S]e identifica la existencia de una medida en el texto del artículo 5° de la RESOLUCIÓN n.º 666 DE 2020, relacionada con la prórroga automática de permisos, autorizaciones, certificados y licencias ambientales, hasta un mes (1) más contado a partir de la superación de la Emergencia Sanitaria. (...) Siendo evidente que se trata de la repetición exacta

del artículo 8 del Decreto 491 de 2020, la Sala considera necesario hacer extensiva la condicionalidad con la que fue declarado exequible dicho artículo, pues resulta evidente que el trato injustificado que la Corte Constitucional evidenció en el Decreto Legislativo también ocurre en el Resolución en estudio. Por lo anterior, la Sala declarará la legalidad condicionada del artículo 5° de la Resolución 666 de 2020, en el entendido que los permisos, autorizaciones, certificados o licencias que venzan dentro del mes siguiente a la finalización de la emergencia sanitaria y que no pudieron ser renovadas debido a las medidas adoptadas en esta misma resolución, se entenderán prorrogadas por el tiempo que faltara para completar el término de un mes.”

[Consejo de Estado, Sala Décima Especial de Decisión, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez, sentencia del 28 de julio de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-01299-00.](#)

Salvamento parcial de voto de la magistrada Stella Jeannette Carvajal Basto

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Se debió declarar la improcedencia del artículo 3 dado que no desarrolla decreto legislativo / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – El vocablo interrupción no es ilegal

Problema Jurídico: ¿Es procedente someter a Control Inmediato de Legalidad la Resolución 666 del 1° de abril de 2020 proferida por la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena CAM?

Tesis: “[S]alvo parcialmente el voto, en cuanto considero que es improcedente el control inmediato de legalidad del artículo 3 de la Resolución No. 666 de 1 de abril de 2020, expedida por el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena, CAM, en el que se reproducen los mismos contenidos del artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 2020, relativos a la ampliación de los términos para resolver los derechos de petición, en tanto no es un desarrollo de ese decreto legislativo, condición de aplicación para que sea procedente ese medio de

control. Sobre el particular, en el fallo se indica que «la misma se limitó a transcribir lo reglamentado en el Decreto Legislativo», lo que evidencia la ausencia de reglamentación o la adopción de una medida de carácter general que habilite el estudio de fondo sobre un contenido normativo específico. También me aparto de la decisión de declarar la ilegalidad del vocablo «interrupción», contenido en el párrafo quinto del artículo 4 de la Resolución No. 666 de 1 de abril de 2020, porque, a mi juicio, está referido a la noción de suspensión, lo que se concluye a partir del argumento de interpretación por contexto previsto en el artículo 30 del Código Civil.”

[Consejo de Estado, Sala Cuarta Especial de Decisión, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, S.P.V. Stella Jeannette Carvajal Basto, sentencia del 28 de julio de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-01299-00.](#)

3. Nulidad parcial, con efectos “*ex tunc*” del Decreto 465 de 2020 proferido por la Presidencia de la República que regulaba asuntos relacionados con la concesión de aguas, explotación y prospección de acuíferos subterráneos en menores tiempos y sin las licencias de las autoridades ambientales, reduciendo además los costos para los operadores de servicios públicos de acueducto.

Síntesis del caso: *Sometido a Control Inmediato de Legalidad el Decreto 465 de 2020 se concluye que algunas de las medidas allí adoptadas no cumplían con los requisitos de necesidad, proporcionalidad e idoneidad, tornándose necesario declarar la legalidad condicionada de algunos apartes del acto revisado, así como la nulidad de las disposiciones que se consideraron transgresoras de alguna garantía constitucional.*

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Del Decreto 465 de 2020 expedido por la Presidencia de la República / CRITERIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD / DESARROLLO SOSTENIBLE – Debe ser garantizado / TRÁMITE DE CONCESIÓN DE AGUAS - Reducción de términos / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / LEGALIDAD CONDICIONADA – Efectos de la sentencia / EXPLOTACIÓN DE ACUÍFEROS SUBTERRÁNEOS – Permisos / AGUA POTABLE – Medidas de abastecimiento / EMERGENCIA SANITARIA GENERADA POR EL COVID 19 / PROSPECCIÓN Y EXPLORACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS SIN LA AUTORIZACIÓN AMBIENTAL REQUERIDA – No supera el juicio de necesidad / NULIDAD DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 465 DE 2020 – Efectos de la sentencia / TASA DE UTILIZACIÓN DE AGUAS – Destinación / BENEFICIOS ECONÓMICOS OTORGADOS A LOS PRESTADORES DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO – Carecen de idoneidad

Problema Jurídico 1: “¿[S]on las medidas adoptadas en los artículos 3 y 4 del Decreto 465 de 2020 expedido por la Presidencia de la República, que redujeron los términos de unos trámites administrativos para la concesión de licencias que permitía la explotación de recursos hídricos y la prospección y exploración de aguas subterráneas sin los permisos de autoridades ambientales idóneas necesarias y proporcionales para afrontar la emergencia derivada del COVID-19? En caso negativo, ¿cuál es el efecto que tendrá la sentencia llamada a emitirse respecto de las situaciones en curso o consolidadas?”

Tesis 1: “La medida administrativa a revisarse a través del juicio de proporcionalidad, es la orden impartida por el Gobierno Nacional - en el artículo 3° del decreto en estudio - de reducir a una tercera parte los términos previstos para el trámite de las solicitudes de concesiones de aguas superficiales a que se refiere el Decreto 1076 de 2015, mientras dura la emergencia sanitaria. (...) [E]l artículo 3° del Decreto 465 de 23 de marzo de 2020 vulnera el núcleo esencial de las garantías procesales de contradicción y defensa, por tanto, desconoce los criterios de razonabilidad y proporcionalidad (...) [E]l artículo 3° del Decreto 465 de 23 de marzo de 2020, debe ser declarado ajustado

a derecho, pero de manera condicionada, en el entendido que: (...) Los términos previstos en el Decreto 1076 de 2015 para el trámite de concesión de aguas, se entienden reducidos en una tercera parte, únicamente en la etapa del procedimiento administrativo cuyo trámite compete a las autoridades ambientales (...) [A]demás de la fijación o publicación, a cargo de la autoridad ambiental, de un aviso durante 10 días en un lugar público de sus oficinas, así como en la alcaldía o en la inspección de policía de la localidad, también se ordene, obligatoriamente, la transmisión radial - a costa del peticionario - de un comunicado informando de la iniciación de un procedimiento de concesión de aguas. (...) Los trámites surtidos a partir de la publicación de la norma citada, y que hayan culminado con el otorgamiento de una concesión de aguas por parte de la Autoridad Ambiental, se considera existe una situación jurídica consolidada, y por lo tanto, esas licencias o concesiones de agua conservaran plenamente sus efectos jurídicos y su presunción de legalidad (...) (Efectos “*ex nunc*”) (...) El artículo 4° del Decreto 465 de 23 de marzo 2020 adicionó el artículo transitorio 2.2.3.2.16.23 al Decreto 1076 de 2015 (...) [A] no exigirse de manera temporal el permiso para actividades de exploración de acuíferos subterráneos, tampoco será necesario

la presentación del informe una vez ejecutadas, en virtud del principio general del derecho según el cual, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, circunstancia que representa una evidente dificultad a la Autoridad Ambiental para efectuar las medidas pertinentes de inspección, vigilancia y control, así como imponer las sanciones a que pueda haber lugar. (...) Por los motivos expuestos, la Sala concluye, que el artículo 4° del Decreto 465 de 23 de marzo de 2020, no se encuentra acorde con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido y por consiguiente, no se ajusta a derecho. (...) [D]ada la trascendencia e importancia de la conservación y mantenimiento de un medio ambiente sano (...) la presente sentencia tendrá efectos “ex tunc.”

Problema Jurídico 2: “¿[S]e encuentran acorde a los principios de idoneidad, proporcionalidad y necesidad las medidas adoptadas en los artículos 5 y 6 del Decreto 465 de 2020 que fijaba beneficios en la tarifa de las tasas por utilización de agua y tasa retributiva de vertimientos en favor de los prestadores del servicio de acueducto?”

Tesis 2: “[E]l artículo 5° de Decreto 465 de 23 de marzo de 2020 adicionó dos párrafos transitorios al artículo 2.2.9.6.1.7. del Decreto 1076 de 2015 (...) El párrafo transitorio 1 del artículo 5° del Decreto 465 de 23 de marzo de 2020, modifica la fórmula para la fijación de la tarifa de las tasas por utilización de agua definida en el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 (...) [C]onstituyen sujetos pasivos de la tasa de utilización de aguas, o se encuentran obligadas a su pago, todas las personas que utilizan recursos hídricos en virtud de una concesión de agua, como los prestadores del servicio público domiciliario de acueducto (...) Es relevante señalar, que los recursos económicos recaudados por las Autoridades Ambientales por concepto de las tasas por utilización de aguas tienen

destinación específica al pago de gastos de protección y renovación de recursos hídricos (...) [S]e advierte que la finalidad de esta medida es únicamente, reducir los costos de operación generados por la prestación del servicio público de acueducto, y de esta forma beneficiar a sus prestadores (...) [P]ese a que fue suspendido de manera transitoria el incremento tarifario de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, el pago de las tarifas por el uso de éstos seguirá siendo exigido a los usuarios a través de la facturación ordinaria, y en ese sentido, al incrementar el consumo de agua potable por el debido acatamiento de las recomendaciones adoptadas por el Gobierno Nacional para contener los contagios por COVID-19 (...) [L]a medida adoptada mediante el párrafo transitorio 1 del artículo 5° del Decreto 465 de 23 de marzo de 2020, no resulta eficaz para conjurar el estado de emergencia generado por la propagación del coronavirus COVID-19, es decir, carece de idoneidad, (...) El artículo 6° de la norma “sub iudice” adicionó un párrafo transitorio al artículo 2.2.9.7.4.1 del Decreto 1076 de 2015 (...) [E]ncuentra la Sala que esta tiene por objeto modificar la tasación de la tasa retributiva por vertimientos puntuales, cuya única finalidad, al igual que el artículo 5 (párrafo transitorio 1) es liberar recursos económicos para que los prestadores del servicio público de acueducto – supuestamente, o en teoría - puedan asumir obligaciones de reconexión del servicio, realizar obras para mejorar el abastecimiento de agua potable (...) [E]l artículo 6° del Decreto 465 de 23 de marzo de 2020, no se encuentra acorde con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido (...) [L]o referido a los artículos 5° párrafo 1, y 6° del Decreto 465 de 23 de marzo de 2020, dada la trascendencia e importancia de la conservación y mantenimiento de un medio ambiente sano, y de la conservación y uso adecuado del recurso hídrico, los efectos de la presente sentencia serán “ex tunc.”

[Consejo de Estado, Sala Décima Especial de Decisión, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 13 de agosto de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-01058-00.](#)

Salvamento parcial de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

POSIBILIDAD DE LAS EMPRESAS DE ACCEDER A LAS CONCESIONES EN TÉRMINOS MÁS CORTOS, CON REQUISITOS MÁS SIMPLES Y BENEFICIADOS CON REDUCCIÓN DE TASAS POR CONCESIONES Y VERTIMIENTOS – Necesario y proporcionado / ANULACIÓN DE APARTES DEL DECRETO REVISADO – Debió declararse con efectos ex nunc

Problema Jurídico: *¿Las medidas adoptadas en el Decreto cuestionado son proporcionales y necesarias? En caso de insistirse en la nulidad declarada ¿cuáles debieron ser los efectos de la sentencia?*

Tesis: “[C]omo el Decreto 465 de 2020 tienen un carácter excepcional, en la medida en que se expidió al amparo de un estado de excepción, el control de legalidad debe partir de unos criterios diferentes a los que usualmente se aplican para fiscalizar las normas ordinarias. Así, la Ley 137 de 1994 -Estatutaria de los

Estados de Excepción- (arts. 8 a 11) ordenó la aplicación de criterios de conexidad, necesidad y proporcionalidad para confrontar los preceptos excepcionales con el régimen legal. En todo caso, el juez administrativo, al abordar el análisis de los actos que desarrollan normas del estado de excepción, no puede invadir espacios “reservados” a la discrecionalidad de la Administración, porque corresponde exclusivamente al ejecutivo -y no a los jueces- la adopción de las medidas indispensables para superar la crisis. Con esa perspectiva, en mi criterio, resultaba más que necesario y proporcionado que las empresas prestadoras del servicio de acueducto y alcantarillado pudieran acceder a las concesiones de aguas en términos más cortos,

con requisitos para los estudios de prospección de fuentes hídricas más simples, así como ser beneficiarias de la reducción de las tasas que pagan por esas concesiones y por los vertimientos. (...) La mayoría consideró que la anulación de los artículos 4, 5.1 y 6 del Decreto n°. 465 de 2020 tiene efectos ex tunc -desde siempre-. Al respecto, a mi juicio, como estos preceptos están estrechamente relacionados con la prestación de servicios públicos, la nulidad debía declararse con efectos ex nunc -desde entonces o a futuro-, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 142 de 1994.”

[Consejo de Estado, Sala Décima Especial de Decisión, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, S.V. Guillermo Sánchez Luque, sentencia del 13 de agosto de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-01058-00.](#)

4. Se declara la legalidad condicionada de la Circular No. 18 del 16 de abril de 2020 expedida por la Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz JEP sobre la reanudación de términos.

Síntesis del caso: *Sometida a Control Inmediato de Legalidad la Circular No. 18 del 16 de abril de 2020 expedida por la Secretaría Ejecutiva de la JEP se dispuso la legalidad condicionada del acto administrativo controlado bajo el entendido que la reanudación de términos debía tener como límite temporal máximo el día hábil siguiente a la superación de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.*

CIRCULAR 18 EXPEDIDA POR LA SECRETARÍA EJECUTIVA DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ / REANUDACIÓN DE TÉRMINOS / LEGALIDAD CONDICIONADA

Problema Jurídico: *¿Es procedente declarar la legalidad de la resolución 18 del 16 de abril de 2020 expedida por la Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz JEP sobre reanudación de términos?*

Tesis: “[L]a Circular No. 18 de 16 de abril de 2020, expedida por la JEP, se ocupó de reglamentar la suspensión de los términos en los procesos disciplinarios que se adelantan en la JEP y, con ello, el aplazamiento de diligencias programadas en el marco de los mismos. La suspensión se efectuaría desde el 16 de abril de 2020 hasta que finalice el aislamiento obligatorio decretado por el Gobierno Nacional. (...) Se dispuso que el Subdirector de Asuntos Disciplinarios adoptaría las medidas necesarias para que no existiera inactividad por parte de los funciona-

rios y, en esa medida, para cumplir y coordinar la sustanciación de expedientes y actividades a realizar durante ese periodo. Se agregó que, incluso, se podría expedir providencias que, según la ley, no requerirán de notificación, y cuya comunicación se haría vía correo electrónico. (...) [L]a Secretaria Ejecutiva de la JEP se sujetó a los términos de los decretos legislativos 417 y 491 sin exceder su competencia pues, existe correspondencia entre los contenidos normativos de estos y la medida de suspensión adoptada en la Circular objeto de control automático. Frente al aplazamiento de diligencias programadas en el marco de los mismos, para la Sala ello es una consecuencia natural de la suspensión de los términos, está en el marco de los decretos legislativos y no desborda la competencia otorgada por el legislador extraordinario. (...) [L]a previsión de que el Subdirector

de Asuntos Disciplinarios adopte las medidas necesarias para que no exista inactividad por parte de los funcionarios y, en esa medida, se cumpla y coordine la sustanciación de expedientes y actividades a realizar durante ese periodo no solo desarrolla el Decreto 417 de 2020 que busca garantizar la prestación continua y efectiva de los servicios a cargo del Estado sino que está acorde con el artículo 209 Constitucional, que entre otros, definió como principios de la función administrativa la eficacia, economía y celeridad. (...) Finalmente, frente lo señalado, en el sentido de que se podría expedir providencias que, según la ley, no requerirán de notificación, y cuya comunicación se haría vía correo electrónico, para la Sala, ello está acorde con el Decreto 417 de 2020 que, como se indicó, pretende garantizar la prestación continua y efectiva de los servicios sin atropellar derechos fundamentales. (...) No obstante, debe señalarse que no existe identidad en la redacción de las vigencias de las medidas, pues mientras el Decreto 491 de 2020 estableció que (se transcribe) “los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales se

reanudarán a partir del día hábil siguiente a la superación de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social”, la suspensión de términos decretada mediante la Circular que se estudia dispuso expresamente que (se transcribe) “hasta que finalice la orden del aislamiento obligatorio decretada por el Gobierno Nacional”. En ese orden, en aras de preferir la interpretación que promueva el efecto útil de las normas, la Sala condicionará el entendido de este último apartado de la “Circular” objeto de control, en el sentido entender que la reanudación de términos tendrá como límite temporal máximo el día hábil siguiente a la superación de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.”

[Consejo de Estado, Sala Catorce Especial de Decisión, C.P. Alberto Montaña Plata, sentencia del 18 de agosto de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-01801-00.](#)

Salvamento voto de la magistrada Nubia Margoth Peña Garzón

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD DE LA CIRCULAR 18 EXPEDIDA POR LA SECRETARÍA EJECUTIVA DE LA JEP – Improcedente / ACTO CONTROLADO – No desarrolla un decreto legislativo

Problema Jurídico: *¿Resultaba procedente realizar Control de Legalidad sobre la Circular 18 expedida por la Secretaría Ejecutiva de la JEP?*

Tesis: “[A] mi juicio, dicha Circular no era pasible del control inmediato de legalidad.(...) En efecto, examinadas las normas en que se fundamentó la Secretaria Ejecutiva de la JEP para expedir la Circular núm. 18 de 16 de abril de 2020, cuyo asunto es la “suspensión de términos en las actuaciones disciplinarias de la jurisdicción especial para la paz como consecuencia de la emergencia sanitaria por el covid-19”, se advierte que ninguna de ellas corresponde a un decreto legislativo, lo que pone de manifiesto que el acto examinado no se expidió como desarrollo de una norma que cumpliera tal condición, presupuesto necesario para su examen a través de este medio automático. Ahora,

considero que el Decreto 417 de 2020 no tiene el carácter de legislativo, como se indica en la providencia de la cual me aparto, sino declarativo, habida cuenta que si bien es cierto que es expedido por el Presidente y todos los ministros del Gobierno, con fundamento en el artículo 215 Constitucional, también lo es que tiene objetivos diferentes a los legislativos, pues determina las razones que llevan a adoptar el estado de emergencia, su temporalidad y la necesidad de asumir una competencia excepcional por virtud de la crisis, por lo que preexiste a los decretos legislativos que, precisamente, se expiden para conjurar la problemática que justificó la declaratoria del estado de excepción.”

[Consejo de Estado, Sala Catorce Especial de Decisión, C.P. Alberto Montaña Plata, S.V. Nubia Margoth Peña Garzón, sentencia del 18 de agosto de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-01801-00.](#)

Salvamento voto del consejero Milton Chaves García**CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD DE LA CIRCULAR 18 – Improcedente / MEDIDAS ADOPTADAS EN LA CIRCULAR 18 – Adoptadas en ejercicio de funciones constitucionales**

Problema Jurídico: *¿Resultaba procedente realizar Control de Legalidad sobre la Circular 18 expedida por la Secretaría Ejecutiva de la JEP?*

Tesis: “[C]on el debido respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala de realizar control automático de legalidad de la Circular nro. 18 del 16 de abril de 2020, proferida por la Secretaria Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), porque considero que se trata de una decisión administrativa no susceptible de dicho control. Si bien se precisa en la sentencia que la circular de la JEP fue expedida en desarrollo de las normas dictadas por la emergencia sanitaria, en mi criterio, de la motivación de la circular,

se puede establecer que fue proferida con fundamento en atribuciones ordinarias asignadas a la JEP, especialmente, en lo previsto en el artículo 130 del Acuerdo 001 de 2020, Reglamento General de la JEP, en la Ley 1957 de 2019, Estatutaria de la Administración de Justicia de la JEP, y en el Acto Legislativo 01 de 2017, que crea esa jurisdicción. Por tanto, las medidas adoptadas en la Circular n.º 18 del 16 de abril de 2020, fueron dictadas en ejercicio de las funciones otorgadas directamente por la constitución, la ley y el reglamento y no derivan del estado de emergencia establecido por el Decreto 417 de 2020.”

[Consejo de Estado, Sala Catorce Especial de Decisión, C.P. Alberto Montaña Plata, S.V. Milton Chaves García, sentencia del 18 de agosto de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-01801-00.](#)

5. Se declara la legalidad de la Resolución 72 del 30 de marzo de 2020 de la Unidad de Información y Análisis Financiero - UIAF, expedida con ocasión del el Decreto Legislativo 491 de 2020.

Síntesis del caso: *Se efectuó control inmediato de legalidad a la Resolución 72 del 30 de marzo de 2020 expedida por el director general de la Unidad de Información y Análisis, "Por la cual se suspenden los términos de reporte de información del sector de Profesionales de compra y venta de divisas regulados por la Resolución 059 de 2013 de la Unidad de Información y Análisis Financiero – UIAF".*

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN 72 DEL 30 DE MARZO DE 2020 EXPEDIDA POR EL DIRECTOR GENERAL DE LA UNIDAD DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS FINANCIERO - Se encuentra ajustada a la legalidad

Problema jurídico: *¿Si la Resolución 72 del 30 de marzo de 2020 expedida por el director general de la Unidad de Información y Análisis Financiero, se encuentra, en sus aspectos formal y material, conforme con las disposiciones constitucionales previstas en el art. 215, el Decreto Legislativo 491 de 2020, la Convención Americana de los Derechos Humanos y la Ley 137 de 1994?*

Tesis: “[L]a suspensión ordenada en el artículo 1.º de la Resolución 72 de 30 de marzo de 2020, procura garantizar el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas, comoquiera que según voces del artículo 10.º de la Resolución 059 de 2013, el incumplimiento de los términos en la presentación de los reportes acarrea para los obligados multas y sanciones por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; es así por cuanto actualmente

para los trabajadores de la compra y venta de divisas la presentación de los informes y sus soportes constituye una obligación imposible de cumplir, toda vez que ello implica el desplazamiento a sus lugares de trabajo. [...] [E]l artículo 2.º de la Resolución 72 de 30 de marzo de 2020, se trata de una medida que desarrolla el artículo 6.º del Decreto Ley 491 de 2020, que busca el reporte inmediato de operaciones sospechosas, información sobre la cual se edifica la labor de la entidad frente a la centralización, sistematización y análisis de los datos recaudados en cuanto a compra y venta de divisas, en virtud de las Leyes 526 de 1999 y 1621 de 2013, a efectos de prevenir y detectar posibles operaciones de lavado de activos, financiación del terrorismo y sus delitos. [...] [E]sta disposición es igualmente de contenido aclaratorio, toda vez que, pese a la suspensión de los términos de los reportes de información, recalca que no interrumpe o elimina la obligación establecida por la Resolución 059 del 10 de abril de 2013 para los profesionales de compra y venta de divisas. En

efecto, la citada disposición, establece un término para enviar actualizados los reportes que se han dejado de remitir en virtud de la suspensión, con determinación del plazo para ello. De esta manera se garantiza contar con información actualizada, generada durante el lapso de suspensión, que debe ser reportada una vez concluya la situación de aislamiento preventivo obligatorio, con lo cual se busca tener una trazabilidad constante de la información. [...] [E]l contenido de los artículos 1.º a 3.º de la Resolución 72 de 30 de marzo de 2020 se encuentra expresamente autorizado por los apartes del Decreto 491 de 2020, con fundamento en la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas mencionadas, de cara a la medida de aislamiento preventivo obligatorio que restringe las transacciones presenciales y la comparecencia de los profesionales de la compra y venta de divisas en sus lugares de trabajo, en lo que concierne a una de las competencias previstas en la normativa en cabeza de la UIAF."

[Consejo de Estado, Sala Novena Especial de Decisión, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Sentencia de 23 de junio de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-01310-00\(CA\).](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. Es nulo, por infracción de las normas en las que debería fundarse, el acuerdo municipal que, al fijar un nuevo procedimiento, no conserva en las Juntas Administradoras Locales la función de distribuir las partidas globales asignadas en el presupuesto municipal.

Síntesis del caso: Se presentó demanda con el fin de obtener la nulidad del Acuerdo municipal 011 de 1 de octubre de 2008, expedido por el Concejo Municipal de Itagüí, “por medio del cual se modifica el Acuerdo nro. 028 del 30 de diciembre de 2004, sobre las Juntas Administradoras Locales”, porque le quitó a la JAL la función de distribuir las partidas globales que les asigne el presupuesto municipal, la cual tiene fundamento constitucional y legal.

FUNCIÓN DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES - Distribuir partidas globales asignadas en el presupuesto municipal con sujeción a los planes de desarrollo del municipio / ACUERDO DEL CONCEJO MUNICIPAL DE ITAGÜI – Modificación de la función de distribución a cargo de la Junta Administradora Local / CARGO DE INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE EL ACTO ADMINISTRATIVO – Configuración

Problema jurídico: ¿Es nulo, por infracción de las normas en las que deberían fundarse, el acuerdo municipal que, al fijar un nuevo procedimiento, no conservó en las JAL la función de distribuir las partidas que les asigne al presupuesto municipal?

Tesis: “Al tener en consideración lo regulado en el numeral 4 del artículo 318 de la Constitución Política, sobre la función de las JAL consistente en distribuir las partidas globales que les asigne el presupuesto municipal, y el numeral 13 del artículo 131 de la Ley 136 de 1994, en el que se expresa la función de distribuir partidas globales con sujeción a los planes de desarrollo del municipio atendiendo las necesidades básicas insatisfechas de los corregimientos y comunas, y garantizando la participación ciudadana, es evidente que es nulo, por infracción de las normas en las que deberían fundarse, el acuerdo municipal que, al fijar un nuevo procedimiento, suprime o limita inválidamente la función de las JAL de distribuir las partidas asignadas en el presupuesto municipal; ello por cuanto que el contenido de un acuerdo municipal, tal y como lo expresó el Tribunal de Antioquia, al ser una norma jerárquicamente inferior, no puede limitar la

función reglada en la Constitución Política y la Ley. En efecto, la Constitución Política establece en el numeral 4 del artículo 318 que es función de las Juntas Administradoras Locales Distribuir las partidas globales que les asigne el presupuesto municipal; así mismo, el numeral 13 del artículo 131 de la Ley 136 de 1994 regula como función de las mismas distribuir partidas globales con sujeción a los planes de desarrollo del municipio, atendiendo las necesidades básicas insatisfechas de los corregimientos y comunas, garantizando la participación ciudadana. En síntesis, de conformidad con lo anterior, trasladar dicha función en cabeza de la administración municipal es una limitación inválida, respecto de los contenidos de las normas superiores citadas, por lo que el Tribunal acertó cuando consideró que la norma inferior, que plantea un procedimiento, no puede modificar o suprimir lo consagrado en las normas superiores. Comoquiera que el contenido del Acuerdo Municipal nro. 011 de 2008 es contrario al ordenamiento jurídico superior invocado por el accionante, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se declaró la nulidad del acto administrativo referido.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de mayo de 2020, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 05001-23-31-000-2009-01088-01.](#)

2. El presidente de la República al expedir un decreto reglamentario de una ley marco, no puede regular materias diferentes a las previstas por el Congreso de la República en la respectiva ley.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de la palabra “Practicaje” contenida en el literal “b” del párrafo del artículo 393-3 del Decreto 383 de febrero 12 de 2007 “por el cual se modifica el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones”, porque, entre otros argumentos, el Presidente de la República, mediante el acto acusado, desborda el límite de sus atribuciones “[...] al colocar el practicaaje en manos de entidades o personas diferentes a la ordenada en la ley, esto es, en la DIAN, y por lo tanto el señor Presidente de la República ha invadido esferas que constitucionalmente no le corresponden, ha legislado en una materia, servicios públicos, que es de competencia exclusiva y privativa del Congreso de la República [...]”.*

DECRETO REGLAMENTARIO DE LEY MARCO – Lo es el 383 de 2007 / DEROGACIÓN DE LEYES PRE-EXISTENTES POR DECRETO EXPEDIDO EN DESARROLLO DE LEY MARCO – Procede únicamente respecto de aquellas materias atinentes a los asuntos a los que se refiera la ley marco que le sirve de fundamento / ZONAS FRANCAS PERMANENTES, PERMANENTES ESPECIALES Y TRANSITORIAS – Criterios y requisitos / FACULTAD DE LAS SOCIEDADES PORTUARIAS REGIONALES TITULARES DE LA HABILITACIÓN DE PUERTOS Y MUELLES PÚBLICOS – Para solicitar que se declare la existencia de zona Franca Permanente Especial para prestar los servicios de practicaaje / SERVICIO DE PRACTICAJE MARÍTIMO Y FLUVIAL – Está catalogado como un servicio público / POTESTAD DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN – Para declarar la existencia de nuevas Zonas Francas Permanentes Especiales / ACTIVIDAD DE PRACTICAJE – Su autorización, control y dirección está a cargo de la Dirección General Marítima DIMAR / PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – En virtud de la Ley Marco 1004 de 2005 estaba facultado solo para establecer los criterios y requisitos para declarar la existencia de las Zonas Francas Permanentes, Permanentes Especiales y Transitorias / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Exceso

Problema jurídico: “[D]eterminar si la palabra “practicaje” contenida en el literal b del párrafo del numeral 4.º del artículo 393-3 del Decreto núm. 383 de 12 de febrero de 2007, expedido por el presidente de la República con la firma de los Ministros de Hacienda y el ministro de Industria Comercio y Turismo, están viciados de nulidad por la infracción de normas de rango constitucional y legal. En este orden de ideas, la Sala determinará si hay lugar a declarar o no la nulidad del acto administrativo acusado expedido por la parte demandada.”

Tesis: “La Sala concluye que el Gobierno Nacional, al expedir el Decreto 383 de 2007, en desarrollo de la ley marco núm. 1004, no le estaba permitido regular asuntos fuera de los lineamientos señalados por el legislador, esto es, no podría el presidente fijar objetivos diferentes o desviarse de los criterios enunciados por el Congreso en la ley marco. No obstante, so pretexto de modificar el Título IX del

Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero), que corresponde al régimen de las Zonas Francas, el artículo 392-1 le atribuyó a la DIAN competencia para declarar la existencia de nuevas Zonas Francas Permanentes Especiales, en favor de aquellas personas jurídicas que cumplan los requisitos que establece el artículo 393-3, e incluyó a las sociedades portuarias para acceder a este beneficio de declaración de Zona Franca Permanente Especial, cuando tengan como propósito prestar los servicios descritos en el literal b), dentro del cual se incluye el servicio público de practicaaje. Por lo anterior, para esta Sala, el Decreto núm. 383 de 2007, excede la materia que desarrolla, y desborda los límites autorizados en la Ley 1004, al regular asuntos que no son del resorte de actividades propias del comercio exterior o del régimen de aduanas, como es el servicio público de practicaaje, que como ya se anotó, tiene su fundamento legal en el Decreto ley 2324 de 1984, y en la Ley 658. (...) El Decreto acusado desconoce

además las competencias funcionales que el Decreto Ley 2324 de 1984 y la Ley 658 le asigna a la DIMAR como autoridad encargada de ejecutar y controlar la política en materia marítima, en especial, la de autorizar, inscribir y controlar el ejercicio profesional de las personas naturales y jurídicas dedicadas a las actividades marítimas de practicaje, al permitir que la DIAN declare la existencia de una Zona Franca Permanente Especial de una Sociedad Portuaria Regional para la prestación de servicios de practicaje. Las competencias funcionales de la DIAN en materia de comercio exterior, conforme al Decreto 4048 de 2008, se relacionan principalmente con: i) la dirección y administración de la gestión aduanera; ii) la dirección, administración, control y vigilancia del cumplimiento de obligaciones aduaneras y cambiarias por importación y exportación de bienes y servicios; y iii) la administración y control de los Sistemas Especiales de Importación –

Exportación Zonas Francas, Zonas Económicas Especiales de Exportación y las Sociedades de Comercio Internacional, pero ninguna de ellas se relaciona con actividades propias de la autoridad marítima nacional. [...] La Sala procederá a declarar la nulidad de la expresión “[...] practicaje [...]” contenida en el literal b del parágrafo del numeral 4.º del artículo 393-3 del Decreto núm. 383 de 12 de febrero de 2007, expedido por el Presidente de la República con la firma de los Ministros de Hacienda y el Ministro e Industria Comercio y Turismo, en la medida que: i) desbordó la potestad reglamentaria de la Ley marco 1004 al regular materias propias de la actividad marítima; ii) modifica las competencias que el Decreto Ley 2324 de 1984 y la Ley 658 le asigna a la DIMAR como autoridad encargada de ejecutar y controlar la política en materia marítima.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de junio de 2020, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2007-00194-00.](#)

3. Vigencia de la licencia ambiental para el ejercicio de la actividad de incineración de residuos.

Síntesis del caso: *La sociedad PRESERVACIÓN AMBIENTAL LTDA. presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente, con el fin de que se declare la nulidad: i) del artículo 2.º de la Resolución núm. 1718 de 12 de septiembre de 1995, expedida por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, por la cual se otorgó una licencia ambiental ordinaria; ii) del parágrafo 1.º del artículo 1.º de la Resolución núm. 0054 de 1.º de febrero de 2002, expedida por el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente, por la cual se resuelve un recurso de reposición; iii) del parágrafo 2.º del artículo 1.º de la Resolución núm. 1157 de 17 de septiembre 2002, expedida por el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente, por la cual se resuelve un recurso de reposición; iv) de la Resolución núm. 500 de 25 de marzo de 2003, expedida por el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente, por la cual se aclara la Resolución núm. 1157 de 2002; y iv) de la Resolución núm. 1239 de 5 de septiembre 2003, por la cual se resuelve un recurso de reposición y se reconoce una personería jurídica.*

LICENCIA AMBIENTAL PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE INCINERACIÓN DE RESIDUOS / LICENCIA AMBIENTAL – Requisitos / LICENCIA AMBIENTAL – Trámite / ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA EXPEDICIÓN DE LICENCIA AMBIENTAL – Vía gubernativa / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – No se vulnera en trámite para la obtención de licencia ambiental

Problema jurídico 1: “[S]i la administración adelantó el procedimiento de licenciamiento ambiental respetando el derecho al debido proceso de Preservación Ambiental Ltda.”

Tesis 1: “En el caso sub examine, el procedimiento administrativo estuvo dirigido al cumplimiento de la función pública a cargo del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente relacionada con la prevención, control y mitigación de los impactos ambientales de las actividades desarrolladas por la parte demandante, teniendo en cuenta que en los procesos de incineración se pueden liberar sustancias contaminantes que requieren de una intervención por parte de los órganos competentes. Además, la entidad no actuó de forma arbitraria sino dentro de las reglas procedimentales, con el objeto de proteger el interés general y bajo el entendido que la parte demandante estaba desarrollando su objeto social sin licencia ambiental, según se expone a continuación. En primer orden, la parte demandante argumentó en el trámite administrativo que la Resolución núm. 1718 de 1995 se encontraba en firme respecto de los ordinales que no fueron objeto de impugnación y, en consecuencia, podía desarrollar las actividades de neutralización y destrucción de productos rechazados o vencidos provenientes de laboratorios farmacéuticos, la industria química y similares, para luego depositar los residuos (cenizas) en el Relleno Sanitario Doña Juana. Sin embargo, si se aceptara la tesis anterior, estas actividades podían desarrollarse únicamente por el término de la licencia ambiental, es decir, un año, el cual, se cumplía en 1996, en la medida en que el acto administrativo indicado supra no previó la prórroga de la autorización ambiental. En segundo orden, si se acudiera a las normas sobre el silencio administrativo en la vía gubernativa, previstas en el artículo 60 del Decreto 01 de 1984, se concluye que, hasta que se profirió la Resolución núm. 0052 de 2002, la decisión era negativa respecto del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución núm. 1718 de 1995 comoquiera que transcurrieron más de dos (2) meses

desde la impugnación sin que la entidad competente la resolviera. En tercer orden, de acuerdo con la última tesis expuesta por la administración, según la cual la Resolución núm. 1718 de 1995 no se encontraba en firme porque el recurso de reposición interpuesto contra esa decisión no se había resuelto, la parte demandante no podía desarrollar su objeto social por falta de autorización. En cuarto orden, la parte demandada, mediante la Resolución núm. 992 de 1999, resolvió negar la licencia ambiental a la demandante para el desarrollo de actividades de manejo, incineración, neutralización y destrucción de residuos sólidos, líquidos y desechos químicos, transporte de estos materiales y disposición final en el relleno sanitario Doña Juana. La parte demandante, bajo cualquiera de las hipótesis expuestas y en el marco de las normas que regulan la materia, no tenía autorización ambiental para desarrollar su objeto social. Sin embargo, siguió prestando sus servicios, los cuales fueron suspendidos por un tiempo, en virtud de la Resolución núm. 297 de 2001, acto administrativo que no fue demandado en este proceso. En efecto, aunque la administración, durante el procedimiento de licenciamiento ambiental, le informó a la parte actora que no cumplía con los requisitos para el desarrollo de su objeto social y le garantizó los derechos a presentar las pruebas necesarias y a impugnar las decisiones, Preservación Ambiental Ltda. no atendió las obligaciones impuestas por la administración. Los requisitos que exigió la parte demandada a la demandante estaban dirigidos a satisfacer el cumplimiento de la normativa para llevar a cabo las actividades de neutralización y destrucción de ciertos residuos sólidos sin afectar el medio ambiente y el interés general; por ello, no encuentran asidero los argumentos de la parte demandante, según los cuales la entidad demandada exigió documentación y pruebas durante el trámite de licenciamiento ambiental de forma desproporcionada y caprichosa.”

LICENCIA AMBIENTAL PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE INCINERACIÓN DE RESIDUOS – Vigencia / LICENCIA AMBIENTAL PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE INCINERACIÓN DE RESIDUOS – Término de duración / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN – Reglas en normas que regulan la expedición de licencias ambientales / PRINCIPIO DE PREVENCIÓN - Alcance

Problema jurídico 2: “[S]i cuando la administración expidió los actos administrativos acusados se encontraba vigente el artículo 6.º del Decreto 1728 de 2002 y, en consecuencia, la licencia ambiental debía otorgarse por la vida útil del proyecto, obra o actividad que para el efecto indicó la interesada.”

Tesis 2: “[E]l régimen de transición que reguló el Decreto 1728 de 2002 se limitó a los proyectos, obras o actividades que se encontraban en ejecución antes de que entrara a regir el Decreto 1753 de 1994, sustituido por el Decreto 1728 de 2002, teniendo en

cuenta los principios de irretroactividad de la ley y buena fe. Las normas que regulan las licencias ambientales tienen por objeto evitar que un proyecto, obra o actividad produzca un deterioro grave de los recursos naturales renovables o del medio ambiente y que el derecho al desarrollo se ejerza en forma tal que responda equitativamente a las necesidades ambientales y de desarrollo de las generaciones presentes y futuras, en el marco de las obligaciones del Estado y de las personas de cooperar con el desarrollo sostenible. La Sala considera que los decretos que regulan la expedición y vigencia de las licencias ambientales son indivisibles e interdependientes; en esta medida, el término de vigencia de estas depende del cumplimiento de los requisitos previstos en esa normativa, es decir que no son susceptibles de una división en su contenido y vigencia. (...) En síntesis, cuando entra en vigencia una norma que regula la expedición de licencias ambientales, los procedimientos administrativos en curso deben culminar con la norma anterior, a menos que la ley establezca una regla de vigencia diferente. Esta interpretación no es contraria a las reglas previstas en la Ley 153 de 15 de agosto de 1887 y permite la aplicación armónica de la normativa que regula la expedición de licencias ambientales y la protección del medio ambiente. En el caso sub examine, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, mediante la Resolución 1718 de 12 de septiembre de 1995, le otorgó licencia ambiental a la parte demandante para la neutralización y destrucción de productos rechazados o vencidos provenientes de los laboratorios farmacéuticos, la industria química y similares y determinó que el término de duración de esa autorización sería un año contado a partir de la fecha de ejecutoria de ese acto administrativo. La parte demandante interpuso recurso de reposición contra esta decisión. El Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente resolvió el recurso de reposición, mediante la Resolución núm. 0054 de 1.º de febrero de 2002, antes de que entrara en vigencia el Decreto 1728 de 2002. Contra esta decisión la parte demandante interpuso recurso de reposición y, en subsidio de apelación, el cual fue resuelto el 17 de septiembre de 2002, mediante la Resolución núm. 1157, cuando se encontraba vigente el Decreto 1728 de 2002. [...] En efecto, el Departamento Técnico Administrativo del Medio

Ambiente sujetó la ampliación del término de la vigencia ambiental al cumplimiento de unas condiciones con fundamento en que, según el Concepto Técnico núm. 2816 de 2002, la parte demandante no cumplía “[...] con lo mínimo requerido desde el punto de vista técnico [...]”, teniendo en cuenta el Decreto 1753 de 1994. Atendiendo a que el estudio de los requisitos, obligaciones y condiciones que la beneficiaria de la licencia ambiental debía cumplir para prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar los efectos ambientales negativos del proyecto, obra o actividad se rigieron por el Decreto 1753 de 1994, el término de vigencia de esa autorización debía atender esta normativa, comoquiera que constituye un conjunto de reglas, requisitos y principios indivisibles e interdependientes dirigidos a proteger el medio ambiente, en ese caso específico. Además, la Sala considera que la administración sujetó la ampliación del término de vigencia de la licencia ambiental al cumplimiento de ciertas obligaciones con el objeto de prevenir que el desarrollo del objeto social de Preservación Ambiental Ltda. generara un impacto ambiental negativo o daños ambientales. Sobre el particular es necesario destacar que el Estado tiene la función constitucional y legal de prevenir y controlar aquellos factores que provoquen deterioro ambiental, para ello dispone de la facultad de exigir licencias ambientales frente a ciertas actividades que pueden producir deterioro grave de los recursos naturales renovables o del medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje y establecer requisitos, obligaciones y condiciones para prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar esos efectos o impactos. El principio de prevención en materia ambiental tiene sustento en el Principio 17 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, [...] El principio de prevención está señalado en la Ley 99, principalmente por la remisión que efectúa el numeral 1.º del artículo 1.º, norma según la cual “[...] el proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo [...]”. Por lo anterior, la Sala considera que, en el caso sub examine, no resulta contrario a derecho expedir la licencia ambiental por un término inferior a la obra, proyecto o actividad, en el marco del Decreto 1753 de 1994.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 1 de junio de 2020, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 25000-23-24-000-2003-00072-01 \(ACUMULADO 25000-23-24-000-2004-00238-01\).](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. La regulación de la edad de retiro forzoso del servicio público notarial proferida por el Ministerio de Justicia y del Derecho con anterioridad a la expedición de la Ley 1821 de 2016 no infringió el principio de reserva de ley ni comportó un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Síntesis del caso: Los artículos 1 del Decreto 3047 de 1989; 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014; 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015 regularon la edad de retiro forzoso de los notarios con sustento en una norma con rango y fuerza legal como lo es el Decreto Ley 2400 de 1968, último cuyo contenido y alcance fue respetado por el Gobierno Nacional a la hora de reglamentar la materia.

COMPETENCIA COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY / CRITERIOS PARA IDENTIFICAR LAS CLÁUSULAS DE RESERVA DE LEY / EDAD DE RETIRO FORZOSO / COSA JUZGADA PARCIAL

Problema jurídico 1: *¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia al expedir los actos administrativos demandados en desconocimiento del principio de reserva de ley, por ser la edad de retiro forzoso un asunto que, según el demandante, corresponde definir al legislador?*

Tesis 1: “[S]í «[...] la falta de competencia es un vicio externo al acto administrativo debido a que no se afina en el contenido de este, en su motivación o finalidad, sino en el sujeto que lo expide pues lo que se advierte en tales casos, es que el derecho positivo no consagra una facultad general que le permita actuar al Estado, en abstracto, como autoridad normativa, porque se requiere de una concreción de la competencia en una o varias autoridades administrativas [...] en los eventos en que por disposición expresa del constituyente la competencia es exclusiva del legislador no es admisible el vaciamiento de las facultades atribuidas a este mediante la expedición de normas que carezcan de rango y fuerza legal [...] se ha sostenido que, al no existir otra referencia normativa que desde la Constitución Política regule el retiro forzoso del servicio público, la edad, como una de las causales de procedencia de esta figura, únicamente puede ser reglada a través de una norma con fuerza y rango

de ley [...] La Sala, en armonía con el criterio constitucional, estima que la expresión «ley» contenida en el citado artículo 125 fue utilizada en su sentido formal toda vez que, la Constitución de 1991 contempló la función pública como uno de los ejes básicos e inherentes para la realización del modelo de Estado previsto en aquella [...] Teniendo claro que la edad de retiro forzoso del servicio público es una materia sometida a reserva de ley, queda por definir si los artículos demandados tenían una cobertura legal apropiada en virtud de la cual pueda concluirse que su expedición obedeció al ejercicio de la potestad reglamentaria de que goza el Gobierno Nacional y no a la usurpación de una función propia del legislador. La Sala considera que este asunto ya fue objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación y que están dados los presupuestos para predicar la existencia de cosa juzgada en ese preciso aspecto [...] en el caso de los notarios, los artículos acusados consagraron la edad de retiro forzoso con sustento en una norma que tenía rango y fuerza legal como lo es el Decreto Ley 2400 de 1968, según lo definió el Consejo de Estado a través de su Sección Primera en sentencia del 30 de abril de 2009, última que en tal virtud produce, parcialmente, efectos de cosa juzgada en este proceso.”

EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / VACANCIA DEL EMPLEO

Problema jurídico 2: *¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia al exceder el ejercicio de la potestad reglamentaria por, presuntamente, haber agregado a las causales de*

pérdida del cargo de notario que prevé el Decreto Ley 960 de 1970 el retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años?

Tesis 2: «[...] para el ejercicio de la atribución de producción normativa, la administración debe limitarse a desarrollar las disposiciones respecto de las cuales sea posible predicar una relación de jerarquía, en algunos casos será la Constitución, en otros también la ley e incluso algunos preceptos reglamentarios. De esta forma, cuando sea viable establecer esa subordinación normativa, el reglamento no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones superiores, ampliar o restringir el sentido de estas, como tampoco puede suprimirlas o cambiarlas ni reglamentar materias que estén reservadas a ellas, pues en tales eventos excedería sus competencias [...] A simple vista podría pensarse que los preceptos acusados exceden el contenido del artículo 144 del Estatuto de Notariado, pues, en efecto, este último no contempla el retiro forzoso por edad como una causal de pérdida del cargo de notario. Sin embargo, esta circunstancia no supone una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria porque lo cierto del caso es que los artículos 4 del Decreto 2054 de 2014 y 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de

2015 no se ocupan de reglamentar las causales de pérdida del cargo sino una categoría más amplia que es la de la vacancia absoluta del empleo de notario [...] la vacancia puede manifestarse de diferentes maneras pues, al margen de la figura que dé lugar a su concreción, lo importante es que materialmente se trate de una situación en la que el empleo de notario queda sin ser provisto debido a que, por alguna razón, quien lo ocupaba fue desvinculado del servicio público lo que, se reitera, puede suceder tanto en una hipótesis de las que la ley definió como de pérdida del cargo o como en una de retiro forzoso [...] la edad, como uno de los supuestos que da lugar al retiro forzoso, es una causal de desvinculación del servicio público, lo que permite concluir que, efectivamente, se trata de una causal de vacancia de una notaría y que, además, antes de la expedición de la Ley 1821 de 2016, esta tuvo fundamento legal en la lectura armónica de los Decretos Leyes 960 de 1970 y 2400 de 1968. Así las cosas, no advierte la Sala que el Gobierno Nacional, a través de los mencionados artículos, haya extralimitado el uso de su facultad de producción normativa [...]»

EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / VACANCIA DEL EMPLEO

Problema jurídico 3: *¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia al exceder el ejercicio de la potestad reglamentaria por haber agregado, a través de los actos administrativos demandados, una causal al régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades de los notarios, en desconocimiento del artículo 54 de la Ley 734 de 2002?*

Tesis 3: «[...] en aras de garantizar condiciones de eficiencia, idoneidad, imparcialidad, transparencia, publicidad, probidad y moralidad administrativa, el ordenamiento jurídico contempló la existencia de regímenes de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses que afectan tanto a quienes desarrollan una función pública como a personas jurídicas y naturales que, sin tener a su cargo el desempeño de tal labor, pretenden entablar relaciones jurídicas con instituciones estatales [...] Dado que las inhabilidades e incompatibilidades limitan las libertades y derechos de las personas a acceder a un cargo público, su origen debe ser constitucional o legal. Ello también explica que la consagración de las diferentes causales sea taxativa y su interpretación restrictiva [...] aunque se ha entendido que la edad de retiro forzoso genera una prohibición o impedimento para el ejercicio de funciones públicas, lo

cierto es que esta no puede catalogarse como una de causal propia del régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades al que se ha hecho alusión [...] quien alcanza la edad que se defina para tales efectos debe dejar el empleo porque se estima que ya ha cumplido la etapa laboral de su vida, debiendo brindarle la oportunidad de trabajar a otra persona, y no porque la edad pueda ser una circunstancia que amenace la probidad, objetividad y rectitud con la que ha de ejercerse el servicio público. No obstante, si en gracia de discusión quisiera pensarse que en efecto la edad de retiro forzoso es una causal propia del régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades, tampoco le asistiría razón al demandante toda vez que, por expresa disposición de su inciso final, el artículo 54 de la Ley 734 de 2002 debe leerse mediante la integración sistemática de los diversos preceptos constitucionales y con fuerza de ley que regulen la materia. En otras palabras, el citado artículo 54 contiene una norma inacabada cuyo contenido debe articularse con las demás reglas que hayan creado el constituyente o el legislador en materia de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades. Si este fuera el caso, la edad de retiro forzoso tendría suficiente cobertura legal en el Decreto Ley 2400 de 1968 [...]»

EXPEDICIÓN IRREGULAR DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS O CON DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA / DEBER DE INFORMACIÓN AL PÚBLICO DE LOS PROYECTOS ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN

Problema jurídico 4: *¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa por, presuntamente, haber proferido los actos demandados incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a quienes pudieran estar interesados en ella?*

Tesis 4: «[...] la norma contempla una etapa previa a la definición y expedición de las regulaciones, consistente en compartirle a la comunidad el contenido de estas en borrador [...] no hay que confundir el deber de consulta previa con el de publicidad de los proyectos específicos de regulación. Si bien ambos tienen fundamento constitucional en el principio de democracia participativa, se trata de instituciones autónomas que se estructuran bajo circunstancias diferentes y con sujeción a sus propias reglas [...] De esta distinción se desprende una importante consecuencia pues el artículo 46 del CPACA dispone que «[...] Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar [...]. Por tratarse de una figura diferente a la consulta previa, el deber de publicidad de los proyectos específicos de regulación no tiene cabida dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo y, por ende, para que el incumplimiento de este último pueda conducir a la nulidad de la respectiva decisión administrativa tendrá que acudir a la regla que se dejó sentada en el capítulo anterior. Lo anterior significa que, por regla general, la falta de publicación de uno de estos proyectos, acompañado del procedimiento respectivo, dará lugar a la nulidad del acto por la causal de expedición irregular o con violación del derecho de defensa pues dicha exigencia constituye una verdadera garantía a favor de los administrados que pueden resultar afectados

por la determinación que adopte la respectiva entidad estatal. Sin embargo, excepcionalmente, cuando pueda advertirse que la decisión final de la administración no hubiera sido distinta de haberse atendido tal forma, la inobservancia de tal deber carecerá de la aptitud de enervar la presunción de legalidad del acto administrativo. La segunda conclusión que puede establecerse es que [...] antes de la expedición de los Decretos 1081 y 1609 de 2015, y en especial del Decreto 270 de 2017, la regulación de este deber resultaba incipiente, pues no existía un mandato normativo a nivel general que concretara las condiciones bajo las cuales debía garantizarse. Ahora, esta situación, por supuesto, no eximía el acatamiento de tal deber, pero sí permite concluir que la evaluación de su cumplimiento ha de efectuarse en proporción al nivel de detalle de las exigencias normativas de cada momento [...] en este proceso no se acreditó el cumplimiento del deber de publicación de los proyectos de regulación que dieron origen a la expedición de los Decretos 2054 de 2014 y 1069 de 2015. No obstante, la Sala no anulará los artículos 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014, 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015, puesto lo cierto es que, al evaluar el caso concreto, no se advierte al menos una posibilidad razonable de que la administración hubiese tomado una decisión diferente de haber dado cumplimiento a la respectiva formalidad por lo que su alegada inobservancia carecería de la aptitud para enervar la presunción de legalidad del acto administrativo. Ello se explica en que, de haber dado cumplimiento a dicho deber, las manifestaciones que hubiesen podido realizar los interesados no habrían tenido la potencialidad de generar un impacto en la decisión de la administración porque la edad de 65 años como causal de retiro forzoso aplicable a los notarios ya se encontraba regulada en una norma con fuerza de ley como lo era el Decreto Ley 2400 de 1968 [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 2 de julio de 2020, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2017-00032-00 \(0098-17\).](#)

2. Se precisan elementos de la vinculación del “funcionario de hecho”.

Síntesis del caso: *Una funcionaria desempeñó el cargo de secretaria de la institución educativa “Rodrigo Vives De Andrés” del Departamento del Magdalena, durante los años 2003 a 2007 y 2007 a 2014, sin que mediara acto de nombramiento ni contrato estatal. Lo que originó la solicitud de reconocimiento y pago de salarios y de las prestaciones sociales correspondientes, la cual no fue atendida favorablemente por la administración.*

FUNCIONARIO DE HECHO – Configuración / PERSONAL ADMINISTRATIVO DE ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO / RESTABLECIMIENTO A FUNCIONARIO DE HECHO – Alcance / PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES / PAGO DE APORTES A PENSIÓN / RECONOCIMIENTO SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS – Improcedencia / SENTENCIA CONSTITUTIVA DEL DERECHO

Problema Jurídico: *¿Se acreditan los elementos para que se configure el funcionario de hecho y, consecuentemente, se derive el derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales?*

Tesis: “Sobre el “funcionario de hecho” corresponde a un tipo de vinculación inusual y anormal, que se configura cuando (i) existe un cargo público; (ii) se ejercen las funciones de manera irregular (sin nombramiento o elección, según el caso, ni posesión o que estos ya no estén vigentes), y (iii) que se desempeñen las labores en las mismas condiciones en las que lo haría un funcionario de planta de la entidad. Igualmente, cuando estas se desplieguen con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones.(...)De las pruebas relacionadas, sumado a los testimonios transcritos incontrovertible resulta que la accionante laboró de manera irregular, con la anuencia de las autoridades, quienes solicitaron sus servicios para la Institución educativa hasta el momento en que se constata fue proveído el cargo de acuerdo a la constancias precisadas, esto es al 4 de septiembre de 2014, y según la Resolución No. 691 de esa fecha. (...). Los presupuestos esenciales para que se configure el funcionario de hecho, fueron acreditados debidamente por la demandante, en consideración debe reconocérsele el derecho a devengar el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones causadas durante ese tiempo,

pues quien asume, a cualquier título, la función pública, tiene derecho a recibir la remuneración correspondiente al empleo desempeñado. (...). Debe aclararse que en cuanto a los aportes a pensión lo procedente en aras de garantizar el derecho pensional, es que a título de restablecimiento del derecho la Administración determine mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la actora, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, en los periodos en los que se demostró la relación laboral. Para tales efectos, el interesado deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador. De otra parte, se despacharán negativamente, las pretensiones del accionante en cuanto a que esta es una sentencia constitutiva de derechos, siendo a partir de la misma que se derivan los mismos, no siendo del caso la sanción moratoria deprecada. Al respecto de los salarios adicionales alegados no se accederá al reconocimiento de los mismos pues no está probada su ocurrencia dentro del proceso y en cuanto a la condena en costas se mantendrá la decisión de instancia pues obedece a los lineamientos fijados por la Subsección.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 12 de junio de 2020, C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez, radicación 470001-23-33-000-2014-00248-01\(0296-17\).](#)

3. No es aplicable a los curadores urbanos la causal de retiro del servicio por edad de retiro forzoso, consagrada en el Decreto 2400 de 1969.

Síntesis del caso: *Por superar el concurso de méritos se nombró a la curadora urbana No. 2 del municipio de Manizales, para un período de cinco años, contados a partir de la fecha de su posesión, 7 de junio de 2007. No obstante, el 27 de julio de 2010, fue retirada del servicio por edad de retiro forzoso por el alcalde, con fundamento en el artículo 5 del Decreto 1108 de 2008, que permitía la remisión al Decreto 2400 de 1969, que establece la edad de retiro forzoso a los 65 años. La decisión anterior fue confirmada por el ente territorial al resolver el recurso de reposición.*

CURADORES URBANOS – Son particulares que ejercen funciones públicas/ RETIRO DEL SERVICIO POR EDAD DE RETIRO FORZOSO DE CURADORA URABANA- No aplicación de normas de los servidores públicos / RETIRO DE SERVICIO DE SERVIDORA DE PERIODO /CURADORA URBANA / ESTABILIDAD LABORAL / EXPECTATIVA LEGÍTIMA

Problema Jurídico: *¿Es aplicable a los curadores urbanos, quienes tiene la calidad de particulares con funciones públicas, la causal de retiro del servicio por llegar a la edad de retiro forzoso de 65 años, consagrada en el Decreto 2400 de 1969 para los servidores públicos?*

Tesis: “Los curadores urbanos son particulares que cumplen una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción (art. 9, Ley 810 de 2003). Entonces por disposición de la Carta Política es competencia del legislador determinar el régimen que se les aplicará y las condiciones de ejercicio de dicha función pública, asuntos sometidos a reserva legal. En cumplimiento del mandato constitucional el desarrollo normativo se ha adelantado en las Leyes 810 de 2003 (art. 9) y 1796 de 2016 (título IV). (...) El numeral octavo del artículo noveno de la Ley 810 de 2003 establece que la ley que reglamente las curadurías determinarían las inhabilidades e incompatibilidades e impedimentos para el ejercicio del cargo de curador. Sin embargo, ante la ausencia de dicha ley fue el gobierno nacional, actuando con exceso de la potestad reglamentaria, quién se ocupó de regular para los curadores la falta absoluta por cumplir la edad de retiro forzoso, en los decretos 564 de 2006 (art. 93, núm. 7), 1100 de 2008 (art. 5, núm. 7) y 1469 de 2010 (art. 102, núm. 7). Acudiendo al Decreto 1100 de 2008 (art. 5, núm. 7) el municipio de Manizales decidió retirar del servicio a la accionante, y pese a que en aquél no estaba fijada la edad de retiro forzoso se remitió al Decreto 2400 de 1968, norma cuyo campo

de aplicación concierne exclusivamente a los servidores públicos. Por consiguiente, nótese, en primera medida, que los actos de retiro de servicio de la demandante se fundaron en una norma reglamentaria expedida por el gobierno nacional con exceso de la potestad reglamentaria, pues tal como lo estableció esta Sala, en sentencia del 9 de febrero de 2017, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, la Ley 810 de 2003 no se ocupó de la edad de retiro forzoso, y la Carta Política establece una reserva legal para regular el régimen de los particulares que ejercen funciones públicas. Cabe destacar, en segundo lugar, que el municipio no podía acudir a la edad de retiro forzoso de 65 años, prevista en el Decreto 2400 de 1968, que se reitera solo cobija a los servidores públicos, ya que así lo consideró la Corte Constitucional, en la sentencia C-351 de 1995. Desconociéndose con ello que la actora en la condición de curadora era una particular que desempeñaba funciones públicas. Aunado a lo anterior, la Sala acoge los planteamientos expuestos por la demandante, en el escrito de apelación, relativos al desconocimiento de la estabilidad laboral; en razón a que tenía una expectativa legítima de terminar el periodo de 5 años para el que había sido nombrada, por haber superado el concurso para el cargo de curador en el municipio de Manizales. Las anteriores consideraciones conllevan a declarar la nulidad de los Decretos 0309 del 27 de julio de 2010 y 0457 del 28 de septiembre de 2010, proferidos por el alcalde del municipio de Manizales (Caldas), a través de los cuales retiró del servicio a la demandante del cargo de Curadora Urbana No. 2.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 21 de mayo de 2020, C.P. César Palomino Cortés, radicación 17001-23-31-000-2011-00158-01\(3451-14\).](#)

4. Aplicación del tope máximo de 20 SMLMV al monto de la mesada pensional, reconocida con fundamento en el Decreto 546 de 1971 a los servidores de Rama Judicial.

Síntesis del caso: *Mediante sentencia se ordenó el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación, en aplicación del régimen previsto en los Decretos 541 de 1976 y 717 de 1978. La entidad previsional cumplió con la decisión, pero aplicando el tope pensional de los 20 SMLMV de la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 314 de 1994. Contra el acto administrativo no procedía ningún recurso, por lo que el beneficiario solicitó su corrección, modificación o aclaración en cuanto al límite del monto pensional, solicitud que no obtuvo respuesta.*

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS SERVIDORES DE LA RAMA JUDICIAL – Aplicación del tope pensional de 20 SMLMV/ RÉGIMENES PENSIONALES ESPECIALES –Aplicación de tope pensional

Problema Jurídico: *¿El beneficiario del régimen pensional especial previsto en el Decreto 546 de 1971, le asiste derecho a que su pensión sea reliquidada y pagada sin atender los topos máximos fijados en la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 314 de 1994?*

Tesis: “Desde 1976 la legislación nacional ha fijado valores máximos para el pago de mesadas pensionales, prescripciones que resultan aplicables a los regímenes especiales. Por tanto, a las pensiones les son aplicables los topos consignados en las normas vigentes al momento de su causación, sin que sea dable oponerse a ellos so pretexto de que los regímenes especiales que los cobijan no los prevean o autoricen expresamente.(...) En el presente caso, la accionada alega en su recurso que el *a quo*, al acceder a las pretensiones de la demanda, no tuvo en cuenta que el Decreto 546 de 1971 «[...] en ninguna parte establece la excepción de no limitar [la] cuantía [...]» de las mesadas. Sobre el particular, ha de advertirse, en primer lugar, que el actor es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, comoquiera que para el 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad (58) y 15 de servicios,

en consecuencia, su pensión de jubilación se le reconoció en atención al régimen pensional especial consagrado en el Decreto 546 de 1971, en su artículo 6, para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y el Ministerio Público. Ahora bien, como se expuso en las consideraciones, el régimen especial que cobija al accionante ciertamente no contiene previsión alguna sobre umbrales máximos aplicables a sus mesadas, por lo que ese aspecto debe ser consultado en las normas del régimen general vigente para la fecha en que se hizo efectivo el derecho, es decir, el 9 de octubre de 2000 (retiro definitivo del servicio), en consonancia con los parámetros fijados por la Corte Constitucional en sentencias C-155 de 1997 y C-258 de 2013. De tal manera que el tope pensional máximo para el accionante debía ser consultado en el párrafo tercero del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 314 de 1994, que lo fijaban en 20 smlmv., como lo hizo la extinguida Cajanal, aspecto que, valga decir, no fue objeto de discusión en el proceso judicial que ordenó el reajuste de la pensión de jubilación, que dio lugar a la Resolución 1200 de 16 de mayo de 2008.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 12 de junio de 2020, C.P. Carmelo Perdomo Cueter, radicación 76001-23-31-000-2011-00631-01\(4225-15\).](#)

5. Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra deben incluirse como parte del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del servidor público.

Síntesis del caso: *La pensión de jubilación de una funcionaria pública vinculada al IDEAM, beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, debe ser liquidada de conformidad con las excepciones contempladas en la Ley 4 de 1992, artículo 19, y las reglas y subreglas establecidas en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, teniendo en cuenta el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado (...) durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE y (ii) con inclusión (...) de los conceptos devengados por ella en su vinculación como docente de hora cátedra en la Universidad Nacional.*

PENSIÓN DE JUBILACIÓN SERVIDOR PÚBLICO / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN / EJERCICIO SIMULTÁNEO DE LA DOCENCIA / HORA CATEDRA

Problema jurídico: *¿La pensión de jubilación de un servidor público que simultáneamente ha ejercido la labor de docente hora cátedra, debe liquidarse con la inclusión de los emolumentos y cotizaciones correspondientes a este último empleo?*

Tesis: “La Constitución Política de 1991 en el artículo 128 consagró la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público [...] bajo el actual régimen constitucional está prohibido, salvo excepciones legales, la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, así como la recepción de más de una asignación que provenga del erario. En desarrollo de lo anterior, el Legislador expidió la Ley 4ª. de 1992 que en el artículo 19 determinó las excepciones a tal prohibición constitucional (...) la cual prevé: Nadie 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. Exceptúense las siguientes asignaciones: (...) d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra [...] Para resolver el problema jurídico planteado le corresponde a la Sala dar aplicación a la regla y las subreglas jurisprudenciales fijadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales. En efecto, la Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos «[...] a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables».

[...] [C]omo la señora (...) adquirió el estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, al considerar que en esa fecha le faltaban más de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, su ingreso base de liquidación debe ser equivalente al «promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE», de conformidad con lo previsto en los artículos 21 de la Ley 100 de 1993. [...] En relación con la segunda subregla fijada en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sobre los factores salariales que se deben incluir en el IBL del régimen de transición (...) en el expediente están acreditados los factores salariales devengados por la actora desde 1995 hasta diciembre de 2011 en el IDEAM, en los que aparece que durante los últimos diez años de servicios percibió sueldo; bonificaciones por servicios, de junio y de recreación; sueldo de vacaciones; primas de vacaciones, antigüedad, coordinación, servicios y navidad; quinquenio; horas extras, jornada ordinaria dominical y los reajustes de los anteriores [...]. Igualmente, reposan los emolumentos que la demandante recibió en la Universidad Nacional de junio de 2011 a julio de 2012, en los que se registran la asignación básica; los gastos de representación; las bonificaciones bienestar universitario, por servicios prestados y por productividad académica; las primas de servicios, navidad y vacaciones; las vacaciones intersemestrales; y, las vacaciones del periodo. En dicha certificación se precisó que «[...] los factores salariales sobre los que se cotiza para pensión son los determinados en el decreto 1158 de 1994 [...]». [...] [S]e

observa que, de un lado, la extinguida Cajanal, al liquidar la pensión de jubilación de la accionante, únicamente tomó en cuenta la asignación básica como factor salarial, por lo tanto, omitió incluir los gastos de representación, la prima de antigüedad, la remuneración por trabajo dominical o festivo, las horas extras y la bonificación por servicios prestados, pese a que ella los devengó en una y otra de las dos entidades en las que trabajó durante los últimos diez años de servicios y, de otro lado, que sobre esos factores efectuó cotizaciones en armonía con lo previsto en el Decreto 1158 de 1994. [...] Se precisa que la actora no tiene derecho a que en su IBL pensional se incluyan facto-

res adicionales o diferentes a los enlistados en el Decreto 1158 de 1994 como reclama –entre ellos la prima de coordinación-, lo cual fue concedido parcialmente el a quo, por lo que este aspecto será modificado el fallo apelado.”

NOTA DE RELATORÍA: “Sobre el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición pensional del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ver: C. de E, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, rad: 2012-00143-01(IJ), C.P: César Palomino Cortés.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 2 de julio de 2020, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 25000-23-42-000-2013-05277-01\(2398-15\).](#)

6. El régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993 aplicable a los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público, requiere para su reconocimiento demostrar la vinculación laboral en las entidades mencionadas con anterioridad al 1 de abril de 1994.

Síntesis del caso: *Servidora pública que prestó sus servicios en diversas entidades estatales y en la Fiscalía General de la Nación, demandó le fuera reliquidada su pensión de jubilación reconociéndole el régimen de transición aplicable a los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público, teniendo en cuenta las condiciones y factores salariales estipuladas en el Decreto 546 de 1971; pretensión que le fue denegada habida consideración a que para el 1 de abril de 1994, aún no se encontraba vinculada con las entidades mencionadas.*

PENSIÓN DE JUBILACIÓN SERVIDOR PÚBLICO / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / PENSIÓN DE JUBILACIÓN SERVIDORES DE LA RAMA JUDICIAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL - Sentencia de unificación de 11 de junio de 2020

Problema jurídico: *¿Resulta procedente la aplicación del régimen de transición de la ley 100 de 1993, con el reconocimiento de las condiciones y factores dispuestos por el Decreto 546 de 1971 para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público, a la servidora o servidor público que, para el 1 de abril de 1994, aún no se encontraba vinculado con la Fiscalía General de la Nación?*

Tesis: “En la (...) providencia SUJ-S2-021-20 de 11 de junio de 2020 la Sección Segunda de esta Corporación unificó su postura en torno a establecer el ingreso base de liquidación (periodo de liquidación y factores a incluir) de las pensiones de los servidores y ex servidores de la Rama Judicial y del Ministerio

Público regulados por el Decreto 546 de 1971, que causaron su derecho en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. [...] [L]a providencia de unificación no se refirió al caso de los funcionarios a quienes se les aplica el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que no se habían vinculado a la Rama Judicial o al Ministerio Público antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.[...] [L]a naturaleza jurídica del régimen de transición consiste en proteger los derechos de las personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicio, a efectos de proteger su expectativa legítima de pensionarse al amparo del régimen al cual se encontraban afiliados por lo que no puede aceptarse la aplicación del Decreto

546 de 1971 a quienes, si bien acreditaron los requisitos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no estuvieron vinculados ni a la Rama Judicial ni al Ministerio Público antes del 1º de abril de 1994. Aceptar la aplicación del citado Decreto en los casos de personas que ni siquiera laboraron en las citadas entidades antes del 1.º de abril de 1994, sería desnaturalizar el objetivo del régimen de transición toda vez que aquellos no tenían una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional a la luz del régimen de la Rama Judicial y del Ministerio Público. Así entonces, a efectos de obtener el reconocimiento

pensional a la luz del Decreto 546 de 1971 y de las pautas jurisprudenciales de la sentencia de unificación SUJ-S2-021-20, de 11 de junio de 2020, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el servidor deberá demostrar, (i) que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, (ii) que estuvo vinculado a la Rama Judicial o al Ministerio Público antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y (iii) deberá acreditar los requisitos de edad y tiempo de servicios que exige el Decreto 546 de 1971.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 30 de julio de 2020, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000-23-42-000-2015-03244-01\(1643-17\).](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Hidroituango no puede acudir al proceso ejecutivo contra EPM con un título ejecutivo complejo que, aún no contiene una obligación exigible, conforme con las cláusulas contractuales que determinan la existencia del incumplimiento de la cláusula penal de apremio.

Síntesis del caso: *Hidroituango solicitó hacer efectiva la cláusula penal de apremio por el incumplimiento en que incurrió EPM, específicamente en lo relativo al Hito 7 que correspondía al cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse, lo cual debía ocurrir a más tardar el 1 de julio de 2018. Para el efecto, las partes, tal como lo dispone la cláusula 9.02 del contrato, dieron inicio al trámite correspondiente, razón por la cual se reunieron el 17 de septiembre de 2019, con el fin de verificar, conjuntamente, su ocurrencia; sin embargo, EPM no reconoció haber desconocido sus obligaciones, sino que, por el contrario, manifestó que la reunión era extemporánea porque la misma debió realizarse dentro de los 5 días siguientes al conocimiento del supuesto incumplimiento.*

PROCESO EJECUTIVO / FRAUDE PROCESAL / ACTUACIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA / NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA / DERECHO DE CONTRADICCIÓN PROCESAL / FALTA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL / NOTIFICACIÓN PERSONAL / PATRIMONIO PÚBLICO / DERECHO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / DERECHO AL PATRIMONIO PÚBLICO / PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO / PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / EPM

Problema Jurídico 1: *¿Incorre en fraude procesal la entidad pública que actúa en un proceso ejecutivo contractual para proteger el patrimonio público, cuando aún no ha sido notificada de forma personal?*

Tesis 1: “En el escrito de impugnación solicita el ejecutante que se ordene la compulsión de copias a la Fiscalía General de la Nación para que proceda a investigar si EPM se encuentra incurso en el delito de fraude procesal, en tanto que sin haber sido notificada del proceso presentó escrito en el que solicita se fije caución con el fin de evitar los perjuicios económicos que podría producirle el decreto de las medidas cautelares solicitadas por la ejecutante. En relación con el tema la Sala advierte que tal como lo informó Hidroituango, sin que se hubiera notificado del proceso en forma personal, EPM intervino en el mismo con el fin de solicitar que se fijara caución, en esa oportunidad, después de hacer un recuento de los hechos sucedidos, puso de presente su punto de vista frente al presente asunto. La intervención temprana de EPM no podría ser calificada como fraude procesal (...) En el mismo documento explicó que por medios de comunicación

y por la consulta del sistema virtual de información de procesos judiciales, se enteró del proceso ejecutivo iniciado en su contra, razón por la cual conoció su número de radicación y procedió a intervenir en el mismo, aclarando que desconocía el contenido de la demanda. (...) Considera la Sala que con dicha intervención no se advierte que la parte ejecutada pueda estar incurso en el delito de fraude procesal, porque solo se encuentra ejerciendo el derecho de contradicción que le asiste. Aunado a lo anterior, si se revisan los documentos que fueron allegados junto con la demanda se puede concluir que Hidroituango en varias oportunidades le informó a EPM que de no cancelar la suma que le estaba cobrando acudiría a la administración de justicia para hacerla efectiva, razón suficiente para que EPM, una vez conoció el radicado del proceso, acudiera a la administración de justicia en aras de proteger el patrimonio público.”

Nota de relatoría: “Sobre el fraude procesal ver: Corte Suprema de Justicia Sentencia SP-6269 (37796), junio 4 de 2014, M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar.”

PROCESO EJECUTIVO / TÍTULO EJECUTIVO / TÍTULO EJECUTIVO SINGULAR / TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO / REQUISITOS DEL TÍTULO EJECUTIVO / CARACTERÍSTICAS DEL TÍTULO EJECUTIVO / CONDICIONES DEL TÍTULO EJECUTIVO / CONDICIÓN FORMAL DEL TÍTULO EJECUTIVO / CONDICIÓN ESENCIAL DEL TÍTULO EJECUTIVO / CONDICIÓN DE FONDO DEL TÍTULO EJECUTIVO / OBLIGACIÓN CLARA / OBLIGACIÓN EXPRESA / OBLIGACIÓN EXIGIBLE

Problema Jurídico 2: *¿el título ejecutivo debe cumplir con las condiciones formales y sustanciales para prestar mérito ejecutivo, es decir, contener una obligación de dar, de hacer o de no hacer, que sea clara, expresa y exigible, esto último es, no estar pendiente del agotamiento de un plazo o de condición?*

Tesis 2: “Esta Corporación ha señalado que el título ejecutivo puede ser singular, cuando está contenido o constituido por un solo documento, por ejemplo, un título valor, o puede ser complejo, esto es, cuando se encuentra integrado por un conjunto de documentos, como por ejemplo por un contrato, más las constancias de cumplimiento o recibo de las obras, servicios o bienes contratados, el reconocimiento del deudor respecto del precio pendiente de pago, el acta de liquidación, etc. Todos los documentos allegados con la demanda deben valorarse en su conjunto, con miras a establecer si constituyen prueba idónea de la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a favor del ejecutante, como lo establece el artículo 422 del C.G.P. El título ejecutivo deberá demostrar la existencia de una prestación en beneficio de una persona, es decir, que el obligado debe observar en favor de su acreedor una conducta de dar, de hacer o de no hacer y esa obligación debe ser expresa, clara y exigible, requisitos que ha de reunir todo título ejecutivo, no importa su origen. Esta Sección también ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones esenciales, unas formales y otras sustanciales. Las primeras se refieren a que la obligación debe

constar: i) en documentos auténticos que provengan del deudor o de su causante y que constituyan plena prueba contra él, o ii) en providencias emanadas de autoridades competentes que tengan fuerza ejecutiva, conforme a la ley, como, por ejemplo, las sentencias de condena y otro tipo de providencias judiciales que impongan obligaciones, verbigracia, aquellas que fijan honorarios a los auxiliares de la justicia, las que aprueban la liquidación de costas, etc. Las condiciones sustanciales, por su parte, se traducen en que las obligaciones que se acrediten a favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o de su causante sean claras, expresas y exigibles. (...) La obligación es clara cuando, además de expresa, aparece determinada en el título, de modo que sea fácilmente inteligible y se entienda en un solo sentido y será exigible cuando puede demandarse su cumplimiento, por no estar pendiente el agotamiento de un plazo o de condición. Dicho de otro modo, la exigibilidad de la obligación se manifiesta en que debía cumplirse dentro de cierto término ya vencido o cuando ocurriera una condición ya acontecida o para la cual no se señaló término, pero cuyo cumplimiento sólo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió.”

Nota de relatoría: “Sobre el título ejecutivo, ver: Autos del 4 de mayo de 2002, exp. 15679 y del 30 de marzo de 2006 exp. 30086, entre otros.”

INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / CLÁUSULAS DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / EPM / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / OBLIGACIÓN EXIGIBLE / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / INEXISTENCIA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / FALTA DE PRUEBA / AUSENCIA DE PRUEBA / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO

Problema Jurídico 3: *¿Puede la contratista Hidroituango iniciar un proceso ejecutivo contra EPM, por incumplimiento en el pago de la cláusula penal de apremio, con fundamento en un título ejecutivo que contiene una obligación clara, expresa pero que, conforme con los términos del contrato, aún no es exigible?*

Tesis 3: “[C]onsidera la Sala que, en los términos del contrato celebrado, cuando quiera que Hidroituango pretenda hacer efectiva una cláusula de apremio por incumplimiento de EPM, las partes deben reunirse

para ponerse de acuerdo sobre la obligación incumplida y, si no lo logran, deberán declarar una disputa y acto seguido constituir un tribunal de arbitramento con el fin de que este dirima el conflicto. Ahora bien, el impugnante insiste en que el incumplimiento no debe ser declarado por un tribunal de arbitramento, sino que basta con su sola afirmación para hacer efectiva la cláusula penal de apremio, porque, según su entendimiento, así lo estipularon en el contrato (...) De acuerdo con lo anterior ha de entender la Sala que para la parte ejecutante existe confusión entre el incumplimiento contractual que da lugar al cobro de la

cláusula penal de apremio y el incumplimiento en el pago de esta cláusula cuando se ha tornado exigible. Lo anterior si se tiene en cuenta que el aparte que el demandante trata específicamente del “incumplimiento de la obligación de pago”, obligación que nace una vez se ha reconocido el incumplimiento contractual por las partes de común acuerdo o ha sido declarado por un tribunal de arbitramento, criterio de exigibilidad del que carece el título ejecutivo complejo presentado en este proceso. (...) Es importante resaltar que el artículo 422 del CGP en forma clara dispone que para que el título ejecutivo tenga la capacidad de forzar el cumplimiento de una obligación clara, expresa y exigible, resulta necesario que provenga del deudor o de su causante o que cuando no esté autorizado o suscrito por él (el título ejecutivo), en todo caso constituya plena prueba en su contra. El anterior requisito es el que se echa de menos en el presente caso porque, se repite, en el presente asunto, aún, no hay prueba sobre el incumplimiento contractual por parte de EPM, porque las partes no lo reconocieron de común acuerdo como lo exige la cláusula (...), caso en

el que se estaría en el primero de los escenarios, esto es proviene del deudor, ni ha sido declarado por el juez que las partes acordaron en la cláusula (...), esto es, un tribunal de arbitramento, decisión que constituiría plena prueba en contra del deudor. (...) En conclusión, la cláusula penal de apremio puede hacerse efectiva en el momento en que las partes de común acuerdo reconozcan una obligación incumplida y si no lo hacen y declaran la disputa, deberán acudir a un tribunal de arbitramento para que esta sea dirimida y en caso que el juez declare la obligación incumplida, se hará efectiva la cláusula penal de apremio. Si por alguna circunstancia EPM no cumple con el pago de la misma, en ese caso sí sería procedente aplicar el inciso cuarto de la cláusula (...) esto es, que Hidroituango declare el incumplimiento de pago de la obligación e inicie el proceso ejecutivo. En ese orden de ideas, la decisión apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia fue acertada, por lo que se impone su confirmación.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de julio de \(2020\), C. P. María Adriana Marín, radicación 05001-23-33-000-2019-02749-01\(65561\).](#)

2. No se presentó ruptura del equilibrio económico y financiero en el contrato celebrado entre el IDU y el Consorcio Consorcio Silva Fajardo y CIA Ltda. - Silva Carreño y Asociados S.A. -Sedic S.A., cuyo objeto consistió en la realización de los estudios y diseños de la troncal de Transmilenio Norte Quito Sur, desde la Avenida Paseo de los Libertadores al límite del Distrito con Soacha.

Síntesis del caso: *El Consorcio contratista solicitó el reconocimiento y pago de los perjuicios que habría sufrido durante la ejecución del contrato de consultoría, por la ruptura del equilibrio económico y financiero como consecuencia de modificaciones introducidas al contrato por las entidades contratantes.*

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / IUS VARIANDI / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA

Problema Jurídico 1: *“¿La diferenciación entre las figuras de incumplimiento contractual, ius variandi y la*

ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato, incide en los reconocimientos patrimoniales

respectivos, por ejemplo, el primero implica una reparación integral del daño y el último llevar al contratista a un punto de no pérdida?

Tesis 1: “[P]ara la Sala resulta de significativa importancia recordar que no todos los reconocimientos patrimoniales que tienen lugar como resultado de la actividad contractual del Estado se producen bajo el cobijo de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado. En este sentido, se debe tener presente que el incumplimiento contractual de una entidad pública constituye una clara manifestación de la responsabilidad patrimonial, responsabilidad que, tal y como ha sido señalado por la jurisprudencia, es una única institución jurídica, con independencia de que el daño haya tenido origen dentro o fuera de un contrato administrativo, cuyo fundamento, en palabras de la propia Corte Constitucional, se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. Dicho incumplimiento implica la falta de ejecución, la ejecución tardía o la ejecución defectuosa de las obligaciones contractuales, situación que se opone al cumplimiento contractual, que ocurre cuando el deudor adecúa su conducta al contenido de la prestación que emana del negocio jurídico. (...) Por otra parte se encuentra la llamada teoría de la imprevisión, como una de las causales de ruptura del equilibrio económico de los contratos estatales, frente a la cual nos encontramos fuera de una manifestación de la responsabilidad patrimonial del Estado, particularmente, porque en esta precisa causal de ruptura, los hechos que la originan no pueden tener origen en la actividad de la administración, habida cuenta de que, por definición, deben de ser ajenos a la voluntad de las partes. (...) De esta manera, se debe recordar que la teoría de la imprevisión se configura cuando se presentan eventos posteriores a la celebración del contrato, ajenos a la voluntad de las partes, que afecten, de manera grave, el equilibrio económico. Circunstancias que dan lugar

a un reconocimiento patrimonial por parte de la administración para llevar al contratista afectado a un punto de no pérdida. (...) Al hilo de las anteriores consideraciones, una situación distinta se configura frente a las eventuales modificaciones contractuales, las cuales, de llegar a tener origen en una conducta unilateral de la administración, nos ubicaría en el escenario del ejercicio de una facultad excepcional de modificación unilateral del contrato, o el ejercicio del llamado *ius variandi* (...) De manera entonces que las manifestaciones anteriores (el incumplimiento, la teoría de la imprevisión y el *ius variandi*) constituyen, todos, escenarios diferentes que acarrear diversas consecuencias patrimoniales, de allí la importancia de su adecuada delimitación y entendimiento. (...) Precisamente, el entender y precisar esas disimilitudes, llevó a que esta Corporación debiera realizar las “precisiones conceptuales en torno a las diferencias existentes entre las figuras del incumplimiento contractual y del desequilibrio económico del contrato”, habida cuenta de que, entre otros, su manifestación tienen efectos directos sobre el carácter y el monto del reconocimiento patrimonial respectivo, como quiera que en sede de responsabilidad patrimonial tiene plena procedencia el principio de reparación integral del daño causado, mientras que frente a materialización de la teoría de la imprevisión la administración se verá obligada a llevar a su contratista a un punto de no pérdida.”

NOTA DE RELATORÍA: “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado con origen en el contrato, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Sobre las diferencias entre el incumplimiento del contrato, la ruptura del equilibrio económico del contrato y el *ius variandi* en los contratos del Estado, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119.”

CONTRATO DE CONSULTORÍA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / ESTUDIO PREVIO PARA OBRA PÚBLICA / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA EXCEPCIONAL / TRANSMILENIO / INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO

Problema Jurídico 2: *¿Constituyen una modificación unilateral de las obligaciones contractuales del contratista, las situaciones nuevas que se encuentran dentro del alcance del objeto del contrato?*

Tesis 2: “De cara a la primera de las inconformidades relativas a las eventuales modificaciones que habría introducido la entidad contratante en la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato, lo primero

que se debe observar son las obligaciones contraídas por las partes en el contrato de consultoría. En este sentido, el alcance de los trabajos a ejecutar estaba delimitado, primero, por el clausulado negocial, así como por los términos de referencia del concurso de méritos. (...) [V]isto el alcance de las obligaciones, resulta evidente que estaba en cabeza del contratista la obligación de entregar los estudios definitivos aprobados por las entidades competentes, lo que, por definición, hacía

que existieran unas primeras entregas parciales, que le permitirían justamente a la administración presentar su correcciones y observaciones para que fueran subsanadas en los plazos contractuales que las partes se dieron en el respectivo acuerdo de voluntades. (...) El demandante identificó lo que, a su juicio, serían las modificaciones contractuales, entre las que se encontraban el corredor vial de la troncal, el diseño del parqueadero intermedio de la hoja, el diseño del portal de cabecera y patio taller, el diseño de las intersecciones a desnivel, el diseño de estructuras adicionales no previstas en los términos de referencia del concurso de méritos, así como los cambios en la forma de ejecutar el proyecto, situaciones que lo habrían llevado a realizar ajustes a los informes iniciales relacionados con los estudios básicos. En las referidas modificaciones, aunque el recurrente no lo señaló expresamente, el demandante parecería pretender identificar la configuración de un ejercicio unilateral de modificación de las obligaciones contractuales (potestad que podría ser ejercida en este contrato de conformidad con el Estatuto Contractual y con la propia cláusula 13 del contrato 147 de 2002, que incorporó al contrato “las cláusulas excepcionales a que se refieren los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993”); sin embargo, las situaciones anteriormente descritas no modificaron el contrato en el sentido de haber adicionado obras o trabajos diferentes a los que estaban incluidos en el objeto

contractual, sino que estaban comprendidos, precisamente, dentro de su alcance. Por ello, las situaciones que parecerían haberse elevado como pretensiones, resultado de un eventual ejercicio unilateral de modificación de las obligaciones contractuales, en realidad obedecían al contenido obligacional en cabeza del consultor (...). Adicionalmente, aunque la parte actora insistió en que las situaciones por él descritas se originaron en la actividad de las entidades demandantes, lo que hizo que el Consorcio se viera obligado a asumir un proyecto por 18 meses, y no durante los 8 meses que estaban previstos en el contrato original, tal y como fue advertido por el juzgador de primera instancia, este argumento no resulta de recibo toda vez que, dado que las partes adicionaron, en varias oportunidades, el contrato, el plazo de ejecución final fue de 15 meses y 10 días. (...) Por demás, no se entiende cómo el contratista pretendió el reconocimiento y pago adicional por actividades como la del estudio de títulos, al supuestamente identificar “una actividad adicional que el IDU solicitó en agosto de 2002”, cuando, precisamente, en el contrato adicional n.º 1, celebrado en diciembre de 2011, se pactó esa obligación en cabeza del consultor, lo que se hizo de la mano del reconocimiento de una adición en el valor del contrato por más de 380 millones de pesos.”

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / OBJETO DEL CONTRATO / ETAPA PRECONTRACTUAL / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / ETAPA PRECONTRACTUAL / PRESTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN / DEBER DE COLABORACIÓN / DEBERES DEL CONTRATISTA / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL

Problema Jurídico 3: *¿Puede el contratista alegar, en sede de incumplimiento del contrato, una situación que ocurrió con anterioridad a la celebración del contrato?*

Tesis 3: “En lo relativo a la segunda inconformidad que fue presentada como un eventual incumplimiento contractual de la entidad contratante, el contratista pretendió presentar un debate en sede de incumplimiento de una situación que habría ocurrido con anterioridad a la celebración del contrato mismo, (...) el incumplimiento que parece identificar no se desprende de una obligación contractual contraída por la administración en el acuerdo celebrado, sino que devendría de una situación previa al nacimiento de las obligaciones contractuales. (...) Si el contratista tenía algún tipo de prevención sobre el alcance de las obligaciones contractuales, y sobre la verdadera posibilidad de cumplir el objeto contractual, dada la información y los estudios que había adelantado previamente la entidad y, en particular,

“la indefinición que existía en la mayoría de productos a entregar”, debió manifestarlo desde la etapa precontractual, habida cuenta de que, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado en diversas oportunidades, el contratista tiene el deber de colaborar con la administración, en observancia del principio de planeación, de manera que, entre otros, le corresponde ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas, además deben abstenerse de participar en la celebración de un contrato en el que evidencien que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse. De manera entonces que no se observa ninguna obligación contractual que haya sido incumplida por la entidad contratante, lo que llevará a la Sala a denegar, de igual manera, esta segunda pretensión.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de abril de \(2020\), C. P. Alberto Montaña Plata, radicación 25000-23-26-000-2007-00097\(48676\).](#)

3. No se presenta afectación al buen nombre cuando los boletines de prensa se basan en elementos de juicio contundentes.

Síntesis del caso: *Algunos pacientes de un galeno que se desempeñaba como médico bioenergético resultaron infectados con una micobacteria. El Instituto Nacional de Salud estableció que la infección fue causada por la utilización de jeringas hipodérmicas mal esterilizadas. Por lo anterior, la autoridad sanitaria ordenó el sellamiento del consultorio médico, el cual no contaba con la licencia sanitaria respectiva, y expidió boletines de prensa alertando a la comunidad y conminando a quienes presentaran determinados síntomas a que fueran a las entidades de salud a recibir tratamiento médico gratuito. Adicionalmente, la Fiscalía adelantó una investigación penal contra el galeno por propagación de epidemia y lesiones personales, la cual precluyó posteriormente al encontrar que las lesiones sufridas por los pacientes no podían ser atribuidas al médico investigado.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INVESTIGACIÓN PENAL / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DAÑO AL BUEN NOMBRE / ALCANCE DEL DERECHO AL BUEN NOMBRE / CONCEPTO DEL DERECHO AL BUEN NOMBRE / DAÑO ANTIJURÍDICO / INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Problema Jurídico: *¿Existe responsabilidad del Estado, por violación al buen nombre, cuando a través de boletines de prensa se hacen señalamientos a una persona y esta es posteriormente exonerada dentro de una investigación penal?*

Tesis: “[E]n relación con la supuesta afectación al buen nombre y el *good will* del médico, por la publicación de los boletines de prensa y radio en los que se tocó el tema de la epidemia por micobacteria *Chelonae* de los pacientes del aquí demandante, se observa, que la información allí contenida no solo era necesario que fuera divulgada, en cumplimiento de los

deberes de DASALUD como autoridad sanitaria en el Departamento, sino que además, la información contenida en ellos, se compadecía con la realidad material de los hechos, y por tal razón, la presunta afectación, o las consecuencias que la información allí contenida pudiera acarrear para la carrera profesional del médico, no fueron resultado de un desbordamiento de las facultades de la entidad, pues esta estaba debidamente soportada en elementos de juicio contundentes y ciertos.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2020, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 08001-23-31-000-2001-00576-01\(47430\).](#)

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

Tesis: “A mi juicio el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, al no ostentar el rango de norma estatutaria, ya había sido derogado tácitamente por los artículos 40 y 42 de la Ley 446 de 1998, que dispusieron que los procesos de reparación directa por hechos u omisiones imputables a la administración de justicia estaban sujetos a la cuantía de las pretensiones. Por ello, a partir del 1º de agosto de 2006, fecha en que entraron en operación los juzgados administrativos (art. 1 y 2 del Acuerdo PSAA 06-3409 de 2006), el Consejo de Estado sólo tiene competente para conocer de estos procesos en segunda instancia, cuando su cuantía

sea superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...] De acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación, las publicaciones periódicas sólo dan cuenta del registro de los hechos sin acreditar la existencia y veracidad de los mismos. Su eficacia depende exclusivamente de la conexidad y coincidencia con las demás pruebas que obren en el proceso. Por lo tanto, valorar los recortes de prensa como un “indicio contingente” que depende del grado de probabilidad de su causa o efecto, desconoce la limitada eficacia probatoria que les ha reconocido la jurisprudencia.”

4. La teoría del respeto por el acto propio es inaplicable frente a las expresiones de las partes en un contrato, que no corresponden con las circunstancias que rodean el riesgo o el siniestro de cumplimiento.

Síntesis del caso: A finales de 2010, el Municipio de Palmar de Varela celebró un contrato de obra con el Consorcio Costa Norte que tenía por objeto reponer las redes del sistema de acueducto, y ampliar y optimizar las redes de alcantarillado municipales. Las obras fueron recibidas a finales de 2011, pero la administración entrante, elegida para el período constitucional 2012-2015, inició procedimiento administrativo que concluyó en la declaración de incumplimiento parcial del contrato, en la imposición de una multa equivalente al 10% del valor del contrato y en la declaración del siniestro para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, amparada por póliza emitida por la sociedad demandante.

REGULACIÓN DEL DEBIDO PROCESO – Regulación normativa / PROCESO ADMINISTRATIVO / PROCESO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PROCESO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CONTRATO ESTATAL / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DEBIDO PROCESO EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / GARANTÍAS DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / CONTRATANTE / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / DERECHOS DEL CONTRATISTA / DEBIDO PROCESO / COMUNICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REQUISITOS DE COMUNICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / OBJETO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / DEBIDO PROCESO EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / APLICACIÓN DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CITACIÓN DE TERCEROS PROCESALES / DECRETO DE PRUEBAS / SOLICITUD DE PRUEBAS / APORTE DE LA PRUEBA / PROCEDENCIA DE LA PRUEBA DE OFICIO / PRÁCTICA DE PRUEBA DE OFICIO / MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INTERVENCIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO / INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Problema Jurídico 1: *¿Las Resoluciones 0051 y 0052 del 2012, a través de las cuales se impuso multa al contratista y se declaró la ocurrencia del siniestro, violaron el debido proceso, por al parecer, pasar por alto la comunicación de la actuación administrativa y de la audiencia para la imposición de multas dispuesta por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?*

Tesis 1: “[E]l deber de comunicar la existencia y el objeto de la actuación administrativa iniciada de oficio, a particulares que pudieran ser afectados con la decisión que habría de ser tomada, era establecido por el artículo 28 del CCA, remitiendo a tres normas del mismo Código que prescribían: (i) la citación a terceros directamente interesados en la decisión, por el medio más eficaz posible, expresando el objeto del procedimiento (artículo 14); (ii) la posibilidad de pedir

y decretar pruebas así como de aportarlas sin “requisitos ni términos especiales”, de oficio o a petición del interesado (artículo 34); (iii) el deber de tomar la decisión de forma motivada, agotando previamente la oportunidad de los interesados para intervenir en el procedimiento y aportar pruebas, resolviendo todas las cuestiones planteadas tanto al iniciar el trámite como en su desarrollo, y notificándola conforme dictaba ese cuerpo normativo (artículo 35). (...) el debido proceso del garante asegurador no se entiende satisfecho solamente con la notificación de la decisión declarativa del siniestro, en los términos del inciso tercero del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007[], sino con su convocatoria anterior a la toma de la decisión, que es jurídicamente imperativa para la entidad. La citación, de acuerdo con el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe contener un soporte fáctico

detallado, adjuntar los informes de interventoría y/o supervisión que sustentan el trámite, y enunciar las normas o cláusulas presuntamente violadas. Sin embargo, para que un vicio procedimental que recaiga sobre la convocatoria a audiencia sea susceptible de afectar la validez de la actuación entera no basta con su mera comprobación, sino que debe probarse que fue trascendental en la decisión adoptada. (...) La citación en su conjunto omitió la indicación de normas jurídicas o cláusulas contractuales posiblemente violadas con el presunto incumplimiento; tampoco señaló expresamente las consecuencias derivadas de encontrar demostrada dicha conducta. Sin embargo, a juicio de la Sala, no se demostró que tales anomalías tuvieran trascendencia en la decisión proferida, o alteraran gravemente el derecho de defensa de la actora durante el procedimiento administrativo; por el contrario, esta colegiatura ha podido evidenciar que esta

tuvo oportunidad de oponerse al señalamiento y a la decisión administrativa, y que, en efecto hizo uso de los medios que el ordenamiento ponía a su disposición para esos efectos, no solo a lo largo de la audiencia sino al momento de impugnar la decisión con argumentos y razones que denotan su conocimiento, debido por demás en atención al objeto social de la compañía de seguros y a la debida diligencia que demandaba el otorgamiento de la garantía, de las normas jurídicas que conminaban al cumplimiento contractual y sancionaban su conducta en contrario, de las cláusulas contractuales del aplicables bajo la premisa del incumplimiento: la cláusula penal pecuniaria y la multa, en los términos del negocio jurídico respaldado por la garantía.”

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / IMPOSICIÓN DE MULTA / PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MULTA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO – Inicio de oficio por parte de la administración contratante / CONTRATANTE / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE / VINCULACIÓN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / CONTRATISTA / DERECHOS DEL CONTRATISTA / CITACIÓN / ENTIDAD ASEGURADORA – Debe ser comunicada de la decisión administrativa del contratante / INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / DEBIDO PROCESO EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA TEMPORAL / MULTA / EXIGIBILIDAD DE LA MULTA / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / IMPOSICIÓN DE MULTA / PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MULTA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / CONCEPTOS DOCTRINARIOS

Problema Jurídico 2: *¿Las Resoluciones 0051 y 0052 del 2012 se expedieron con incompetencia temporal al haberse encontrado el contrato de obra extinto para el momento en que se impuso la multa?*

Tesis 2: [L]a Sala denota que el contrato de obra n.º 220320122010, amparado en el cumplimiento de las obligaciones del Consorcio contratista por la parte actora, contemplaba dos premisas diferentes de incumplimiento y que, a cada una de ellas le asignó una sanción determinada. Asumiendo la clasificación del incumplimiento según recayera en la totalidad de las obligaciones contractuales o en una o más de ellas, las partes destinaron la cláusula décima séptima del contrato (denominada “multas”) a la sanción del in-

cumplimiento parcial, entre otros supuestos; mientras que la cláusula décima octava (llamada “penal pecuniario”) estaba reservada al evento del incumplimiento absoluto del contrato (párr. 3.4.1.1.). Los supuestos del procedimiento administrativo, incluidos en los actos demandados, basados en los informes del Secretario de Planeación y Obras Públicas del Municipio (párr. 3.4.6.4.) y de la empresa Triple A de Barranquilla (párr. 3.4.8.) no sugerían el incumplimiento absoluto de las obligaciones contractuales a cargo del contratista sino el quebranto parcial de los deberes plasmados en el negocio jurídico. De allí que, siguiendo lo regulado por las partes, la sanción procedente fuera la de la cláusula décima séptima. Así las cosas, más allá de la denominación dada a la cláusula

décima séptima, la decisión del Municipio nunca buscó apremiar al contratista para que éste honrara las obligaciones de un contrato ya extinto, más bien persiguió sancionar el incumplimiento parcial y definitivo del contratista. En esta dirección, fácilmente se advierte que la penalidad impuesta por el incumplimiento declarado en los actos demandados se asemeja sustancialmente a la cláusula penal pecuniaria,

y no guarda relación alguna con el concepto de multa descrito anteriormente, circunstancia que no invalida la actuación del Municipio que no hizo nada distinto a seguir las pautas marcadas por el contrato para escarmentar la conducta del contratista.”

ACTO PROPIO / TEORÍA DEL ACTO PROPIO / PRINCIPIO DE BUENA FE / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA / PRINCIPIO DE COHERENCIA / PRINCIPIO DE RESPETO DEL ACTO PROPIO – No tiene carácter absoluto / ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / ACTA DE RECIBO FINAL DE OBRA PÚBLICA - No es prueba del cumplimiento del contrato / CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL - No acreditado / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / SEGURO / PÓLIZA DE SEGURO / RIESGO ASEGURABLE / SINIESTRO / CONCURRENCIA DEL SINIESTRO / CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO / ENTIDAD ASEGURADORA / OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE LA ASEGURADORA / OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD ASEGURADORA

Problema Jurídico 3: *¿Las Resoluciones 0051 y 0052 del 2012 desconocieron el principio del acto propio “venire contra factum proprium”, al haberse proferido cuando el municipio ya había recibido satisfactoriamente las obras objeto del contrato?*

Tesis 3: “[E]n principio, los actos deben revestir el carácter de definitivos, de suerte que para la administración no serían vinculantes las consultas, los actos de trámite, informes previos o declaraciones informales (...) la demandante alega que las actas de recibo de las obras del contrato (...) contiene una conducta desplegada por la administración de la que predica protección bajo la teoría de los actos propios. Dichas actas expresan, respectivamente, la reunión previa y la diligencia en que se realizó la entrega de las obras; en esta última ocasión las partes y el interventor afirmaron en conjunto que, para el 7 de diciembre de 2011, las obras mostraban un avance del 100% y fueron acordes a lo pactado en el contrato, lo que conminaba a la administración a desembolsar el 50% restante del valor del contrato conforme fue pactado en su clausulado. (...) ante la información sobreviniente que evidenciaba el incumplimiento, el ente territorial no podía mantenerse vinculado a su manifestación anterior so pena de desconocer los deberes jurídicos de gestión, dirección y control del contrato estatal, concretado entre otros en el de exigir del contratista y del garante la ejecución idónea y oportuna del objeto contractual (Ley 80 de 1993 – artículo 4° núm. 1). En otras palabras, mantener la conducta anterior le significaba a la demandada obrar contra derecho. Por lo tanto, ante el

escenario vislumbrado por los informes lo ordenado por la ley era que el Municipio adelantara el procedimiento del que se muestra sorprendida la actora, y que tiene sustento, precisamente, en las finalidades especiales del contrato estatal. Por lo tanto, esas expresiones no consolidaron en modo alguno la situación jurídica del contratista, y menos aún la del garante. No comportan una conducta de la administración de la cual pueda desprenderse un grado relevante de confianza creado por el Municipio en el garante que merezca protección jurídica, porque ante las evidencias recaudadas de la entidad, mantenerla de forma irreflexiva, como lo pretendía la actora, produciría una consecuencia indeseada para el ordenamiento: el incumplimiento del contrato estatal. La posición del garante respecto del acto propio de la administración beneficiaria de la póliza, además, tendría que ser matizada a la luz del contrato de seguro que es el medio para respaldar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y por ende, de los intereses generales inmersos en el contrato estatal. En efecto, cabe tener en cuenta que el riesgo como elemento esencial del seguro, y el siniestro que consolida la obligación de responder a cargo de la aseguradora giran en torno a hechos, el primero como “suceso incierto” y el segundo como su consolidación jurídica material, lo que descarta la protección bajo la teoría de los actos propios a las expresiones que no reflejen correspondencia alguna con las circunstancias que rodeen el riesgo o el siniestro de cumplimiento.”

NOTA DE RELATORÍA: “Sobre el debido proceso en las actuaciones administrativas, ver sentencia de 17 de

marzo de 2010, Exp. 18394, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sobre el procedimiento administrativo para la

procedencia de la imposición de multas en material contractual, ver sentencia del 21 de marzo de 2012, Exp. 39477, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sobre la convocatoria a audiencia en la contratación administrativa, ver sentencia del 23 de noviembre de 2017, Exp. 53861, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sobre la finalidad de las multas en la contratación estatal, ver sentencia de 28 de abril de 2005, Exp. 14393, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Sobre la autonomía de la voluntad de las partes para incluir multas en las cláusulas del contrato, ver sentencia de 13 de noviembre de 2008, Exp. 17009, sentencia de 13 de

agosto de 1987, Exp. 4145, C.P. Antonio José de Irri-sarri Restrepo. Sobre la cláusula penal pecuniaria, ver sentencia de 19 de octubre de 2005, Exp. 15011, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Sobre los actos propios ver sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 34752, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sobre la finalidad del contrato estatal, ver sentencia de la Corte Constitucional C 499 de 2015.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 1 de junio de 2020, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 08001-23-33-000-2012-00254-01 \(48945\).](#)

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque.

DERECHO ADMINISTRATIVO / CONTRATO ADMINISTRATIVO / FINES DEL ESTADO / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CAMBIO DE JURISPRUDENCIA / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / FINALIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / FINALIDAD DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / DERECHO COMÚN / NORMAS DE ORDEN PÚBLICO

Tesis: “A mi juicio, el centro de gravedad del derecho administrativo no hay que buscarlo en el acto administrativo, sino en el contrato. Es a través de este que el Estado gestiona los recursos con el fin de satisfacer necesidades y cumple los fines que le fueron asignados. Y la regla general es la aplicación del derecho privado a los contratos del Estado (arts. 13, 23, 28, 32, 40, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993). Por ello, el Consejo de Estado está mora de replantearse si -como lo ha señalado de manera indiscriminada la jurisprudencia- toda la actividad contractual del Estado es una expresión de la “función administrativa”, o si solo -por vía excepcional- en los casos regulados por la ley esta tiene esa connotación. La regla general es el derecho común. La Ley 80 de 1993 viene a ser una regla de “excepción” y solo aplica en los asuntos regulados expresamente por ella. Preceptos que tienen el carácter de orden público y que no pueden derogarse por acuerdo entre las partes (art. 6 C.C.). (...) [P]odría co-

menzar a repensarse todo lo que ha dicho la jurisprudencia para definir con precisión en qué eventos se ejerce función administrativa y en cuáles no. En la “actividad contractual” del Estado (precontractual, de ejecución y postcontractual), solo por excepción las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 pueden expedir actos administrativos, cuando ello refleje una verdadera prerrogativa de poder público. En los demás, no. Porque la ley 80 quiso que la administración se comportara, por su régimen contractual, como un particular. Así en la ejecución del contrato, donde la regla general es el derecho privado, la entidad obra como un particular. Y está sometida al postulado fundamental de la autonomía privada (1602 del CC). En esa medida, no puede entenderse que sus decisiones sean ejercicio de función administrativa alguna, pues no ejerce poder público.”

IMPOSICIÓN DE MULTA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA / APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL – La contratación pública debe ser regulado por normas de derecho privado / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / INAPLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / INTERPRETACIÓN INDEBIDA DE LA LEY / INTERPRETACIÓN INDEBIDA DE LA NORMA / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – No debe ser requisito para la imposición de

multas unilateralmente / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MULTA / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / DEBIDO PROCESO

Tesis 2: “Las multas y la cláusula penal pecuniaria están reguladas en el Código Civil (art. 1592) y el hecho de que la Ley 80 de 1993 no las regulara, no significó -como de forma equivocada entendió la jurisprudencia de la Sala- que las entidades públicas no pudieran pactarlas y, como lo hacen los particulares, imponerlas unilateralmente en caso de incumplimiento. El silencio de la Ley 80 no fue, entonces, un error por omisión, sino una decisión consciente y deliberada de un legislador que recurrió acertadamente al alfabeto jurídico: el derecho civil. Sin embargo, ese mal entendimiento llevó a la reforma legal de la Ley 1150 de 2007

que convirtió un asunto regulado por el derecho civil en un tema propio del derecho público, pues exigió no solo la expedición de actos administrativos para la imposición de multas y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, sino además la aplicación de unas reglas que denominó – influido en la jurisprudencia tanto ordinaria como de tutela- “debido proceso”, para adoptar cada una de estas decisiones (art. 17).”

APLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / AUDIENCIA PÚBLICA / DECISIÓN ADMINISTRATIVA / INHABILIDAD / LUCHA CONTRA A CORRUPCIÓN / IMPOSICIÓN DE MULTA – No es un poder exorbitante o excepcional / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / CONTRATACIÓN PÚBLICA / FINALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA / CELEBRACIÓN DE CONTRATO ESTATAL / EJECUCIÓN DE CONTRATO ESTATAL – No es una función administrativa

Tesis 3: “En esa misma línea contraria al sentido de la Ley 80 de 1993, la Ley 1474 de 2011, so pretexto de ver en la contratación pública un escenario legal para combatir la corrupción, reguló nuevamente esta competencia y el trámite de la audiencia para adoptar estas decisiones (art. 86) y estableció un grupo de inhabilidades por número de multas e incumplimientos en contra de los contratistas (art. 90). Se pasa por alto así dos asuntos muy simples: (i) que la contratación

pública está concebida para el cumplimiento de los fines estatales (artículo 3 de la Ley 80 de 1993) y (ii) que los contratos se celebran para ejecutarse. El contrato estatal -así lo ordena el artículo 32 de la Ley 80- debe tratarse como una fuente de obligaciones. Es el lugar de encuentro de dos “partes” y no el ámbito de desencuentro de dos “contrapartes.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 1 de junio de 2020, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 08001-23-33-000-2012-00254-01 \(48945\) A.V. Guillermo Sánchez Luque.](#)

5. Las actuaciones administrativas sancionatorias que adelantan las Personerías no constituyen por sí solas un desequilibrio de cargas públicas.

Síntesis del caso: *La Personería municipal de Cali inició una investigación e interpuso denuncias ante los entes de control, en contra de la Fundación Dar Amor (FUNDAMOR) por las presuntas irregularidades en las que se encontraban los menores de edad albergados en su sede, actuaciones, que la demandante señala de ser arbitrarias y generarle daños y perjuicios, por lo que califica la conducta de la Personería como una grave falla en el servicio.*

AUSENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO / INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA - Carga que la aquí demandante, estaba en el deber soportar / REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - No probados

Problema Jurídico: *¿La decisión de la Personería Municipal de visitar las instalaciones de Fundamor, con fundamento en las denuncias de trabajadores de dicha institución, realizar un informe y poner en conocimiento de otras autoridades las irregularidades halladas, puede considerarse como causa de un daño antijurídico por falla en el servicio que el actor no estaba en la obligación de soportar?*

Tesis: “[E]n el caso de autos no se encuentra demostrado el daño antijurídico deprecado por el actor, el cual, según lo expuesto en el numeral 6.1 de esta providencia es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho, requisito, que no se cumple en el presente

asunto, toda vez que era el deber de Fundamor soportar la investigación que se hacía en su contra, por existir suficientes elementos de juicio para que la Personería municipal de Santiago de Cali procediera a establecer si era cierto o no que al interior de la fundación se estaban configurando vulneraciones a los derechos fundamentales de los menores, como en efecto sucedió. [Por tanto,] no fue acreditado el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado constitutivo de falla en el servicio, lo que de igual manera conlleva a la denegación de las pretensiones indemnizatorias propuestas por la parte demandante. En consecuencia, la Sala procede a confirmar la sentencia apelada que denegó las súplicas de la demanda.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de febrero de 2020, C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 76001-23-31-000-2004-01946-01\(44419\).](#)

SECCIÓN CUARTA

1. Por desconocer la autonomía impositiva de los municipios y sus entidades descentralizadas se anulan apartes de los numerales 5 y 16 del artículo 230 y 25 del artículo 246 del Estatuto Tributario del Departamento de Santander, que regulan el hecho generador de las estampillas pro electrificación rural y pro desarrollo.

Síntesis del caso: Se declaró la ilegalidad de los apartes demandados de los numerales 5 y 16 del artículo 230 y 25 del artículo 246 de la Ordenanza 077 de 2014, mediante la cual la Asamblea de Santander expidió el Estatuto Tributario del departamento.

ESTAMPILLA PRO ELECTRIFICACIÓN RURAL - Autorización legal / OBLIGACIÓN DE ADHERIR Y ANULAR LA ESTAMPILLA PRO ELECTRIFICACIÓN RURAL – Competencia / ESTAMPILLA PRO ELECTRIFICACIÓN RURAL – Hecho generador / ESTAMPILLA PRO DESARROLLO DEPARTAMENTAL - Autorización legal / OBLIGACIÓN DE ADHERIR Y ANULAR LA ESTAMPILLA PRO DESARROLLO DEPARTAMENTAL - Competencia / ESTAMPILLA PRO DESARROLLO DEPARTAMENTAL - Hecho generador

Problema Jurídico: *¿En ejercicio de las facultades conferidas por las leyes de autorización, la Asamblea de Santander podía gravar con la estampilla Pro-Electrificación Rural y Pro- Desarrollo Departamental los actos, documentos o instrumentos que se lleven a cabo con los municipios o sus entidades descentralizadas?*

Tesis: “Comoquiera que el artículo 229 de la Ordenanza 077 de 2014, expedida por la Asamblea Departamental de Santander, señala las «Leyes 23 de 1986 y 1059 de 2006» como aquellas que autorizaron la estampilla Pro-Electrificación Rural, la Sala considera pertinente referirse a las mismas (...) Acorde con las anteriores normas, los concejos municipales podían adoptar la estampilla Pro-Electrificación Rural y fijar su regulación conforme con la ley de creación y la autorización de la Asamblea, quedando a cargo de los funcionarios del respectivo municipio, la obligación de adherirla o anularla, por ser estos quienes intervenían en el acto gravado. Por lo anterior, no es posible que la Asamblea Departamental de Santander, invocando las anteriores normas, imponga el tributo sobre actos, documentos o instrumentos en los que no intervengan sus funcionarios. Ahora bien, con la expedición de la Ley 1059 de 2006, se autorizó a las asambleas Departamentales y a los Concejos Distritales por el término de diez (10) años para disponer la emisión de la estampilla Pro-Electrificación Rural como recurso

para contribuir a la financiación de esta obra en todo el país y, a su vez, se dispuso que «[l]a obligación de adherir y anular la estampilla a que se refiere esta Ley queda bajo la responsabilidad de los funcionarios departamentales que intervengan en el acto». Es decir, en vigencia de la citada ley, se exigía que, en aquellos actos y documentos generadores del citado tributo, intervinieran los funcionarios del departamento, de modo que, la Asamblea Departamental de Santander no podía gravar toda certificación y copia de documentos oficiales que deban expedir los funcionarios municipales y las actas de posesión de los empleados de los municipios y de sus entidades descentralizadas, como lo disponen los numerales 5 y 16 del artículo 230 de la Ordenanza 077 de 2014 (normas demandadas), porque en ellos no intervienen funcionarios del departamento. Se reitera que, para que se configure el hecho generador de la estampilla Pro-Electrificación Rural se requiere que el acto, contrato u operación se realice en el territorio del departamento, y que cuente con la intervención de esa autoridad, no solo como sujeto activo de la relación tributaria, sino como un interviniente real en la operación que se grava con la estampilla (...) El artículo 32 de la Ley 3 del 9 de enero de 1986 autorizó a las asambleas para ordenar la emisión de estampillas Pro-Desarrollo Departamental, cuyo producido se destinará a la construcción de infraestructura educativa, sanitaria y deportiva. Autorización que también se

hizo en el artículo 170 del Decreto Ley 1222 del 18 de abril de 1986, en el que, adicionalmente, se dispuso que la obligación de adherir y anular la estampilla queda a cargo de los funcionarios departamentales que intervengan en el acto. Norma que se encontraba vigente para cuando se expidió la Ordenanza 077 de 2014, demandada en este proceso. Acorde con las citadas disposiciones, se concluye que el hecho generador de la estampilla Pro-Desarrollo Departamental lo constituye el «*documento o instrumento gravado*», en cuyo otorgamiento intervengan funcionarios del departamento. Es criterio reiterado de la Sala que, para que se configure el hecho generador de la estampilla Pro-Desarrollo Departamental es necesario: (i) que los actos gravados se realicen en el territorio del departamento y (ii) que el funcionario departamental intervenga directamente en la operación gravada con la estampilla. Respecto de la intervención de la autoridad departamental en la operación gravada, se reitera que no basta con que sea sujeto activo de la

relación tributaria, pues se requiere que su intervención sea real en la operación que se grava con la estampilla. De lo contrario, «*se gravaría cualquier actividad generada dentro del departamento sin distinción del sujeto, finalidad que no posee el presente tributo*». En conclusión, la determinación del «*documento o instrumento gravado*» a los que se refiere la ley de autorización, es de competencia de los órganos de representación departamental, en virtud del principio de autonomía, labor que se debe realizar dentro de los términos fijados por el legislador, incluida la necesaria intervención del funcionario departamental en el hecho generador de la estampilla Pro-Desarrollo Departamental. Conforme con lo anterior, no es posible que se imponga el uso obligatorio de esta estampilla en los documentos o instrumentos que se lleven a cabo con los municipios o sus entidades descentralizadas, como lo dispone el numeral 25 del artículo 246 de la Ordenanza 077 de 2014, razón por la cual, no prospera el recurso de apelación interpuesto por el departamento de Santander.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 20 de agosto de 2020, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2016-01027-01 \(24996\).](#)

2. En las sociedades en comandita por acciones los socios gestores responden en forma solidaria e ilimitada por el pago de las obligaciones tributarias a cargo de la sociedad.

Síntesis del caso: *Se declaró la legalidad de los actos administrativos por los cuales la DIAN declaró no probada la excepción de falta de la calidad de deudor solidario formulada por el socio gestor de una sociedad en comandita por acciones contra el mandamiento de pago que se le libró dentro del proceso administrativo de cobro coactivo adelantado para obtener el pago de algunas obligaciones fiscales de la sociedad. Lo anterior, porque la Sala concluyó que en dicho tipo societario los socios gestores son responsables en forma solidaria e ilimitada por el pago de los tributos de la sociedad. Al efecto precisó que la exclusión de responsabilidad solidaria de los socios, prevista en el inciso 2 del artículo 794 del Estatuto Tributario, solo se aplica a los socios comanditarios y no a los gestores, pues es respecto de estos que existe una relación directa y personal con la sociedad, porque son quienes administran sus negocios y que el límite de responsabilidad tributaria de los gestores no se rige por el inciso primero de la misma norma, dado que en esa calidad no tienen aportes de capital, razón por la cual no pueden responder a prorrata de sus aportes, sino de manera ilimitada, como lo prevén los artículos 294, 323 y 352 del Código de Comercio, aplicables al caso por el vacío que existe al respecto en la normativa tributaria, que se aplica preferentemente, dada su especialidad.*

SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES - Asimilación a sociedad anónima para efectos tributarios / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS SOCIOS POR LOS IMPUESTOS DE LA SOCIEDAD - Alcance y límites / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS SOCIOS GESTORES Y COMANDITARIOS DE SOCIEDADES EN COMANDITA POR ACCIONES POR LAS OBLIGACIONES FISCALES DE LA SOCIEDAD - Alcance y límites / EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS SOCIOS POR LOS IMPUESTOS DE LA SOCIEDAD - Alcance del inciso segundo del artículo 794 del Estatuto Tributario frente a los socios de sociedades en comandita por acciones / SOCIO GESTOR DE SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES - Responsabilidad frente a obligaciones fiscales de la sociedad / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE CALIDAD DE DEUDOR SOLIDARIO DE SOCIO GESTOR DE SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES EN PROCESO ADMINISTRATIVO DE COBRO COACTIVO DE OBLIGACIONES FISCALES DE LA SOCIEDAD - Legalidad

Problema Jurídico: *¿Prospera o no la excepción de falta de calidad de deudor solidario que alega la actora respecto de las obligaciones fiscales de Hydro Melgar S.A. E.S.P., de la que es socia gestora?*

Tesis: “En materia tributaria, el inciso segundo del artículo 14 del E.T. dispone que las sociedades en comandita por acciones se asimilan a las sociedades anónimas. Con fundamento en el artículo 794 del E.T.[modificado art. 30 L.863/03], los socios responden solidariamente por el pago del tributo a cargo de la sociedad, a prorrata de sus aportes en esta y del tiempo durante el cual hayan poseído los aportes en el respectivo periodo gravable. De manera expresa, el inciso segundo del artículo 794 del E.T., excluye de esa responsabilidad solidaria a **los accionistas de sociedades anónimas y asimiladas a estas**. Así, cuando el inciso segundo del artículo 794 del E. T. señala a los **accionistas**, para el caso de las sociedades en comandita por acciones debe entenderse que la exclusión de solidaridad se predica solo respecto de los **socios comanditarios, que son los que aportan capital, esto es, los accionistas**, como lo prevé el artículo 344 del Código de Comercio, pues el aporte de industria de los socios gestores no forma parte del capital social. La exclusión de solidaridad no se aplica, entonces, a los socios gestores o colectivos. Además, se reitera, esa calidad no se pierde por el hecho de efectuar aportes de capital, o sea, suscribir y pagar acciones en las que se divide el capital social. Lo anterior es concordante con el artículo 352 del C. Co., que asimila a los socios gestores con los socios de las sociedades colectivas y a los comanditarios, con los accionistas de las sociedades anónimas, al indicar que en lo no regulado en el capítulo III, que se refiere a las sociedades en comandita por acciones, debe acudirse a las normas de una [sociedad colectiva] y otra [sociedad anónima] (...) Por tanto, la exclusión de responsabilidad solidaria de los socios por el pago del tributo a cargo de la sociedad, consagrada en el artículo 794 del E. T. se aplica a las sociedades en comandita

por acciones, como asimiladas a las sociedades anónimas, solo respecto a los socios comanditarios, que son los que tienen la calidad de accionistas en estas sociedades, esto es, sin relación directa con la administración y gestión de la sociedad. Así que no están excluidos de la responsabilidad solidaria por el pago de los tributos, los socios gestores o colectivos de la sociedad en comandita por acciones, respecto de quienes existe una relación directa y personal con la sociedad porque son los que administran sus negocios. Significa que, respecto del pago de los tributos de la sociedad en comandita por acciones, los socios gestores deben responder solidariamente. Corresponde definir si, para fines tributarios, tal responsabilidad solidaria es ilimitada o limitada. En principio, podría concluirse que al no aplicárseles la exclusión de solidaridad del inciso segundo del artículo 794 del E. T., los socios gestores deberían responder como lo indica, de manera general, esa misma norma en el inciso primero, esto es, a prorrata de sus aportes en la sociedad y del tiempo durante el cual hayan poseído tales aportes en el respectivo periodo gravable. No obstante, por su condición de socios gestores, administradores naturales de la sociedad, efectúan aportes de trabajo o industria, que no forman parte del capital social y si bien pueden realizar aportes de capital, por este hecho no dejan de ser socios gestores. En consecuencia, los socios gestores, en esa precisa calidad, no tienen aportes de capital. Por esa razón, el límite de su responsabilidad no puede ser el previsto en el artículo 794 del E.T. Así, frente al límite de responsabilidad solidaria del socio gestor en la sociedad en comandita por acciones se advierte un vacío en la normativa tributaria. Es pertinente, entonces, acudir a lo dispuesto en la legislación comercial: los artículos 323 del C. Co, aplicable a los socios gestores de la sociedad en comandita y el 294, aplicable a los socios gestores de la sociedad en comandita por acciones por remisión del artículo 352 de la misma codificación, según los cuales los socios gestores responden solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. En consecuencia, en materia tributaria, la responsabilidad solidaria de los socios gestores por el pago

del tributo a cargo de las sociedades en comandita por acciones es **ilimitada** (...) [D]esde el momento de la constitución de Hydros Melgar, la demandante participó como socio gestor de esta sociedad. Dada la calidad de socio gestor, que no se discute en este asunto, no es aplicable la exclusión del inciso segundo del artículo 794 del E.T., frente a la responsabilidad solidaria en el pago de tributos. Como se explicó al inicio de las consideraciones, el artículo 794 del E.T. señala claramente como excluidos de la responsabilidad solidaria a los **accionistas** de las sociedades anónimas y las asimiladas a estas. Es cierto que Hydros Melgar es una sociedad en comandita por acciones, es decir, que es asimilada a una anónima, conforme el artículo 14 del E.T. No obstante, en la categoría de accionistas encuadran los socios comanditarios de las sociedades en comandita por acciones, pero no los socios gestores o colectivos,

quienes son administradores de los negocios de la sociedad y la falta de vínculo directo y personal, que es la principal razón que sustenta la exclusión, se desvirtúa frente a estos. Aclarado que la exclusión de solidaridad no es aplicable a los socios gestores y que en materia tributaria los socios gestores de la sociedad en comandita por acciones responden en forma solidaria e ilimitada por el pago del tributo de la referida sociedad, Caudales de Colombia como socio gestor de Hydros Melgar en liquidación, podía ser vinculada como deudor solidario para pagar los tributos a cargo de la última sociedad en mención, motivo por el cual no prospera la excepción propuesta por la demandante de falta de calidad de deudor solidario. En consecuencia, no se desvirtuó la legalidad de los actos demandados que negaron la excepción de falta de calidad de deudor solidario de la actora, por lo que se revoca la decisión de primera instancia y, en su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.”

Aclaración de voto del consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

ACLARACIÓN DE VOTO / RELACIÓN JURÍDICO TRIBUTARIA - Esquema o estructura obligacional / OBLIGADOS AL PAGO DEL TRIBUTOS - Deudor tributario o sujeto pasivo stricto sensu y responsable del impuesto / OBLIGACIÓN DEL RESPONSABLE DE PAGAR EL IMPUESTO – Presupuestos de hecho del nacimiento de la responsabilidad tributaria. Notas distintivas / RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD TRIBUTARIA – Normativa aplicable a la responsabilidad colateral o complementaria del responsable del impuesto. Se rige por el derecho común de la solidaridad civil / OBLIGACIÓN CON PLURALIDAD DE SUJETOS EN LA PARTE PASIVA – Imposibilidad de concurrencia de solidaridad pasiva y de divisibilidad de la obligación / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS SOCIOS POR LOS IMPUESTOS DE LA SOCIEDAD - Interpretación y alcance del inciso primero del artículo 794 del Estatuto Tributario. Interpretaciones posibles y efectos jurídicos

Tesis: “[L]a relación jurídico-tributaria se adapta al esquema tradicional de las obligaciones propio del derecho privado y, en ese orden, también puede adoptar la estructura de un vínculo jurídico complejo en su aspecto subjetivo. Así, además del deudor tributario o *sujeto pasivo stricto sensu*, la ley también puede declarar obligado al pago del tributo a una persona distinta, denominada entonces *responsable del impuesto*. Los supuestos de hecho que generan, para el *responsable*, la obligación de pagar el impuesto (presupuestos de hechos del nacimiento de la responsabilidad tributaria) son de muy variada índole, pero todos comparten por lo menos dos notas distintivas, que tal responsabilidad no nace como consecuencia de la realización del hecho generador, y la dependencia de la existencia de un deudor tributario. Las personas que portan dicha calidad responden del importe de la deuda tributaria *junto* al sujeto pasivo en sentido

estricto, se trata pues de personas que tienen la obligación de satisfacer deudas tributarias ajenas con el patrimonio propio. Cuando la responsabilidad colateral o complementaria a que se alude está sometida al régimen de la solidaridad (*i. e.* solidaridad tributaria) ofrece las notas características de la solidaridad civil. De esta manera, la situación de tales *responsables del impuesto* está reglada por el derecho común. 6- Hechas tales observaciones, se advierte que, en el aspecto externo de una obligación con pluralidad de sujetos en la parte pasiva, los deudores no pueden estar obligados solidariamente y, al mismo tiempo y en el mismo sentido, ser responsables tan solo de una cuota o parte de la deuda, pues aquello es ya una contradicción en el plano de la lógica, y contraviene conceptos que el derecho privado ha decantado con paciencia desde épocas remotas. Tales son las razones por las que no comparto la argumentación expuesta en la sentencia cuando asevera, en primer lugar, que

el artículo 794 del ET fija una responsabilidad solidaria de los socios frente a las obligaciones tributarias a cargo de la sociedad, no obstante, a su vez, estar limitada por la misma disposición, pues solo se trataría de una responsabilidad a prorrata de sus aportes en aquella; y cuando afirma en segundo lugar que, en la medida en que el aporte del socio gestor no forma parte del capital, dicho límite no le sería aplicable a aquel, para seguidamente explicar que «frente al límite de responsabilidad solidaria del socio gestor en la sociedad en comandita por acciones se advierte un vacío en la normativa tributaria». Pues bien, este entendimiento del texto normativo elimina la facultad del ente público, sujeto activo de la relación jurídica, de dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios a fin de obtener el pago íntegro del impuesto, lo que comporta la recalificación de la obligación y, consecuentemente, las inconsistencias lógicas y conceptuales descritas (i. e. pese a afirmar la existencia de solidaridad, cada uno de los codeudores no está obligado al todo y, por lo mismo, el acreedor es despojado de la facultad de exigir la completa satisfacción de su crédito de cualquiera de ellos). 7- Descartada una hipotética y contradictoria concurrencia de solidaridad pasiva y de divisibilidad en los términos planteados, corresponde identificar la recta interpretación del inciso 1.º del artículo 794 del ET (...) Como se anticipó, solo pueden colegirse dos interpretaciones posibles de dicho texto, o bien estamos en presencia de obligaciones conjuntas o ante obligaciones solidarias. En el primero de los escenarios, esto es, en el de las conjuntas, deberá determinarse la proporción de la deuda tributaria que puede ser exigida a cada socio en consideración a su porcentaje de participación en la sociedad, y solo a esta cuota se restringe el derecho del acreedor tributario de perseguir el pago, por lo que aquellos serán tan solo fiadores ordinarios o simples. Tal interpretación supone desconocer la expresión «solidariamente» empleada explícitamente por el legislador, y sostener que allí se «denomina impropia-mente "responsabilidad solidaria de los socios (...)" a la obligación que adquieren de salir al pago de las obligaciones fiscales de la sociedad a prorrata de sus aportes»; también implica establecer, a partir de una frase aislada del ET, un régimen de responsabilidad de los socios, frente a las obligaciones sociales, opuesto al desarrollado por el derecho mercantil para las formas asociativas en las que sus partícipes comprometen

ilimitadamente su responsabilidad patrimonial (v.g. las sociedades colectivas o los socios de las en comandita), y, por último, despoja a la Administración tributaria, a efectos de la recaudación del impuesto, de la facilidad y seguridad que supone para esta la circunstancia de que se multipliquen los patrimonios que responden directamente del cumplimiento total de la obligación tributaria. La segunda de las inteligencias posibles del artículo en comento no parte de considerar que el legislador tributario redactó tal texto y disciplinó aquella situación jurídica erradamente, sino que estima que debe dársele plena aplicación al concepto de solidaridad utilizado ex profeso por dicha disposición, con todos los efectos principales y secundarios; y que la expresión «a prorrata de sus aportes o participaciones en las mismas» no hace más que referirse a las relaciones internas entre los socios y la sociedad una vez se liberan de la obligación tributaria, y que lo hace de forma consecuente con la reglamentación del derecho civil relativa a los efectos de la solidaridad pasiva respecto de los codeudores solidarios entre sí tal y como se esbozó en el epígrafe 4.2 de esta aclaración. En contraposición a la anterior, esta lectura es consistente con el derecho de las obligaciones, con la legislación mercantil que rige la situación de los socios en las sociedades en las que estos comprometen ilimitadamente su responsabilidad y preserva para la Administración la prerrogativa de la solidaridad a efectos de la exacción. Esta última postura es la que considero correcta. 8- En línea con lo anterior, juzgo conveniente señalar que el inciso 2.º del artículo 794 del ET no contiene una «exclusión de solidaridad» como lo entendió la sentencia objeto de la presente aclaración de voto, sino una exclusión de responsabilidad para los sujetos listados en la norma, puesto que, sencillamente, de conformidad con dicha norma, ellos no responden -ni conjunta ni solidariamente- por las deudas tributarias de la «persona jurídica o ente colectivo sin personería jurídica de la cual sean miembros socios, copartícipes o asociados». De modo que resulta desacertado considerar que el aparte normativo en comento descarta la solidaridad de esos sujetos respecto de las deudas tributarias del ente económico, toda vez que, simple y llanamente, establece que no están sujetos al pago del tributo."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 27 de agosto de 2020, C.P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2016-02075-01 \(23753\).](#)

3. Las comisiones percibidas por la utilización de tarjetas de crédito o débito están excluidas del IVA, independientemente de quien asuma su pago.

Síntesis del caso: Se anuló el Oficio 76737, expedido el 10 de diciembre de 2012 por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN, según el cual la exclusión del IVA a las comisiones percibidas por la utilización de tarjetas crédito y débito se limita a los casos en los que la comisión es cobrada por las entidades emisoras de las tarjetas crédito y débito a los establecimientos de comercio. Para la Sala, tal interpretación es ilegal, porque desconoce y limita el alcance del numeral 17 (hoy 28) del artículo 476 del Estatuto Tributario, que excluye del IVA todas las comisiones percibidas por la utilización de tarjetas de crédito y débito sin distinción ni restricción alguna, posición sostenida por la Sección en reiterada jurisprudencia.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS - Servicios excluidos / SERVICIOS EXCLUIDOS DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS - Comisiones percibidas por la utilización de tarjetas crédito y débito / EXCLUSIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA DE COMISIONES PERCIBIDAS POR LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS CRÉDITO Y DÉBITO - Alcance del numeral 17 (hoy 28) del artículo 476 del Estatuto Tributario. Reiteración de jurisprudencia / OFICIO DIAN 76737 DE 2012 - Ilegalidad

Problema Jurídico: ¿El oficio demandado viola el numeral 17 (hoy 28) del artículo 476 del Estatuto Tributario, que consagra la exclusión del IVA a las comisiones percibidas por la utilización de tarjetas crédito y débito, al limitarla únicamente a aquellos casos en los que la comisión es cobrada por las entidades emisoras de las tarjetas crédito y débito a los establecimientos de comercio por el uso de éstas y no a ningún otro evento?

Tesis: “La Sala observa que el oficio 76737 de 2012 dio respuesta a la siguiente pregunta: “[...] si se entienden excluidos de IVA las comisiones que perciben por procesar pagos con tarjetas de crédito una compañía propietaria de una plataforma electrónica diseñada para apoyar tiendas de comercio electrónico, y si esta exclusión aplica tanto para provisiones provenientes de emisores de tarjetas de crédito nacionales como internacionales [...]” (...) El numeral 17 (hoy 28) del artículo 476 del

Estatuto Tributario enuncia lo siguiente: “Art. 476. Servicios excluidos del impuesto sobre las ventas. Se exceptúan del impuesto los siguientes servicios: [...] 17. Las comisiones percibidas por la utilización de tarjetas crédito y débito. [...]” La Sala observa que la norma transcrita prescribe de forma clara, que las comisiones percibidas por utilización de tarjetas crédito y débito se encuentran excluidas de IVA. El concepto de comisión se encuentra definido por el diccionario de la Real Academia Española - RAE, como “Porcentaje que percibe un agente sobre el producto de una venta

o negocio. Recibe una comisión. Trabaja a comisión”, y el de “uso” como Hacer servir una cosa para algo”, en relación con las tarjetas de débito y crédito. Esta Sala en sentencia de 26 de marzo de 2009, explicó en relación con el numeral 17 del artículo 476 del Estatuto Tributario, lo siguiente: “Así pues, la Sala concluyó que las comisiones excluidas, no sólo son los pagos que recibe la entidad financiera por el uso de las tarjetas de crédito, provenientes del tarjetahabiente o usuario del crédito, sino cualquier comisión que se origine en la utilización de las tarjetas de crédito o débito. Por lo tanto, independientemente de que las entidades financieras afiliadas al sistema que permite la utilización de las tarjetas, sean las responsables del pago de las comisiones, éstas se encuentran excluidas del IVA, en cuanto se originan en la utilización de tarjetas de crédito y débito. Además, la exclusión no se limita simplemente a la cuota de manejo pagada por los tarjetahabientes y/o los cargos que devengan la utilización de sus tarjetas, sino que se extiende a todas las comisiones por las operaciones ejecutadas con tarjetas de crédito y débito.” Así, las comisiones derivadas de la utilización de las tarjetas débito y crédito están excluidas del IVA, según el artículo 476 [17] (hoy 28) del Estatuto Tributario, independientemente de quien asuma el pago, como lo ha precisado reiteradamente el Consejo de Estado. Conforme a lo expuesto, el numeral 17 del artículo 476 del Estatuto Tributario no discrimina el tipo de comisión al generarse la exclusión de IVA por la utilización de tarjetas de crédito y débito. La Sala advierte que, dentro del oficio demandado, se hizo referencia a los antecedentes legislativo que dieron origen a la expedición de la norma en que

se fundamenta dicho concepto. Contrario a lo afirmado por la DIAN, de dichos antecedentes no se deriva la conclusión a la que llega la Administración en el sentido de restringir el alcance del numeral 17 del artículo 476 del E.T. La demandada pretende restringir el alcance de la norma mediante criterios ajenos a su tenor literal, desconociendo que el numeral 17 del artículo 476 del E.T. excluye del IVA a todas las comi-

siones percibidas por la utilización de tarjetas de crédito y débito sin distinción alguna y sin restringirla a la operación realizada entre la empresa emisora de las tarjetas y el establecimiento comercial. En consecuencia, la interpretación dada por la DIAN en el acto acusado desconoce el alcance del numeral 17 del artículo 476 del Estatuto Tributario, razón por la que procede su nulidad.”

Salvamento de voto del consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

EXCLUSIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA DE COMISIONES PERCIBIDAS POR LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS CRÉDITO Y DÉBITO - Interpretación y alcance jurídico correcto del numeral 17 (hoy 28) del artículo 476 del Estatuto Tributario / SISTEMA ABIERTO DE TARJETAS - Noción y alcance para efectos financieros / COMISIÓN PARA EFECTOS DEL ORDINAL 28 DEL ARTÍCULO 476 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO – Definición / ENTIDADES QUE PRESTAN SERVICIOS DE APLICACIÓN DE COMERCIO ELECTRÓNICO PARA ALMACENAR, PROCESAR Y O TRANSMITIR EL PAGO CORRESPONDIENTE A OPERACIONES DE VENTA EN LÍNEA – Definición y descripción del servicio

Tesis: “Me aparté de la decisión acogida por la Sala, por las razones que paso a explicar: 1- La disposición sobre la que gira el debate prescribe que se encuentran excluidas del IVA *«las comisiones percibidas por la utilización de tarjetas débito y crédito»*, texto que denota que el servicio que no está sometido a imposición indirecta es aquel que fue remunerado por permitir la utilización de las referidas tarjetas. Alude, en consecuencia, a una actividad regulada. 2- Por esa razón, para determinar el alcance jurídico correcto del precepto no bastaba con identificar el significado que gramatical o idiomáticamente fuera posible, sino que dentro de las múltiples opciones que surgen del alcance idiomático del texto de la ley, se debía llevar a cabo por parte de la Sala una actividad jurídica consistente en identificar cuál de ellas es la que mejor se ordena a la finalidad de la norma; lo que a su vez exigía contrastar los distintos sentidos idiomáticos posibles con las prescripciones del sector del ordenamiento que regula la emisión de tarjetas de débito y de crédito y la percepción de comisiones por su utilización. 3- Al efecto, la sala tendría que haber considerado, no solo el diccionario más autorizado de la lengua castellana, sino, en especial, las previsiones del artículo 1.º del Decreto 2230 de 2006 –compilado actualmente en el artículo 2.1.4.1.1 del Decreto 2555 de 2010 (DUR del sector financiero)–, que dispone las definiciones relevantes dentro del *«sistema abierto de tarjetas»*, que serían las apropiadas para comprender el mandato que encierra la norma de exclusión que suscitó el debate jurídico. 4- Según dicho artículo, el mencionado es el *«sistema de pagos de bajo valor en el cual actúan como participantes, tanto establecimientos de crédito emisores como establecimientos*

de crédito adquirentes, así como entidades administradoras de tales sistemas». Y por la utilización del sistema, la norma citada autoriza el cobro de comisiones a favor de los *«establecimientos de crédito emisores»* de las tarjetas y de los *«establecimientos de crédito adquirentes»* que pagan a los vendedores el valor utilizado con las tarjetas. 5- Son esas comisiones las que en sentido jurídico constituyen el supuesto de hecho de la norma tributaria de exclusión. No vale para el caso juzgar el acto acusado, con la quinta acepción que el diccionario le asigna al término *«comisión»* porque, mientras esta fue dada por las autoridades del idioma con un carácter general para abarcar toda clase de conversaciones, la prevista en el actual ordinal 28 del artículo 476 del ET fue asignada por el legislador considerando de manera restringida la remuneración de los servicios financieros reglados por el ordenamiento, prestados en un *«sistema abierto de tarjetas»*. 6- En ese sentido se tendría que haber considerado que, si bien gramaticalmente cabe entender que *«comisión»* es el *«porcentaje que percibe un agente sobre el producto de una venta o negocio»*, jurídicamente, la comisión regulada por el artículo 476.28 del ET es la percibida por un agente que cumple la condición de ser partícipe en el *«sistema abierto de tarjetas»*. 7- Tanto así, que en el trámite del proceso legislativo que desembocó en la promulgación de la norma de exclusión (artículo 48 de la Ley 488 de 1998), se señaló que la finalidad de la exclusión a la que nos referimos se circunscribía a la comisión que debían pagar los establecimientos de comercio a los establecimientos de crédito con ocasión de la utilización de las tarjetas de crédito y débito, esto es, a la

contraprestación que este último percibe por las operaciones con tarjeta que haya abonado a los primeros en el marco de la relación contractual de «afiliación». Sobre ese entendimiento fue que se llevó a cabo el debate parlamentario y se aprobó el texto normativo. 8- La circunstancia de que actualmente, en el marco de los negocios que se realizan por diversos canales transaccionales (de los que el mayor de los ejemplos es el internet), puedan concurrir diversos actores, distintos de los «establecimientos de crédito emisores» y de los «establecimientos de crédito adquirentes», no implica que esos nuevos actores estén llevando a cabo el servicio que está excluido del impuesto. 9- La labor que ellos realizan consiste en intermediar entre el establecimiento de comercio (vendedor de bienes o servicios) y el pagador (comprador) con el propósito de tramitar el procedimiento de pago. Se comprometen, por tanto, a transmitir la información financiera del comprador de manera cifrada a la entidad emisora de la tarjeta para que apruebe la operación; y, a informarle al vendedor y al comprador el resultado de la

transacción. Es por ese servicio de intermediación que esos actores perciben una remuneración (comisión), al punto que la Circular Básica Jurídica nro. 29, del 03 de octubre del 2014 (adicionada por la Circular nro. 08, del 05 de junio del 2018), define a estos actores como «entidades que prestan servicios de aplicación de comercio electrónico para almacenar, procesar y/o transmitir el pago correspondiente a operaciones de venta en línea». Tan diferenciable es esta actividad de la contemplada en la norma de exclusión, que estos agentes prestan exactamente el mismo servicio sin que medie el uso de una tarjeta de crédito o débito (v. g. cuando el pago se tramita a través de un botón de pagos o mediante transferencias electrónicas).”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de septiembre de 2020, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2019-00018-00 \(24536\).](#)

4. La Sala precisa el alcance del error en la aplicación del derecho como causal de exoneración por la inadecuada autoliquidación de los tributos, los criterios de ponderación y el procedimiento para la exculpación de la sanción por corrección.

Síntesis del caso: *Para rectificar el error en el que incurrió en la liquidación del impuesto sobre las ventas del 5° bimestre de 2008, al tomar como descontable el 100% del IVA pagado por un seguro agropecuario, cuya prima fue subsidiada por el Estado en un 60%, la demandante pidió a la DIAN que, bajo el procedimiento del inciso 3 del artículo 588 del E.T., aceptara la corrección de su declaración, en el sentido de tener como descontable solo el 40% de dicho IVA, y que la relevara de la sanción por corrección, con el argumento de que existía una diferencia de criterio entre el contribuyente y la DIAN. La Sala anuló los actos acusados que rechazaron el referido proyecto de corrección y, como restablecimiento del derecho, declaró que el proyecto surtía plenos efectos. Lo anterior, tras concluir que en el caso se configuró un error en la aplicación del derecho exculpativo de la sanción por corrección, porque, al ponderar la situación bajo los criterios reunidos en el proceso, la Sala encontró probado que para la época en que se cometió la conducta cuestionada, no existía certeza sobre el tratamiento tributario del IVA pagado por adquisiciones subsidiadas de bienes o servicios empleados en la actividad empresarial, criterio que solo se decantó dos años después, cuando la doctrina oficial conceptuó que no procedía imputar como descontable el IVA que la actora declaró como tal. Por ello, la Sala estimó que, dada su calidad de comerciante, la contribuyente actuó bajo la comprensión genérica de la normativa que regula los impuestos descontables, concretamente, de los artículos 485 y 488 del E.T., que la*

llevó a aplicar como descontable, la totalidad del IVA que asumió con miras a adquirir la aludida póliza. Así las cosas, precisó que el juicio de punibilidad de su conducta debe ceder, dado que, para la fecha en que autoliquidó el tributo, no se le podía exigir el sometimiento a un criterio jurídico cuyo carácter imperativo era desconocido, incluso para el nivel directivo de la administración de impuestos.

LITIGIOS SOBRE RECONOCIMIENTO DEL ERROR SOBRE EL DERECHO APLICABLE COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PUNITIVA POR INAPROPIADA AUTOLIQUIDACIÓN DE LOS TRIBUTOS - Objeto y presupuesto lógico / RECONOCIMIENTO DEL ERROR SOBRE EL DERECHO APLICABLE COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PUNITIVA POR INAPROPIADA AUTOLIQUIDACIÓN DE LOS TRIBUTOS - Requisitos o condiciones de procedibilidad. Prueba del presupuesto fáctico de las disposiciones jurídicas sobre las que recayó el falso juicio o comprensión / ERROR SOBRE EL DERECHO APLICABLE COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PUNITIVA POR INAPROPIADA AUTOLIQUIDACIÓN DE LOS TRIBUTOS - Criterios de ponderación. Relación del infractor con el ordenamiento. Determinación de la razonabilidad de la interpretación del derecho aplicable / ERROR SOBRE EL DERECHO APLICABLE COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PUNITIVA POR INAPROPIADA AUTOLIQUIDACIÓN DE LOS TRIBUTOS - Criterios de ponderación. Relación del infractor con el ordenamiento. Análisis en el caso concreto / ERROR SOBRE EL DERECHO APLICABLE COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PUNITIVA POR INAPROPIADA AUTOLIQUIDACIÓN DE LOS TRIBUTOS - Criterios de ponderación. Relación del infractor con el ordenamiento. Alcance del análisis / IVA PAGADO POR ADQUISICIÓN SUBSIDIADA DE BIENES O SERVICIOS EMPLEADOS EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL - Tratamiento tributario. Inexistencia de disposiciones legales o reglamentarias que lo regulen en forma específica / APLICACIÓN DE IVA DESCONTABLE POR ADQUISICIÓN DE SEGURO AGROPECUARIO PARCIALMENTE SUBSIDIADO POR EL ESTADO - Error sobre el derecho aplicable. Configuración. Exoneración de la sanción por corrección / SANCIÓN POR CORRECCIÓN DE DECLARACIÓN TRIBUTARIA POR APLICACIÓN IMPROCEDENTE DE IVA DESCONTABLE POR ADQUISICIÓN DE SEGURO AGROPECUARIO PARCIALMENTE SUBSIDIADO POR EL ESTADO - Ilegalidad. Configuración de error sobre el derecho aplicable

Problema Jurídico: *¿Se materializó en el caso bajo estudio un error exculpativo para la declarante de las consecuencias punitivas derivadas de la corrección de la declaración tributaria, bajo el procedimiento previsto en el inciso 3 del artículo 588 del Estatuto Tributario?*

Tesis: “[E]n los actos censurados [se] negó la solicitud de reconocimiento de la causal exculpativa, argumentando que la petición era improcedente porque la actora había incluido en la declaración presentada datos «no veraces», toda vez que denunció como impuesto descontable el monto del IVA pagado por la adquisición del seguro que estaba asociado con el porcentaje de la prima subsidiado por el Estado. Puesto en esos términos, el argumento que subyace en los actos demandados para abstenerse de analizar la concurrencia de la causal exculpativa se concreta en que, como se concluyó un dato inexacto en la declaración a corregir, se incumplía la condición fijada en el inciso 3.º del artículo 588 del ET, que somete el estudio del eventual error sobre el derecho a que «los

hechos que consten en la declaración objeto de corrección sean completos y verdaderos». Esa línea argumental pierde de vista que el hecho mismo de que la declaración sobre la cual se proyecta el juicio sea inexacta, no es más que la manifestación de que se cometió la conducta infractora consistente en autoliquidar de manera inadecuada el tributo; y que el objeto del litigio no es si se cometió o no la conducta, sino si se incurrió en ella a consecuencia de un error en la apreciación de derecho aplicable. Como el objeto de discusión no es la conducta infractora misma, sino la culpabilidad o consciencia de antijuridicidad que se tenía en el momento en el que se llevó a cabo, el orden del análisis a efectuar es el inverso del asumido en los actos demandados: la existencia de la autoliquidación inapropiada, en lugar de ser un impedimento para estudiar la concurrencia del error como causal exculpativa, es el presupuesto lógico para adelantar el juicio de culpabilidad convocado. No es jurídico convertir el objeto del debate sobre el error, en la causal para negar tal instituto punitivo. Así, de acuerdo con lo advertido en el fundamento jurídico

nro. 2.6 de este proveído, la prueba del incumplimiento del requisito que establecen las normas para poder valorar el error alegado, nunca podrá ser el hecho de que la autoliquidación no hubiese incluido datos o calificaciones jurídicas que, precisamente, se dejaron de incluir a consecuencia del error, pues de lo que se trata es de establecer si ese resultado tiene como causa un error sobre la comprensión del derecho aplicable. En la medida en que en el caso enjuiciado no tuvo lugar ninguna ocultación de datos fiscalmente relevantes, ni se discute la ocurrencia fáctica de los supuestos de hecho que vienen señalados en las normas en cuya comprensión jurídica se erró, estima la Sala que en el caso se honraron los requisitos de procedibilidad que exige la normativa para poder dar paso al análisis acerca de si la declaración inexacta fue el resultado de un error en la comprensión del derecho aplicable. 5.2- Ahora, en cuanto a los criterios de ponderación sobre el autor de la conducta y sobre la normativa aplicable que se pueden identificar a partir del rastro que dejan en el mundo exterior, la primera consideración que postula la Sala tiene que ver con la ausencia, en el caso, de condiciones subjetivas que determinen un particular conocimiento sobre el derecho aplicable para la autoliquidación del tributo. Lo anterior, porque, al tratarse de un comerciante, se exige de él comprensión de la normativa del IVA y adecuación de su conducta a ese conocimiento, más allá de lo cual no se evidencian datos que exijan una infalibilidad en la aplicación de la norma en atención a su posición social. Sobre el particular, las pruebas reunidas en el expediente dejan en claro que la demandante actuó bajo la comprensión genérica de las disposiciones que regulan los impuestos descontables (...) Así, porque el conocimiento general sobre el alcance de los artículos 485 y 488 del ET llevaba a entender que el IVA pagado tenía la connotación de impuesto descontable porque le fue «*facturado al responsable por la adquisición de servicios*» (letra a. del artículo 485 del ET) de cobertura de riesgo «*que, de acuerdo con las disposiciones del impuesto a la renta, resultan computables como costo o gasto de la empresa*» (artículo 488 *eiusdem*), y porque tales servicios se destinaron «*a las operaciones gravadas con el impuesto sobre las ventas*» (*ibidem*). Pero ese conocimiento general, a partir de situaciones homogéneas entre los sujetos llamados a aplicar las normas puede ser desvirtuado por la convergencia de criterios de ponderación asociados a las normas aplicables, los cuales pueden determinar, bien sea que existía la certeza acerca de que se debían hacer consideraciones adicionales a las que aportan los artículos 485 y 488

del ET; o lo contrario, que al no estar establecida una certeza en ese sentido, carecía de reproche que el declarante hubiera elaborado su autoliquidación haciendo valer la consecuencia inmediata que arrojan los mencionados artículos 485 y 488 del ET. En sentido, la Sala pasa a valorar si otras fuentes jurídicas reconocidas en el ordenamiento precisaban el alcance de los supuestos de hecho contenidos en las normas aplicables, en un sentido que desvirtúe la comprensión inicial de la norma en el caso de que al agente le fuera exigible el conocimiento y correcta comprensión de dichas normas o fuentes complementarias de la disposición tributaria interpretada. Acerca de los supuestos de hecho regulados por los artículos 485 y 488 del ET, no está acreditada la existencia de disposiciones legales o reglamentarias que se ocupen de regular el tratamiento tributario del IVA pagado por adquisiciones subsidiadas de bienes o servicios empleados en la actividad empresarial. Tampoco se contaba, para la época en la que se diligenció la declaración inexacta, con resoluciones judiciales ni doctrina administrativa, que dejaran en claro que, a pesar de que el responsable hubiera asumido el IVA causado por las operaciones de adquisición de servicios subsidiados, este no tendría el carácter de descontable. Más bien al contrario, varios de los hechos probados en el expediente dejan en evidencia que, para el momento en que se cometió la conducta infractora, se carecía de certeza acerca de la aplicación de consideraciones complementarias que condicionaran las consecuencias propias de los artículos 485 y 488 del ET, en aquellos casos en los que el precio de adquisición de los servicios hubiese contado con algún subsidio parcial. Tanto, que ni siquiera los funcionarios de la Administración habían dilucidado su criterio jurídico al respecto. Puntualmente, la Sala tiene en consideración que la declaración en la cual la demandante desplegó su comprensión del derecho aplicable fue presentada el 10 de noviembre de 2008; y que, casi un año después, funcionarios del nivel directivo de la DIAN le consultaron formalmente a la Subdirección de Gestión de Normativa y Doctrina de la entidad, acerca de la procedencia o improcedencia del IVA imputado como descontable (...) Además, durante el trámite para resolver las solicitudes de concepto, la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina requirió conceptos a autoridades contables «*para poder continuar el estudio de la solicitud*» (...); y tras proferir la doctrina oficial, su recepción no fue pacífica, en la medida en que desde la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero se solicitó su reconsideración, el 16 de septiembre del 2010, solicitud

que fue desestimada (...) Esos datos externos sirven como demostración de que, para la época en que se elaboró la declaración inexacta, no estaba asentada la opinión jurídica, que finalmente prevaleció, según la cual era improcedente darle el tratamiento de impuesto descontable al IVA que declaró como tal la demandada. La incertidumbre que existía en el seno de la propia Administración al respecto, solo se superó dos años después de que se presentó la declaración inexacta. Vistas esas circunstancias, necesariamente se relativizan las afirmaciones categóricas contenidas en los actos demandados, que planteaban que *«las normas ... no dejan duda sobre la improcedencia del tratamiento que en materia del impuesto a las ventas había efectuado la contribuyente»* y que *«... las normas son suficientemente claras al señalar ... los requisitos a observar para que un impuesto a las ventas pueda tomarse como impuesto descontable»*; pues si bien existía certeza al respecto, en la época en que se

profirieron dichos actos (marzo de 2011 y marzo de 2012), se carecía de ella en el momento que se elaboró la declaración tributaria (noviembre de 2008). Toda vez que los datos externos analizados indican que en la fecha en que se cometió la infracción no estaba provisto de certeza el criterio jurídico que desatendió la demandante; y que el que acogió al elaborar la declaración cuenta con un grado de soporte jurídico, considera la Sala que el juicio de punibilidad de su conducta debe ceder, pues en ese momento no se le podía exigir el sometimiento a un criterio jurídico cuyo carácter imperativo era desconocido incluso para los funcionarios del nivel directivo de la Administración. 6- Debido a que los criterios de ponderación reunidos en el proceso evidencian la configuración del error en la aplicación del derecho invocado en los cargos de la demanda y de la apelación; y que la negación de ese error fue el único fundamento sostenido en los actos acusados, corresponde declarar la nulidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de junio de 2020, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 05001-23-31-000-2012-00928-01 \(21640\).](#)

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SECCIÓN QUINTA

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

1. Se declaró la nulidad de la designación en provisionalidad del cargo de ministro plenipotenciario del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de designación en provisionalidad del cargo de ministro plenipotenciario del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, alegando que para el momento del nombramiento existía personal de carrera que cumplía con los requisitos para acceder al cargo. La Sala revocó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que denegó las pretensiones de la demanda y en su lugar declaró la nulidad del acto demandado, teniendo en cuenta que para la fecha de la designación había disponibilidad de funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular para ocupar el respectivo cargo.*

NULIDAD ELECTORAL – Contra designación en cargo de ministro plenipotenciario / CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR – Reglas para el nombramiento en provisionalidad / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD – Interpretación judicial vigente

Problema Jurídico: *¿Para la fecha de expedición del acto por medio del cual el presidente de la república resolvió «Designar en provisionalidad al señor Vicente Fernando Echandía Roldán, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.420.398, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte», existía o no un funcionario de carrera disponible para ocuparlo, según los requisitos exigidos en los artículos 60 (principio de especialidad), 35 y ss. (Situación administrativa de alternación) del Decreto Ley 274 de 2000 y la jurisprudencia que los desarrolla?*

Tesis: “[L]a jurisprudencia de esta sección ha indicado que la excepción prevista en el referido artículo 60 [del Decreto 274 de 2000], no hace más que confirmar la regla general referida a que los empleos de la planta interna y externa del Ministerio de Relaciones Exteriores son propios de la Carrera Diplomática y Consular y, por ende, se deben proveer en virtud de concurso de méritos, excepto cuando no sea posible designar funcionarios escalafonados para proveerlos, hipótesis en que se autoriza el nombramiento en provisionalidad de personas ajenas a ella, bajo las siguientes reglas: (i) La designación en provisionalidad de funcionarios en cargos pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, (...), se ajusta a la ley cuando se demuestre: (a) el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 61 *Ibidem* por parte de la persona designada en provisionalidad; y, (b) la falta de disponibilidad de funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular para ocupar el respectivo

cargo. (ii) El requisito de la disponibilidad no se cumple: (a) cuando los funcionarios inscritos en el respectivo escalafón en la Carrera Diplomática y Consular que se encuentran ocupando cargos de menor jerarquía están cumpliendo el período de alternación; o, (b) cuando éstos, a pesar de estar cumpliendo el período de alternación en el exterior, no han cumplido el período de 12 meses en la sede respectiva para que puedan ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000. (iii) La demostración del requisito de disponibilidad es una carga probatoria que recae sobre el demandante. Esta carga probatoria no se puede satisfacer con el simple suministro del listado de funcionarios inscritos para el respectivo cargo, sino que (...) debe ser probado mediante la respectiva acta de posesión. De lo contrario, el juzgador se encuentra en la imposibilidad para determinar si dicho término ha sido cumplido o no. Esta es la interpretación judicial vigente sobre la materia, en sede de nulidad electoral, en observancia del artículo 125 superior, la cual favorece que los cargos vacantes en este régimen especial de carrera sean provistos con los funcionarios que están prestando su servicio en planta interna o externa y han cumplido la frecuencia de los lapsos de alternancia (...), en un empleo de menor jerarquía al que les corresponde, para que puedan ocupar aquel en el que están inscritos en el escalafón en razón del mérito, que les da un derecho no solo preferente sino además excluyente para ocuparlo sobre las personas que no pertenecen a ella, elemento que corresponde demostrar al demandante en este tipo de procesos. (...). En

este orden de ideas, es menester concluir que el Decreto 3030 del 28 de febrero de 2019 [acto demandado], no cumple con el presupuesto y condiciones para su procedencia, (...), en la medida en que para la fecha de su expedición el señor Jairo Augusto Abadía

había completado la frecuencia de su lapso de alteración en planta interna desde el 9 de febrero inmediatamente anterior, por lo que estaba disponible y tenía el derecho preferente a ser nombrado en dicho empleo."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 20 de agosto de 2020, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 25000-23-15-000-2019-00290-01.](#)

2. Se negó la nulidad del acto por medio del cual se designó al Director General de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena –CORPAMAG.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de designación del Director General de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena – CORPAMAG, aduciendo que, (i) no se realizó concurso público de méritos para ello; (ii) no se realizaron pruebas de conocimiento y evaluación para la selección del director general; (iii) se otorgó un plazo corto para la inscripción; (iv) no se valoraron los estudios de posgrado de los candidatos ni la experiencia general y específica con mecanismos de evaluación y calificación objetivos; (v) no se transmitieron en vivo las entrevistas efectuadas a los candidatos; (vi) se permitió la inscripción de quien fungía como director general; (vii) se designó a quien no tenía título de posgrado; (viii) no se atendió el exhorto de la Procuraduría General de la Nación; y, (ix) hubo falsa motivación en el acto acusado al no explicar las razones por las cuales se designó al demandado. La Sala negó las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que (i) el proceso de selección del director general no exige que deba adelantarse mediante concurso público pues se trata de un cargo de periodo; (ii) se cumplió con la finalidad de dar a conocer al público y a los interesados el proceso de elección del director general, (iii) la transmisión en vivo de las entrevistas era optativa al no ser clasificatoria o eliminatoria, (iv) el elegido cumplió con los requisitos legales exigidos para el cargo; (v) se permite por una sola vez la reelección del cargo y en el proceso de elección se nombró un director ad hoc para blindar de imparcialidad el proceso de elección; y, (vi) el acto de designación demandado es un acto discrecional.*

NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de designación del director de CORPAMAG / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL – Inexistencia de reglamentación para la elección del director general / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL – El proceso de selección del cargo de director general no exige que deba adelantarse concurso público de méritos

Problema Jurídico: *¿Es nulo el Acuerdo No 22 del 25 de octubre de 2019 por cuanto el Director General de CORPAMAG, debía ser designado previo concurso público de méritos, en los términos del artículo 125 Superior?*

¿Es nulo el Acuerdo No. 22 del 25 de octubre de 2019 por infringir el artículo 209 de la Constitución Política, por ser expedido sin consultar los principios de moralidad, igualdad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia y publicidad previstos en el acuerdo No 17 de 2019 por las siguientes circunstancias: I) no haber realizado pruebas de conocimiento y evaluación para la selección del director general, II) haber otorgado un plazo corto para la inscripción, III) no haber valorado

los estudios de posgrado de cada uno de los candidatos, así como la experiencia general y específica con mecanismos de evaluación y calificación objetivos, para que se designara a la persona más idónea, IV) no haber transmitido en vivo las entrevistas efectuadas a los candidatos, V) por permitir la inscripción de quien fungía como director general VI) por designar a quien no tuviese título de posgrado y, VII) por no atender el exhorto de la Procuraduría General de la Nación de fecha 1 de octubre de 2019? ¿Es nulo el Acuerdo No 22 del 25 de octubre de 2019 por adolecer de falta de motivación al no explicitar las razones por las cuales fue elegido el señor Carlos Francisco Díaz Granados Martínez como Director General de CORPAMAG?

Tesis: “La censura (...) se funda en la presunta transgresión del artículo 125 constitucional, toda vez que no se adelantó un concurso público de méritos. (...). [L]os directores generales de las corporaciones autónomas regionales, tienen cargos de período que pueden ser designados discrecionalmente, dado que no existe ninguna disposición que fije una reglamentación para su selección. La regla subsidiaria prevista en el inciso 2 del artículo 125 Superior no es aplicable a los directores de corporaciones autónomas regionales, toda vez que (...) el régimen legal de estos funcionarios de período, es de reserva legal y hasta el momento, no existe un mandato con rango de ley, que imponga una forma determinada para realizar este tipo de nombramiento. (...). Como el cargo de director de corporación es de periodo, no es perentoria la realización de una etapa de evaluación que esté acompañada de pruebas de conocimiento y de otros exámenes y calificaciones que son propios del concurso de méritos. (...). [E]s claro para la Sala que se cumplió con la finalidad de dar a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, todos los actos correspondientes al proceso de elección de Director General de CORPAMAG. (...). Por otro lado, en cuanto a la negativa del Consejo Directivo a realizar la transmisión en vivo de la entrevista, se debe considerar que desde el acto de convocatoria se decidió que la misma era optativa al no tener la connotación de ser clasificatoria o eliminatoria, por lo que la petición del órgano elector de contar con un acercamiento de los candidatos no puede ser entendido como una etapa más del proceso. (...). [E]l director general de

una corporación autónoma regional debe contar con educación superior y en cuanto al título de posgrado se puede convalidar con tres años experiencia profesional, la cual, como regla general, se adquiere a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que hacen parte del programa de formación respectivo y requiere la realización de actividades que permitan aplicar y hacer uso de los conocimientos derivados de la formación académica. (...) [E]l cargo elevado por la parte accionante referente a que el señor Díazgranados Martínez, no era el más idóneo, no está llamado a prosperar, pues como se advirtió el elegido cumplió con los requisitos legales. Otro reproche (...) fue que se permitió la participación del anterior director de CORPAMAG, en el proceso de designación. Sobre este tema (...) de conformidad con el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, se permite por una sola vez la reelección en este cargo. (...). [E]l Consejo Directivo designó un director ad hoc, para blindar de imparcialidad el proceso de elección, dada la inscripción como candidato, del director actual. Por lo tanto, está demostrado que en el presente caso se adelantó un procedimiento para la selección de los aspirantes, que no le otorgó ventajas o beneficios al demandado. [L]a Sala [considera] que el [acto demandado], es un acto discrecional de la administración (...). Por lo tanto, basta con el que acto esté adecuado a los fines de la norma que lo autoriza, (...) y que sea proporcional a los hechos que le sirven de causa.”

Salvamento parcial de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

ELECCIÓN DEL DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL – La sentencia resolvió un cargo que no fue propuesto por el demandante / REGLA JURISPRUDENCIAL - Las entrevistas que atribuyen puntaje a los candidatos que pretenden acceder al ejercicio de un empleo estatal deben ser siempre públicas / REGLA JURISPRUDENCIAL – El carácter público de las entrevistas contradice decisiones de la Corte Constitucional y contraviene el carácter reservado que tiene la selección de algunos funcionarios del Estado

Tesis: “Los motivos de mi disconformidad se relacionan con la resolución de un cargo adicional, planteado en la última versión del proyecto discutido en medio de las sesiones virtuales, que en la providencia se in-

dica fue alegado por el demandante –de lo que difiero– según el cual, la elección del señor Carlos Francisco Díazgranados Martínez, Director General de CORPAMAG, 2020-2023, sería ilegal, comoquiera que

las entrevistas a las que fueron sometidos los postulantes en el marco de este trámite no fueron transmitidas “en vivo”, como lo solicitó uno de los candidatos, generando “*obiter dictum*” innecesarios y alterando la congruencia que debe regir los fallos judiciales que impide que el juez desborde el marco fijado en la demanda y en la fijación del litigio. (...). [C]ontrario a lo sostenido en la sentencia, la revisión de la demanda de nulidad electoral planteada por el actor conlleva aseverar que, lejos de haber sido formulado como un cargo de anulación autónomo, la ausencia de transmisión en vivo de las entrevistas fue empleado como un argumento accesorio por parte del demandante, con el que pretendió fortalecer los cuestionamientos de falta de motivación con los que inculpó al acto acusado. (...). [L]a versión definitiva del fallo de 10 de septiembre de 2020 incluyó una regla novísima según la cual las entrevistas puestas en marcha, de haber dis-

puesto de naturaleza clasificatoria en el trámite de designación del Director de CORPOMAG, habrían conllevado la aplicación irrestricta de los principios de publicidad y transparencia, materializados en su transmisión en vivo, a la manera como fue sostenido por el demandante, generando una serie de contradicciones no solo en el cuerpo mismo de la decisión judicial, sino también en relación con el ordenamiento jurídico en general. (...). La premisa introducida en el fallo de 10 de septiembre de 2020 genera todo tipo de contradicciones. Por un lado, produce incoherencias entre las diferentes partes de su contenido. De otro, causa contradicciones con las directrices jurisprudenciales creadas por la Corte Constitucional, cuando se acude a las entrevistas para proveer cargos públicos. Finalmente, desconoce las reglas especiales que pueden ser establecidas en el marco de los procedimientos de designación de algunos servidores del Estado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 10 de septiembre de 2020, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2019-00086-00.](#)

3. Se confirmó la sentencia que negó la solicitud de nulidad del acto de inscripción de la lista del Partido Cambio Radical para el Concejo Municipal de Popayán y de la elección de concejales municipales por dicho partido.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de inscripción de la lista del Partido Cambio Radical para el Concejo Municipal de Popayán y el acto de elección de los ciudadanos Yury Julián Ausecha Ordóñez y Diego Armando Guevara Bravo, como concejales municipales por dicho partido, aduciendo que la lista desconoció la cuota de género prevista en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, dado que la candidata Paola Andrea Méndez Torres, retiró su candidatura de la lista puesto que presuntamente estaba incurso en inhabilidad por haber intervenido en celebración de contratos. La Sala confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca que negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la señora Méndez Torres no fue elegida, situación que no afecta la legitimidad de la inscripción de los demás aspirantes y que la lista fue inscrita y aceptada sin que se observe desconocimiento de la cuota de género.*

NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección de concejales de Popayán / CAUSALES DE INHABILIDAD – Concepto / CUOTA DE GÉNERO – No Hubo desconocimiento

Problema Jurídico: *¿La elección de los demandados como concejales de Popayán es nula debido a que la lista del Partido Cambio Radical desconoció la cuota de género contemplada en el artículo 28 de Ley 1475 de 2011, porque la candidata Paola Andrea Méndez Torres, presuntamente estaba inmersa en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994?*

Tesis: “Primeramente, es oportuno precisar que las causales de inhabilidad son “circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan a una persona acceder a un cargo público”, es decir que, se trata de situaciones personales que encajan en prohibiciones previstas en el ordenamiento jurídico con el objetivo robustecer la idoneidad, mora-

lidad, integridad y rectitud de quienes pretenden ingresar a cargos del Estado y, de esta forma, se busca garantizar la primacía del interés general sobre el particular. De antaño, esta Sala de Decisión ha sostenido que su interpretación tiene un carácter restrictivo, pues constituye una limitación al derecho fundamental contenido en artículo 40.7 Superior y el mandato del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (...). [L]a materialización de una causal de inhabilidad constituye un reproche de carácter subjetivo, dado que, como se explicó previamente, es un asunto que converge en la órbita personal del elegido o nombrado. Así las cosas, la presunta inhabilidad de la señora Méndez Torres, no es excelsa, pues no resultó elegida. Es por ello que, esta situación no es óbice para impactar la inscripción de los demás aspirantes que conformaron la lista al Concejo Municipal de Popayán. (...). [L]a eventual inhabilidad de la señora Méndez Torres no tiene la capacidad de adentrarse en la legitimidad de la inscripción de los demás aspirantes, y su estudio sería procedente en el marco del juicio de nulidad electoral si ella hubiera sido elegida, pues bajo esa perspectiva, existiría un acto pasible de control. En contraste con los supuestos fácticos que rodean este caso, en el que es osten-

sible que los elegidos fueron los señores Ausecha Ordóñez y Guevara Bravo. (...). [S]e advierte que el Partido Cambio Radical por medio de formulario E 6-CO inscribió la lista de candidatos que fueron avalados para el Concejo Municipal de Popayán, se observa que está integrada por 13 hombres (68.4%) y 6 mujeres (31.6%), para un total de 19 aspirantes, en este punto, se itera que el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 exige que debe estar conformada por mínimo 30% de uno de los géneros. Cabe destacar que la lista fue aceptada y sus candidatos hicieron parte de la contienda electoral de 27 de octubre de 2019, en donde pudieron participar y ejercer su derecho a ser elegidos de manera igualitaria, por lo que no se observa el desconocimiento de la cuota de género. (...). En consecuencia, bajo los linderos trazados en este proveído, quedó demostrado que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y, en tal sentido, se impone confirmar la sentencia del 3 de junio de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 17 de septiembre de 2020, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 19001-23-33-000-2019-00357-01.](#)

Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araujo Oñate

NULIDAD ELECTORAL – Notificación del proceso a las personas eventualmente afectadas con la demanda

Tesis: “Aunque comparto las razones por las cuales se confirmó la negativa de las pretensiones de la demanda, en especial, que la supuesta situación de inhabilidad de una de las integrantes de la lista que presentó el partido Cambio Radical para el concejo municipal (que no resultó elegida) no tenía la virtualidad de afectar a los demás aspirantes, particularmente a los que resultaron electos, máxime cuando en la contienda electoral dicha agrupación política garantizó el porcentaje mínimo de participación de cada uno de los géneros, que es lo que pretende el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, estimo que antes de adoptarse la decisión que le puso fin al proceso, resultaba procedente adoptar una medida saneamiento para garantizar la vinculación de todas las personas, que de conformidad con el libelo introductorio eventualmente se verían afectadas. Lo anterior teniendo en cuenta, que a juicio del demandante el hecho que se hubiere desconocido la cuota de género en el momento en que el Partido Cambio Radical inscribió la

lista de candidatos, tenía como consecuencia que debían realizarse nuevos escrutinios para el Concejo Municipal de Popayán, excluyendo los votos que fueron computados a favor de la mencionada agrupación política, lo que significaba que todos los integrantes de la corporación de elección popular tenían interés directo en la controversia. (...). Esta pretensión que se encontraban justificada en el presunto desconocimiento del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, significaba que a la manera en que ocurre con los procesos en que se invocan causales objetivas de nulidad electoral, es decir, la previstas en los numerales 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, debían entenderse como demandados todos los ciudadanos elegidos de la referida corporación de elección popular, en la medida que la realización de nuevos escrutinios, excluyendo los votos que a juicio de la parte accionante no deben ser computados, podría significar una modificación de la cifra repartidora y por consiguiente un cambio en la forma en que se proveyeron las curules. (...). Realizo las anteriores consideracio-

nes, toda vez que como lo advertí en la Sala correspondiente, el A quo al admitir la demanda, mediante auto del 19 de noviembre de 2019, sólo tuvo como parte demandada a los concejales Yury Julián Au-secha Ordóñez y Diego Armando Guevara Bravo, aunque según los términos del libelo introductorio y por

las razones expuestas, éste podría haber afectado a los demás miembros de la corporación de elección popular, situación que a mi juicio requería una medida de saneamiento por parte del operador judicial.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 17 de septiembre de 2020, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, A.V. Rocío Araújo Oñate, radicación: 19001-23-33-000-2019-00357-01.](#)

4. Se negó la nulidad del acto de elección del Gobernador de Arauca.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del Gobernador de Arauca, alegando que el demandado incurrió (i) en la causal de doble militancia en la modalidad de apoyo y (ii) en prácticas corruptas al ofrecer dádivas a cambio de votos en su campaña política. La Sala negó las pretensiones de la demanda, luego de considerar que (i) no se configura la doble militancia al apoyar a candidatos de partidos que adhirieron su aspiración, en el evento que su propio partido no tenga candidatos para determinado cargo; y, que no se demostró que el demandado hubiera incurrido en prácticas corruptas.*

NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección del Gobernador de Arauca / DOBLE MILITANCIA – No se configura al apoyar a candidatos de partidos que adhirieron su aspiración, en el evento que su propio partido no tenga candidatos para determinado cargo / NULIDAD ELECTORAL – Actos de corrupción como causal subjetiva de nulidad / NULIDAD ELECTORAL – No se acreditó la configuración de prácticas corruptas

Problema Jurídico: *¿El señor Castillo Cisneros incurrió en la causal de doble militancia por apoyo invocada en la demanda y consagrada en los artículos 107 de la Constitución Política y 2 de la Ley 1475 de 2011? ¿El demandado ofreció dádivas a cambio de votos en su campaña política a la Gobernación de Arauca y, por tanto, incurrió en prácticas corruptas que impliquen la nulidad de su elección por violación de los artículos 40-1 y 258 de la Constitución Política?*

Tesis: “[T]odos los hechos de la demanda dentro del expediente 2019-00074, así como las pruebas aportadas con aquella se dirigen a demostrar que el señor Castillo Cisneros apoyó a un candidato a la Alcaldía de Arauca de un partido que no hizo parte de la coalición que lo apoyó para la Gobernación de ese departamento. No obstante, resulta absolutamente relevante que las partes aceptaron que el Partido Cambio Radical, del cual es militante el demandado, no inscribió candidatos para la Alcaldía del municipio de Arauca, razón por la cual, en principio, el candidato a la Gobernación del departamento de Arauca por el Partido Cambio Radical, se encontraba en libertad de apoyar a candidatos de otra agrupación política. Ahora bien, en lo que tiene que ver con el hecho de que dos de los partidos que hicieron parte de la coalición “Unidos por Arauca” sí tenían candidatos propios para la Alcaldía del municipio de Arauca y que pese a

ello el demandado apoyó al señor Édgar Fernando Tovar Pedraza, candidato del Partido ASI para esa alcaldía, debe tenerse en cuenta que según se acreditó en el expediente, el referido partido adhirió la campaña del señor Castillo Cisneros y el partido Cambio Radical, del cual es militante el demandado, aceptó dicha adherencia (...). [S]i bien es cierto, el candidato a un cargo de elección popular está sujeto a apoyar a los demás aspirantes que inscriba la agrupación política a la cual pertenece, en el evento de las coaliciones, cuando el partido, movimiento o grupo significativo de ciudadanos al cual pertenece una persona no inscriba candidatos para un cargo específico, éste podría apoyar entonces, a los candidatos de los demás integrantes de la coalición o de los partidos y movimientos políticos que aunque no hagan parte de la coalición, se adhieran o apoyen a su candidato. (...). Bajo ese entendido, no encuentra la Sala contrario a los postulados de la doble militancia, que en el evento de coaliciones, cuando una agrupación política que tiene un candidato para una gobernación no inscriba aspirantes para las alcaldías del respectivo departamento, su candidato a la gobernación pueda apoyar no sólo a los aspirantes de los miembros de la coalición sino además, a los candidatos inscritos por partidos o movimientos políticos que adhieran o apoyen su aspiración, tal y como ocurrió en el presente caso. (...). El

motivo de censura en este acápite consiste en las presuntas promesas efectuadas por el demandado durante su campaña electoral al gremio de transportadores del departamento de Arauca referente a ayudas para conseguir créditos con el Instituto de Desarrollo de Arauca, IDEAR, para renovar sus vehículos. Así mismo, por los presuntos arreglos que adelantó en la vía de acceso a la comunidad denominada "El Refugio" (...). Del análisis de la referida grabación, se extrae que, tal y como lo manifestó la señora agente del Ministerio Público, no se evidencia que el demandado

haya ofrecido dádivas a cambio del voto de las personas a las cuales dirigió esa comunicación. Simplemente hizo una serie de promesas de campaña, pero en manera alguna, la grabación demuestra que el demandado haya afectado la libertad del voto, de manera fraudulenta. (...). En tales condiciones, dichos medios de prueba resultan completamente descontextualizados y en manera alguna demuestran que el demandado haya incurrido en prácticas corruptas dirigidas a atentar contra la pureza y libertad del voto."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 24 de septiembre de 2020, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2019-00074-00.](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. Restricción establecida en el literal e) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 no aplica para los recursos del FOME destinados a la inversión de salud que deben utilizarse para conjurar la pandemia, así como para la obtención y distribución oportuna de la vacuna de la COVID-19.

Síntesis del caso: *“El ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio formula a la Sala de Consulta y Servicio Civil dos interrogantes relacionados con las medidas a adoptar en el marco de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, con el fin de conjurar los efectos de la crisis económica y social, generada por la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, OMS, ante la propagación mundial del virus denominado COVID-19, conforme al Decreto núm. 417 de 2020 expedido por el Gobierno Nacional”.*

EXPEDICIÓN DE DECRETO LEGISLATIVO – Intervención de todos los ministros / CONFLICTOS DE INTERESES QUE LES SON APLICABLES A LOS MINISTROS – Régimen legal aplicable / DECRETOS EXPEDIDOS DURANTE LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE EMERGENCIA – Naturaleza jurídica / DECLARATORIA DE IMPEDIMENTO DE MINISTRO - Para suscripción de Decreto

Problema Jurídico 1: *“[E]stablecer el régimen legal sobre conflicto de intereses aplicable a los ministros, conforme a la naturaleza jurídica de los decretos que se expiden durante la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, con sujeción al artículo 215 de la Carta Política.”*

Tesis 1: “En el caso de los ministros, han de observarse algunas disposiciones especiales que a continuación la Sala estudiará. Los ministros integran el Gobierno junto con el presidente de la República, son sus voceros ante el Congreso y son los jefes de la administración nacional en su respectivo sector. En ese sentido, la ley ha establecido la conformación del Consejo de Ministros, organismo integrado por todos los ministros, convocado por el presidente de la República, el cual cumple las funciones que le otorgan la Constitución y la ley, y las que le fije el presidente (Ley 489 de 1998, art. 47). Sobre este particular, dentro de las funciones previstas por la ley, se encuentra la de resolver los casos de impedimentos o recusaciones de los ministros, según lo dispone el artículo 8° de la Ley 63 de 1923 (...) [E]s clara la competencia del Consejo de Ministros para resolver sobre la existencia de la causal de impedimento y la del presidente de la Re-

pública para adscribir la decisión del asunto a cualquiera otro de los ministros. En conclusión, corresponde al Consejo de Ministros en cada caso, resolver sobre la existencia de las causales de impedimento a la luz del principio de verdad sabida y buena fe guardada. Resalta la Sala que, a diferencia del régimen para congresistas, el cual no es posible aplicar mediante interpretación extensiva, no existe en el ordenamiento jurídico, regulación específica sobre el conflicto de intereses aplicable a los ministros del Gobierno Nacional cuando concurren con su firma en la expedición de los decretos con fuerza de ley que dicte el Presidente de la República durante los estados de excepción, destinados exclusivamente a conjurar la crisis que dio lugar a su declaratoria y a impedir la extensión de sus efectos. En este sentido, como quiera que esta actuación de los ministros se trata del desarrollo de una función pública de carácter legislativo, de la que hace uso en forma temporal, precisa y extraordinaria el Presidente de la República, y no de una función de naturaleza administrativa, la Sala concluye que no es posible dar aplicación a las disposiciones contenidas en el artículo 11 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, que tienen como destinatario al servidor pú-

blico para el ejercicio de una función típicamente administrativa. Sin embargo, ello no impide en este caso, que los ministros de despacho, en atención a que actúan en el marco de una función legislativa de la que se reviste extraordinariamente al Presidente de la República, se les aplique la norma general contenida en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, que regula los conflictos de interés para ejercicio de funciones públicas de todos los servidores públicos y que impone el deber de manifestar una situación de impedimento, cuando a ello haya lugar.”

Problema Jurídico 2: *Determinar “si dichos servidores públicos deben declararse impedidos para suscribir los decretos legislativos que contengan normas de carácter general sobre el contrato de arrendamiento de vivienda urbana y de locales comerciales.”*

Tesis 2: “[N]o, por las siguientes razones: Dado que los decretos que expida el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, y que pretendan regular los contratos de arrendamiento de vivienda urbana y comercial, durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, son de estirpe legislativa -tienen carácter general, impersonal y abstracto-, y no de naturaleza administrativa. En consecuencia, en el caso objeto de la consulta, no son aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo (CPACA) que tienen como destinatario al servidor público en ejercicio de función administrativa, sino el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, que regula los conflictos de interés en el ejercicio de funciones públicas para todo servidor público. La distinción que antecede es menester aun cuando las personas relacionadas con el servidor público a las que se refieren ambas normas, para efectos de que se configure el conflicto de intereses, coincidan íntegramente. El mencionado artículo 40, pues, impone a los ministros el deber de manifestar las situaciones de impedimento a que hubiere lugar, en concordancia con la Ley 63 de 1923. Para efectos de la competencia atribuida por el artículo 215 de la Constitución, y en los términos del artículo 40 de la Ley 734, el que personas relacionadas con los ministros tengan la calidad de arrendatarios o arrendadores, que es el supuesto planteado en la consulta, no configura un conflicto de intereses, dado que ese tipo de decretos -leyes en sentido material- no generan una posición especial de desigualdad frente a la ciudadanía en general, en tanto son de carácter general, impersonal y abstracto, y se entienden expedidos en beneficio del interés general y del bien común en los términos señalados en este concepto. En tratándose de supuestos diferentes, que al tenor del Código Disciplinario puedan comprometer la imparcialidad de un determinado ministro, procedería la correspondiente declaración de impedimento, que habría de tramitarse conforme a la Ley 63 de 1923.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de abril de 2020, C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación 11001-03-06-000-2020-00138-00 \(2447\).](#)

2. Restricción establecida en el literal e) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 no aplica para los recursos del FOME destinados a la inversión de salud que deben utilizarse para conjurar la pandemia, así como para la obtención y distribución oportuna de la vacuna de la COVID-19.

Síntesis del caso: *“El señor ministro de Salud y Protección Social formula una consulta, con mensaje de urgencia, a la Sala sobre el uso de recursos públicos asignados a la salud para financiar la investigación de vacunas en fase de experimentación contra la COVID-19”.*

LEY ESTATUTARIA DE LA SALUD – Antecedentes y Finalidad / LITERAL E DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 1751 DE 2015 – Alcance / INVESTIGACIONES EN SALUD Y EN CIENCIA Y EN TECNOLOGÍA – Fondos que lo financian / FONDO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN / FONDO DE INVESTIGACIÓN EN SALUD – Creación / FONDO DE MITIGACIÓN DE EMERGENCIAS / FOME – Justificación

/ COVID 19 / EMERGENCIA SANITARIA / LUCHA CONTRA LA COVID 19 - Requiere que las autoridades públicas dispongan de herramientas extraordinarias, suficientes y adecuadas para enfrentar la pandemia/ VACUNA DE LA COVID 19 – Obtención de recursos / RECURSOS ORDINARIOS ASIGNADOS A LA SALUD - Destinación para obtener la vacuna contra la COVID-19 / DISTRIBUCIÓN OPORTUNA / RESTRICCIÓN DEL LITERAL E) DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 1751 DE 2015 – No es aplicable

Problema Jurídico: “¿La restricción establecida en el literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015 no aplica para los recursos del FOME destinados a las inversiones de salud para conjurar la pandemia y, por lo tanto, pueden ser utilizados para la financiación de la investigación de moléculas en fase de experimentación para conseguir la vacuna contra la COVID-19 y del anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la vacuna?”

Tesis: “A juicio de la Sala, la respuesta a este interrogante es negativa, por las siguientes razones: i) El FOME no se nutre con los recursos ordinariamente asignados a la salud. Como se mencionó, el fondo obtiene sus recursos de las fuentes señaladas en el artículo 3º del Decreto 444 de 2020 (...) La no conformación del FOME con recursos ordinariamente asignados a la salud, lo corrobora el hecho de que la administración del fondo no la adelanta alguno de los órganos encargados de la administración y financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sino el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal como expresamente lo ordena el parágrafo del referido artículo 3º. Adicionalmente, dentro del Presupuesto General de la Nación, por expreso mandato del artículo 16 del Decreto Legislativo 444 de 2020, los recursos del FOME se deben incluir en la sección correspondiente al citado ministerio (...) El Decreto Legislativo 444 de 2020, por medio del cual se creó el FOME, fue expedido como consecuencia de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica efectuada a través del Decreto Legislativo 417 de 2020. Por lo tanto, mal podría entenderse que los recursos del FOME (...) pudiera ser analizado a la luz de las exclusiones consagradas en el literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015. (...) Asimismo, el fondo busca facilitar la ejecución ágil y eficiente de los recursos destinados para enfrentar la pandemia de la COVID-19. Lo anterior, como consecuencia de la ausencia de mecanismos ordinarios, suficientes y adecuados para alcanzar los objetivos perseguidos con la medida de declaratoria de emergencia. v) Finalmente, el Decreto 444 de 2020 no hace referencia a la Ley 1751 de 2015. Corolario de lo anterior, se encuentra que el Decreto Legislativo 444 de 2020 mal podría haber hecho referencia a la Ley Estatutaria de Salud y a sus exclusiones, pues, se reitera, su objeto, contenido y finalidad es sustancialmente distinto a los que

motivaron el régimen de exclusiones y, por ende, escapan a la órbita de su competencia. Por lo tanto, en atención al origen y administración de los recursos que lo integran, el carácter especial y excepcional del fondo y su finalidad multipropósito, es claro que los recursos del FOME escapan de la órbita de la Ley 1751 de 2015, y por tanto, de la restricción impuesta en literal e) del artículo 15. En consecuencia, la obtención y distribución oportuna de la vacuna de la COVID-19 puede realizarse con recursos del FOME, sin que en este caso dichos recursos se encuentren sometidos a la señalada restricción. Finalmente, la Sala considera importante señalar que, aunque el FOME tenga una finalidad múltiple, en virtud de alcance limitado de sus recursos y la importancia mayúscula que tiene para el país acceder a una vacuna contra la COVID-19, en la definición de la destinación final de los señalados recursos, la adquisición de la referida vacuna debe ocupar una posición prevalente o superior.”

Problema Jurídico 2: “¿El literal e) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 restringe la posibilidad de que el Estado colombiano financie con recursos públicos destinados a la salud el anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la vacuna contra el nuevo coronavirus COVID-19, en caso de que sea aprobada?”

Tesis 2: “[L]a fuente de financiación para la vacuna de la COVID-19 debe ser el Fondo de Mitigación de Emergencias, FOME. (...) El fondo fue creado por el Decreto Legislativo 444 de 2020 con el encargo de «atender las necesidades de recursos para la atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento, en el marco del Decreto 417 de 2020». Así, en atención a que el Gobierno ha creado un fondo que tiene la misión específica de solventar las necesidades de salud causadas por la pandemia del virus SARS-CoV-2, se colige que la inversión correspondiente debe hacerse con cargo a él. Así pues, teniendo en cuenta la restricción establecida en el literal e) del artículo 15 de la ley estatutaria, así como también la precisión hecha por la Corte Constitucional en la Sentencia C-313 de 2014 y las situaciones de extrema gravedad surgidas de la pandemia de la COVID -19, planteadas por la Corte en la declaratoria de exequibilidad de los decretos legislativos, se concluye que el Estado debe contar con los recursos necesarios

para hacer frente, de manera inmediata, a la crisis de salubridad pública actual. Ahora bien, la posibilidad de emplear recursos distintos al FOME debe ser considerada como una alternativa extraordinaria y excepcional, por los riesgos que supone para la sostenibilidad de las finanzas públicas destinadas a la salud. Esta excepcional alternativa únicamente se encontraría justificada en la medida en que no sea posible emplear los recursos del FOME. Como se ha señalado, los recursos del FOME, a pesar de su destinación multipropósito, deben ser utilizados de manera prevalente para atender las necesidades de recursos en materia de salud. La Sala estima necesario hacer hincapié en que la alternativa recién descrita i) es excepcional, ii) no pretende autorizar el desconocimiento de la restricción establecida en el literal e) del artículo 15 de la ley estatutaria y iii) únicamente se encuentra justificada debido a la incuestionable gravedad de la pandemia. [L]a Sala de Consulta concluye lo

siguiente: (...) Los recursos públicos necesarios para la adquisición de las vacunas que se encuentran en fase de experimentación deben obtenerse en primera instancia a través del FOME. (...) La inversión en servicios y tecnologías experimentales se encuentra justificada únicamente debido a la gravedad extrema de las circunstancias que rodean a la pandemia provocada por el virus SARS-Cov-2 y a las razones que motivaron la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica. (...) Los recursos ordinarios destinados a la salud pueden ser utilizados de manera extraordinaria y excepcional para financiar la referida investigación y el anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la vacuna de la COVID-19. Lo anterior, siempre que los recursos del FOME no sean suficientes para financiar los referidos anticipos.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de septiembre de 2020, C.P. Édgar González López, radicación 11001-03-06-000-2020-00195-00 \(2453\).](#)