

EDICIÓN
267

JUNIO 2023



#MeSuscriboMeActualizo

BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Jaime Enrique Rodríguez Navas
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

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

RELATORÍAS

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

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 267, junio de 2023
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	5
I. NORMAS ANULADAS Y SUSPENDIDAS	6
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 25000-23-37-000-2019-00456-01 (27001) ➤ C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2020-00015-00 ➤ C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 76001-23-33-000-2015-00617-01 (27121) ➤ C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 47001-23-31-000-2011-00347-01 (27423) ➤ C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 81001-23-39-000-2022-00074-02 	
II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES	8.
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación 11001-03-15-000-2022-05308-01 (AC) ➤ C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 11001-03-15-000-2022-05785-01 (AC) ➤ C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación 11001-03-15-000-2023-01252-00(AC) ➤ C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 05001-23-33-000-2011-01184-01 (AP) 	
III. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO	17
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Oswaldo Giraldo López: 11001-03-15-000-2022-02926-00(PI) (acumulado 11001 -03-15-000-2022-03248 -00). ➤ C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2022-06270-00(PI) ➤ C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 11001-03-15-000-2021-01221-00(PI) ➤ C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-15-000-2023-00145-00(PI) ➤ C.P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-0315-000-2022-02581-00(REV) 	
IV. SECCIÓN PRIMERA	29
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 81001-23-39-000-2022-00074-02. 	
V. SECCIÓN SEGUNDA	32
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, rad 25000-23-42-000- 2015-02616- 01 (3814-2019) ➤ C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 68001-23-33-000-2019-00830-01(1340-2022) ➤ C.P. César Palomino Cortés, radicación: 08001-23-33-000-2018-00613-01 (0288-2020) ➤ C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 25000-23-42-000-2019-00378-01 (3019-2021) ➤ C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 17001-23-33-000-2017-00261-01(2526-2018) ➤ C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 17001-23-33-000-2015-00198-01(3638-2018) 	
VI. SECCIÓN TERCERA	43
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 05001-23-33-000-2009-00126-01(54107). ➤ C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 68001-23-31-000-2008-00558-01(54328) ➤ C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 13001-23-31-000-2007-00812-01 (55229). ➤ C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 25000-23-36-000-2013-01822-02(56364). ➤ C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 18001-23-31-000-2011-00117-02(68668) ➤ C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 19001-23-31-000-2010-00142-01(54933) 	
VII. SECCIÓN CUARTA	64
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 25000-23-37-000-2019-00456-01 (27001) ➤ C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2020-00015-00 (25332) ➤ C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 47001-23-31-000-2011-00347-01 (27423) Acumulados ➤ C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 76001-23-33-000-2015-00617-01 (27121) 	
VIII. SECCIÓN QUINTA	65

- C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00076-00
- C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00209-00 (acumulado)
- C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-24-000-2020-00387-00
- C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00193-00 (acumulado)

IX. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

65

- C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01(55085)

X. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

95

- C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2022-00128-00(2481)
- C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00129-00(2482)
- C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2022-00177-00(2483)
- C.P. Oscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2022-00290-00(2494).

EDITORIAL

El Consejo de Estado se complace en presentar el Boletín «Jurisprudencia y Conceptos», en su edición 267 del mes de junio 2023.

En este número, la Corporación presenta jurisprudencia relevante y novedosa en temas de nuestra competencia como Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y cuando actúa como cuerpo supremo consultivo del Gobierno Nacional en asuntos de administración a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

La Sección Primera, conoció de una acción de tutela contra actuaciones de autoridad administrativa, interpuesta por un exembajador de Colombia ante Jamaica, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo y al mínimo vital, en virtud de la aceptación de la renuncia a su cargo diplomático, pues consideró que dicha actuación le impedía permanecer en sus labores, hasta tanto le fuera reconocida su pensión de jubilación. Los jueces de tutela negaron las pretensiones de la demanda, en la medida en que dicho acto no era violatorio de derecho fundamental alguno, como tampoco de vulnerar la estabilidad laboral reforzada del ex funcionario, quien pese a ocupar un cargo diplomático, su renuncia se presentó y fue aceptada conforme al ordenamiento jurídico.

Por otro lado, se negó una acción de tutela ejercida para cuestionar la decisión del Consejo de Estado, que negó la demanda que pretendía la declaratoria de nulidad de la reglamentación del fracking, al concluir que, los actos acusados correspondían a reglamentos técnicos y que la función del juez de legalidad se circunscribía a determinar si vulneraban o no las normas de mayor jerarquía indicadas por el actor, más no a cuestionar la política medioambiental establecida por el Gobierno Nacional.

En asuntos de conocimiento de la Sección Segunda, se concluyó que no procede la declaración por abandono del cargo cuando existe una comisión de servicios vigentes, aunque el servidor se encuentre desempeñando sin autorización de la entidad empleadora un cargo de libre nombramiento y remoción diferente a aquel en el cual se concedió, pero sí conlleva la pérdida de los derechos de carrera del cargo que se desempeña en propiedad.

Con respecto a la demanda de nulidad electoral del senador de la República Roy Leonardo Barreras Montealegre, la Sección Quinta declaró la nulidad de su elección, teniendo en cuenta que se demostró que el demandado no renunció a su curul en el senado dentro del término legalmente previsto para ello, a pesar de haber sido expulsado del partido por el cual quedó electo como congresista, para postular su candidatura por una colectividad diferente, para el periodo 2022-2026.

Finalmente, la Sección Tercera unifica su jurisprudencia en el sentido de señalar que, la acción procedente para solicitar la responsabilidad de los daños derivados de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga, frente a las solicitudes de recobro por servicios de salud no incluidos en el POS, es la nulidad y restablecimiento del derecho, por ser estos últimos un acto administrativo.

Con este epítome, esperamos satisfacer las altas expectativas de nuestros fieles lectores.

I. NORMAS ANULADAS Y SUSPENDIDAS

ANULADAS SECCIÓN CUARTA

1. La Circular Instructiva 00022 del 19 de diciembre de 2018, expedida por el Director de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca: el aparte «*los dineros por pagos realizados no serían objeto de devolución por parte de la autoridad tributaria departamental en caso que medie solicitud en tal sentido*» del numeral 1 del acápite instructivo y el aparte «*y no enviados a la Dirección de Ejecuciones Fiscales para su cobro*» del numeral 3 del mismo acápite.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 18 de mayo de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 25000-23-37-000-2019-00456-01 \(27001\) \(ver página 65 de este boletín\).](#)

2. El Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, “*Por el cual se establece la regulación aduanera*”, proferido por el Gobierno Nacional: “*la palabra no contenida en el aparte “Dentro de los términos para decidir de fondo no se incluyen los requeridos para efectuar la notificación de dicho acto administrativo” del artículo 588, así como la misma palabra contenida en el siguiente aparte del artículo 607 “Dentro del término para decidir de fondo no se incluye el requerido para efectuar la notificación de dicho acto administrativo”.*”

El Decreto 1165 del 2 de julio de 2019, “*Por el cual se dictan disposiciones relativas al régimen de aduanas en desarrollo de la Ley 1609 de 2013*”, proferido por el Gobierno Nacional: del artículo 686 la palabra **no** contenida en el aparte “*Dentro de los términos para decidir de fondo no se incluyen los requeridos para efectuar la notificación de dicho acto administrativo*”, así como la misma palabra del artículo 705, en el siguiente aparte “*Dentro del término para decidir de fondo no se incluye el requerido para efectuar la notificación de dicho acto administrativo*”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de mayo de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2020-00015-00 \(25332\) \(ver página 67 de este boletín\).](#)

3. La Ordenanza 397 del 18 de diciembre de 2014, expedida por la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca: Los artículos 410, 411, 412, 414, 415, 416, 417, 418, 419 y 426.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 1 de junio de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 76001-23-33-000-2015-00617-01 \(27121\) \(ver página 75 de este boletín\).](#)

4. La Resolución 067 del 10 de mayo de 2006, “*Por la cual se fijan las tarifas para el cobro de los servicios de evaluación y seguimiento de licencias ambientales, permisos, concesiones, autorizaciones y demás instrumentos de control y manejo ambiental*” proferida por el Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta DADMA: Del artículo 17, los literales a), b) y c) y del artículo 18 AVISOS Y PENDONES, los literales a), b) y c) y artículo 18 MÓVIL, los literales a) y b).

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 1 de junio de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 47001-23-31-000-2011-00347-01 \(27423\) Acumulados \(ver página 72 de este boletín\).](#)

SUSPENDIDAS

SECCIÓN PRIMERA

El Decreto 864 de 2022, “[...] Por medio del cual se priorizan y aprueban proyectos de inversión financiados con cargo a los recursos provenientes del Sistema General de Regalías, en el marco de la Ley 2056 de 2020; Decreto 804 de 2021 y demás disposiciones concordantes [...]”, proferido por el Gobernador del Departamento de Arauca: los artículos 1, 4 y 5.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 31 de marzo de 2023; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 81001-23-39-000-2022-00074-02. \(ver página 30 de este boletín\).](#)

**ASUNTOS
CONSTITUCIONALES**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIONES DE TUTELA

1. No se vulnera la estabilidad laboral reforzada de un exembajador, a quien se le acepta la renuncia protocolaria presentada ante el cambio político de Gobierno.

Síntesis del caso: El exembajador de Colombia ante Jamaica presentó acción de tutela contra la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores y la Presidencia de la República, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo y al mínimo vital, en virtud de la aceptación de la renuncia a su cargo diplomático; pues consideró que dicha actuación administrativa le impedía permanecer en sus labores hasta tanto le fuera reconocida su pensión de jubilación. Consideró que la aceptación de la renuncia protocolaria al cargo se efectuó durante el cambio de mandato Presidencial, por lo que aún en cumplimiento de la Constitución y la ley, podía continuar en el cargo hasta adquirir el estatus de pensionado. Los jueces de tutela negaron las pretensiones de la demanda, en la medida en que dicha actuación administrativa no era violatoria de derecho fundamental alguno, como tampoco de vulnerar la estabilidad laboral reforzada del ex funcionario, quien pese a ocupar un cargo diplomático, su renuncia se presentó y fue aceptada conforme al ordenamiento jurídico.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / RENUNCIA DEL EMBAJADOR / AGENTE EN MISIÓN DIPLOMÁTICA / CARGO DE CONFIANZA / EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / CAMBIO POLÍTICO / ACEPTACIÓN DE LA RENUNCIA AL CARGO PÚBLICO / POTESTAD DISCRECIONAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / NEGACIÓN DEL AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico: [¿Las autoridades accionadas vulneraron los derechos fundamentales de la parte actora, en especial su protección especial a la estabilidad laboral reforzada, al aceptarle la renuncia protocolaria como Embajador de Colombia en Jamaica, aun cuando en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 91 del Decreto 274 de 2000, dicha manifestación es obligatoria para quien desempeña esa dignidad pública, cada vez que se genera un cambio de mandato presidencial?]

Tesis 1: “[L]a Sala comparte lo señalado por el a quo, en el sentido que los jefes de Estado tienen una discrecionalidad razonable para la selección del personal de jefes de misión diplomática, en la medida que son representantes del gobierno nacional en el exterior. Ello no se debe entonces a que el Jefe de Estado cuestione la capacidad del accionante para desempeñar sus funciones, que no es el caso, sino que la discrecionalidad que a él le corresponde deriva de la absoluta confianza que le inspira el designado para el desempeño del cargo. En torno a este primer reparo, el accionante también alega que no se examinó la facultad discrecional del presidente de la República de nombrar a sus funcionarios frente a los derechos fundamentales que invocó en la acción de tutela. Al respecto, la Sala observa que, de lo anotado en precedencia, este punto sí fue examinado por el a quo. A dicho razonamiento es pertinente agregar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no hace parte del núcleo esencial del derecho al trabajo “(...) la

pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, en un lugar determinado ni la permanencia absoluta en un cargo (...). Así mismo, el derecho fundamental a la estabilidad reforzada de las personas en estado de debilidad manifiesta por razones de salud tampoco está acreditado que resulte comprometido con la aceptación de la renuncia que formuló el accionante, en la medida en que este derecho le permite a los trabajadores permanecer en el puesto de trabajo y obtener los beneficios salariales y prestacionales, si no existe una causa objetiva que justifique el despido. (...) En este caso, está acreditado que el actor renunció a su cargo como embajador en Jamaica, en cumplimiento del artículo 91 del Decreto 274 de 2000, que dispone que los jefes titulares de las misiones diplomáticas deberán presentar renuncia a sus cargos, al concluir el período constitucional del Presidente de la República, bajo cuyo gobierno hayan desempeñado su misión; lo que constituye una razón objetiva para la aceptación de la renuncia protocolaria que presentó y demuestra que la desvinculación del servicio no tuvo como causa su condición de salud, a lo que se agrega que el accionante conocía desde el momento en que asumió su función como embajador que debía renunciar por disposición legal a la terminación del período presidencial bajo el que ejecutó su misión. En relación con el derecho a la seguridad social, se advierte que, si bien el interesado en las pretensiones del escrito de tutela solicitó su protección, en la impugnación manifestó que la expectativa que le motivó a promover el amparo no fue la de obtener una pensión, puesto que, como lo afirmó, cuando cumpla los requisitos de ley tendrá derecho a ella, sino la de seguir devengando un salario. En cuanto al segundo de los reproches, consistente en que la sentencia cuestionada no hizo un análisis sobre el derecho fundamental al mínimo vital, se tiene que la primera instancia, luego de hacer un estudio sobre la normatividad relativa a la carrera diplomática y consular y acerca de la estabilidad laboral reforzada en cargos de libre nombramiento y remoción, encontró que la aceptación de la renuncia presentada por el accionante no vulneraba los derechos fundamentales invocados en la petición de amparo, dentro de los que está el mínimo vital. Con todo, la Sala advierte que no está acreditada la afectación al mínimo vital del accionante. (...) [Adicional a lo anterior,] la Sala observa que no está probado en el expediente de tutela que el accionante asuma los pagos del canon de arrendamiento y de los estudios de su hijo, por cuanto únicamente se allegó el contrato de arrendamiento suscrito entre el arrendador y la mamá del hijo del [accionante], así como las facturas expedidas por el colegio a nombre de la progenitora del hijo del accionante, sin que tales pruebas demuestren lo dicho por el actor en el sentido que con el salario que devengaba como embajador asume los referidos pagos. Adicionalmente, la parte actora allegó transferencias electrónicas por concepto de clases de catalán para su hijo, pero, según los comprobantes aportados con el escrito de tutela, fueron efectuadas por la mamá de aquel. Al margen de lo dicho sobre la prueba, tampoco está acreditado que el accionante no vaya a tener medios para sufragar tales gastos o que, atendiendo la situación, no pueda adoptar las medidas que se requieran para ajustar los costos que debe sufragar a unos montos que, si bien no serían los mismos, le representen una vida digna. (...) En atención a lo anterior, la Sala no encuentra acreditada la afectación al mínimo vital, por lo que el segundo reproche expuesto por el accionante tampoco está llamado a prosperar. Por consiguiente, la Sala confirmará la sentencia del 2 de febrero de 2023, proferida por la Subsección A, Sección Segunda, del Consejo de Estado, a través de la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 5 de mayo de 2023, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación 11001-03-15-000-2022-05308-01 \(AC\).](#)

2. Se niega la acción de tutela ejercida para cuestionar la decisión del Consejo de Estado que

negó la demanda que pretendía la declaratoria de nulidad de la reglamentación del fracking.

Síntesis del caso: *Un ciudadano ejerció el medio de control de nulidad, con el fin de solicitar la declaratoria de nulidad del Decreto 3004 del 2013 y de la Resolución 90341 del 27 de mayo de 2014, mediante los cuales el Gobierno Nacional estableció los criterios, procedimientos y requerimientos técnicos para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, incluyendo la técnica de estimulación o fracturamiento hidráulicos. El actor sostuvo que dichos reglamentos representaban un riesgo para los recursos naturales y la salud humana, animal y vegetal, en tanto contenían reglas que resultaban insuficientes para evitar las consecuencias dañinas generadas por la exploración y explotación de hidrocarburos. El Consejo de Estado concluyó que, los actos acusados correspondían a reglamentos técnicos y que la función del juez de legalidad se circunscribía a determinar si vulneraban o no las normas de mayor jerarquía indicadas por el actor, más no a cuestionar la política medioambiental establecida por el Gobierno Nacional.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / RELEVANCIA CONSTITUCIONAL / RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA CONTROVERSIA / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / DEFECTO FÁCTICO / DEFECTO SUSTANTIVO / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / DECISIÓN SIN MOTIVACIÓN / FRACKING

Problema jurídico 1: *¿La acción de tutela ejercida cumple con el requisito de relevancia constitucional, habida cuenta que el accionante alegó la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, a la igualdad y se cuestiona la presunta configuración de los defectos fáctico, desconocimiento del precedente judicial, decisión sin motivación y violación directa de la Constitución Política?*

Tesis 1: “[L]a Sala encuentra, contrario a lo definido en primera instancia de esta acción constitucional, superado el requisito de relevancia constitucional, en la medida en que la discusión planteada por el accionante se centra en establecer si en la decisión judicial controvertida se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad reclamados en protección y se incurrió en los defectos invocados, aspecto que resulta suficiente, en criterio de esta Subsección, para conocer el fondo del asunto. Así las cosas, y bajo el entendido que los demás requisitos generales de procedencia se encontraron superados por la Sección Primera del Consejo de Estado, no son objeto de discusión en esta instancia y no se evidencia su incumplimiento, se procederá a efectuar el estudio del fondo del asunto, previa aclaración de que el examen que aquí se realizará se limitará a las causales alegadas y no a un nuevo estudio del caso, pues a ello se circunscribe la competencia del juez de tutela cuando se controvierten decisiones judiciales.”

IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / ADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN / ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL / FRACKING / VALORACIÓN DEL TESTIMONIO / VALORACIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO / ADECUADA VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / INEXISTENCIA DE DECISIÓN SIN MOTIVACIÓN / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / AUSENCIA DE DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico 2: *La Sección Tercera del Consejo de Estado, al proferir la sentencia de única instancia del 4 de agosto de 2022, dentro del medio de control de nulidad dirigido a cuestionar la legalidad del Decreto 3004 de 2013 y la Resolución No. 90341 de 2014, emitidas por el Gobierno nacional, incurrió en los defectos fáctico, desconocimiento del precedente judicial, decisión sin motivación y violación directa de la Constitución Política?*

Tesis: “[C]onsidera necesario mencionar que en la sentencia hoy cuestionada la Sección Tercera del Consejo de Estado analizó minuciosa y ampliamente el desarrollo jurisprudencial y normativo, tanto nacional como internacional, acerca del principio de precaución, de sus elementos y sus características. Estudio que le permitió concluir que no resultaba adecuada una concepción única del mencionado principio para oponerse a cualquier acción que conlleve un riesgo de daño significativo o prohibir una actividad, en la medida que ello podría generar un obstáculo para el desarrollo y progreso sostenible, sino un examen ponderado entre los riesgos y los beneficios. Así mismo, aquella precisó que el principio de precaución exigía de la administración, de un lado, tener en cuenta la investigación y el conocimiento científico en la formulación de las políticas ambientales y, de otro, adoptar las medidas necesarias en caso de que se observe un riesgo grave para el medio ambiente o la salud derivado de alguna actividad; sin embargo, denotó que en el asunto bajo estudio el accionante no probó la existencia de un error inequívoco o un desacierto técnico en los actos demandados. Sobre el particular, esta Subsección evidencia que la carga de la prueba impuesta al demandante consistió en que aquel debía demostrar la ilegalidad de los actos demandados, lo cual encuentra respaldo en el artículo 167 del Código General del Proceso; ahora, si bien el accionante considera que debió invertirse la carga, en atención al principio de precaución, lo cierto es que no se puede confundir el deber que recae en quien pretende que se apliquen los supuestos de una norma en un proceso judicial con el concepto del mencionado principio. De otra parte, esta Sala no observa una desatención por parte de la accionada de aplicar los pronunciamientos referidos por el accionante, dado que, primero, el estudio efectuado por la Sección Tercera no contradujo el principio de precaución ni su evolución, sino que encontró demostrado que en el caso no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados, y, segundo, aquellos fueron proferidos en medios de control distintos al de nulidad, cuyo objeto es determinar que los actos administrativos de carácter general no hayan sido expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de defensa, mediante una falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió, en los términos del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. De igual forma, tampoco se advierte una aplicación indebida de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, pues aquellos fueron relacionados para fundamentar la determinación adoptada en cuanto al principio de precaución. En tercer lugar, el accionante indicó que la autoridad judicial accionada no valoró adecuadamente el dictamen pericial y la divergencia de criterios de los testigos técnicos, los cuales daban cuenta de los riesgos propios del fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales. Al respecto, resulta relevante aclarar que la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó cuál era el contenido de las normas demandadas y concluyó que en ellas no se autorizó el fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales, actividad con la cual está en desacuerdo el demandante, sino que se condiciona técnicamente su desarrollo, con el objetivo de actualizar la reglamentación existente, luego no estaban legitimando una actividad prohibida en el ordenamiento jurídico. En esa medida, el debate del proceso no versó, como lo observó la autoridad accionada, en la actividad del fracking, sino en la legalidad de los actos cuestionados. Sumado a lo expuesto, también se evidencia que la autoridad judicial accionada estudió los testimonios y los informes rendidos, en atención al dictamen pericial decretado, y examinó la objeción por error grave formulada por la parte demandada y sus coadyuvantes, la cual desestimó, al considerar que no se presentó una observación equivocada del objeto de esa prueba. Así, estimó que, si bien los peritos coincidieron en que la regulación no era suficiente para controlar la totalidad de los riesgos asociados, lo cierto es que con el principio de precaución no se pretende la búsqueda del “riesgo cero”, pues ello es imposible de lograr y, adicionalmente, aquellos afirmaron que la regulación sí dispone cómo mitigar y controlar los riesgos. Conclusión que no se aprecia caprichosa o arbitraria. En este punto debe recordarse que la labor del juez de tutela debe limitarse a verificar si se presentó un defecto que torne en irrazonable la decisión adoptada y que, por contera, vulnere derechos fundamentales, lo cual no resulta manifiesto en este asunto. En tercer lugar, el señor [E.A.L.G.] alegó que existió una decisión sin motivación, lo cual fundamentó nuevamente en el desconocimiento del precedente judicial, el cual, como se explicó, no ocurrió; además, como se ha expuesto a lo largo de este proveído las decisiones adoptadas fueron debidamente justificadas. En cuarto y último lugar, el accionante aduce una violación directa de la Constitución Política, porque la Sección Tercera del Consejo de Estado sobrepuso la doctrina a la normativa internacional, con lo cual incurrió en una indebida jerarquización de las fuentes sobre el principio de precaución; sin embargo, no se evidencia la supuesta prevalencia, pues, se itera, la autoridad judicial analizó las normas de forma integral y en conjunto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 11 de mayo de 2023, C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 11001-03-15-000-2022-05785-01 \(AC\).](#)

3. Improcedencia de la acción de tutela por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad al no ser usados los medios de defensa previstos ya que los memoriales presentados por la parte actora fueron enviados a un correo electrónico equivocado.

Síntesis del caso: La accionante a través de memorial del 23 de febrero de 2022, solicitó que se le hicieran extensivos los efectos de la sentencia de unificación del 21 de junio de 2018 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado relacionada con el reconocimiento de la pensión de gracia. Mediante auto de 19 de mayo de 2022, se inadmitió la solicitud y se le concedió un término de diez días para subsanar la solicitud. El 14 de junio de 2022, la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado notificó el auto inadmisorio a los correos electrónicos de las partes e indicó que las respuestas y solicitudes debían ser enviadas al correo electrónico: ces2secr@consejodeestado.gov.co. La accionante envió la subsanación a tiempo, pero a un correo distinto al señalado en la notificación. Mediante auto de 18 de agosto de 2022, se rechazó la solicitud ante la falta de subsanación. Contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición que se envió de nuevo a un correo diferente al señalado por la Secretaría. Finalmente, se ordenó el archivo definitivo del expediente.

ACCIÓN DE TUTELA / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / OMISIÓN EN EL AGOTAMIENTO DEL MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / INDICACIÓN DE LA DIRECCIÓN ELECTRÓNICA / ERROR MECANOGRÁFICO / CORREO ELECTRÓNICO CON BLOQUEO / SOLICITUD DE EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / SUBSANACIÓN DE LA DEMANDA / RECURSO DE REPOSICIÓN / AUSENCIA DEL PERJUICIO IRREMEDIABLE

Problema jurídico: ¿Si es procedente la acción de tutela, acreditándose el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, concretamente si se cumplió con el requisito general de subsidiariedad?

Tesis: “[E]n los términos en los que se propuso la controversia la Sala declarará improcedente la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, por las razones que procederá a exponer: (...) [P]ara la Sala es claro que deben tenerse como no presentados los memoriales enviados al correo referido, pues se trata de una sede electrónica distinta de aquella a la que la Secretaría de esta Corporación informó. En este caso, dicha autoridad garantizó el debido proceso en la aplicación de las TIC por cuanto puso en conocimiento de la demandante, de manera previa, el canal oficial de comunicación destinado y habilitado para recibir memoriales, en observancia del artículo 2 de la Ley 2213 de 2022, sin embargo, ello no fue atendido por la parte actora. Así las cosas, se tiene que la accionante no agotó los mecanismos judiciales que tenía a su alcance para hacer efectivos sus derechos y cuestionar la providencia objeto de tutela, a saber, el escrito de subsanación y el recurso de reposición contra la decisión de rechazar la solicitud de extensión de jurisprudencia (por haberlo enviado a un buzón de correo electrónico no autorizado para la recepción de memoriales), decisión que conlleva a que se declare la falta de subsidiariedad del asunto. (...) Así las cosas, para la Sala resulta forzoso concluir que la parte actora no cumplió con su carga y envió sus memoriales y recursos a un correo no habilitado para

ello o, en otros términos, no los presentó en debida forma, razón suficiente para concluir que no se cumplió con el presupuesto de la subsidiariedad porque dejó de agotar los medios judiciales a su alcance. (...) En esos términos, en el presente caso no se puede acudir al juez constitucional sin antes haber agotado correctamente los mecanismos judiciales que el legislador estableció para controvertir las providencias judiciales en el marco de los procesos ordinarios, máxime cuando no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable ni se justificó tal omisión.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A Sentencia de 29 de marzo de 2023, C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación 11001-03-15-000-2023-01252-00\(AC\).](#)

ACCIONES POPULARES

El Consejo de Estado ordenó medidas para proteger el derecho colectivo a la prevención de desastres, frente a los deslizamientos de tierra que se presenta en los terrenos circundantes a la autopista Medellín – Bogotá, en su paso por el municipio de Copacabana, Antioquia.

Síntesis del caso: La Personería Municipal de Copacabana, en ejercicio de la acción popular, demandó al Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura - ANI) y a la sociedad Devimed S.A., con miras a obtener la protección de los derechos colectivos previstos en los literales l) y m) del artículo 4° de la Ley 472, presuntamente vulnerados por los procesos erosivos e impactos ambientales derivados del diseño de los descoles de la doble calzada de la autopista Medellín – Bogotá. Esta Corporación, en segunda instancia, consideró que fueron vulnerados los derechos colectivos invocados, en especial, el de prevención de desastres previsibles técnicamente, e impartió medidas para el amparo de los derechos, tales como: el monitoreo del kilómetro 6 de la autopista Medellín – Bogotá, y su terreno circundante, incluyendo los kilómetros 12 y 13, entre otras.

RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / CONFIGURACIÓN DE LA COSA JUZGADA / DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA / ÁREA METROPOLITANA DEL VALLE DE ABURRÁ / MUNICIPIO / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE ANTIOQUIA / SOCIEDAD CONCESIONARIA / FALLO DE PRIMERA INSTANCIA / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / RIESGO DE DESASTRES / DESLIZAMIENTO DE TIERRA / OLA INVERNAL

Problema jurídico 1: ¿Se configura el fenómeno de la cosa juzgada desde la óptica de lo resuelto en la sentencia de 9 de junio de 2022, proferida por la Sección primera del Consejo de Estado, en el marco de la acción popular con radicado 05001-23-33-000-2012-00614-02, esto en relación con el municipio de Copacabana, el Departamento Administrativo del Sistema de Prevención, Atención y Recuperación de Desastres (Dapard), la gobernación departamental de Antioquia, el Área Metropolitana del Valle de Aburrá (AMVA), la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia -Corantioquia- y Devimed S.A.?

Tesis 1: “[E]s preciso mencionar que la obligación judicial de «adelantar todas las medidas necesarias para conservar la estabilidad de la Autopista Medellín - Bogotá en el km 6 y su terreno circundante»,

naturalmente involucra la adecuación del sistema de drenaje de la vía, puesto que, se reitera, el diseño y funcionamiento del sistema actual fue identificado como un factor que influye en la inestabilidad de los suelos aledaños al km 6 de la Autopista. (...) Adicionalmente, la Sala destaca que en la sentencia de primera instancia de 18 de septiembre de 2020 (proceso 2012-00614), el Tribunal Administrativo de Antioquia concluyó que el Área Metropolitana del Valle de Aburrá (AMVA) había colaborado en la cofinanciación de las obras de mitigación del riesgo de desastres generado por la ola invernal y también había realizado estudios hidrológicos, hidráulicos, geotécnicos y de diseños estructurales para el sector del deslizamiento. (...) En consecuencia, evidenció que la AMVA había adelantado gestiones acordes con sus funciones, pero como permanecía la inestabilidad de la loma, consideró necesario ordenar a esa autoridad que ayudara técnica y financieramente el desarrollo de las obras de mitigación, así: [...] noveno. ordenar al área metropolitana del Valle de Aburrá, de acuerdo con sus competencias legales, prestar la asesoría técnica que requiera el Municipio de Copacabana a efectos de mitigar el riesgo en el sector. [...] La AMVA no apeló la decisión judicial de primera instancia y, por lo mismo, la decisión fue confirmada por la Sección Primera del Consejo de Estado, a través del ordinal tercero de la sentencia de 9 de junio de 2022. (...) Es decir que la responsabilidad de la AMVA hizo tránsito a cosa juzgada. (...) Igual acontece respecto de la participación de Corantioquia en el restablecimiento de los derechos colectivos, en la sentencia de 18 de septiembre de 2020 (proceso 2012-00614). (...) En dicha oportunidad, si bien es cierto Corantioquia apeló la precitada sentencia tras afirmar que no era responsable de la trasgresión de los derechos colectivos, también es una realidad que esta Sección confirmó su responsabilidad en la sentencia de 18 de septiembre de 2020 (proceso 2012-00614), manteniendo esas órdenes de amparo, por lo que mal haría la Sala si nuevamente permitiera que en esta instancia se debatieran las obligaciones a su cargo. (...) Lo mismo ocurre frente al argumento propuesto por la AMVA sobre las responsabilidades que le asisten a las entidades del orden territorial en la gestión del presente riesgo de desastre, si se tiene en cuenta que la Sección Primera del Consejo de Estado mediante providencia de 9 de junio de 2022, modificó la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2020 por Tribunal Administrativo de Antioquia. Todo esto significa que la mayoría de asuntos requeridos en las apelaciones del presente litigio ya fueron abordados en el proceso con radicado 2012-00614, en cuyo marco la Sala concluyó que el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, la sociedad Devimed S.A. y la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia, eran responsables de la transgresión de los derechos colectivos y, además, determinó las medidas idóneas para corregir ese quebrantamiento. (...) Sin embargo, no ocurre lo mismo frente al argumento común de las apelaciones de Devimed S.A. y del Área Metropolitana del Valle de Aburrá, consistente en la responsabilidad que le asiste a la ANI en el restablecimiento de esas prerrogativas. (...) De conformidad con lo expuesto, en esta providencia solo se estudiará de fondo la posible responsabilidad que le asiste en la materia a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)."

RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / RESPONSABLE DE LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES / AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA / EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / AUTOPISTA MEDELLÍN -BOGOTÁ / CONSTRUCCIÓN DE VÍA PÚBLICA / RIESGO DE DESASTRES / DESLIZAMIENTO DE TIERRA / OLA INVERNAL

Problema jurídico 2: *¿La ANI tiene injerencia en la situación de riesgo de deslizamiento con ocasión de los efectos erosivos e impactos ambientales derivados del diseño de los descoles de la doble calzada de la autopista Medellín – Bogotá, esto según los medios de convicción en torno a las causas que confluyen en la generación del riesgo de desastre; y la atribución de responsabilidades a la ANI en el contexto del Sistema de Gestión del Riesgo de Desastres?*

Tesis 2: “[L]os principios de protección, sistémico y de concurrencia son postulados que buscan que las entidades públicas y que los particulares trabajen de forma colaborativa y coordinada en la consecución de este objetivo, en el marco de sus obligaciones y deberes constitucionales, legales y reglamentarios. (...) Por ello, el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres no solo está integrado por las autoridades públicas sino también por las entidades privadas con ánimo y sin ánimo de lucro y por la comunidad (art. 8 Ley 1523) (...) En este contexto normativo, el Decreto 4165 de 2011 planteó que la ANI tiene una serie de obligaciones en materia de gestión del riesgo frente a sus proyectos de concesión, entre las cuales se destacan las de: (i) elaborar estudios prediales, ambientales y sociales para poder evaluar los impactos de sus proyectos de concesión; (ii) identificar, analizar, valorar, distribuir y administrar los riesgos de sus proyectos de concesión, así como verificar y exigir el cumplimiento de las obligaciones correspondiente; y

(iii) prevenir riesgos y daños antijurídicos. (...) En este contexto, la Sala pone de presente que la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), mediante comunicado de 24 de mayo de 2013, concluyó que al concesionario le asiste la responsabilidad de manejar las aguas de escorrentía provenientes de lluvias o de fuentes naturales que caen o llegan a la vía concesionada, en el marco de ese acuerdo de voluntades. (...) A pesar de ello, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), en su rol de entidad contratante no allegó ninguna prueba que acreditara una actuar diligente en el ejercicio de sus funciones de gestión de riesgos de desastre. (...) Esta omisión ha contribuido en la propagación de la amenaza, y desconoce los principios que guían este sistema en materia de responsabilidad, protección, participación, coordinación y oportuna información. (...) En el acervo se acreditó que el riesgo de remoción en masa que se materializó en el evento catastrófico de 27 de abril de 2011, aún persiste y, por ello, resulta Radicación: 05001-23-33-000-2011-01184-01 Demandante: Personería Municipal de Copacabana Demandados: Municipio de Copacabana y otros necesario que la ANI, como agente del subsistema de gestión de riesgos del sector Transporte, participe, junto con las demás entidades competentes, en el desarrollo de acciones de planeación, conocimiento, evaluación, concienciación, seguimiento, control, reducción, prevención y monitoreo del riesgo de desastres de esa concesión vial. (...) Así las cosas, los medios de prueba coinciden en que los descoles de la autopista Medellín – Bogotá tienen una influencia importante en la situación de riesgo de desastre, pues, al captar las aguas lluvias y de escorrentía, estas son encauzadas de manera tal que aumentan su concentración y la velocidad del caudal, lo cual, al ser descargadas ladera abajo, paulatinamente van desarrollando incisiones en el terreno que se convierten en cárcavas que propagan la saturación y socavación del suelo, acelerando así los procesos de inestabilidad del talud inferior a la vía. (...) Valga recordar que, desde el año 2009, Corantioquia ha venido advirtiéndole a la sociedad recurrente que la conducción y el vertimiento de las aguas lluvias y de escorrentía por los desagües de la vía Medellín – Bogotá está alterando la hidrodinámica de las corrientes. (...) Ante dicho panorama, se le ha advertido a Devimed S.A. que las obras de drenaje de la vía deben ser reajustadas teniendo en consideración las características particulares de los suelos receptores cuesta abajo. (...) De igual forma, la alcaldía municipal de Copacabana diagnosticó que los descoles de la vía Medellín – Bogotá entre el Alto de La Virgen y la Curva de Rodas, descargan sus aguas de manera directa a los terrenos vecinos donde no hay conformaciones para la circulación adecuada de las aguas concentradas.”

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR POR EXISTENCIA DE OTRA VÍA JUDICIAL / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / VALIDEZ DEL CONTRATO / CONTRATO DE CONCESIÓN / CONSTRUCCIÓN DE VÍA PÚBLICA / OBRAS ADICIONALES

Problema jurídico 3: *¿La acción popular es el medio judicial idóneo para estudiar los argumentos expuestos por DEVIMAD S.A. en relación con las obras adicionales pactadas en la cláusula vigésimo primera del Contrato de Concesión N.º 0275, habida cuenta que para estudiar la validez del contrato existe el medio de control de controversias contractuales?*

Tesis 3: “Finalmente, respecto del argumento propuesto por DEVIMAD S.A. relacionado con las obras adicionales pactadas en la cláusula vigésimo primera del Contrato de Concesión N.º 0275, la Sala destaca que tal acuerdo no puede interpretarse en detrimento de las obligaciones asumidas en la cláusula vigesimoquinta. (...) Aunado a ello, cabe mencionar que el mecanismo judicial idóneo para ventilar posibles controversias contractuales entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la sociedad Devimed S.A. no es la acción popular, pues para tal efecto, el legislador instituyó un instrumento especial en el artículo 141 del CPACA. (...) En tal sentido, esta Corporación en su jurisprudencia ha explicado que el juez de la acción popular no puede entrar a discutir la validez de un contrato, pues solo le corresponde valorar si existió una trasgresión de los derechos colectivos con ocasión del mismo, a efectos de adoptar acciones de amparo que sean conducentes «sin que pueda el juez anular» dicho acuerdo de voluntades (artículo 144 del CPACA).”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 5 de mayo de 2023, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 05001-23-33-000-2011-01184-01 \(AP\).](#)

**SALA PLENA
DEL CONTENCIOSO**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. No incurre en causal de pérdida de investidura el Representante a la Cámara por una Circunscripción Transitoria Especial de Paz que para inscribirse como candidato aportó el certificado expedido por la Unidad para las Víctimas en el que consta que los hechos de los que fue víctima ocurrieron con posterioridad al año 2016. Por otra parte, tampoco incurre en violación al régimen de inhabilidades el Representante a la Cámara por una Circunscripción Transitoria Especial de Paz que suscribe un contrato de prestación de servicios profesionales dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección cuando el contrato no fue ejecutado en el territorio que conforma la respectiva circunscripción.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura se solicitó que le fuera impuesta dicha sanción al representante a la cámara por la Circunscripción Transitoria Especial de Paz nro. 8 Luis Ramiro Ricardo Buelvas por una presunta violación del régimen de inhabilidades, específicamente por no cumplir con los requisitos para ser elegido por dicha circunscripción y por haber incurrido en la inhabilidad del numeral tercero del artículo 179 superior.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INEXISTENCIA DE CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CIRCUNSCRIPCIÓN TRANSITORIA ESPECIAL DE PAZ / REQUISITOS PARA SER REPRESENTANTE A LA CÁMARA

Problema jurídico 1: ¿El presunto incumplimiento del requisito para ser representante a la cámara por las Circunscripciones Especiales Transitorias de Paz denominado "no estar inmerso en una causal de inhabilidad para ser congresista" constituye autónomamente una causal de pérdida de investidura? ¿El presunto incumplimiento de unos requisitos de inscripción y postulación para ser representante a la cámara por las Circunscripciones Especiales Transitorias de Paz constituye autónomamente una causal de pérdida de investidura?

Tesis: "Atendiendo a las facultades dispuestas en el Acto Legislativo 2 de 2021, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1207 del 5 de octubre de 2021 (...) y en el artículo catorce previó que quienes sean elegidos como Representantes a la Cámara por una Circunscripción Transitoria Especial de Paz sin el cumplimiento de los requisitos y las reglas establecidas en el Acto Legislativo 2 de 2021 y en dicho decreto, se les impondrá la sanción de pérdida del cargo mediante el procedimiento de pérdida de investidura (...). [E]l artículo quinto del Decreto 1207 de 2021 también reguló los requisitos para ser candidato a las Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz y dispuso que son: -) Los requisitos generales establecidos en la Constitución y la ley para ser elegido Representante a la Cámara. -) Haber nacido o habitado en el territorio de la respectiva circunscripción los tres años anteriores a la fecha de la elección, o los desplazados que se encuentren en proceso de retorno con el propósito de establecer en el territorio de la circunscripción su lugar de habitación, deberán haber nacido o habitado en él, al menos tres años consecutivos en cualquier época. -) Acreditar la condición de víctima del conflicto, en los términos del señalado decreto. -) Ser ciudadano en ejercicio y cuyo domicilio "corresponda a la circunscripción desplazados de estos territorios en proceso de retorno. (...) [E]n los términos en los que formuló el [demandante] la solicitud de desinvestidura, esto es, que el congresista acusado incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 14 del Decreto 1207 de 2021 porque incumplió el requisito

consistente en “no estar inmerso en una causal de inhabilidad para ser congresista”, bajo el razonamiento que ello se trata de un requisito general para ser candidato a la cámara de representantes, no está llamada a prosperar, dado que, (i) no constituye uno de los “requisitos y reglas” señaladas en el referido decreto, ni en el Acto Legislativo 2 de 2021 para ser elegido Representante a la Cámara por las Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz; (ii) no es un requisito general para ser inscrito Representante a la Cámara, los cuales están previstos en el artículo 177 constitucional, y (iii) el régimen de inhabilidades para los congresistas fijado en el artículo 179 de la Constitución regula una institución distinta de los requisitos para ser inscrito Representante a la Cámara y su inobservancia constituye una causal de pérdida de investidura autónoma. (...) El tercer requisito que el solicitante aduce fue incumplido por el congresista acusado, consiste en que, para inscribirse como candidato, allegó un certificado de existencia y representación legal de la corporación Narrar para Vivir que era extemporáneo. Ello lo sustentó en que el numeral cuarto del artículo noveno de la Resolución 10592 del 28 de septiembre de 2021, proferida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, establece que dicha certificación debe ser expedida con un término no superior a un mes antes del inicio del período de inscripción de candidatos. Acotó que el congresista se inscribió con un certificado del 7 de diciembre de 2021, pese a que tal exigencia implicaba que el certificado fuese expedido entre el 13 de octubre y el 13 de noviembre de 2021, fecha en la que comenzó la inscripción para las Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz. No obstante, tal como lo señaló el solicitante, se trata de una exigencia prevista en el numeral cuarto del artículo noveno de la Resolución 10592 de 2021, mientras que la causal de pérdida de investidura que invocó se refiere de manera expresa a que la sanción será impuesta por el incumplimiento de los requisitos y las reglas establecidas en el Acto Legislativo 2 de 2021 y en el Decreto 1207 de 2021. A lo dicho se agrega que la exigencia a la que alude el solicitante, relativa a que el certificado de existencia y representación legal de la corporación Narrar para Vivir era extemporáneo porque la certificación debía ser expedida con un término no superior a un mes antes del inicio del período de inscripción de candidaturas, no fue establecida en el Decreto 1207 de 2021, ni en el Acto Legislativo 2 de 2021. (...) Igual situación ocurre frente al cuarto requisito que el solicitante alega incumplido y que denominó “indebida postulación del candidato”, por cuanto lo fundamentó en que, de acuerdo con el numeral segundo del artículo noveno de la Resolución 10592 de 2021, se debía allegar constancia de la decisión de la asamblea general por la cual se constituyó como organismo social “y manifestar la intención de postular una lista de candidatos a la circunscripción transitoria especial de paz correspondiente”. Arguyó que el congresista acusado, para la inscripción, no allegó el acta de la asamblea en el que la corporación Narrar para Vivir decidió postularlo. En otras palabras, el solicitante adujo que el congresista acusado incurrió en la causal de pérdida de investidura del artículo 14 del Decreto 1207 de 2021 alegando el desconocimiento de exigencias que no fueron previstas en el mencionado decreto ni en el Acto Legislativo 2 de 2021, sino en la Resolución 10592 de 2021.”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el control de constitucionalidad realizado al Acto Legislativo 2 de 2021, ver: Corte Constitucional, sentencia C-089 de 2022.

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR CONTRATACIÓN / INHABILIDAD DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR CONTRATACIÓN / ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico 2: *¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se acreditó el elemento objetivo respecto a la vulneración del régimen de inhabilidades por parte del congresista accionado por desconocer lo previsto en el numeral 3 del artículo 179 Superior, específicamente por haber celebrado un contrato con una entidad pública en interés propio o en el de terceros dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección?*

Tesis 2: “Con respecto a la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros, como causal de inhabilidad de los congresistas, que es la alegada por el solicitante, la Corporación ha señalado que puede configurarse de manera directa o indirecta, es decir, por la firma directa del contrato o por interpuesta persona; e, igualmente, ha precisado que “la conducta que materializa la inhabilidad objeto de estudio es la de intervenir en la celebración de contratos, razón por la que se ha entendido que aquella se configura con dicha acción dentro del período inhabilitante señalado en la norma, independientemente del momento de su ejecución o liquidación”. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, para la configuración de la inhabilidad de los congresistas por la

celebración de contratos con entidades públicas es necesario que estén acreditados los siguientes requisitos de manera concurrente: (i) La celebración de contratos con entidades públicas, en interés propio o en el de terceros. (ii) La celebración del contrato debe efectuarse dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección del congresista. (iii) La ejecución del contrato debe ser en el territorio que conforma la circunscripción electoral del candidato. (...) Examinados en el caso concreto los requisitos que deben estar reunidos para la configuración de la inhabilidad prevista por el numeral tercero del artículo 179 de la Constitución Política por la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros, se tiene que: (i) Frente al primer elemento, esto es, la celebración de contratos con entidades públicas, en interés propio o en el de terceros, la Sala Especial de Decisión advierte que no es objeto de discusión entre las partes y está acreditado que el señor Luis Ramiro Ricardo Buelvas suscribió el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales nro. 567 – 2021 con el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación. (ii) En cuanto al segundo elemento, relacionado con que la celebración del contrato debe efectuarse dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección del congresista, (...) el elemento temporal de la inhabilidad prevista en el numeral tercero del artículo 179 Superior sí está cumplido, dado que el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales nro. 567 – 2021 fue suscrito por el señor Luis Ramiro Ricardo Buelvas el 4 de octubre de 2021 y las elecciones en las que resultó elegido se llevaron a cabo el 13 de marzo de 2022, de donde se concluye que el contrato se suscribió dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección. (iii) En cuanto al elemento territorial, es decir, que el contrato nro. 567 – 2021 se haya ejecutado o cumplido en el territorio que conforma la circunscripción electoral del candidato, la Sala Especial de Decisión precisa que el congresista acusado fue elegido Representante a la Cámara por la Circunscripción Transitoria Especial de Paz nro.8. A su turno, el artículo transitorio segundo del Acto Legislativo 2 de 2021 establece que la Circunscripción Transitoria Especial de Paz nro.8 está conformada por los siguientes municipios del departamento de Bolívar: Córdoba, El Carmen de Bolívar, El Guamo, María La Baja, San Jacinto, San Juan de Nepomuceno y Zambrano, y por los siguientes municipios de Sucre: Colosó, Chalán, Los Palmitos, Morroa, Ovejas, Palmito, San Onofre y Toluviejo. (...) [S]e advierte que los dos contratos fueron de prestación de servicios profesionales regulados por la Ley 80 de 1993, que en el numeral tercero del artículo 32 estableció que este tipo de contratación, en ningún caso, generan una relación laboral; además, de acuerdo con las obligaciones específicas del Contrato nro. 567 – 2021 señaladas en la constancia expedida por el secretario general del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, se observa que eran obligaciones de hacer consistentes en la prestación de un servicio inmaterial. Por consiguiente, lo alegado en este punto por el solicitante no desvirtúa lo acreditado en el proceso con la constancia expedida por el secretario general del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación el 24 de mayo de 2022, en la que indicó que el Contrato 567 – 2021, que es objeto de debate en esta acción de pérdida de investidura, fue ejecutado en la ciudad de Bogotá. (...) Por lo anotado, la Sala concluye que no está acreditado que el congresista acusado haya ejecutado el Contrato de Prestación de Servicios nro. 567 – 2021 en los territorios que conforman la Circunscripción Especial de Paz nro. 8, de manera que no están reunidos la totalidad de los elementos para la configuración de la inhabilidad prevista en el numeral tercero del artículo 179 de la Constitución Política, razón por la que, sin ser necesario descender en otras consideraciones, será denegada la solicitud de pérdida de investidura”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las reglas aplicables a la causal de inhabilidad por celebración de contratos, ver: sentencia del 13 de abril de 2021 proferido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el proceso radicado con el nro. 11001 0315 000 2020 03518 01 (PI). C.P.: Stella Jeannette Carvajal Basto y también la sentencia del 8 de octubre de 2019 proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el expediente nro. 11001 0315 000 2018 02417 01 (acumulados). C.P.: Alberto Montaña Plata.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Dieciocho Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 28 de abril de 2023; C.P. Oswaldo Giraldo López: 11001-03-15-000-2022-02926-00\(PI\) \(acumulado 11001 -03-15-000-2022-03248 -00\).](#)

Salvamento de voto del consejero Juan Enrique Bedoya Escobar

ACLARACIÓN DE VOTO / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CIRCUNSCRIPCIÓN TRANSITORIA ESPECIAL DE PAZ / REQUISITOS PARA SER REPRESENTANTE A LA CÁMARA

Problema jurídico: ¿El régimen de inhabilidades hace parte de los «requisitos generales» para acceder a la función pública -elegido- o para invalidar o dejar sin efectos jurídicos la elección del congresista, si aquel no fue observado en su momento?

Tesis: “[C]onsidero que lo dispuesto en el Acto Legislativo 02 de 2021 y en el Decreto 1207 de 2021 armoniza con los contenidos normativos previstos en los artículos 279 de la Ley 5 de 1992 y 179 de la Constitución Política, en tanto el régimen de inhabilidades hace parte de los «requisitos generales» para acceder a la función pública -elegido- o para invalidar o dejar sin efectos jurídicos la elección del congresista, si aquel no fue observado en su momento. En efecto, en apartados posteriores de la misma sentencia, se sostiene que ni la Constitución Política de 1991 ni la Ley 5 de 1992 ni el Acuerdo de Paz ni el Acto Legislativo 2 de 2021 previeron que los representantes a la Cámara por las Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz estuvieran exceptuados del régimen de inhabilidades de los congresistas, motivo por el cual aquellas también les aplican”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Dieciocho Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 28 de abril de 2023; A.V. Juan Enrique Bedoya Escobar: 11001-03-15-000-2022-02926-00\(PI\) \(acumulado 11001 -03-15-000-2022-03248 -00\).](#)

2. Para que se configure la causal de desinvestidura por la vulneración del régimen de incompatibilidades por desempeñar un cargo o empleo distinto al de congresista, es necesario acreditar que el congresista de forma cierta e inequívoca ejerce las funciones de otro cargo público o privado simultáneamente con su actividad parlamentaria, carga probatoria que le corresponde asumir al interesado.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del representante a la Cámara Luis Miguel López Aristizábal, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por presuntamente haber incurrido en la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de incompatibilidades al presuntamente ejercer un cargo o empleo en una empresa privada y como representante legal de esta, haber gestionado contratos y negocios ante entidades públicas.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES / INCOMPATIBILIDADES DEL CONGRESISTA / DESEMPEÑO DE EMPLEO PRIVADO / INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES

Problema jurídico: ¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se acreditó el elemento objetivo respecto a la vulneración del régimen de incompatibilidades por parte del representante a la Cámara Luis Miguel López Aristizábal al desconocer lo previsto en el numeral 1 del artículo 180 Superior, por presuntamente desempeñar un cargo o empleo distinto al de congresista?

Tesis: “[P]ara que se configure la causal de incompatibilidad establecida en el numeral 1 del artículo 180 de la Constitución Política, es necesario acreditar que el congresista de forma cierta e inequívoca ejerce las funciones de otro cargo público o privado simultáneamente con su actividad parlamentaria, carga probatoria que le corresponde asumir al interesado que pretende un pronunciamiento judicial que declare la pérdida de investidura del convocado. (...) [L]a Sala no observa que el representante a la Cámara por el departamento de Antioquia Luis Miguel López Aristizábal hubiese incurrido en la conducta de incompatibilidad prevista en el numeral 1 del artículo 180 de la Constitución Política, toda vez que no se encuentra probado que de manera paralela o simultánea a su labor como congresista haya ejercido las

funciones de otro cargo público o privado. La Sala precisa que si bien en los certificados de existencia y representación legal del Grupo Comercializadora de Colombia GDC SAS, expedidos por la Cámara de Comercio Aburrá Sur, los días 1º y 6 de agosto de 2022, consta la inscripción del señor Luis Miguel López Aristizábal como gerente y representante legal de esa sociedad, tal hecho no es suficiente para demostrar que se configuró la causal de incompatibilidad alegada por el solicitante, pues no está acreditado que el congresista hubiese ejercido dicho cargo en forma simultánea con su actividad parlamentaria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1881 de 2018. Se destaca que, para que proceda el decreto de la pérdida de investidura por la causal objeto de análisis, no basta con confrontar que el congresista convocado aparezca registrado en el certificado de Cámara de Comercio, pues es preciso que se pruebe que el parlamentario realizó, cumplió o ejecutó funciones asociadas con el cargo de gerente y representante legal de la sociedad. En ese sentido, de acuerdo con el material probatorio aportado de manera válida al proceso, se advierte que la última actuación del señor López Aristizábal como gerente y representante legal de la citada sociedad, corresponde a la presentación de declaraciones tributarias los días 1, 3, 22 y 28 de junio de 2022, esto es, con anterioridad al 20 de julio de 2022, fecha en la que se posesionó como representante a la Cámara del Departamento de Antioquia y comenzó el ejercicio de las funciones propias de su investidura. Por lo expuesto, se concluye que no está probado que el congresista Luis Miguel López Aristizábal haya incurrido en la incompatibilidad prevista en el numeral 1 del artículo 180 de la Constitución Política, esto es, «[d]esempeñar cargo o empleo público o privado», carga probatoria que le correspondía a la parte solicitante asumir, razón por la cual, es evidente la ausencia del elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura invocada”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, ver: Corte Constitucional, sentencias C-181 de 1997 y SU-625 de 2015.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la causal de incompatibilidad de desempeñar cargo o empleo público o privado, ver: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 10 de noviembre de 2009, Exp. 2008-01181-00(PI), C.P. María Claudia Rojas Lasso; sentencia de 24 de mayo de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2010-00924-00, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Sala Veinticinco (25) Especial de Decisión, sentencia de 29 de marzo de 2023, Exp. 11001031500020220671400 PI, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES / INCOMPATIBILIDADES DEL CONGRESISTA / INCOMPATIBILIDAD POR GESTIÓN DE ASUNTOS ANTE ENTIDAD PÚBLICA Y LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA / INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES

Problema jurídico: *¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se acreditó el elemento objetivo respecto a la vulneración del régimen de incompatibilidades por parte del representante a la Cámara Luis Miguel López Aristizábal al desconocer lo previsto en el numeral 2 del artículo 180 Superior, por haber realizado alguna gestión ante entidad pública o administradoras de tributos o por haber celebrado contratos con estas?*

Tesis: “[L]a incompatibilidad establecida en el numeral 2 del artículo 180 de la Constitución Política se enmarca en la acción o actuación por parte del congresista ante entidades públicas y administradoras de tributos, con el objeto de obtener un beneficio o resultado ajeno a la representación política y a las funciones del cargo señalados en la Constitución Política y la ley. (...) [L]a Sala advierte que en el expediente no está probado que el representante a la Cámara Luis Miguel López Aristizábal incurrió en la causal de incompatibilidad prevista en el numeral 2 del artículo 180 de la Constitución Política, pues no se evidencia que en ejercicio de dicha función haya realizado alguna gestión ante entidad pública o administradoras de tributos, ni celebrando contratos en nombre del Grupo Comercializadora de Colombia GDC SAS. En efecto, teniendo en cuenta las pruebas oportunamente aportadas al expediente, se observa que el convocado realizó gestiones como gerente y representante legal de la citada sociedad ante entidades territoriales, de forma previa a su posesión como congresista, pues se reitera que la última actuación del señor López Aristizábal corresponde a la presentación de una declaración tributaria en el mes de junio de 2022, esto es, con anterioridad al 20 de julio de 2022, fecha en la que se posesionó como representante a la Cámara. Finalmente, si bien para el 1 y 6 de agosto de 2022 el señor López Aristizábal figuraba inscrito ante la Cámara de Comercio Aburrá Sur como gerente y representante legal del Grupo Comercializadora de Colombia GDC SAS, circunstancia que, para el solicitante en los términos los artículos 164 y 442 del Código de Comercio, conlleva a presumir que hasta antes de la cancelación de la inscripción como representante legal este continuaba en ejercicio de sus funciones, la Sala precisa que dicha presunción no tiene la entidad

suficiente para que se decrete la pérdida de investidura por las causales invocadas en este proceso, pues al tratarse de un juicio de carácter sancionatorio es necesario que se pruebe de manera efectiva que, siendo congresista, el convocado simultáneamente: (i) desempeñó cargo o empleo público o privado o (ii) gestionó en nombre propio o ajeno asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, o celebró con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. (...) En ese orden de ideas, dado que en el presente asunto no se probó que el señor Luis Miguel López Aristizábal de manera simultánea a su ejercicio como congresista, hubiese: (i) desempeñado el cargo de gerente y representante legal del Grupo Comercializadora de Colombia GDC SAS o (ii) gestionado en nombre propio o ajeno asuntos a nombre de esta y ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, o celebrado con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, la Sala negará el decreto de la pérdida de investidura”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la incompatibilidad por gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, ver: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 27 de junio de 2006, Exp. 11001-03-15-000-2005-1331-00, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 10 de noviembre de 2009, Exp. 11001-03-15-000-2008-01181-00(PI), C.P. María Claudia Rojas Lasso; sentencia del 8 de diciembre de 2019, Exp. 2018-02417-01, C.P. Alberto Montaña Plata.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Once Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 24 de mayo de 2023; C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2022-06270-00\(PI\)](#)

3. Para que se configure la causal de desinvestidura por la vulneración del régimen de conflicto de intereses, se requiere por parte del congresista que exista un interés directo, particular y actual: moral o económico, que no manifieste su impedimento a pesar de que exista un interés directo en la decisión que se ha de tomar, que no haya sido separado del asunto mediante recusación, que haya participado en los debates y/o haya votado y que su participación se haya producido en relación con el trámite de leyes o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento.

Síntesis del caso: Demanda de pérdida de investidura en contra del congresista Germán Alcides Blanco Álvarez con fundamento en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses por considerar que actuó en calidad de integrante de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes (CIACR) pese a haber sido previamente recusado y tener supuesto interés en ocultar la comisión de conductas punibles.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CONFLICTO DE INTERESES DEL CONGRESISTA / REQUISITOS DEL CONFLICTO DE INTERESES DEL CONGRESISTA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES / INEXISTENCIA DEL CONFLICTO DE INTERESES

Problema jurídico: ¿El representante a la Cámara Germán Alcides Blanco Álvarez incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183.1 de la Constitución Política de Colombia, por «violación al régimen de conflicto de intereses» al haber actuado presuntamente actuado en algunos procesos, en calidad de integrante de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de

Representantes, pese a haber sido previamente recusado y tener supuesto interés en ocultar la comisión de conductas punibles?

Tesis: “El artículo 182 Superior dispone que los congresistas, en forma obligatoria, deben informar a la respectiva Cámara aquellos conflictos de carácter moral o económico que tengan la virtualidad de inhibir su participación en determinados asuntos (...) [L]a Ley 2003 de 2019 “por la cual se modifica parcialmente la Ley 5 de 1992 y se dictan otras disposiciones”, reglamentó la referida obligación de los congresistas de declarar los conflictos de interés para aquellos eventos en los que un proyecto de ley o de acto legislativo pueda representarles un beneficio particular, actual y directo, de igual manera, definió los elementos que configuran dichos conflictos en el ejercicio de la función legislativa; sin embargo, para el caso preciso del ejercicio de funciones judiciales la norma remite a las disposiciones especiales que regulan ese tipo de investigaciones (...). De conformidad con lo expuesto, cuando se cuestiona el supuesto interés de un congresista en asuntos en los cuales participa en el ejercicio de funciones judiciales de investigación, como ocurre en el presente caso, la norma legal remite a las disposiciones especiales que rigen el ejercicio de estas competencias; con todo, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y el Código de Procedimiento Penal aplicable (Ley 600 de 2000) únicamente regulan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pero, no definen ni delimitan en forma expresa el conflicto de interés, por lo cual debe acudir al alcance que la jurisprudencia ha otorgado a la referida causal de pérdida de investidura (...) [L]a jurisprudencia de esta Corporación ha exigido, reiteradamente, para que se configure la causal de pérdida de investidura, que se presenten las siguientes condiciones o supuestos: “(i) [q]ue exista un interés directo, particular y actual: moral o económico, (ii) [q]ue el congresista no manifieste su impedimento a pesar de que exista un interés directo en la decisión que se ha de tomar, (iii) [q]ue el congresista no haya sido separado del asunto mediante recusación, (iv) [q]ue el congresista haya participado en los debates y/o haya votado y (v) [q]ue la participación del congresista se haya producido en relación con el trámite de leyes o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento”. (...) [E]l interés exigido para la configuración de la causal debe tener tal entidad que lleve al congresista a incurrir en un ejercicio parcializado de sus funciones, es decir, debe tratarse de una actuación no signada por la correcta prestación de la función pública, sino por su propio beneficio o el de terceros; en tal sentido, se ha exigido que el interés debe ser (i) directo, esto es, debe surgir sin intermediación alguna respecto de algún asunto sometido a su consideración; (ii) particular o, en otras palabras, radicarse en cabeza del congresista o de las personas que tienen vínculos con este de los señalados por la ley; (iii) actual, es decir, concurrente con el cumplimiento de las funciones por parte del parlamentario; (iv) moral o económico, lo cual pone de manifiesto que no está circunscrito al ámbito estrictamente monetario y; (v) real, no hipotético o eventual, que “tenga por sí mismo la virtualidad de configurar el provecho de manera autónoma, esto es, que no se requiera de actos, hechos, o desarrollos ulteriores para cristalizar el beneficio personal. (...) [N]o se allegó al proceso ninguna prueba que permita establecer que, efectiva e inequívocamente, el representante a la Cámara (2014 – 2018) señor Germán Alcides Blanco Álvarez tuviera interés particular, subrepticio o ilegítimo en las decisiones a cargo de la CIACR por medio de las cuales esa instancia se inhibió de investigar a determinados funcionarios y ordenó el archivo de las correspondientes diligencias; no obra en el expediente ningún elemento de convicción ni de juicio que permita inferir que el demandado podía obtener algún provecho indebido, ilegítimo o subalterno producto de las mencionadas decisiones ni se presentaron elementos probatorios que permitan señalar que tuvo la intención de favorecer a alguna persona de modo indebido, espurio o ilegal. (...) En ese sentido, la pérdida de investidura de un congresista solo puede sustentarse en las causales previa y expresamente previstas por el constituyente y el legislador y, en este caso, no se demostró la alegada en la demanda ni el supuesto de hecho en el cual se fundamenta (...). En esa línea argumentativa, se impone denegar las pretensiones de la parte actora, porque no se probó la causal de pérdida de investidura consistente en la violación del régimen de conflicto de intereses por parte del congresista Germán Alcides Blanco Álvarez, pues, no se probó que tuviera interés actual, real, directo y verificable en las decisiones con carácter penal en las cuales participó como integrante de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el alcance y la naturaleza de la pérdida de investidura, ver: Corte Constitucional, sentencias C-319 de 1994, C-247 de 1995 y SU-424 de 2016; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 30 de mayo de 2000, expediente AC-9877; del 13 de febrero de 2001, expediente AC-11.946 y del 20 de noviembre de 2001, expediente 2001-0130.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura de los congresistas, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente 2001-0130.01, M.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 27 de agosto de 2002, expediente PI-043, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero; sentencia de 6 de octubre de 1998, expediente AC- 6289, M.P. Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz; sentencia de 24 de febrero de 2015, exp. 11001031500020120113900, MP María Claudia Rojas Lasso; Sala 12 Especial de Decisión, exp. 11001031500020180377900, MP. Ramiro Pazos Guerrero; Sala Plena,

sentencia de 9 de julio de 2013, exp. 11001031500020110155900, MP Hernán Andrade Rincón; sentencia de 19 de marzo de 1996, MP Joaquín Barreto Ruiz.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Doce Especial de Decisión de Pérdida de Inversión; sentencia del 29 de mayo de 2023; C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 11001-03-15-000-2021-01221-00\(PI\).](#)

4. Aunque los congresistas no tienen la calidad de ordenadores del gasto o tesoreros, estos sí tienen la posibilidad de destinar o incidir en la destinación de recursos públicos, en el ámbito de sus UTL.

Síntesis del caso: *En ejercicio del medio de control de pérdida de inversión en contra de la representante a la Cámara Yénica Sugein Acosta Infante, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por presuntamente haber incurrido en la causal de pérdida de inversión de indebida destinación de dineros públicos por unos presuntos hechos que ocurrieron con una funcionaria de su UTL.*

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVERSIÓN DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO DEL CONGRESISTA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVERSIÓN

Problema jurídico: *¿La representante a la Cámara demandada incurrió en la causal de pérdida de inversión de indebida destinación de dineros públicos, establecida en el artículo 183 numeral 4 de la Constitución Política porque una funcionaria de su UTL, desde que fue nombrada y posesionada, se encontraba fuera del país y no tenía funciones asignadas?*

Tesis: “A pesar de que los congresistas no tengan la calidad de ordenadores del gasto o tesoreros, como ya se mencionó con precedencia, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que sí tienen la posibilidad de destinar o incidir en la destinación de recursos públicos, en el ámbito de sus UTL. (...) Así las cosas, (...) la configuración de dicha causal ocurre al momento de la destinación de los dineros, por lo que, no es posible extenderlo a conductas realizadas con posterioridad o de terceros. Por tanto, «una vez se ha producido lo anterior, lo relacionado a cómo se ejecutan las labores para las cuales fueron destinados esos dineros y el control sobre ellas no forma parte de la destinación de los dineros». Pues la debida destinación no comprende la debida ejecución de la actividad para la cual se destinaron los recursos, ni el control de su correcta utilización. (...) [P]ara esta Sala de Decisión queda acreditado que la señora [O.R.] tenía, entre sus funciones, atender las necesidades de las comunidades, coordinar actividades, el transporte, la alimentación y la logística de las visitas de señora Yénica Sugein dentro de la región y verificar, con las autoridades, las condiciones de seguridad para esta. También se advierte que, la señora [O.R.] no contaba con puesto de trabajo asignado en la sede del Congreso, pues sus funciones como Asistente II de la UTL, por instrucciones de la representante, debía ejercerlas en el departamento del Amazonas. Por lo expuesto, contrario al dicho del actor, se logró establecer que la servidora de la UTL sí tenía funciones asignadas, que sus actividades eran reportadas a la señora Yeimy Duque Ocampo, a quien la congresista le había encomendado su verificación. Por tanto, no es posible afirmar que la señora Yénica Sugein incumplió su deber de ejercer control del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la señora [O.R.]. (...) Al respecto, según los medios probatorios, la señora [O.R.], en ejercicio de su cargo, contravino la norma, de acuerdo con la cual, sus funciones como miembro de una UTL no podrían llevarse a cabo por fuera del territorio nacional, porque salió del país, en tres oportunidades, durante el tiempo que estuvo vinculada a la unidad de trabajo. (...) [E]sta Sala encuentra que las salidas del país de [O.R.], son actos de un tercero, que no pueden adjudicarse, a la demandada, pues, en el entendido que cumplía sus funciones de manera virtual, resultaría un despropósito pretender que, más allá de procurar por el cumplimiento de las responsabilidades que le eran asignadas a la integrante de la UTL, también debía ejercer vigilancia respecto de que dicha funcionaria, no saliera del país. En todo caso, debe manifestarse que, es lo cierto, que la declaratoria de insubsistencia de [O.R.] obedeció a la solicitud que presentó la representante Acosta Infante, según su dicho, apenas tuvo conocimiento de los viajes de su funcionaria. (...) Con lo anterior, para esta Sala de Decisión, se encuentra demostrado que, si bien es cierto, no es dable exigir a la demandada

la vigilancia de los funcionarios de su UTL, en torno a verificar que cumplan sus funciones dentro del territorio nacional. Esta, una vez se enteró de las salidas del país de la señora [OR.] adelantó las gestiones necesarias a fin de desvincularla y procuró por la devolución de los pagos que esta recibió. (...) De lo cual se desprende que la señora Yénica Acosta Infante no tuvo injerencia o ejerció actos tendientes a propiciar el pago de los sueldos de la funcionaria, pues los mismos fueron cancelados sin que mediaran dichas certificaciones. En este sentido, no se logró acreditar que la señora Yénica Sugein Acosta Infante, en su calidad de representante a la Cámara hubiera destinado dineros públicos en contra de los fines estatales, de acuerdo con el ordenamiento jurídico”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el alcance y la naturaleza de la pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 29 de agosto de 2017. Radicado núm.: 110010315000201601700-00(PI). M.P. Milton Chaves García y Corte Constitucional. SU 073 de 20 de febrero de 2020. MP: Cristina Pardo Schlesinger.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la indebida destinación de recursos públicos como causal de pérdida de investidura, ver: Corte Constitucional. SU 073 de 20 de febrero de 2020. MP: Cristina Pardo Schlesinger; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 7 de junio de 2012. Radicado núm.: 2010-00352, M.P: María Claudia Rojas Lasso. Reiterado en radicado núm.: 13001-23-33-000-2016-01107-01. M.P: Hernando Sánchez Sánchez; Consejo De Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 6 de mayo de dos mil catorce (2014), Radicado núm.: 11001-03-15-000-2013-00865-00. M.P: Enrique Gil Botero. Reiterado en Radicado núm.: 13001-23-33-000-2016-01107-01. M.P: Hernando Sánchez Sánchez; Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 31 de marzo de 2023. Radicado núm.: 68001233300020220052101. M.P: Hernando Sánchez Sánchez.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la indebida destinación de dineros públicos en el marco de las Unidades de Trabajo Legislativo de los congresistas, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 10 de agosto de 2021. Radicado núm. 11001-03-15-000-2020-04001-01. M.P: Gabriel Valbuena Hernández; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 10 de mayo de 2022. Radicado núm. 11001-03-15-000-2019-00771-01. M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO DEL CONGRESISTA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico: *¿Existió una conducta dolosa o gravemente culposa en las actuaciones de la congresista accionada?*

Tesis: “[D]e la conducta de la accionada, se concluye que la misma no actuó con negligencia ni con intención de destinar indebidamente dineros públicos, al solicitar el nombramiento de la señora Yénica Sugein Acosta Infante como Asistente II de su UTL. Además, demostró que procuró por la verificación del cumplimiento de sus obligaciones, además, porque la funcionaria devolviera el dinero que obtuvo como pago de su salario durante el tiempo que estuvo fuera del país. En consecuencia, tampoco se cumple el aspecto subjetivo de este juicio de pérdida de investidura”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Cuarta Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 5 de junio de 2023; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-15-000-2023-00145-00\(PI\)](#)

5. El reconocimiento de la reparación por afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente amparados no vulnera el derecho de defensa ni el principio de congruencia cuando este ha sido invocado en la demanda en alguna de sus modalidades y esté acreditado en el proceso.

Síntesis del caso: *En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, se solicitó infirmar la sentencia del 5 de marzo de 2021, mediante la cual la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó el fallo de primera instancia del 20 de octubre de 2011, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en donde se negaron las pretensiones de la demanda por no acreditarse que el daño antijurídico alegado.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL / RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL / AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO

Problema jurídico: *¿Es procedente infirmar la providencia dictada por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 5 de marzo de 2021, con fundamento en la causal prevista en el numeral 5º del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), esto es, nulidad originada en la sentencia, específicamente por presuntamente haber vulnerado el principio de congruencia al haber reconocido una pretensión que no fue formulada en la demanda, presuntamente haberse ordenado una medida de carácter no pecuniario a una autoridad administrativa que no estaba legitimado para cumplirla y por haber aplicado erróneamente el título de imputación de responsabilidad?*

Tesis: “[C]ontrario a lo afirmado por el recurrente la sentencia cuestionada no vulneró el derecho de defensa ni el principio de congruencia, pues en la demanda se formuló y se sustentó la pretensión relativa a los perjuicios ocasionados por la vulneración al derecho al buen nombre y a la honra del señor [A.R], lo que le permitió a la DEAJ, en el momento procesal oportuno pronunciarse sobre ellas. Adicionalmente, en el proceso de reparación directa también se practicaron y se valoraron las pruebas que llevaron al convencimiento del fallador, de que se privó de la libertad a una persona que no tuvo injerencia en el delito investigado. Lo anterior llevó a que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado adoptara en este caso la medida de reparación no indemnizatoria con fundamento en el principio de reparación integral. Vale la pena señalar que, incluso, la jurisprudencia faculta a la autoridad judicial a decretar las medidas de reparación que considere pertinentes, de oficio, tanto a favor de la víctima como de su núcleo familiar. (...) [E]n cuanto al argumento de que la orden de pedir excusas excede las funciones asignadas por ley al Director Ejecutivo de Administración Judicial, la Sala advierte que, conforme con los artículos 149 del CCA12 y 159 del CPACA, la Nación, como persona jurídica, tiene capacidad para ser parte y comparecer al proceso –como demandante o demandada-, y lo hace a través de sus representantes, que, para el caso de la Rama Judicial, es el Director Ejecutivo de Administración Judicial. En otras palabras, el Director Ejecutivo de Administración Judicial representa a la Nación para comparecer a los procesos, cuando interviene la Rama Judicial. De manera que, al haberse declarado la responsabilidad de la Rama Judicial, está a cargo del Director Ejecutivo de Administración Judicial atender la orden de reparación emitida. (...) Respecto a la ausencia de material probatorio, la parte actora argumenta que la falta de pruebas no puede ser la razón para declarar la responsabilidad con el título de imputación de daño especial, pues eso llevaría al error de afirmar que ella solo tendría que allegar la sentencia absolutoria con constancia de ejecutoria y el certificado de establecimiento carcelario a efectos de que se le indemnice. De lo anterior, esta Sala advierte que la DEAJ pretende reabrir el debate y utilizar el recurso extraordinario de revisión como una instancia adicional, para que se revise la sentencia desde el punto de vista sustancial y probatorio. En concreto, lo que se cuestiona es el título de imputación aplicado y expone su desacuerdo con la valoración de los medios probatorios, pero no presenta un yerro en el procedimiento o en la sentencia que constituya causal de nulidad procesal y que habilite la procedencia del recurso extraordinario de revisión”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre las generalidades del recurso extraordinario de revisión, ver: Consejo de Estado, providencia del expediente 11001-0315-000-2013-01998-00, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la causal la nulidad de la sentencia como causal de revisión, ver: Consejo de Estado, sentencias del 4 de diciembre de 2018, expediente 11001-0315-000-2018-00888-00, M.P. Julio Roberto Piza; del 20 de abril de 2004, expediente número: 11001-03-15-000-1996- 0132-01; del 18 de octubre de 2005, expediente número 11001-03-15-000-2000-00239-00, del 7 de febrero de 2006, expediente número 11001-03-15-000-1997-00150-00; del 2 de marzo de 2010, expediente número 185; del 9 de marzo de 2010, expediente número 1100103150002002-1024-01, y del 31 de mayo de 2011, expediente número 1100103150002008-00294-00.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la reparación a daños inmateriales, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, MP Enrique Gil Botero, Rad. 05001-23-25-000-1994-00020-01 (19031).

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO / PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO

Problema jurídico: *¿Resulta procedente la condena en costas en el componente agencias en derecho en el recurso extraordinario de revisión bajo estudio al haberse declarado infundado?*

Tesis: “Según el artículo 255 del CPACA, modificado por el artículo 70 de la Ley 2080 de 2021, se condenará en costas a la parte recurrente, debido a que se declaró infundado el recurso extraordinario de revisión que formuló. Así mismo, conforme los artículos 188 y 306 de la misma norma, para la liquidación y ejecución de las costas se debe remitir a la norma procesal general. El artículo 361 del CGP establece que las costas están integradas por los gastos procesales y por las agencias en derecho; y de acuerdo con el artículo 365-8 del mismo código, “Solo habrá lugar a su imposición cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En cuanto a las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, la Sala observa que no procede su imposición porque no aparece demostrado en el expediente que la parte demandada hubiera incurrido en pagos por esos conceptos. Por el contrario, en relación con las agencias en derecho, la Sala encuentra [C.F.A.R. y J.F.A.V. (vinculados como terceros interesados en el recurso extraordinario) designaron apoderado para que ejerciera su defensa en el proceso, quien presentó escrito de oposición. En consecuencia, siguiendo lo establecido en el artículo 366-4 del CGP, para la fijación de agencias en derecho se atenderá lo establecido en el Acuerdo n.º PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, según el cual la tarifa de agencias en derecho, tratándose del recurso extraordinario de revisión, se tasan entre uno (1) y veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Tercera Especial de Decisión; sentencia del 10 de mayo de 2023; C.P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-0315-000-2022-02581-00\(REV\)](#)

SECCIÓN
PRIMERA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

Plazo para el registro de los esquemas asociativos territoriales y ejecución de proyectos con cargo al Sistema General de Regalías.

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, para obtener la nulidad de los artículos 1°, 4° y 5° del Decreto núm. 864 de 24 de mayo de 2022, “[...] Por medio del cual se priorizan y aprueban proyectos de inversión financiados con cargo a los recursos provenientes del Sistema General de Regalías, en el marco de la Ley 2056 de 2020; Decreto 804 de 2021 y demás disposiciones concordantes [...]”, expedido por el gobernador del Departamento de Arauca.

APELACIÓN DEL AUTO QUE NIEGA SUSPENSIÓN PROVISIONAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / PLAN NACIONAL DE DESARROLLO / ESQUEMAS ASOCIATIVOS TERRITORIALES / REGISTRO DE LOS ESQUEMAS ASOCIATIVOS TERRITORIALES / MINISTERIO DEL INTERIOR / GOBERNADOR / PROYECTO DE INVERSIÓN PÚBLICA / SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS / ASOCIACIÓN REGIONAL DE MUNICIPIOS DEL CARIBE / INEXISTENCIA DE REGISTRO DE ESQUEMAS ASOCIATIVOS TERRITORIALES / REQUISITOS DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / AUTO QUE DECRETA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL / REVOCATORIA DE LA PROVIDENCIA

Problema jurídico: Si se debe revocar el auto del Tribunal Administrativo de Arauca mediante el cual se negó la solicitud de la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1°, 4° y 5° del Decreto 864 del 24 de mayo de 2022, con fundamento en que el artículo 249 de la Ley 1955, en concordancia con el numeral 2.° del artículo 1.2.1.2.6 del Decreto núm. 1821 de 2020, para la fecha de su expedición, imponían a los esquemas asociativos territoriales la obligación de encontrarse inscritos en el Registro de Esquemas Asociativos Territoriales del Ministerio del Interior para poder ejecutar recursos de Sistema General de Regalías, sin atención al plazo de un (1) año para realizar el registro, con el cual no contaba para dicha fecha la Asociación Regional de Municipios del Caribe – AREMCA, a quien se le asignaron recursos del Sistema Nacional de Regalías para la ejecución de tres (3) proyectos.

Tesis: Esta Sala, con el objeto de resolver los argumentos planteados en el recurso, encuentra que el Congreso de la República de Colombia, mediante la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018 - 2022, “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”. En el artículo 249 ibidem, sobre Esquemas Asociativos Territoriales (EAT), se reguló la conformación y registro de los Esquemas Asociativos Territoriales; además, se fijó un procedimiento para tal efecto. En el inciso final de la norma citada supra se determinó que los Esquemas Asociativos Territoriales “[...] conformados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley continuarán sometidos a sus respectivas normas de conformación y funcionamiento, hasta tanto el Gobierno nacional habilite el referido sistema de registro. Una vez habilitado, los EAT ya conformados tendrán un plazo máximo de un (1) año para registrarse (sic). Sin perjuicio de lo anterior, los EAT que busquen acceder a los recursos de los OCAD y asumir las competencias definidas en el presente artículo deberán estar registrados en el sistema en mención. [...]” La Sala, del aparte transcrito advierte lo siguiente: i) el Gobierno Nacional debe habilitar un sistema para que allí se registraran los Esquemas Asociativos Territoriales; ii) los Esquemas Asociativos Territoriales, creados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1955, siguen sujetándose a sus normas de conformación y funcionamiento hasta tanto el Gobierno Nacional habilite el sistema de registro; iii) los Esquemas Asociativos Territoriales existentes, deben registrarse en el plazo máximo de un (1) año, en el sistema habilitado por el Gobierno Nacional; y iv) los Esquemas Asociativos Territoriales que pretendan acceder a los recursos de los Órganos Colegiados de Administración y Decisión – OCAD, deben encontrarse registrados en el sistema habilitado por el Gobierno Nacional. El Gobierno Nacional, mediante el Decreto núm. 1033 de 1° de septiembre de 2021, reglamentó el funcionamiento de los EAT, incluido el registro citado supra y dispuso en el párrafo 3° del artículo 2.2.5.2.1. que el Ministerio del Interior debía poner en marcha y funcionamiento el Registro de Esquemas Asociativos Territoriales – REAT “[...] dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición del presente decreto [...]”; es decir, a partir del 1° de septiembre de 2021. Por su parte, el Decreto núm. 1821 de 31 de diciembre de 2020, en el numeral 2.° del artículo 1.2.1.2.6., referente a los requisitos especiales para la presentación de proyectos de impacto regional por parte de los Esquemas Asociativos Territoriales (EAT), estableció que, en “[...] armonía con el artículo 249

de la Ley 1955 de 2019, al momento de presentación del proyecto, los EAT deberán adjuntar el correspondiente certificado de inscripción en el Registro de Esquemas Asociativos Territoriales REAT, otorgado por el Ministerio del Interior. [...]”. La Gobernadora del Departamento de Arauca, mediante el Decreto núm. 864 de 2022 priorizó y aprobó cinco (5) proyectos de inversión a realizarse en el Departamento de Arauca; todos con cargo a los recursos del Sistema General de Regalías. La parte demandada, en los artículos 1.º, 4.º y 5.º del precitado decreto, dispuso que la entidad ejecutora de los recursos de tres (3) de esos proyectos, sería el Esquema Asociativo Territorial denominado Asociación Regional de Municipios del Caribe - AREMCA; esquema que, conforme lo indicó la Dirección de Gobierno y Gestión Territorial del Ministerio del Interior, en el oficio S22- 00068528-PQRSD-058384 de 22 de julio de 2022, “[...] no ha iniciado su proceso de registro ante el Ministerio del Interior. Por lo anterior, a la fecha no se ha emitido resolución de registro para este esquema asociativo territorial [...]” La Sala conforme con lo anterior, considera que, en el caso bajo examen, sí se reunían los requisitos de ley para decretar la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1º, 4º y 5º del Decreto núm. 864 de 2022. En efecto, acorde con el inciso final del artículo 249 de la Ley 1955, sin consideración al plazo de un (1) año para registrarse ante el Ministerio del Interior, todo Esquema Asociativo Territorial que pretendiera acceder a los recursos de los OCAD, debía estar registrado en el sistema habilitado por el Gobierno Nacional. La Sala advierte que la Asociación Regional de Municipios del Caribe, para el 24 de mayo de 2022, fecha en que se expidió el Decreto núm. 864, no contaba con el Registro de Esquemas Asociativos Territoriales, razón por la que la Gobernadora de Arauca no la podía designar como ejecutora de recursos a cargo del sistema general de regalías.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 31 de marzo de 2023; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 81001-23-39-000-2022-00074-02.](#)

SECCIÓN SEGUNDA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La facultad discrecional de la autoridad nominadora para declarar la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción no se limita por la condecoración “José Ignacio de Márquez”, que consagra la obligación de prestar el tiempo doble de servicios del otorgado en la comisión de estudios.

Síntesis del caso: Una servidora pública que se desempeñó como magistrada auxiliar de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, fue galardonada con la medalla «José Ignacio de Márquez al Mérito Judicial», en la categoría bronce. Como consecuencia, se le otorgó por el Consejo Superior de la Judicatura una comisión remunerada para adelantar estudios por el término de un año. Igualmente, suscribió un convenio mediante el cual se obligó a prestar sus servicios por un tiempo igual al doble del utilizado en la comisión, así como la correspondiente póliza de cumplimiento. Vencido el año sabático, se reincorporó al cargo el 3 de junio de 2014, fecha en que le fue comunicada la declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

ACTO ADMINISTRATIVO DE INSUBSISTENCIA / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN/ FACULTAD DISCRECIONAL DEL NOMINADOR / DESVIACIÓN DEL PODER / INEXISTENCIA DE LA DESVIACIÓN DEL PODER / COMISIÓN DE ESTUDIOS

Problema jurídico: ¿La facultad discrecional de la autoridad nominadora para disponer el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, estaba limitada por el parágrafo del artículo 15 del Acuerdo PSAA11-7711 de 201114, atinente a la prestación del servicio por el doble del tiempo de la comisión de estudios derivada del incentivo «José Ignacio de Márquez al Mérito Judicial»?

Tesis: “[...] la declaratoria de insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio de la Rama Judicial, como consecuencia del ejercicio de una facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado. [...] El Consejo de Estado ha sostenido que la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación. Cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir equivale a la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad. En suma, los empleos de libre nombramiento y remoción se caracterizan por la discrecionalidad del nominador para vincular y retirar al funcionario que lo desempeña, con el fin del mejoramiento del servicio que, en estos casos está dado por la confianza, debido a que esa es la naturaleza de dichos cargos. [...] se tiene que una de los reconocimientos académicos derivados del señalado estímulo, es la comisión remunerada de estudios cuya duración máxima es de un año; situación administrativa en la que el servidor judicial debe cumplir determinados deberes, concretamente suscribir: (i) un convenio por el cual se obligue a prestar sus servicios a la Rama Judicial luego de finalizado el programa académico, por el doble del tiempo utilizado, «sin perjuicio de la potestad nominadora y de las disposiciones de carrera y de reordenamiento», e igualmente, a participar en las actividades académicas de la Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla», por el mismo término; y (ii) una póliza de cumplimiento a favor del CSJ por el 70% del auxilio económico, como garantía de cumplimiento de lo anterior. [...] la facultad discrecional en cuyo ejercicio la autoridad nominadora declaró la insubsistencia del cargo de libre nombramiento y remoción del cargo de magistrada auxiliar no podía limitarse en modo alguno por el convenio derivado del mencionado reconocimiento [...] La apelante indicó que el acto administrativo acusado persiguió fines diferentes del buen servicio y de la satisfacción del interés general, por cuanto fue objeto del aludido reconocimiento y, no obstante, fue retirada el mismo día en que se reintegró al servicio,

luego de finalizada la comisión de estudios, por lo que no se pudo perder la confianza del nominador. Sobre el particular, la Sala señala que los anteriores argumentos no son suficientes para establecer que existió una desviación de poder de la autoridad nominadora en el ejercicio de la potestad discrecional. Ello es así, por cuanto la función administrativa (incluso la de nominación) se desarrolla con fundamento, entre otros, en los principios de eficacia, eficiencia, celeridad e imparcialidad, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, y constituye un deber de los servidores públicos observar dichos principios en el cumplimiento de sus deberes funcionales y por consecuencia, abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial. [...] se concluye que (...) no probó que la administración judicial actuara con desviación de poder o alejado de las atribuciones propias que, en ejercicio de la facultad discrecional, le otorga la ley. [...] Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Subsección encuentra que la facultad discrecional de la autoridad nominadora para declarar la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción no estaba limitada por la condecoración otorgada a la empleada, puesto que: i) la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción está sometida a reserva de ley; ii) la obligación de prestar servicios por el doble del tiempo de la comisión de servicios recaía únicamente en cabeza de la beneficiaria; iii) el cumplimiento de las funciones del servidor público con base en los principios de la función administrativa es un deber legal y no genera fuero de estabilidad legal alguno; y iv) los empleos de libre nombramiento y remoción requieren de un grado de confianza derivado de la naturaleza misma del cargo previsto en la ley. [...]"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda sentencia de 13 de abril de 2023, C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, rad 25000-23-42-000- 2015-02616- 01 \(3814-2019\).](#)

2. Para los docentes vinculados con el Estado, con posterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2003, se torna inviable verificar su situación pensional conforme a las previsiones anteriores de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, en la medida en que lo propio estaría regulado por la Ley 100 de 1993.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la actora formuló demanda en orden a que se declare la nulidad del acto presunto derivado de la configuración del silencio administrativo negativo ocurrido ante la ausencia de respuesta a la solicitud de la libelista presentada el 4 de abril de 2019 ante la Secretaría de Educación del municipio de Floridablanca (Santander) en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello en la medida en que se denegó el reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes conforme a las previsiones de la Ley 71 de 1988 a su favor.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN / REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / DOCENTE OFICIAL / PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Problema jurídico: «¿A la demandante en su calidad de docente oficial con acumulación de aportes del sector público y privado, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello conforme a la Ley 71 de 1988, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus jurídico respectivo y con efectividad a partir de tal fecha sin condicionar su goce al retiro definitivo del servicio, o si lo propio está regulado en su caso por la Ley 100 de 1993?»

Tesis: «[...] En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. [...] es necesario destacar que la parte apelante basa su impugnación en el hecho de que debido a la realización de aportes derivados de contratos de trabajo de carácter privado, y posteriormente en razón de su relación legal y reglamentaria como maestra oficial, la normativa aplicable a su situación pensional sería la Ley 71 de 1988, ello al asegurar que por esta última calidad de servidora pública adscrita al magisterio, tiene derecho al régimen de transición de la Ley 812 de 2003 por haber laborado y aportado al entonces ISS (hoy Colpensiones) antes del 27 de junio de 2003, así lo propio no hubiese ocurrido como docente del Estado. [...] una vez verificados los hechos probados, se advierte que la libelista detentó una serie de relaciones contractuales de trabajo sostenidas con diferentes empleadores privados, particularmente con los señores (...) así como con los colegios Nuestra Señora del Rosario y Provincia del Sagrado Corazón. Lo anterior tuvo lugar durante el período comprendido entre el 1.º de abril de 1979 y el 31 de enero de 2019. [...] En el sub examine se encuentra debidamente demostrado y sin contradicción al respecto, que la fecha a partir de la cual la señora (...) comenzó a ejercer funciones propias de una docente del Estado fue el 30 de abril de 2007, cuando esta tomó posesión del mentado cargo para el cual fue nombrada mediante el Decreto 0440 del 25 de abril de dicha anualidad, expedido por el municipio de Floridablanca, data que definitivamente es posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003). [...] la Sala encuentra que al haberse comprobado en el litigio bajo estudio que la demandante solo ha tenido una relación legal y reglamentaria con el Estado como maestra oficial, pero consolidada con posterioridad a la promulgación de la norma precitada, se torna inviable verificar su situación pensional conforme a las previsiones anteriores de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, en la medida en que lo propio estaría regulado por la Ley 100 de 1993. [...] Pues bien, en el entendido de que el acto administrativo presunto que es objeto de censura en esta causa judicial, conlleva la negativa de la prestación bajo los lineamientos de la Ley 71 de 1988 solicitados por la actora, se logra concluir que tal decisión es acertada, en la medida en que se ajusta a los aludidos planteamientos jurisprudenciales de unificación, pues, en efecto, no era procedente que la parte pasiva reconociera la pensión de jubilación por aportes tal como fue deprecada, sino que tendría que haber efectuado el estudio de configuración del derecho conforme a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. [...] la Sala considera que la señora (...) no tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes con base en los preceptos de la Ley 71 de 1988, pues debido a que su vinculación como docente oficial ocurrió con posterioridad al 27 de junio de 2003 cuando entró en vigencia la Ley 812 del mismo año, no resultaba aplicable a su caso la normativa especial de los educadores estatales en materia prestacional que remitía a la norma deprecada, sino que su situación jurídica tenía que resolverse conforme a las previsiones de la Ley 100 de 1993, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia que denegó los pedimentos de la parte activa [...]»
NOTA DE RELATORÍA: Sobre el ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, revisar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación - SUJ-014 -CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de once \(11\) de mayo de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 68001-23-33-000-2019-00830-01\(1340-2022\)](#)

3. El régimen de transición pensional del Decreto 1835 de 1994, que remite a los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989 para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo de los detectives del DAS, se encuentra supeditado para su aplicación al cumplimiento de 750 semanas cotizadas

o 20 años de servicios a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Síntesis del caso: *Un exdetective del DAS solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por alto riesgo a Colpensiones, la cual fue negada en la medida que completó 20 años de servicio con posterioridad al 31 de julio de 2010, fecha máxima impuesta por el Acto Legislativo 1 de 2005 para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 1835 de 1994.*

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR ACTIVIDAD DEL ALTO RIESGO/ RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN PENSIÓN ESPECIAL DE ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO/ REQUISITOS EN PENSIÓN ESPECIAL DE ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO / SERVIDOR PÚBLICO CON FUNCIÓN DE ALTO RIESGO

Problema jurídico: *¿El exdetective del suprimido DAS tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por riesgo de conformidad con los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989?*

Tesis: “[...] La Ley 860 de 2003 dispuso una transición que remite a la aplicación del citado Decreto 1835 de 1994 que, a su vez, reguló una transición (art. 4) que permite acudir a las normas vigentes anteriores a la Ley 100 de 1993, que para el DAS son los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989. En esa medida, como el Decreto 1835 de 1994 fue expedido en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, las normas anteriores a las que aquel remite solo son aplicables vía transición, por lo que, debe observarse el límite temporal de 750 semanas para conservar la transición, previsto en el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005. Por otra parte, se tiene que, de acuerdo con el parágrafo 5.º del artículo 2.º de la Ley 860 de 2003, son beneficiarios del régimen de transición del artículo 4 del Decreto 1835 de 1994, los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994, que a la fecha de entrada en vigencia de la referida Ley hubieren cotizado 500 semanas. Pues bien, el señor (...) estaba vinculado a la entidad al momento de entrar en vigencia el referido Decreto, toda vez que al 4 de agosto de 1994 [Fecha de entrada en vigencia del Decreto 1835 de 1994] laboraba para el suprimido DAS. Y, además, para el 29 de diciembre de 2003 contaba con un poco más de 674 semanas, dado que su ingreso al servicio figura el 20 de noviembre de 1990, de suerte que superaba con las 500 requeridas. En consecuencia, se precisa que, para el derecho pensional del actor, serían aplicables las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, esto es, el Decreto Ley 1933 de 1989, que remite al Decreto 1047 de 1978, conforme lo dispone el artículo 4 del Decreto 1835 de 1994, que regula el régimen de transición para las pensiones especiales por riesgo. Empero, la aplicación de los referidos Decretos 1933 de 1989 y 1047 de 1978, tal como se dijo en precedencia, debe entenderse en consonancia con lo ordenado por el Acto Legislativo, cuyo parágrafo transitorio 4 dispone que “El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”. Pues bien, el 25 de julio de 2005, fecha en la que entró en vigencia el referido Acto Legislativo, el señor (...) contaba con 5240 días de servicio (se descuentan 45 días correspondientes a las interrupciones certificadas por el empleador), que equivalen a **748,5 semanas**. Así las cosas, en atención a que en este proceso no se acreditaron más tiempos de servicios anteriores al 25 de julio de 2005, el señor (...) no tiene derecho a conservar el régimen especial previsto para los detectives del extinto DAS (Decreto 1047 de 1978 que solo exigían 20 años de servicios), hasta el 31 de diciembre de 2014.[...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 9 de marzo de 2023, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 08001-23-33-000-2018-00613-01 \(0288-2020\).](#)

4. No procede la declaración por abandono del cargo cuando existe una comisión de servicios vigente, aunque el servidor se encuentre desempeñando sin

autorización de la entidad empleadora un cargo de libre nombramiento y remoción diferente a aquel en el cual se concedió, pero conlleva la pérdida de los derechos de carrera del cargo que se desempeña en propiedad.

Síntesis del caso: A un fiscal delegado con derechos de carrera, se le concedió comisión de servicios para desempeñar el cargo de Jefe de la Oficina Jurídica del Centro de Memoria Histórica hasta el 2 de julio de 2018. Posteriormente solicitó a la Fiscalía General de la Nación una nueva comisión de servicios para desempeñar el empleo de director administrativo y financiero de ese ente estatal. El 17 de enero de 2018 la Oficina de Talento Humano manifestó la inconveniencia de acceder a la nueva comisión atendiendo las metas institucionales. El 9 de abril de 2018, se declaró la vacancia del empleo de Fiscal Delegado Ante los Jueces Penales Municipales y Promiscuos, de la Dirección Seccional de Bogotá, por presunto abandono del cargo por el servidor público.

RETIRO DEL SERVICIO / DECLARACIÓN DE VACANCIA DEL CARGO PÚBLICO / DECLARACIÓN DE VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO / IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA VACANCIA DEL CARGO / FALSA MOTIVACIÓN / COMISIÓN DE SERVICIOS / EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / VACANCIA TEMPORAL

Problema jurídico: ¿Procede la declaración de la vacancia por abandono del cargo del servidor público que desempeña un cargo de libre nombramiento y remoción diferente a aquel en que se concedió por la administración comisión de servicios?

Tesis: [...]El trámite que adelanta el nominador para determinar si hay lugar a declarar la vacancia del empleo por abandono del cargo de un servidor que dejó de asistir a su lugar de trabajo por cualquiera de las causales contempladas en el artículo 107 del Decreto ley 20 de 2014, exige que se le garanticen a este las prerrogativas inherentes al derecho constitucional fundamental al debido proceso (conocer del asunto, adosar pruebas, presentar descargos e interponer los recursos a que haya lugar, entre otros), y se decida conforme a lo demostrado, sin perjuicio del deber indelegable de aquel de justificar las razones por las que dejó de asumir sus obligaciones laborales de manera real y oportuna (...) De las pruebas relacionadas se infiere que (i) el demandante es titular del cargo de fiscal delegado ante los jueces penales municipales y promiscuos, en carrera; (ii) en ejercicio de dicho empleo solicitó una comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción en otra entidad del Estado (jefe de la oficina jurídica del Centro Nacional de Memoria Histórica), que le fue otorgada hasta el 2 de julio de 2018, inclusive; (iii) mientras laboraba en el cargo de jefe de la oficina jurídica le fue ofrecido el puesto de director administrativo y financiero del Centro Nacional de Memoria Histórica, por lo que pidió de la Fiscalía General de la Nación que modificara esa situación administrativa con este nuevo cargo, pero la demandada se lo denegó; y (iv) pese a la negativa de modificación de la comisión de servicios, en lo que se refiere al empleo, el actor se posesionó el 5 de diciembre de 2017, como director administrativo y financiero.(...) De acuerdo con el marco jurídico de este fallo, para que se configure la causal de abandono del cargo debe existir una ausencia del trabajo sin justificación válida, de manera que la decisión de la Administración sea producto del cotejo del hecho de la separación y los descargos del empleado; sin embargo, en el presente asunto, en el momento en que se declaró (abril de 2018) no se había consolidado tal dejación del servicio; por el contrario, el actor continuó al servicio del estado, bajo la situación administrativa de comisión, en la entidad, en un cargo de libre nombramiento y remoción y en el tiempo que ya se le había autorizado.(...) el empleo respecto del cual se le otorgó la comisión y su prórroga en la Fiscalía General de la Nación (hasta el 2 de julio de 2018) para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción en otro ente estatal se encontraba en «vacancia temporal» (artículo 34, numeral 1, del Decreto ley 21 de 2014, antes transcrito), por tanto, no era procedente, a través de las resoluciones acusadas, «DECLARAR LA VACANCIA DEL EMPLEO POR ABANDONO DEL CARGO» de fiscal delegado ante jueces municipales y promiscuos de la dirección

seccional de Bogotá a partir del 5 de diciembre de 2017 (f. 79), pues, nótese, se declaró antes de que el plazo de la comisión venciera, es decir, cuando aún estaba en vacancia temporal. Ahora bien, el hecho de que al demandante se le hubiese denegado la solicitud de modificación del cargo de jefe de la oficina jurídica al de director administrativo y financiero dentro de la misma entidad (como a manera de ascenso), no implica que desaparezca la realidad de que continuó en ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción con ocasión de la comisión prorrogada hasta el 2 de julio de 2018. Por otro lado, como se precisó arriba, la vacancia conlleva la mera constatación de la ausencia o renuencia del empleado a presentarse a trabajar; y esta situación no se evidencia en el presente caso, toda vez que el demandante continuó sin solución de continuidad al servicio del Estado en el plazo vigente de la comisión otorgada. (...)En conclusión, los actos administrativos censurados deben desaparecer del mundo jurídico al estar incurso en falsa motivación, porque (i) no se puede declarar la vacancia por abandono, respecto de un cargo que está en «vacancia temporal», por comisión para ejercer empleo de libre nombramiento y remoción, cuyo plazo no fue revocado, máxime cuando el acto que la concedió no fue anulado ni suspendido por esta jurisdicción y goza de presunción de legalidad; (ii) el demandante continuó en el servicio oficial, sin solución de continuidad, en un cargo de igual naturaleza para el que le fue conferida la comisión (de libre nombramiento y remoción y en la misma entidad); y (iii) una vez otorgada la comisión, su plazo debía ser revocado por razones del servicio debidamente motivadas y esto no ocurrió, por el contrario, el término se mantuvo. [...]

RETIRO DEL SERVICIO / DECLARACIÓN DE VACANCIA DEL CARGO PÚBLICO / DECLARACIÓN DE VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO / IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA VACANCIA DEL CARGO / FALSA MOTIVACIÓN / COMISIÓN DE SERVICIOS / EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PÉRDIDA DE DERECHOS DE CARRERA / IMPROCEDENCIA REINTEGRO AL SERVICIO

Problema jurídico 2: ¿El asumir un cargo de libre nombramiento y remoción sin mediar autorización del nominador implica la pérdida de los derechos de carrera y, en consecuencia, la imposibilidad de reintegro al servicio frente a la declaración de nulidad del acto de declaración de vacancia del cargo por abandono?

Tesis: [...]El demandante contaba con autorización expresa para asumir el cargo de jefe de la oficina jurídica, pero no para tomar posesión en el empleo de director administrativo y financiero del Centro Nacional de Memoria Histórica, lo que implica su voluntad de asumir el puesto de libre nombramiento y remoción con desprecio del cargo de carrera que ocupaba, por ello asumió las funciones del último, independientemente de si la Fiscalía se lo autorizaba o no. Prueba de lo anterior es que en dos ocasiones, el 25 de enero y 5 de febrero de 2018, presentó dimisión al empleo de carrera del que era titular, pero no le fue aceptada, por no cumplir las formalidades propias de una renuncia (ff. 25 a 45). Así las cosas, el demandante perdió los derechos de carrera en razón a que asumió el empleo de libre nombramiento y remoción, sin que mediara la autorización del nominador; por consiguiente, no es procedente ordenar su reintegro pues la anulación de las resoluciones que declararon la vacancia del cargo lo conllevaría a partir del 3 de julio de 2018, día siguiente al vencimiento de la comisión, pero esta prerrogativa es propia de los empleados de carrera, a la que ya no pertenecía desde el 5 de diciembre de 2017, cuando asumió irregularmente el otro cargo de libre nombramiento y remoción. En síntesis, mientras se disfruta del beneficio de la comisión de servicios para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción no es correcto aceptar otro empleo de la misma categoría, sin que medie autorización del nominador, pues ello implica la pérdida de los derechos de carrera.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 2 de marzo de 2023, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 25000-23-42-000-2019-00378-01 \(3019-2021\).](#)

5. A los beneficiarios de pensión gracia, también les corresponde efectuar aportes por concepto de

Seguridad Social en salud, en los términos del parágrafo 2.º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Síntesis del caso: Beneficiario de la pensión gracia requirió a Cajanal la suspensión del descuento del 12% realizado sobre su pensión por aportes a salud y el reintegro de los valores descontados por este concepto, petición que fue resuelta negativamente. Inconforme con la decisión, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la citada entidad, solicitando como restablecimiento de su derecho, ordenar a la demandada a reintegrar y dejar de descontar de sus mesadas pensionales el 12% destinado a servicios de salud. El Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales, en sentencia de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda. La UGPP invocó la causal de revisión del literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 «[c]uando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables», al estimar que a los beneficiarios de pensión gracia, como lo era el demandado (q.e.p.d.), también les corresponde efectuar aportes por concepto de Seguridad Social en salud, en los términos del parágrafo 2.º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

ACCIÓN DE REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO / APLICACIÓN DE LA LEY 797 DE 2003 / PENSIÓN GRACIA / DESCUENTOS DE LA PENSIÓN GRACIA / APORTES AL SISTEMA DE SALUD POR PENSIONADO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN FUNDADO

Problema jurídico: «¿La sentencia del Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales, de 27 de septiembre de 2010, está incurra en la causal de revisión del literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, por haber condenado a Cajanal (hoy UGPP) a reintegrar los valores que descontó de más de la pensión gracia del señor (...) (q.e.p.d.), por concepto de aportes a salud, y por ordenar dichos descuentos en un tope máximo del 6%.?»

Tesis: «[...] El primer interrogante que conviene dilucidar es determinar si es procede la acción especial de revisión, por la causal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, contra una sentencia de primera instancia que no fue recurrida o cuya apelación se declaró desierta por incumplimiento de cargas de quien acude por esa vía especial. En efecto, aunque parece un contrasentido permitir que se sustituya el debate propio de la segunda instancia, a manera de compensación, por la falla procesal de la parte vencida, la ley no condicionó la acción extraordinaria a que se hayan agotado en debida forma los recursos ordinarios que procedían contra la sentencia acusada. Así se infiere de la lectura de los artículos 20 de la Ley 797 de 2003 y 250 al 252 de la Ley 1437 de 2011, que no permiten vislumbrar que en la hipótesis descrita (fallo de primera instancia atacado no recurrido) haya lugar a excluir el control judicial en sede de recurso extraordinario de revisión [...] No obstante lo anterior, debido a su carácter extraordinario, la revisión no puede ser solicitada con el fin de controvertir posibles errores in iudicando en los que incurra el fallador, ni para reabrir el debate probatorio de las instancias, sino que su procedencia está delimitada por las causales taxativas consagradas por el legislador. Al ser una especialísima excepción del principio de la cosa juzgada, la acción extraordinaria inadmite la apertura de un nuevo debate sobre el fondo del asunto, por lo que limita la argumentación y los fundamentos de la demanda al análisis del cumplimiento de la causal o causales invocadas; en este caso, el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, sin que haya lugar a interpretaciones extensivas o analógicas (principio de taxatividad), pues, como lo ha reiterado esta corporación en su jurisprudencia, la revisión no constituye una instancia adicional en la que pueda replantearse el litigio ya resuelto. Siendo así las cosas, resulta procedente la revisión de la sentencia del Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales, de 27 de septiembre de 2010. [...] La UGPP invocó la causal de revisión del literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 «[c]uando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables», al estimar que a los beneficiarios de pensión gracia, como lo era el demandado (q.e.p.d.), también les corresponde efectuar aportes por concepto de Seguridad Social en salud, en los términos del parágrafo 2.º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993. [...] cabe recordar que la pensión gracia es una prestación otorgada a los docentes mediante la Ley 114 de 1913, como un reconocimiento por su

capacidad, esfuerzo y conocimiento al servicio de los educandos de primaria por un lapso no menor de 20 años, tras haber cumplido 50 años de edad, demostrar una conducta intachable y no recibir emolumento alguno del erario; además, no requerían haber cotizado ante algún fondo de pensiones. Posteriormente, este mismo beneficio se extendió con la Ley 116 de 1928 a los empleados y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública. [...] con la expedición de la Ley 37 de 1933 (artículo 3.º) el reconocimiento de la pensión gracia se hizo extensivo a quienes hubieren completado el tiempo de servicios en establecimientos de enseñanza secundaria; pero siguió amparado por una serie de situaciones excepcionales como las siguientes: i) era una prestación con cargo al tesoro, pagada por Cajanal; ii) no requiere de aportes a ningún fondo pensional para su reconocimiento; iii) es compatible con otras prestaciones no nacionales; iv) no requiere que los 20 años de servicios se hayan prestado de manera exclusiva en educación básica primaria; v) el beneficiario debe tener como mínimo 50 años de edad y 20 de servicios; y, vi) durante todo el servicio educacional debe acreditarse una conducta irreprochable. [...] Luego, se expidió la Ley 100 de 1993 con la finalidad, entre otras, de acabar la diversidad de regímenes pensionales existentes; no obstante (...) se establecieron excepciones al sistema integral de la Seguridad Social. [...] las pensiones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedarían exceptuadas de dicho sistema integral; sin embargo, esta excepción no comprendió la pensión de jubilación gracia, pues, como ya se indicó, esta es una prestación cuyo reconocimiento corresponde a Cajanal (hoy UGPP). A ello hay que añadir que el artículo 130 de la citada Ley 100 de 1993 creó el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, como una cuenta de la Nación adscrita al entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos serían administrados mediante encargo fiduciario para sustituir a Cajanal y a los demás entes de previsión o fondos insolventes del sector público del orden nacional en lo relacionado con el pago de las pensiones. [...] para esta Sala no hay duda de que las mesadas pagadas por concepto de pensión gracia sí están sujetas a los descuentos que sobre ellas se realicen con destino al sistema de la Seguridad Social en salud. Una interpretación que guarda armonía con el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, el cual, en virtud del incremento en la tasa de cotización a salud, propiciada por su entrada en vigor, ordenó el reajuste de las pensiones en la misma proporción. [...] se itera, porque de acuerdo con la norma y la interpretación que sobre ella ha realizado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, las cotizaciones al sistema de Seguridad Social en salud deben corresponder al 12 % sobre la totalidad de los ingresos, sin que para tal efecto exista ley vigente que excluya de dicho pago a los beneficiarios de la pensión gracia, que es pagada, actualmente, por la hoy recurrente Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social. En definitiva, si esta Sala permitiera que la beneficiaria sobreviviente del señor (...) la señora (...) continuara sin cumplir con el deber legal que le impone efectuar la respectiva cotización en salud por su pensión gracia, en monto del 12 %, estaría avalando un exceso en la cuantía pensional que le fue reconocida al causante, cual es precisamente lo que proscribe la causal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003. Por lo tanto, es necesario infirmar la sentencia del Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales, de 27 de septiembre de 2010 [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de veinte \(20\) de abril de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 17001-23-33-000-2017-00261-01\(2526-2018\)](#)

6. El reconocimiento de la pensión gracia resulta compatible con la pensión de invalidez; si bien el legislador no se pronunció expresamente en cuanto al reconocimiento simultáneo de estas dos prestaciones, lo cierto es que no existe disposición constitucional o legal que impida el goce de la pensión de invalidez y de la pensión gracia de manera concomitante.

Síntesis del caso: *El Tribunal Administrativo de Caldas en sentencia del 22 de marzo de 2018, condenó a la UGPP a reconocer en favor de una docente la pensión gracia, en consideración que no existe incompatibilidad entre ésta y la pensión de invalidez, al no tratarse de dos pensiones ordinarias; la demandante acreditó los requisitos contemplados en la ley para acceder a la pensión reclamada y, además, demostró buena conducta como educadora. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, recurrió la decisión adoptada al considerar que la negativa del reconocimiento de la pensión gracia se fundamentó en la ley, por cuanto es incompatible con la pensión de invalidez que le fue reconocida.*

REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN GRACIA / TIEMPO DE SERVICIO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN GRACIA / COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN GRACIA CON LA PENSIÓN DE INVALIDEZ / RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN GRACIA / DOCENTE NACIONALIZADO

Problema jurídico: *«¿La pensión gracia reclamada por la actora es compatible con la pensión de invalidez que le fue reconocida mediante Resolución 000549 del 12 de julio de 2004?»*

Tesis: «[...] La pensión gracia fue concebida como una dádiva en favor de los docentes territoriales que tenían una diferencia salarial en comparación con los maestros de carácter nacional. Las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, establecieron dicha prestación de carácter especial para los docentes que presten sus servicios a instituciones educativas del orden territorial o nacionalizadas vinculados antes del 31 de diciembre de 1980 y que cumplan los demás requisitos exigidos en las referidas normas. La pensión gracia es una prestación cuyo reconocimiento no depende de aporte o cotización y, además, el legislador estableció que es compatible: (i) con la pensión de jubilación (Leyes 115 de 1994, artículo 115; 91 de 1989; 60 de 1993, artículo 6, y (ii) con el salario (artículo 5 del Decreto 224 de 1972; artículo 70 del Decreto Ley 2277 de 1979; y artículo 19 de la Ley 334 de 1996). Por su parte, la pensión de invalidez es una prestación que fue instituida con el fin de suplir los ingresos de una persona que por razones involuntarias perdió su capacidad laboral y, por consiguiente, se encuentra impedida para percibir sus ingresos del normal desempeño de su trabajo. En cuanto a esta última prestación (pensión de invalidez) debe destacarse que el reconocimiento de aquella sí está condicionado al aporte de cotizaciones al Sistema General de Pensiones. Ahora, en lo que corresponde a la compatibilidad de la pensión gracia y la pensión de invalidez, la Corte Constitucional hizo alusión a la línea que ha sostenido esta corporación y explicó lo siguiente: «En primer lugar, se trata de dos pensiones con finalidades distintas, pues mientras la pensión de gracia fue creada por el legislador con el fin de compensar a los maestros del orden territorial por los bajos salarios que percibían, y como reconocimiento a la difícil labor que desempeñaban, la pensión de invalidez fue prevista para garantizar al trabajador que ha perdido parte considerable de su capacidad laboral, unos medios que posibiliten su subsistencia digna y la de su familia, de manera que se trata de una medida de protección para la salvaguarda de sus derechos. Y, en segundo lugar, dado que el régimen pensional de los docentes, que es de carácter especial, no prohíbe (sic) expresamente la compatibilidad de estas dos pensiones, de manera que no es posible concluir que no se pueden percibir simultáneamente una pensión de gracia y la de invalidez cuando se han reunido los requisitos para acceder a ambas. En efecto, el numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 permite la compatibilidad de la pensión de gracia creada por la Ley 114 de 1913 con la pensión ordinaria de jubilación, sin prohibir en parte alguna la compatibilidad de la primera con otro tipo de pensiones, lo que conduce lógicamente a concluir que dicha norma no excluye la posibilidad de que se perciban simultáneamente la pensión de gracia referida y la pensión de invalidez, toda vez que de la existencia de una norma permisiva sólo se deriva la imposibilidad de existencia simultánea de otras normas que prohíban lo prescrito. La incompatibilidad de estas dos pensiones tampoco está prevista en otras disposiciones normativas, razón por la cual es necesario concluir que es posible que un docente de primaria del orden territorial, vinculado al magisterio antes del 31 de diciembre de 1980, y en cuyo favor se ha reconocido el derecho a la pensión de gracia establecido por la Ley 114 de 1913, pueda reclamar legítimamente la pensión de invalidez a la que tiene derecho cuando ha perdido más del 75% de su capacidad laboral.» [...] la Sala considera que en efecto no existe norma que expresamente prohíba el reconocimiento de la pensión gracia y simultáneamente el de la pensión de invalidez, puesto que la primera prestación tiene una naturaleza disímil con cualquier otra pensión, dado que no requiere de cotizaciones y es otorgada como una compensación a quienes cumplan los requisitos contemplados en las Leyes 114 de 1913; 116 de 1928; 37 de 1933; y 91 de 1989. [...] la

demandante para el momento en el que solicitó ante la accionada el reconocimiento y pago de la pensión gracia, ya acreditaba la totalidad de los requisitos exigidos legalmente para ser acreedora de esa prestación, puesto que (i) el 12 de octubre de 2007 cumplió los 50 años de edad; (ii) demostró la vinculación con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, ya que desde el 22 de febrero de 1979 mediante el Decreto 214 fue nombrada como educadora en una escuela del departamento de Caldas; (iii) el 8 de marzo de 1999 cumplió los 20 años de servicio docente en una plaza nacionalizada; y (iv) ejerció la labor educativa con buena conducta. [...] la pensión de invalidez resulta compatible con la pensión gracia, ya que, si bien el legislador no se pronunció expresamente en cuanto al reconocimiento simultáneo de estas dos prestaciones, lo cierto es que no existe disposición constitucional o legal que impida el goce de la pensión de invalidez y de la pensión gracia de manera concomitante. Al respecto, no puede perderse de vista que la pensión de invalidez tiene su origen en una relación laboral y su otorgamiento está condicionado a los aportes que el afiliado haya realizado al Sistema General de Pensiones, mientras que la pensión gracia es una retribución que se concede a los docentes sin exigirles aportes al sistema, sino que basta con cumplir los requisitos contemplados en las Leyes 114 de 1913; 116 de 1928; 37 de 1933; y 91 de 1989. [...] a esta Sala no le queda duda de que la accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión gracia al haber demostrado con creces todos los requisitos y no existir duda respecto a que dicha prestación es compatible con la pensión de invalidez que le fue reconocida desde el 11 de mayo de 2004. [...]»

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de dos (02) de marzo de dos mil veintitrés (2023), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 17001-23-33-000-2015-00198-01(3638-2018)

SECCIÓN TERCERA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Consejo de Estado reitera que la proposición de las pretensiones de la demanda debe guardar relación con el tipo de acción contenciosa que se interponga

Síntesis del caso: Se revoca la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción. Los demandantes no objetaron la legalidad del acto que revocó la apertura de la licitación ni pidieron su anulación. Se niegan las pretensiones porque el daño reclamado no es antijurídico.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PERJUICIO DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO QUE DA APERTURA A LA LICITACIÓN PÚBLICA / GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA / CARGAS PÚBLICAS / PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PÚBLICAS / DAÑO ESPECIAL / DAÑO ANTIJURÍDICO / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico 1: ¿Es procedente la declaración del daño antijurídico o daño especial por desequilibrio de las cargas públicas?

Tesis 1: [S]e advierte que los demandantes no reclaman como perjuicio el valor de lo que tuvieron que invertir en la preparación de la propuesta; ni el valor de los pliegos (que la Administración decidió reintegrarles); ni el valor de la adquisición de la póliza de seriedad (la cual también les fue devuelta). Lo que reclaman es el valor asegurado en la garantía de seriedad del ofrecimiento que, de acuerdo con lo desarrollado por la Sección Tercera en la sentencia del 24 de junio de 2004, podía servir de parámetro para establecer el monto del perjuicio causado al particular cuando el Estado lo privaba ilegalmente de participar en una licitación. El anterior parámetro tenía la siguiente lógica: si el adjudicatario que injustificadamente no suscribe el contrato debe pagar la suma prevista en la póliza de seriedad, lo propio debía ocurrir cuando el Estado ilegalmente privaba injustificadamente al particular del derecho que le asistía de que su oferta fuera valorada. (...) La misma pretensión es improcedente en este caso porque – se itera– los demandantes no están reclamando un perjuicio derivado de una actuación ilegal de la administración: están pidiendo un restablecimiento a partir de considerar que una decisión lícita de la Administración produjo un desequilibrio en las cargas públicas y les generó un daño especial en la terminología de la jurisprudencia, o un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la C.P. En síntesis, el daño cuya reparación impetran los demandantes no es un daño antijurídico o un daño especial que tenga por objeto restablecer el equilibrio de las cargas públicas, razón por la cual deben rechazarse las pretensiones de la demanda.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CRITERIOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PERJUICIO DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DAÑO ESPECIAL / IMPUTACIÓN DEL DAÑO ESPECIAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDAD LEGÍTIMA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL / ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONTROL DE LEGALIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRETENSIONES DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DIFERENCIA ENTRE ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA Y ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Problema jurídico 2: ¿Cuál es la acción procedente para el resarcimiento del daño especial derivado de un acto administrativo?

Tesis 2: De otro lado, la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde antes de la expedición de la Constitución Política de 1991 que reguló en su artículo 90 la responsabilidad del Estado, había indicado que resultaba posible reclamar perjuicios derivados de un acto administrativo legal en el evento de que dicho acto hubiese generado un daño especial al demandante. Y consideró que tal reparación se generaba porque un particular no podía ver afectado su patrimonio de manera particular y grave por un acto legítimo de la Administración. Se estimó que en tal caso se producía un desequilibrio en las cargas públicas que todos los ciudadanos debemos soportar proporcionalmente, por lo cual el mismo debía ser restablecido. (...) Si se invoca el daño especial o antijurídico, derivado de una decisión que se estima lícita, se está excluyendo como fundamento del mismo el incumplimiento o la actuación irregular como fuente del daño. Si, por el contrario, se considera que la Administración obró irregularmente, lo que en la adopción de una decisión se identifica con la ilegalidad de la misma, el demandante puede solicitar el restablecimiento de su derecho y la reparación de perjuicios. Pero para ello debe impetrar la nulidad del acto y desvirtuar la presunción de legalidad del mismo: en el proceso, a partir de las circunstancias fácticas relevantes y de las normas aplicables, debe concluirse que la decisión de la Administración debió ser otra. Y todo lo anterior debe ser estudiado en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con el objeto de la reparación en caso de daños causados con actuaciones legítimas de la Administración, consultar sentencia de 28 de octubre de 1976, Exp. 1482, C.P. Jorge Valencia Arango.

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con aclaración de voto de los Consejeros Freddy Ibarra Martínez y Alberto Montaña Plata.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 01 de marzo de 2023, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 05001-23-33-000-2009-00126-01\(54107\).](#)

Aclaración de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez

ACLARACIÓN DE VOTO / IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA / INEXISTENCIA DE INEPTITUD DE LA DEMANDA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / DAÑO ANTIJURÍDICO / CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO / DAÑO ESPECIAL / RUPTURA DEL EQUILIBRIO DE LAS CARGAS PÚBLICAS / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PÚBLICAS / SIMILITUD CONCEPTUAL

Problema jurídico: *¿La sentencia incurre en una imprecisión conceptual, al confundir las nociones de daño antijurídico y daño especial??*

Tesis: De otro lado, la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde antes de la expedición de la Constitución Política de 1991 que reguló en su artículo 90 la responsabilidad del Estado, había indicado que resultaba posible reclamar perjuicios derivados de un acto administrativo legal en el evento de que dicho acto hubiese generado un daño especial al demandante. Y consideró que tal reparación se generaba porque un particular no podía ver afectado su patrimonio de manera particular y grave por un acto legítimo de la Administración. Se estimó que en tal caso se producía un desequilibrio en las cargas públicas que todos los ciudadanos debemos soportar proporcionalmente, por lo cual el mismo debía ser restablecido. (...) Si se invoca el daño especial o antijurídico, derivado de una decisión que se estima lícita, se está excluyendo como fundamento del mismo el incumplimiento o la actuación irregular como fuente del daño. Si, por el contrario, se considera que la Administración obró irregularmente, lo que en la adopción de una decisión se identifica con la ilegalidad de la misma, el demandante puede solicitar el restablecimiento de su derecho y la reparación de perjuicios. Pero para ello debe impetrar la nulidad del acto y desvirtuar la presunción de legalidad del mismo: en el proceso, a partir de las circunstancias fácticas relevantes y de las normas aplicables, debe concluirse que la decisión de la Administración debió ser otra. Y todo lo anterior debe ser estudiado en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 01 de marzo de 2023, A.V. Fredy Ibarra Martínez, radicación 05001-23-33-000-2009-00126-01\(54107\).](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / LUCRO CESANTE / PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / CELEBRACIÓN DE CONTRATO / RUBRO DE IMPREVISTOS EN EL CONTRATO ESTATAL / UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA / PÓLIZA DE SERIEDAD / PÓLIZA DE SERIEDAD DE LA OFERTA / VALOR ASEGURADO / EXIGIBILIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO

Problema jurídico: ¿El demandante no pretendió el lucro cesante por la no celebración del contrato consistente en la utilidad fijada en el respectivo rubro de administración, utilidad e imprevistos (AUI), sino, aquel que pidió únicamente el valor asegurado en la póliza de seriedad de la oferta?

Tesis: La decisión de negar las pretensiones debió sustentarse en el hecho de que el demandante en ningún momento pretendió el lucro cesante por la no celebración del contrato consistente en la utilidad fijada en el respectivo rubro de administración, utilidad e imprevistos (AUI), sino, aquel que pidió únicamente el valor asegurado en la póliza de seriedad de la oferta –sin siquiera especificar el concepto que sustentaba su pretensión– lo cual impedía condenar a la entidad estatal demandada. En efecto, el hecho de que en la demanda no se atacara la legalidad de la decisión de revocar el acto de apertura de la licitación resultaba irrelevante de cara a los perjuicios que podía reclamar el actor, la discusión sobre las irregularidades cometidas por la administración en nada se relacionaban con el daño padecido por el frustrado oferente. (...) En el asunto de la referencia, aunque el proceso de escogencia estaba en su última etapa y que el oferente demandante acreditó que cumplía con todos los parámetros de la licitación previstos en el pliego de condiciones, inclusive con los requerimientos económicos –el precio de su propuesta estaba comprendido entre el 90% y 100% del presupuesto oficial–, no podría condenarse a la entidad porque el actor no pretendió la ganancia –la utilidad fijada en el AUI–, sino que, tan solo solicitó, sin especificar sobre qué título, el valor asegurado en la póliza de seriedad de la oferta. Este rubro tiene como finalidad, principalmente, ser una estimación anticipada de perjuicios en favor de la entidad convocante, pero no en favor de los proponentes y aunque jurisprudencialmente se ha empleado para calcular la ganancia dejada de percibir por la no firma de un contrato, ello solo procede cuando se desconoce el porcentaje de la utilidad fijada en el AUI; sin embargo, este no es el caso porque en la oferta se fijó la utilidad en un cinco por ciento (5%) del valor del contrato.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 01 de marzo de 2023, A.V. Alberto Montaña Plata, radicación 05001-23-33-000-2009-00126-01\(54107\).](#)

2. La anulación del acto general no afecta la existencia de los actos expedidos a su amparo, sino únicamente genera la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos, fenómeno de ineficacia que resulta inane frente a actos administrativos que, al momento de la nulidad, ya habían surtido plenos efectos y su validez había sido confirmada en sendos procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.

Síntesis del caso: "Se demanda "el defectuoso funcionamiento o error judicial" en el que incurrió el Tribunal Administrativo de Santander por no suspender los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho mientras se resolvía un proceso de simple nulidad cuyo resultado determinaría la prosperidad de las pretensiones de otro proceso. De igual forma se demanda

la antijuridicidad del retiro de los actores de la Contraloría Departamental de Santander que quedó expuesto con la nulidad del acto general que la fundamentó."

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO ANTIJURÍDICO DERIVADO DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / DAÑO CAUSADO POR ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL / DAÑO DERIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / DAÑO DERIVADO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / ORDENANZA DEPARTAMENTAL / NULIDAD DE LA ORDENANZA DEPARTAMENTAL / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL / EFECTOS DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE ACTOS / EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD / EFECTOS DEL FALLO DE NULIDAD / SITUACIÓN JURÍDICA CONSOLIDADA / PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EFECTOS DE LA PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL / INEFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO DE REESTRUCTURACIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL / REESTRUCTURACIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL / REESTRUCTURACIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL / CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL / DESVINCULACIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO / DESVINCULACIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL / CRITERIOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / NEGACIÓN DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / CONFIGURACIÓN DE LA INEPTITUD DE LA DEMANDA / INEPTITUD DE LA DEMANDA / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN

Problema jurídico 1: ¿La anulación del acto general no afecta la existencia de los actos expedidos a su amparo, sino únicamente genera la pérdida de fuerza ejecutoria, fenómeno de ineficacia que resulta inane frente a actos administrativos que, en el caso concreto, al momento de la nulidad, ya habían surtido plenos efectos y su validez había sido confirmada en sendos procesos de nulidad y restablecimiento del derecho?

Tesis 1: “[S]e demanda la antijuridicidad del retiro de los actores de la Contraloría Departamental de Santander que quedó expuesto con la nulidad del acto general que la fundamentó. (...) Respecto de la reparación por el daño derivado del retiro antijurídico de los demandantes que, según la parte actora, quedó expuesto cuando se declaró la nulidad de la Ordenanza 50 de 1999, artículo segundo, numeral e), mediante sentencia de 27 de septiembre de 2007, la Sala efectúa las siguientes consideraciones: (...) Es cierto, como lo plantea el actor, que, en ocasiones, es posible acudir en reparación directa si un acto administrativo general fue anulado y la parte actora, no cuestiona su legalidad (que ya fue desvirtuada) sino la reparación de un daño que ese acto hubiera causado. (...) Sin embargo, en este caso, no se pueden desconocer dos aspectos que hacen inviable la aplicación de esa hipótesis: que, entre el acto general anulado y el daño antijurídico, se produjeron otros actos administrativos y que esos actos administrativos fueron sometidos a control judicial en los que no se logró desvirtuar su presunción de legalidad. Luego, a juicio de esta corporación, la situación de los actores se consolidó y no puede variar por la expedición de la sentencia de simple nulidad. (...) Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado ha señalado que la decisión de declarar nulo un acto administrativo general, como lo indica el actor, tiene efectos retroactivos, sin embargo, únicamente puede afectar a las situaciones no definidas, bien sea porque se controvierten frente a la misma administración o bien sea porque se controvierten en un proceso judicial; es decir, se trate de situaciones jurídicas no consolidadas. (...) En el caso concreto, la situación de los actores, para cuando se profirió el fallo de simple nulidad, se encontraba consolidada, comoquiera que había sido sometida a discusión judicial y, además, se había fallado y la sentencia había cobrado ejecutoria, razón por la cual lo ahí decidido hizo tránsito a cosa juzgada frente a los hechos expuestos. Luego, lo que allí se resolvió no puede mutar o variar por la ocurrencia de situaciones ocurridas con posterioridad como, en efecto, lo fue la expedición de la sentencia de simple nulidad. (...) Los

demandantes aseguran que la nulidad del acto administrativo de carácter general (Ordenanza 50 de 1999) generó inexistencia de los actos administrativos de contenido particular y que, por consiguiente, sus perjuicios deberían ser reparados mediante la acción de reparación directa. Al respecto, precisa esta Subsección que la anulación del acto general no afecta la existencia de los actos expedidos a su amparo, sino únicamente genera la pérdida de fuerza ejecutoria, fenómeno de ineficacia que resulta inane frente a actos administrativos que, al momento de la nulidad, ya habían surtido plenos efectos y su validez había sido confirmada en sendos procesos de nulidad y restablecimiento del derecho. Por demás, la anulación del acto administrativo de contenido general que dispuso la reestructuración administrativa no convierte, por sí sola, los daños causados en antijurídicos, considerando que la causa adecuada o eficiente de ellos no se encuentra en el acto general, sino en cada uno de los actos particulares que dispusieron el retiro y que gozan de presunción de legalidad. (...) No es cierto, como lo afirma la parte actora que, en este caso, resulte apta la reparación directa para obtener la indemnización, comoquiera que la hipótesis con la que se pretende hacer viable su pedimento no se ajusta a los eventos en los que, de acuerdo con la jurisprudencia, procede la acción de reparación directa luego de una sentencia de nulidad simple.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia de la acción de reparación directa para demandar daños provenientes de actos administrativos, consultar providencia de 17 de noviembre de 2016, Exp. 57073, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Acerca de los efectos de los fallos de nulidad, consultar providencia de 17 de noviembre de 2016, Exp. 57073, C.P. Ramiro Pazos Guerrero

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ERROR JUDICIAL / ERROR JUDICIAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL / ERROR JURISDICCIONAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / OMISIÓN DE PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / SUSPENSIÓN DEL PROCESO / SUSPENSIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / REPARACIÓN DIRECTA POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ERROR JURISDICCIONAL / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTEO DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCEDENCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / OPERANCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / EXTEMPORANEIDAD DE LA DEMANDA DE REPARACIÓN DIRECTA / PRESENTACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LA DEMANDA

Problema jurídico 2: *¿Se presentó oportunamente la acción de reparación directa incoada para demandar el defectuoso funcionamiento o error judicial en el que, según los actores, incurrió el Tribunal Administrativo de Santander por no suspender unos procesos de nulidad y restablecimiento del derecho mientras se resolvía un proceso de simple nulidad cuyo resultado determinaría la prosperidad de las pretensiones de dichos procesos?*

Tesis 2: “Se demanda “el defectuoso funcionamiento o error judicial” en el que incurrió el Tribunal Administrativo de Santander por no suspender los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho mientras se resolvía un proceso de simple nulidad cuyo resultado determinaría la prosperidad de las pretensiones de otro proceso. (...) Respecto de la reparación por un daño derivado del “error judicial o el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia” la Sala encuentra que la acción de reparación directa se encuentra caducada. Además de que la decisión de declarar la caducidad frente a este punto no fue apelada, se coincide con lo expuesto por la primera instancia. Los quince demandantes promovieron demandas de nulidad y restablecimiento del derecho las cuales fueron decididas por el Tribunal Administrativo de Santander. La última sentencia en quedar ejecutoriada, lo hizo el 6 de septiembre de 2004. En consecuencia, dado que la demanda se presentó el 4 de noviembre de 2008, la acción se encuentra caducada. (...) Frente a este punto, se resaltan dos aspectos. El primero, que, dado

que, para la fecha de presentación de la demanda aún no era un requisito obligatorio como presupuesto procesal agotar la conciliación extrajudicial, en este caso, no se agotó y por tanto no hubo tiempo de suspensión de la caducidad. (...) El segundo, que no existe justificación alguna en la demanda o en el recurso de apelación que apunte a explicar porque no existiría caducidad de la acción pese a transcurrir casi 4 años entre la ejecutoria de las sentencias que resolvieron la nulidad y restablecimiento del derecho y la presentación de la demanda. Adicionalmente, para la Sala la sentencia de 27 de septiembre de 2007, proferida dentro del proceso de simple nulidad Rad. 2000-00168-01, no afectó la contabilización de la caducidad. (...) En los términos de la demanda, se alega “un error o un defectuoso” porque no se suspendieron los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho pese a existir una demanda de simple nulidad en contra de la decisión de restructuración. Sin embargo, esa omisión que se alega, ocurrió en el trámite de los procesos de nulidad y restablecimiento sin que sea válido argumentar que solo hasta que se profirió esa sentencia de simple nulidad, se conoció de la omisión. (...) Se insiste que no es cierto que el error de esas sentencias se haya develado con la Sentencia de simple nulidad de 27 de septiembre de 2007. Primero, porque, incluso se destaca que, uno de los demandantes de la simple nulidad fue el señor (...), quien también obró como apoderado de los actores en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, luego, la parte actora conocía de la existencia de ese proceso de simple nulidad y, en consecuencia, de la supuesta omisión de haber declarado la prejudicialidad y no tenía que esperar a que se resolviera de fondo el asunto para demandar la omisión. Segundo, porque, adicionalmente, esos asuntos tramitaron juicios de legalidad diferentes con objetos distintos; el que terminó con la sentencia de nulidad y restablecimiento de los actores constituyó un juicio de legalidad subjetivo en el que los actores demandaron el Decreto expedido por el Gobernador en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por la Asamblea y el oficio mediante el cual se les comunicaba la supresión. Por su parte, el que terminó con la sentencia de simple nulidad constituyó un juicio de legalidad objetivo en el que se demandó parcialmente la Ordenanza 50 de 1999. (...) Luego, además de que el actor no justificó la demora en interponer la demanda, para la Sala la expedición de la Sentencia de 27 de septiembre de 2007, no puede ser tenida en cuenta para efectos de contabilizar la caducidad frente a este punto. (...) En consecuencia, la Sala confirmará la decisión porque se configuró la caducidad de la acción respecto de la Nación – Rama Judicial y porque se configuró la inepta demanda respecto del Departamento de Santander – Contraloría de Santander.”

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 31172, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 19 de abril de 2023; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 68001-23-31-000-2008-00558-01\(54328\)](#)

Aclaración de voto del consejero Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz

ACLARACIÓN DE VOTO / DAÑO ANTIJURÍDICO DERIVADO DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / DAÑO CAUSADO POR ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR / DAÑO DERIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / DAÑO DERIVADO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL / DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ORDENANZA DEPARTAMENTAL / NULIDAD DE LA ORDENANZA DEPARTAMENTAL / EFECTOS DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE ACTOS / EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD / EFECTOS DEL FALLO DE NULIDAD / SITUACIÓN JURÍDICA CONSOLIDADA / CRITERIOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN / ARGUMENTO DE LA SENTENCIA / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA / PERJUICIO DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FUENTE DEL DAÑO / FUENTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO / CAUSA GENERADORA DEL DAÑO / CAUSAS DEL DAÑO

Problema jurídico 1: ¿La acción procedente no depende de la consolidación de la situación jurídica de los demandantes, sino de la fuente del daño?

Tesis 1: “Los demandantes afirmaron que, aunque el daño fue causado por actos administrativos particulares, la acción de reparación directa sí era procedente porque el acto general en el que se fundaron fue declarado nulo después de que se negaran las pretensiones en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos particulares. (...) La mayoría de la Sala consideró que, como ya se habían resuelto las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, la situación jurídica de los demandantes estaba “consolidada” y la acción de reparación directa era improcedente. En mi criterio, las sentencias que resolvieron los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho hicieron tránsito a cosa juzgada, pero esta circunstancia no determinaba la improcedencia de la acción. Esta determinación depende únicamente de la fuente del daño. (...) En este sentido, el argumento de la “situación jurídica consolidada” era innecesario: para declarar la indebida escogencia de la acción era suficiente señalar que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo general no habilitaba a las partes para demandar, mediante la acción de reparación directa, la indemnización de los perjuicios causados por actos particulares.”

ACLARACIÓN DE VOTO / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTEO DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCEDENCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ERROR JURISDICCIONAL / ERROR JUDICIAL / ERROR JURISDICCIONAL / CONOCIMIENTO DEL HECHO DAÑOSO / CERTEZA DE LA OCURRENCIA DEL DAÑO / CAUSACIÓN DEL DAÑO / FECHA DE LA PROVIDENCIA JUDICIAL / EJECUTORIA DE LA SENTENCIA

Problema jurídico 2: *¿El conteo del plazo de caducidad a partir del conocimiento del hecho dañoso es una excepción a la regla general que no puede aplicarse directamente sino en defecto de esta?*

Tesis 2: “En relación con la caducidad de las pretensiones por un error judicial cometido en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la mayoría de la Sala afirmó que los demandantes podían conocer la existencia simultánea de un proceso de nulidad simple contra el acto general. En los términos del artículo 136 del CCA, la caducidad de la acción de reparación directa depende de la fecha en que ocurrieron los hechos. Su conocimiento es una regla subsidiaria, establecida en el CPACA como regla excepcional. En este caso no había lugar a estudiar la excepción porque la regla general era plenamente aplicable: la caducidad se contaba desde que quedaron ejecutoriadas las providencias acusadas del error, las cuales se profirieron en un proceso del que los ahora demandantes fueron parte.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 19 de abril de 2023; A.V. Martin Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación: 68001-23-31-000-2008-00558-01\(54328\)](#)

3. No puede pasarse directamente de un hecho indicador a un hecho indicado sin develar las reglas a través de las cuales se hace ese tránsito.

Síntesis del caso: *Un paciente acude al Hospital Naval de Cartagena por padecer dolores lumbares con compromiso de las piernas, recibiendo un tratamiento de fisioterapia sin mejoría alguna. Posteriormente, presentó un cuadro de vejiga neurogénica –disminución del chorro urinario– asociado con un trastorno neurológico. Luego de varios exámenes se le diagnosticó una discopatía degenerativa múltiple con herniación y fue intervenido quirúrgicamente. Aunque la cirugía se desarrolló sin complicación alguna, horas después el paciente refiere no sentir ni poder mover las piernas. El neurólogo tratante determinó que el paciente padecía mielopatía trasversa y se decidió su remisión al Hospital Militar Central de Bogotá, en donde se le practicó*

una segunda cirugía de descompresión del canal lumbar y drenaje de hematoma epidural. Desde ese momento, no volvió a recuperar la movilidad de sus piernas, producto de una lesión medular isquémica toracolumbar. Por considerar que su paraplejía devino de una falla en el procedimiento del primer acto quirúrgico y de las deficiencias en el diagnóstico post operatorio, él como afectado y su colectivo familiar demandan en reparación directa.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / DAÑO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERRORES EN LA ACTIVIDAD MÉDICA / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO QUIRÚRGICO / SERVICIO MÉDICO QUIRÚRGICO / INDICIO / APRECIACIÓN DEL INDICIO / PRUEBA INDICIARIA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA / VALOR PROBATORIO DEL INDICIO / REQUISITOS DE LA PRUEBA INDICIARIA / LÓGICA DEL INDICIO / ESTRUCTURA DEL INDICIO / INFERENCIA / INFERENCIA LÓGICA / ERROR DE INFERENCIA / SISTEMA DE REGLAS DE LA EXPERIENCIA / CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE REGLAS DE LA EXPERIENCIA / REQUISITOS DEL SISTEMA DE REGLAS DE LA EXPERIENCIA

Problema jurídico: ¿Se puede inferir que existió un error en el procedimiento quirúrgico o en el diagnóstico post quirúrgico practicado al demandante, derivado de culpa o negligencia del personal médico, por el hecho de que doce horas después de practicada la cirugía le devino una pérdida de movilidad de sus miembros inferiores?

Tesis: “[A]nte la inexistencia de un dictamen pericial, la primera instancia optó, mediante un proceso inferencial, por extraer lo que en la técnica probatoria se conoce como un “indicio contingente grave”, que se presenta “cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado”. De esta manera concluyó, sin más, que el hecho de que la parálisis de miembros inferiores del señor (...) se hubiera presentado horas después de su intervención quirúrgica (hecho indicador o indicante), conforme a “las reglas de la experiencia científica, objetiva y estadística” – sin precisar cuáles– y, al margen de un conocimiento especializado que estimó no requerir, era indicativo de que, a menos que se hubiera presentado una falla en el acto médico, la cirugía no debió desencadenar en la paraplejía del paciente (hecho indicado). En otras palabras, coligió que existió una alta probabilidad de error de los médicos en el procedimiento practicado al señor (...) el cual se perfilaba como la causa de la paraplejía del demandante. La Sala se aparta de ese procedimiento inferencial y, por contera de la conclusión así obtenida, no porque desatienda la utilidad que, en algunos casos, puedan brindar los indicios como prueba indirecta que son, sino porque esa clase de prueba exige, en su construcción, un iter lógico concatenado que no permite ni admite los sobresaltos o pasos sobreesidos en la cadena inferencial. Dicho de otro modo, no puede pasarse directamente de un hecho indicador a un hecho indicado, sin develar las reglas a través de las cuales se hace ese tránsito.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el empleo de la prueba indiciaria, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, rad.15700, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2013, rad. 27913, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, y Corte Suprema de Justicia, de 8 de mayo de 1997, rad. 9858. Sobre la aplicación de las reglas de la experiencia, consultar: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de octubre de 2016, rad. 37175. Sobre la prueba de la falla del servicio médico, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, rad. 15772, C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sobre el cumplimiento de la lex artis, consultar: Corte Suprema de Justicia, sentencia del 29 de marzo de 2017, rad. 2011-00108-01.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de diciembre de 2022, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 13001-23-31-000-2007-00812-01 \(55229\).](#)

4. Se declara nulidad absoluta del contrato de concesión minera por presentar superposición del 100% con el área del Parque Nacional Natural Yaigoje.

Síntesis del caso: El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial declaró, reservó, delimitó y alinderó el Parque Nacional Natural Yaigoje Apaporis mediante Resolución 2079 de 27 de octubre de 2009, acto que fue publicado en el diario oficial el 29 de octubre del mismo año. El 29 de octubre de 2009 se suscribió contrato de concesión minera para la exploración y explotación de un yacimiento de minerales de oro y sus concentrados, ubicado en jurisdicción del municipio de Taraira – Vaupés, por un término de 30 años, dicho contrato se inscribió en el registro minero Nacional el 3 de diciembre de 2009. El área objeto de concesión se superpone con el área del Parque Nacional Natural Yaigoje Apaporis. El Decreto 622 de 1977 y el Código de Minas prohíben la ejecución de actividades minerales en las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales, y por cuanto la declaración y delimitación del Parque Nacional Natural fue anterior al contrato de concesión minera, éste se encuentra viciado por objeto ilícito.

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PARQUES NACIONALES NATURALES / SISTEMA NACIONAL DE PARQUES NATURALES / PARQUE NACIONAL NATURAL / ÁREA DE MANEJO ESPECIAL DE AGUA / ZONA RESTRINGIDA PARA LA EXPLOTACIÓN DE LA MINA / EXPLORACIÓN MINERA / ZONA DE RESERVA NATURAL / RESERVA NATURAL / PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE

Problema jurídico 1: *¿Los Parques Nacionales Naturales están sometidos a un régimen jurídico especial para garantizar su conservación?*

Tesis 1: “Desde la expedición del Decreto ley 2811 de 1974 (Código Nacional de Recurso Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente) el ambiente es patrimonio común, de allí que tanto el Estado como los particulares deben participar en su preservación y manejo al tratarse de funciones y de actividades de utilidad pública y de interés social. [...] [B]ajo los artículos 308 y siguientes, creó la figura de las “áreas de manejo especial”, definidas como aquellas que se delimitan para administrar, manejar y proteger el ambiente y los recursos naturales renovables, divididas en: (i) Los distritos de manejo integrado; (ii) Las áreas de recreación; (iii) Las cuencas hidrográficas en ordenación; (iv) Los distritos de conservación de suelos, y (v) El Sistema de Parques Nacionales Naturales. El Sistema de Parques Nacionales Naturales se define como el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional que, en beneficio de los habitantes de la Nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reserva y declara con el objetivo de conservar valores sobresalientes de fauna y flora, paisajes o reliquias históricas, culturales o arqueológicas, mantener la diversidad biológica y asegurar la estabilidad ecológica. Este sistema, que conforme al artículo 334 “[c]orresponde a la administración reservar y alindar”, puede configurarse bajo los siguientes tipos de áreas: (i) Parque Nacional; (ii) Reserva Natural; (iii) Área Natural Única; (iv) Santuario de Flora; (v) Santuario de Fauna; y (vi) Vía Parque. En lo que refiere propiamente a los Parques Nacionales, entendidos como áreas de extensión de autorregulación ecológica y cuyos ecosistemas no han sido alterados sustancialmente por la explotación u ocupación humana, con un valor científico, educativo, estético y recreativo nacional; sometidas a un régimen adecuado de manejo para su perpetuación, el artículo 331 dispone que en éstos únicamente podrán realizarse actividades de conservación, recuperación y control, investigación, educación, recreación y cultura. [...] [E]l artículo 63 constitucional, atribuyó a los Parques Naturales las mismas prerrogativas de los bienes de uso público (inalienables, imprescriptibles e inembargables). De cara a la regulación antes definida, el Código de Minas, en su artículo 34, dispuso que: No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del medio ambiente que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras. Estas zonas de exclusión se constituyen como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales, las cuales, para producir estos efectos, deberán delimitarse geográficamente por la autoridad ambiental con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero. [...] [L]os Parques Nacionales Naturales corresponden a áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional que, en beneficio de todos los habitantes y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reservan y declaran por la administración para someterse a un régimen especial que garantice su perpetuación, el cual determina la prohibición de desarrollar en sus límites actividades

distintas a las de conservación, recuperación y control de sus recursos, investigación, educación, recreación y cultura.”

PUBLICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL / PARQUE NACIONAL NATURAL / FUNCIONES DE LOS PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA / PARQUES NACIONALES NATURALES / PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA / SISTEMA NACIONAL DE PARQUES NATURALES / ZONA DE RESERVA NATURAL / REDELIMITACIÓN DE LA ZONA DE RESERVA FORESTAL / EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EJECUTIVIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INOPONIBILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / OPONIBILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 2: *¿El acto administrativo mediante el cual se declara, reserva, delimita y alindera un Parque Nacional Natural goza de ejecutividad y ejecutoriedad desde su publicación en el Diario Oficial?*

Tesis 2: “[C]orresponde al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante acto administrativo motivado, declarar, reservar, delimitar y alindera, las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales. En lo que refiere a la publicidad de este acto, las normas antes indicadas no establecen algún requisito especial o adicional al definido para los demás actos administrativos, de manera que, como acto de carácter general, según las reglas contenidas en el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo (CCA) y en el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, éste es eficaz y oponible una vez haya sido notificado a través de su publicación en el Diario Oficial, con lo cual “se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad”. No hay duda entonces de que el acto administrativo mediante el cual se declara, reserva, delimita y alindera un Parque Nacional Natural, como regla general, proyecta sus efectos de ejecutividad y ejecutoriedad desde su publicación en el Diario Oficial, y, por ende, desde ese momento es eficaz y oponible a los administrados -y a la misma administración-, quienes deberán allanarse por completo al cumplimiento de las finalidades del sistema de parques y a las únicas actividades permitidas en dichas áreas. Ahora, como quiera que los Parques Nacionales Naturales no sólo se integran por áreas de propiedad estatal, en tanto pueden conformarse total o parcialmente por terrenos particulares, su acto de creación se convierte en un verdadero límite al ejercicio del derecho a la propiedad privada, pues como se ha explicado, en las áreas reservadas y declaradas podrían verse restringidas algunas de las atribuciones que se desprenden de su ejercicio a partir del establecimiento de reservas, prohibiciones, limitantes o gravámenes, que condicionan el uso, la explotación y la disponibilidad de los inmuebles que integran el Parque Nacional Natural. [...] [L]o anterior no significa que los bienes inmuebles de carácter privado integrados al área de reserva cambien o muten de naturaleza jurídica, por ejemplo, en cuanto a los legítimos dueños de los terrenos; lo que sucede es que al formar ahora parte de un área de mayor extensión reconocida como bien del Estado, estos bienes privados se someten a las limitaciones, cargas y gravámenes que se derivan de ese reconocimiento contenido en el acto administrativo correspondiente, lo que se traduce, tratándose de los Parques Nacionales, en la imposibilidad de disponer de dichos inmuebles por fuera de las restricciones que surgen de su incorporación al citado sistema.”

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de los inmuebles que se encuentren en zona de Parque Nacional Natural, cita: Corte Constitucional, sentencias C-649 de 1997 y C-189 de 2006.

CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / ACTIVIDAD MINERA / CONCESIÓN DE MINA / EXPLORACIÓN MINERA / PROPIEDAD DE LA ACTIVIDAD MINERA / EXPLOTACIÓN DEL SUBSUELO / PROPIEDAD DEL SUBSUELO / BUENA FE / DEBERES DEL CONTRATISTA / PARQUE NACIONAL NATURAL / PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 3: *¿El contrato de concesión minera otorga a favor del concesionario un derecho real de dominio sobre el área otorgada o sobre los minerales que se encuentran en ella?*

Tesis 3: “La Constitución Política reconoció expresamente al Estado su condición de único propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, y le asignó al Congreso de la República la función de determinar o establecer las condiciones de explotación de dichos recursos. En observancia de lo anterior, el legislador expidió la Ley 685 de 2001, contentiva del actual Código de Minas, la cual determinó que el derecho a explorar y explotar minas, que son de exclusiva propiedad estatal, solo puede constituirse,

declararse y probarse mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional. El artículo 45 del Código de Minas establece que el contrato de concesión minera es aquel celebrado entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de éste, los estudios, trabajos y obras de exploración y explotación de minerales "de propiedad estatal" que puedan encontrarse dentro de una zona determinada, mientras que el artículo 58 de la misma codificación, al enunciar los derechos que surgen del contrato de concesión minera, explica que éste solo otorga al concesionario la facultad excluyente de efectuar dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras necesarias para determinar la existencia de los minerales objeto del contrato y explotarlos. Así mismo, el artículo 15 es expreso en señalar que el contrato de concesión no transfiere al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales "in situ". Por tanto, el contrato de concesión minera no otorga a favor del concesionario un derecho real de dominio sobre el área otorgada o sobre los minerales que se encuentran en ella, sino únicamente el derecho para establecer en forma exclusiva y temporal dentro de esa área, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables para apropiárselos mediante su extracción o captación, así como para gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio de dichas actividades. [...] [C]omo los efectos de la Resolución 2079 de 2009 que se discuten por el recurrente en el caso concreto no refieren a las eventuales limitaciones al derecho de propiedad de un inmueble afecto al área de reserva, sino a la legalidad de un negocio jurídico, éste no puede alegar que dicho acto administrativo no le era oponible desde su publicación en el Diario Oficial, pues desde ese momento, realizada su publicación conforme a la ley, la prohibición de desarrollar actividades de exploración y explotación minera en la zona se presume que era conocida y los contratos celebrados tanto por los particulares como por las entidades estatales no podían desconocer sus mandatos -como en el caso concreto-, los cuales ya se habían publicitado como parte del marco normativo en materia ambiental. [...] La actividad que pretendía desarrollar el recurrente, esto es, la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, corresponde a una actividad sometida a la intervención y control del Estado, de manera que el particular es responsable de conocer las reglas de la actividad estatal que desea llevar a cabo para poder ejercerla, especialmente, al tratarse de una industria como la minería, declarada legalmente como de utilidad pública, de interés social y regida por normas de orden público; caso distinto sucede cuando la actividad que se pretende desarrollar por el particular corresponde al libre ejercicio de sus derechos, donde existe un mayor deber de publicidad frente al administrado, puesto que materialmente se le están limitando esos derechos, y si no se entera del acto, es probable que de buena fe desconociera la regla que ha debido seguir. La inoponibilidad en estos casos podría predicarse principalmente en beneficio del particular, pero no del Estado, mucho menos respecto de autoridades ambientales o con responsabilidades en el manejo de los recursos naturales, como es el caso del entonces INGEOMINAS, a quien, por ende, desde la publicación de la Resolución 2079 de 2009 le estaba prohibida la celebración, por ilicitud en su objeto, del negocio jurídico que se debate."

NOTA DE RELATORÍA: Respecto a la publicidad del acto administrativo, cita: Corte Constitucional, sentencia T-744 de 2004.

CAUSALES DE NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / DECLARATORIA DE NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / NULIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / IMPROCEDENCIA DE RESTITUCIONES MUTUAS / LÍMITES DE RESTITUCIONES MUTUAS / RESTITUCIONES MUTUAS / ACTIVIDAD MINERA / CONCESIÓN DE MINA / CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / EXPLORACIÓN MINERA / PRUEBA DE ACTIVIDAD MINERA / PROPIEDAD DE LA ACTIVIDAD MINERA / ZONA RESTRINGIDA PARA LA EXPLOTACIÓN DE LA MINA / OBJETO DEL CONTRATO / OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / OBJETO ILÍCITO DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO

Problema jurídico 4: *¿Ante la nulidad absoluta del contrato de concesión minera, se hacen viables las restituciones mutuas que normalmente conlleva esta declaratoria de anulación?*

Tesis 4: "[E]l demandado conocía la creación del Parque Nacional Natural y las prohibiciones que éste conllevaba, y por ende la ilegalidad del contrato, a pesar de lo cual insistió en su ejecución; por tanto, la Sala concluye como hizo el Tribunal a quo, que no resultan procedentes las restituciones mutuas atendiendo al régimen jurídico del contrato de concesión minera. [...] [A]unque la nulidad absoluta del

contrato declarada en sentencia otorga a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, ello es así sólo en tanto y en cuanto sea posible volver las cosas a ese estado inicial, asunto que resulta inviable en el contrato de concesión minera que se estudia, al tratarse de un contrato de tracto sucesivo donde: No hay prueba de que hubiese llegado a la etapa de explotación, por lo que no está acreditado que se hubiere generado el pago de regalías como contraprestación, además de lo cual, el accionante no demostró las inversiones efectuadas. Incluso en el caso de haberse acreditado el pago de las regalías, sería inviable llevar a las partes a su condición natural primigenia previa a la explotación del recurso, toda vez que resultaría imposible restituir el material extraído, y en esa medida, injusto exigir a la entidad concedente la restitución de las sumas que por tal concepto hubiese recibido. Esta misma circunstancia es predicable respecto del pago del canon superficiario, en tanto no sería posible retrotraer la retención que fue otorgada y ejercida por el contratista sobre las extensiones del área concesionada para su exploración durante el tiempo en que se ejecutó el negocio jurídico. [...] [L]a Sala encuentra que la Resolución 2079 del 27 de octubre de 2009, mediante la cual se creó el Parque Nacional Natural Yaigoje Apaporis, era oponible al recurrente con anterioridad a la celebración del contrato de concesión minera [...], oponibilidad que no dependía de la exigencia adicional del registro inmobiliario, el cual tiene como finalidad garantizar la publicidad del acto y el derecho de defensa a las personas que pudieren ver afectado su derecho de dominio -u otro derecho real- sobre los inmuebles afectos al área reservada, asunto que no es objeto del contrato de concesión minera ni del presente proceso. Adicionalmente, la Sala encuentra, como determinó el Tribunal a quo, que en el caso concreto resultan improcedentes las restituciones aducidas por la parte recurrente. En consecuencia, se confirmará el fallo de primera instancia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2023, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 25000-23-36-000-2013-01822-02\(56364\).](#)

5. Contratista de la Organización Internacional para las Migraciones no podía demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por lesiones sufridas en ataque de las FARC, debido a la inmunidad de jurisdicción de dicha entidad y porque se trataba de daño en ejecución de contrato.

Síntesis del caso: “El 7 de diciembre de 2008, la señora (...), en virtud de un contrato de prestación de servicios celebrado con la Organización Internacional para las Migraciones - OIM- y con el fin de desarrollar las labores a su cargo, participaría en una jornada interinstitucional organizada por algunas entidades nacionales, que se desarrollaría en zona rural del municipio de San Vicente del Caguán. En uno de los puntos de la carretera, las FARC habrían instalado un artefacto que explotó en el instante en el que pasaba por allí el vehículo en el que se movilizaba la demandante, quien como consecuencia sufrió lesiones en sus oídos.”

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / EXPLOSIÓN DE ARTEFACTO EXPLOSIVO / EXPLOSIVO / DAÑO CAUSADO A CIVIL CON ARTEFACTO EXPLOSIVO / ARTEFACTO EXPLOSIVO / LESIONES FÍSICAS / LESIONES FÍSICAS A CIUDADANOS / LESIONES PERSONALES / ATAQUE POR GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / ENTIDAD DE AYUDA HUMANITARIA / AYUDA HUMANITARIA / INTERVENCIÓN HUMANITARIA / ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES / INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN / INMUNIDAD JUDICIAL / INMUNIDAD RELATIVA DE JURISDICCIÓN / CONTRATISTA / NEGACIÓN DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA EJERCITO DEL PUEBLO / CONFLICTO ARMADO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CONFLICTO ARMADO

INTERNO / DAÑO CAUSADO EN EL MARCO DE UN CONFLICTO ARMADO INTERNO / DAÑO CAUSADO A CIVIL DURANTE CONFLICTO ARMADO / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO

Problema jurídico 1: ¿Resulta procedente demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a la Organización Internacional para las Migraciones -OIM-, por las lesiones sufridas por una de sus contratistas como consecuencia de un ataque perpetrado por grupos al margen de la ley, contra el vehículo en el que se movilizaba mientras prestaba los servicios para los cuales había sido contratada, ya que, por regla general, es inmune a toda acción judicial?

Tesis 1: “[E]l sub lite versa sobre las lesiones sufridas por la señora (...) el 7 de diciembre de 2008, como consecuencia de un ataque perpetrado por grupos al margen de la ley contra el vehículo en el que se movilizaba por zona rural del municipio de San Vicente del Caguán, en donde prestaría los servicios para los cuales había sido contratada previamente por la OIM (...). Para la época de los hechos se encontraba vigente la Ley 5 de 1982, por la cual el Congreso aprobó el “Acuerdo sobre privilegios e inmunidades del Comité Intergubernamental para las Migraciones” -como entonces se denominaba a la OIM-. En tal acuerdo se consagró, entre otras prerrogativas, la inmunidad de jurisdicción frente a todo procedimiento judicial y administrativo, salvo en los casos en que renunciara a ella, lo que no operó en el sub lite, según se pactó en el contrato celebrado con la demandante. (...) De modo que, por regla general, la OIM es inmune a toda acción judicial, incluidos los contratos de prestación de servicios como el que suscribió la actora, pues tampoco está indicado por la jurisprudencia como una de las excepciones al privilegio de la inmunidad. De ahí que la actora no podía demandar a la OIM por las lesiones sufridas en ejecución de su contrato y, ante dicha imposibilidad, lo que le correspondía era accionar contra el Congreso de la República, por el daño especial causado por la aprobación de dicho privilegio a esa entidad. En gracia de discusión, como de manera excepcional la jurisprudencia ha considerado que en algunos asuntos de seguridad social un organismo internacional puede ser demandado; lo cierto es que la accionante debió plantear ante la justicia ordinaria y contra la OIM, la discusión acerca de quién tenía la carga de su afiliación a una ARL y quién debía asumir las consecuencias de que dicha afiliación no se hubiese llevado a cabo, con ocasión del accidente que sufrió.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los límites a los acuerdos de inmunidades, consultar providencias de la Corte Constitucional, C-125 de 2022, T-788 de 2011, T-932 de 2010, T-628 de 2010, T-633 de 2009, C-1156 de 2008, C-863 de 2004, C-315 de 2004, C-287 de 2002, C-442 de 1996 y C-137 de 1996. Así mismo ver providencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de 13 de septiembre de 2007, Exp. 32096, M.P. Camilo Tarquino Gallego; de 1 de agosto de 2012, Exp. 53995, M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas; de 31 de julio de 2013, Exp. 61804, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve; de 9 de abril de 2014, Exp. AL3295 (62861), M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ARTEFACTO EXPLOSIVO / DAÑO CAUSADO A CIVIL CON ARTEFACTO EXPLOSIVO / EXPLOSIÓN DE ARTEFACTO EXPLOSIVO / EXPLOSIVO / LESIONES FÍSICAS / LESIONES FÍSICAS A CIUDADANOS / LESIONES PERSONALES / CONTRATISTA / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / CONTRATISTA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / OBJETO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / ACUERDO HUMANITARIO / AYUDA HUMANITARIA / ENTIDAD DE AYUDA HUMANITARIA / INTERVENCIÓN HUMANITARIA / ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES / FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA EJÉRCITO DEL PUEBLO / ATAQUE POR GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / RELACIÓN CONTRACTUAL / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / PARTES DEL CONTRATO / NEGACIÓN DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONFLICTO ARMADO / CONFLICTO ARMADO INTERNO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / DAÑO CAUSADO A CIVIL DURANTE CONFLICTO ARMADO / DAÑO CAUSADO EN EL MARCO DE UN CONFLICTO ARMADO INTERNO / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / ICBF / RESPONSABILIDAD DEL ICBF

Problema jurídico 2: ¿Debe responder patrimonialmente el Estado por los daños provocados a la demandante por la explosión de un artefacto detonado por grupos al margen de la ley, cuando se

desplazaba en un vehículo como trabajadora social contratista, en cumplimiento de una misión humanitaria mientras ejecutaba un contrato de prestación de servicios con la Organización Internacional para las Migraciones -OIM- que tenía convenio con el ICBF para realizar acciones de salud?

Tesis 2: “El 7 de diciembre de 2008, la señora (...), en virtud de un contrato de prestación de servicios celebrado con la Organización Internacional para las Migraciones -OIM- y con el fin de desarrollar las labores a su cargo, participaría en una jornada interinstitucional organizada por algunas entidades nacionales, que se desarrollaría en zona rural del municipio de San Vicente del Caguán. (...) En uno de los puntos de la carretera, las FARC habrían instalado un artefacto que explotó en el instante en el que pasaba por allí el vehículo en el que se movilizaba la demandante, quien como consecuencia sufrió lesiones en sus oídos. (...) La OIM y el ICBF firmaron los convenios de cooperación ID-126 del 26 de enero de 2006 y OID-0073 del 19 de diciembre de 2007, con el objeto de aunar esfuerzos y recursos para realizar acciones en salud y educación en favor de los niños, niñas y adolescentes desplazados y sus familias. Lo anterior, a través de programas que se ejecutarían por medio de las Unidades Móviles, cuya función era prestar servicios a la población infantil y sus familias en situación de desplazamiento forzado, mediante profesionales en psicología, nutrición, trabajo social, artes, pedagogía, sociología y antropología, de acuerdo con las características regionales, sin incluir atención en salud, dado que su misión era la atención sicosocial, de ahí que no pudieran calificarse como Misión Médica. Los citados convenios se enmarcaban en la acción humanitaria llevada a cabo por la OIM en Colombia para asistir en programas que beneficien a la población desplazada y demás aspectos relacionados con los migrantes. En el convenio de cooperación OID-0073 del 19 de diciembre de 2007 –vigente para la época de los hechos- se pactó como obligación principal de la OIM la de contratar al personal, así como los bienes y servicios para su desarrollo y, del ICBF, prestar asistencia técnica para su implementación. Además, en el convenio se estableció que la contratación de personal por parte de la OIM no generaría relación laboral alguna con ese organismo ni con el ICBF. (...) En concordancia con lo expuesto en el acápite precedente, la OIM celebró el contrato de prestación de servicios PS-921 del 19 de abril de 2006 con la trabajadora social (...) [demandante], para que se desempeñara de manera independiente en el ICBF Regional Caquetá, integrando Unidades Móviles para la atención directa y especializada de la población desplazada y en alto riesgo. (...) Así las cosas, el daño invocado por la parte actora tiene como fuente la ejecución de un contrato civil de prestación de servicios independientes celebrado entre la señora (...) y la OIM (...). La parte actora le imputó responsabilidad al ICBF, dado que no tomó las medidas necesarias para proteger la vida e integridad del personal de la “Misión Humanitaria”. A juicio de la Sala, no es posible imputar responsabilidad al ICBF pues, como antes se precisó, si bien la actora prestaba su servicio en una Unidad Móvil, ello fue como parte del personal de la OIM en virtud del contrato de prestación de servicios que suscribió con esa organización, sin que el ICBF fuera parte de dicha relación. Dado que la demandante funda sus pretensiones en el daño que sufrió mientras ejecutaba un contrato de prestación de servicios con la OIM, forzoso resulta concluir que el asunto formulado no es extracontractual. Adicionalmente, en el contrato de prestación de servicios PS-921 del 19 de abril de 2006, quedó estipulado que la demandante asumiría el riesgo de trabajar en zonas con presencia de grupos armados, por lo que un suceso relacionado con la ejecución de ese contrato tampoco puede atribuirse a título extracontractual al ICBF, el que, además, ni siquiera organizó el evento y fue un participante más de una “jornada interinstitucional” convocada por Acción Social. El mismo razonamiento se extiende a las otras entidades demandadas por su supuesta responsabilidad, dado que no fueron parte en dicho contrato, de ahí que tampoco pueda analizarse, como lo reclama la apelante, la ocurrencia de una falla en el servicio o la posibilidad de una responsabilidad objetiva de las demás accionadas. Lo anterior teniendo en cuenta que ello implicaría aceptar que, por un mismo hecho, el interesado pueda demandar para obtener reparación por diferentes vías judiciales, pese a existir claramente una responsabilidad contractual, la cual pretende con base en el contrato de prestación de servicios PS-921 del 19 de abril de 2006, criterio que ya ha venido sosteniendo esta Sala en asuntos similares. Por último y, en concordancia con las consideraciones anteriores, en cuanto al argumento de la apelación de que la víctima era sujeto de especial protección, este es propio de controversias de responsabilidad extracontractual y esta no lo es. Como consecuencia de todo lo anterior, se confirmará la sentencia denegatoria de primera instancia, pero por las razones indicadas en esta providencia.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la imposibilidad de demandar para obtener reparación por diferentes vías judiciales, consultar providencias de 22 de noviembre de 2021, Exp. 13001-23-31-000-2005-00025-01(45850), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; de 4 de marzo de 2022, Exp. 54001-23-33-000-2015-00321-02(62423), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 31 de marzo de 2023; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 18001-23-31-000-2011-00117-02\(68668\)](#)

Salvamento de voto de la consejera María Adriana Marín

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ARTEFACTO EXPLOSIVO / DAÑO CAUSADO A CIVIL CON ARTEFACTO EXPLOSIVO / EXPLOSIÓN DE ARTEFACTO EXPLOSIVO / EXPLOSIVO / LESIONES FÍSICAS / LESIONES FÍSICAS A CIUDADANOS / LESIONES PERSONALES / CONTRATISTA / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / CONTRATISTA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / ACUERDO HUMANITARIO / AYUDA HUMANITARIA / ENTIDAD DE AYUDA HUMANITARIA / INTERVENCIÓN HUMANITARIA / ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES / FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA EJERCITO DEL PUEBLO / ATAQUE POR GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / FUENTE DEL DAÑO / CAUSAS DEL DAÑO / CAUSA GENERADORA DEL DAÑO / RELACIÓN CONTRACTUAL / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / INEXISTENCIA DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / JURISDICCIÓN ORDINARIA / ACCESO A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / FUERO DE ATRACCIÓN / CRITERIOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACCIONES PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 1: ¿En los eventos en los que el empleador y el responsable de la responsabilidad extracontractual no confluyan en un mismo sujeto, las causas de las imputaciones devienen de fuentes jurídicas distintas y, por tanto, las acciones podrán iniciarse, a prevención, ante la jurisdicción ordinaria y/o contenciosa administrativa, sin que exista limitación, traslapamiento o prohibición en ese sentido, además, podrán interponerse de forma independiente y/o conjunta; no obstante, en este último evento, operará el fuero de atracción?

Tesis 1: “Desde hace varios lustros, la jurisprudencia de la Corporación se ha pronunciado sobre la posibilidad de acumular o no las indemnizaciones provenientes de distintas fuentes, como, por ejemplo, la del accidente de trabajo y la condena a una entidad pública por la declaración de responsabilidad extracontractual del Estado. Esta evolución y consecuente consolidación del precedente judicial fue retomado y recogido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia de 8 de noviembre de 2007, exp. 15967. En el fallo aludido se concluyó, después de explorar las posiciones jurisprudenciales que con anterioridad había acogido la Sala, que el usuario de la administración de justicia puede, a su elección, reclamar la reparación de los daños derivados de la relación laboral, legal y reglamentaria derivados en sede ordinaria o la reparación por la responsabilidad extracontractual del Estado, a través de la acción de reparación directa (...). El fallo también precisó que cuando se expidieran varias sentencias cuya génesis fuera el mismo hecho dañoso, la cosa juzgada sólo tendría efectos en aquello que hubiera excedido la indemnización, siempre que se cumpliera con los requisitos de la res iudicata y, en particular, el relacionado con la identidad de partes. (...) Por lo anterior, el fallo también aclaró que no existiría identidad de partes y, por tanto, cosa juzgada, cuando se demande al particular empleador sin que existiera vinculación procesal de la entidad pública a la que se le imputa la responsabilidad extracontractual; sin embargo, de haberse realizado pago alguno, este podrá invocarse para efectos de no incurrir en doble erogación por un mismo daño. (...) Así las cosas, vale precisar en los términos del fallo aludido que, en los eventos en los que el empleador y el responsable de la responsabilidad extracontractual no confluyan en un mismo sujeto, las causas de las imputaciones devienen de fuentes jurídicas distintas y, por tanto, las acciones podrán iniciarse, a prevención, ante la jurisdicción ordinaria y/o contenciosa administrativa, sin que exista limitación, traslapamiento o prohibición en ese sentido. Además, podrán interponerse de forma independiente y/o conjunta; no obstante, en este último evento, operará el fuero de atracción. (...) La decisión antes reseñada ha sido pacífica y reiterada, pues la Corporación, desde hace varios lustros, ha

admitido la posibilidad de reclamar esta tipología de daño por cualquiera de las vías reseñadas -ordinaria y/o contenciosa-, sin que se pueda limitar su interposición; sin embargo, en cada caso concreto se estimarán las consideraciones a que haya lugar, para verificar si, en efecto, ya existía una reparación patrimonial para dicho rubro. Esto, con el ánimo de hacer las deducciones correspondientes y así evitar un enriquecimiento sin justa causa. (...) Las tesis atrás señaladas han sido aplicadas de forma reciente por las Subsecciones de la Sección Tercera, sin que se haya mencionado una suerte de imposibilidad de acudir a la reparación directa cuando exista un vínculo contractual o legal y reglamentario, y/o una obligación de acudir primero a la sede ordinaria. (...) De hecho, la postura antes prolijada fue reiterada en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 31172, en el sentido de que era procedente la indemnización derivada de distintas fuentes jurídicas, como lo eran la que tuviera génesis en la relación laboral y/o contractual y la que se solicite en sede de responsabilidad extracontractual del Estado. (...) Así, pues, conforme lo expuesto, mal podría concluirse que, en este caso, la demandante, por ser contratista de la OIM, se encuentra imposibilitada para acudir a esta jurisdicción en sede de reparación directa para debatir la responsabilidad de las demandadas, máxime si se considera que en el escrito inicial su responsabilidad se estructuró a partir de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, pues se indicó que el daño alegado estuvo determinado por las omisiones en las que incurrieron las autoridades públicas que conforman el extremo pasivo de la litis. (...) En ese sentido, como en este asunto se pretende la reparación de los perjuicios de orden extrapatrimonial causados por las demandadas, la acción de reparación directa resulta procedente. Considerar lo contrario limita el alcance de la responsabilidad del Estado -artículo 90 de la Constitución Política-, dado que impone la obligación a los interesados de acudir previamente a la sede ordinaria, negándoles su derecho de acción ante esta jurisdicción, a través del ejercicio de la acción de reparación.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia de la indemnización derivada de distintas fuentes jurídicas, consultar providencias de 7 de junio de 2007, Exp. 15722, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 8 de noviembre de 2007, Exp. 15967, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de 22 de octubre de 2012, Exp. 24799, C.P. Enrique Gil Botero; de 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz; de 28 de agosto de 2019, Exp. 44702, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; de 20 de noviembre de 2020, Exp. 53467, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; de 1 de junio de 2020, Exp. 76001-23-31-000-2010-01836-01(49214) C.P. Ramiro Pazos Guerrero; de 4 de diciembre de 2020, Exp. 49095, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez; de 2 de junio de 2021, Exp. 48140, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; de 26 de julio de 2021, Exp. 68001-23-31-000-2010-00695-01(48574), C.P. Alexander Jojoa Bolaños (E); de 7 de septiembre de 2020, Exp. 50020, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; de 16 de diciembre de 2020, Exp. 50782, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; de 22 de septiembre de 2021, Exp. 45830, C.P. María Adriana Marín; de 14 de octubre de 2021, Exp. 76001-23-31-000-2009-00703-02(53448), C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 31 de marzo de 2023; A.V. María Adriana Marín, radicación: 18001-23-31-000-2011-00117-02\(68668\)](#)

6. Condena al Estado por vulneración de la garantía constitucional a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos – *non bis in ídem* –.

Síntesis del caso: *En el año 1997, municipio de Toribio – Cauca, miembro perteneciente al resguardo indígena de Tacueyó hirió con arma cortopunzante a otro indígena de la misma comunidad, quien falleció a causa de la infección que le produjeron las heridas. Tras los hechos se presentó denuncia penal, ante lo cual la Fiscalía inició la correspondiente investigación penal vinculando al indígena agresor mediante diligencia de indagatoria. El resguardo indígena solicitó que el inculpado fuera juzgado por la justicia ordinaria. En el año 2002 la Fiscalía tuvo noticia que el cabildo indígena profirió resolución por medio de la cual sancionó al agresor miembro de su comunidad a la pena de destierro. En el año 2003 la Fiscalía impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del sindicado y profirió resolución de acusación. Se continuó con el proceso penal y en diciembre de 2004 se profirió sentencia condenatoria en su contra como autor material del delito de homicidio simple. En el año 2007 fue recluido en establecimiento penitenciario y carcelario. En el año 2008 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia amparó en acción de tutela los derechos al*

debido proceso y a la libertad del aquí demandante al considerar que la justicia penal ordinaria vulneró su derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Inmediatamente dicha persona recobró su libertad. Los demandantes consideran que la privación de la libertad fue injusta, porque tuvo lugar en desconocimiento del principio non bis in idem.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / APELACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CAUSAL DE PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / IMPUTACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM / PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / CONFIGURACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / PROCESO PENAL / FALLA DEL SERVICIO EN PROCESO PENAL / PROCESO PENAL CONTRA INDÍGENA / ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / JURISDICCIÓN INDÍGENA / JUSTICIA INDÍGENA / JUZGAMIENTO DE INDÍGENA / FUERO INDÍGENA / DEBIDO PROCESO EN COMUNIDAD INDÍGENA / DESTIERRO

Problema jurídico 1: *¿Se causó un daño antijurídico a los actores por judicializar y sentenciar a una persona que ya había sido condenado por el mismo delito ante la jurisdicción indígena?*

Tesis 1: “L]a pena de expulsión del resguardo que imponen las autoridades indígenas dentro de su autonomía jurisdiccional, en estricto sentido, no constituye destierro, en tanto no significa la expulsión del territorio nacional y, en tal sentido, no trasgrede los límites previstos para el ejercicio de la autonomía indígena, es legítima y no quebranta la prohibición del artículo 34 de la Carta Política, según el cual “se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación”, se itera, fundamentalmente, porque no se trata de la expulsión del indígena del territorio nacional, sino únicamente del lugar que habita la comunidad. En este sentido, la legalidad de la expulsión del territorio del resguardo indígena, impuesta a título de sanción penal de destierro, exige que la medida se adopte de manera que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, esto es, que su imposición garantice el ejercicio de derechos tales como el de defensa y debido proceso, que no implique una expulsión del territorio nacional, que no se imponga de manera perpetua, que recaiga únicamente sobre el reo y no alcance a su núcleo familiar y que “en tratándose de comunidades con tradiciones y usos muy arraigados, el indígena afectado [no] se viera abocado a una vida en un mundo que le resulta por completo extraño”. [...] [S]e evidencia la vulneración [al demandante] de su garantía constitucional a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, en cuyo efecto se estableció la configuración del daño antijurídico antes valorado. Sin embargo, dada la doble condición del principio non bis in ídem en cuanto garantía del sujeto activo de la acción penal y límite a la actuación punitiva del Estado, se tiene que la vulneración a este principio, además de configurar el daño antijurídico alegado, denota la trasgresión por parte de las autoridades penales del límite constitucional y la ilegitimidad de la investigación y de las decisiones proferidas por la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca y por el Juzgado Promiscuo del Circuito de la misma municipalidad que, finalmente, se concretaron en la privación injusta de la libertad de [LMCS] por cuya reparación se demanda. [...] [L]a vulneración al principio de non bis in idem del demandante deviene atribuible a la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Caloto – Cauca y al Juzgado Promiscuo del Circuito de esta municipalidad, autoridades que adelantaron el procedimiento penal pretermitiendo lo dispuesto por la justicia especial indígena mediante Resolución No. 22. Es así que las demandadas omitieron: i) evaluar el contenido de la Resolución No. 22 del Cabildo Indígena de Tacueyó; ii) establecer, previo a su actuación, si la pena de destierro impuesta contra [...]”

sancionaba el homicidio de [...] o si esta obedecía únicamente a los problemas entre las familias del resguardo; y iii) advertir la vulneración del derecho del sindicado “a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. [...] [L]a actuación irregular de las autoridades judiciales, ya sean la ordinaria o la especial indígena, no puede trasladarse al procesado penal, de modo que, al margen de la actuación procesal del sindicado, las entidades demandadas vulneraron la garantía del sujeto activo de la acción penal y trasgredieron el límite constitucional de la actuación punitiva del Estado, consecuencia de lo cual les resulta – fáctica y jurídicamente – imputable el daño antijurídico padecido [...]. En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia [...], que accedió a las pretensiones de la demanda [...].”

NOTA DE RELATORÍA: Acerca del destierro y las penas en la jurisdicción indígena, Cita: Corte Constitucional, sentencia C-110 de 9 de febrero de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-046 de 24 de enero de 2001; T-523 de 1997; C-110 de 2000; C - 614 de 3 de septiembre de 2014 y C -300 de 21 de mayo de 2015.

COMPETENCIA JURISDICCIONAL / COMPETENCIA JURISDICCIONAL ESPECIAL / FUNCIÓN JURISDICCIONAL / ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / ASUNTOS INDÍGENAS / AUTODETERMINACIÓN DEL PUEBLO INDÍGENA / AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD INDÍGENA / AUTONOMÍA INDÍGENA / AUTORIDAD INDÍGENA / AUTORIDADES DE COMUNIDAD INDÍGENA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / DEBIDO PROCESO EN COMUNIDAD INDÍGENA / DERECHO INDÍGENA / FUNCIONES DE LA AUTORIDAD INDÍGENA / ORGANIZACIÓN DE LA COMUNIDAD INDÍGENA / NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS

Problema jurídico 2: *¿Las autoridades de las comunidades indígenas ejercen función jurisdiccional y gozan de autonomía en el ejercicio de dichas funciones?*

Tesis 2: “El Título VIII de la Constitución Política establece la Administración de Justicia como una función pública en cabeza del Estado ejercida mediante la jurisdicción ordinaria, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Jurisdicción Constitucional, las jurisdicciones especiales, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura. [...] [L]as autoridades de las comunidades indígenas están constitucionalmente avaladas para administrar justicia, dado el reconocimiento de su autonomía para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, es decir, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, la diversidad étnica y cultural y el respeto al pluralismo y la dignidad humana, por lo que desde el punto de vista funcional la jurisdicción indígena hace parte de la Rama Judicial. Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto por la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que reconoce el pleno ejercicio de derechos por parte de los indígenas, como pueblo y como individuos [...] [E]l ordenamiento jurídico colombiano reconoce la jurisdicción especial indígena como la potestad reservada a las autoridades indígenas de conocer y dirimir los conflictos suscitados en el territorio y entre los miembros de la comunidad, con observancia autónoma de su sistema de legalidad propio o Derecho propio fundamentado en las reglas, procedimientos, costumbres y usos originados en la misma comunidad. Bajo esta óptica, en aras de garantizar la autonomía y derecho propio de las comunidades indígenas, así como para establecer los parámetros que limitan su ejercicio, la jurisprudencia constitucional ha institucionalizado los criterios generales de interpretación de conflictos [...]. Asimismo, conviene señalar el límite dispuesto por “el núcleo duro” de los derechos fundamentales constitucionales a la autonomía de las comunidades indígenas, pues, aun cuando se sabe que la justicia indígena no está sometida a la totalidad de los preceptos de la Constitución y la Ley, la jurisprudencia ha considerado como mínimos o límites infranqueables, aquello que se considera verdaderamente intolerable desde un consenso intercultural y los mínimos de convivencia humana, donde se han reconocido el derecho a la vida, la prohibición de tortura y de esclavitud y el principio de legalidad penal. Ahora bien, en lo que respecta al fuero indígena, concebido como el derecho de que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por el juez natural indígena, el juez de la comunidad u autoridad tradicional, conforme a su derecho propio y con acatamiento de sus usos y costumbres, la jurisprudencia ha construido cuatro criterios alrededor de los cuales se determina la competencia de la jurisdicción especial indígena, pues la sola calificación de una persona como indígena no es razón suficiente ni concluyente para establecerla”.

NOTA DE RELATORÍA: Con relación a los criterios de activación de la jurisdicción especial indígena, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2017, rad. 37815, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y de la Corte Constitucional, sentencia C- 463 de 9 de julio de 2014.

ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / ASUNTOS INDÍGENAS / AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD INDÍGENA / AUTONOMÍA INDÍGENA / AUTORIDAD INDÍGENA / AUTORIDADES DE COMUNIDAD INDÍGENA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / COMPETENCIA DEL CABILDO INDÍGENA / COMUNIDAD INDÍGENA / PROCESO PENAL CONTRA INDÍGENA / JUZGAMIENTO DE INDÍGENA / JUSTICIA INDÍGENA / JURISDICCIÓN INDÍGENA / FALTA DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Problema jurídico 3: *¿La Jurisdicción Especial Indígena era quien tenía la competencia para investigar y juzgar al demandante por los delitos cometidos?*

Tesis 3: “[L]a justicia especial indígena era la competente para investigar y juzgar [al demandante], dado el factor territorial y la calidad de los sujetos implicados, especialmente del sujeto pasivo de la acción penal, quien expresamente señaló su deseo de someterse a la justicia impartida por el Cabildo del Resguardo Indígena, como bien lo advirtió la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [...]. [A]unque las autoridades penales están instituidas para ejercer la acción punitiva ante el conocimiento de la conducta punible, ello debe entenderse sin perjuicio de la competencia facultativa reconocida por el artículo 246 de la Constitución Política a las autoridades indígenas en desarrollo de su jurisdicción especial. No obstante, se advierte que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también halló probado que el Cabildo del Resguardo Indígena, expresamente manifestó diferir su jurisdicción y competencia para que [...] fuera penalmente investigado y juzgado por la justicia ordinaria [...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 12 de diciembre de 2022, C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 19001-23-31-000-2010-00142-01\(54933\).](#)

Salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / SALVAMENTO DE VOTO / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / JURISDICCIÓN ESPECIAL / ESTADO SOCIAL DE DERECHO / JURISDICCIÓN INDÍGENA / ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / INTERPOSICIÓN DE RECURSO JUDICIAL / OMISIÓN DEL RECURSO JUDICIAL / MEDIOS DE IMPUGNACIÓN / EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Problema jurídico 1: *¿Procede eximir de responsabilidad al Estado por culpa exclusiva de la víctima, toda vez que el afectado en el desarrollo del proceso penal guardó silencio, no se opuso a la medida privativa de la libertad, tampoco impugnó la resolución judicial que consideraba ilegal por trasgredir la garantía constitucional de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho?*

Tesis 1: “Me aparto de la decisión [...] que accedió a las pretensiones de la demanda. [...] En desarrollo del proceso penal, el afectado por la privación de la libertad tuvo a disposición los mecanismos para oponerse a esa medida, por ejemplo, la impugnación de la resolución judicial, si la consideraba ilegal, por trasgredir la garantía constitucional de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho [non bis in idem, art. 29 CN]. Si el afectado, al mismo tiempo que estaba cumpliendo la pena de destierro –proscrita por la Constitución– impuesta por la jurisdicción especial indígena, estuvo privado de la libertad por disposición del juez penal, habría podido informar ese hecho a esta última autoridad y con ello propiciar un eventual conflicto de jurisdicciones. No obstante, el privado de la libertad guardó silencio y sólo advirtió sobre su situación, casi un año después, a través de una acción de tutela (medio de control subsidiario, según el artículo 86 CN). De modo que la falta de interposición oportuna de los recursos judiciales que tuvo a disposición el demandante llevó a que su privación de la libertad se hubiera prorrogado de manera innecesaria. Por ello, a mi juicio, se configuró la causal de exoneración de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.”

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / UNIDAD NORMATIVA CONSTITUCIONAL / JURISDICCIÓN ESPECIAL / ESTADO SOCIAL DE DERECHO / JURISDICCIÓN INDÍGENA / ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / APLICACIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL / APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES / DESCONOCIMIENTO DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES / INFRACCIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / VIOLACIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL / DESTIERRO / DERECHO A NO SER PENADO CON DESTIERRO

Problema jurídico 2: ¿Las condenas que se apliquen en ámbitos especiales, como en la jurisdicción indígena, deben respetar las garantías previstas en la Constitución, la ley y el orden jurídico internacional?

Tesis 2: “En todo caso, tal como lo manifesté en la aclaración de voto 37815/2017, el artículo 228 CN establece que la administración de justicia es una sola, que el ordenamiento jurídico es único y que se aplica a todas las jurisdicciones –incluso las especiales–. Por ello, las condenas que se apliquen en dichos ámbitos especiales deben respetar las garantías previstas en la Constitución, la ley y el orden jurídico internacional. La Constitución prohíbe de manera terminante la pena de destierro (art. 34 CN). La jurisdicción especial indígena no es un sistema jurídico paralelo, ni un feudo al margen del Estado de derecho. Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes (arts. 4, 8 y 9 CN y art. 56 CRPM).”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el ámbito de aplicación de la administración de justicia, la constitución y las leyes, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, aclaración de voto de la sentencia de 27 de noviembre de 2017, rad. 37815, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 12 de diciembre de 2022, S. V. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 19001-23-31-000-2010-00142-01\(54933\).](#)

SECCIÓN CUARTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. No existe el impuesto de vehículos sobre los automotores oficiales.

Síntesis del caso: Mediante la sentencia apelada, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló la Circular 000022 del 19 de diciembre de 2018, expedida por el Director de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca, acto administrativo que instruyó a los funcionarios de esa dirección sobre la aplicación de la Ordenanza 074 del 3 de octubre de 2018, dictada por la Asamblea del mismo departamento, que excluyó los vehículos de uso oficial de los efectos del impuesto de vehículos automotores establecido en la Ley 488 de 1998 y regulado, para esa entidad territorial, por la Ordenanza 216 de 2014 (arts. 202 y ss.). Los numerales 1 a 3 del acápite instructivo de la Circular 000022 implementaron disposiciones sustanciales y procesales respecto del impuesto sobre vehículos oficiales. Al resolver el recurso de apelación que interpuso el citado departamento, la Sala modificó la sentencia para disponer únicamente la nulidad de apartes de los numerales 1 y 3 del acápite instructivo de la circular acusada, por las siguientes razones: el numeral 1°, porque restringió el derecho a la devolución respecto de los dineros pagados por un impuesto sin fundamento legal y, por tanto, inexigible a los pagadores, configurándose, en consecuencia, un pago de lo no debido pasible del trámite de devolución dentro del término y bajo las condiciones establecidas en la normativa aplicable. Por ello, anuló el aparte «los dineros por pagos realizados no serían objeto de devolución por parte de la autoridad tributaria departamental en caso que medie solicitud en tal sentido», contenido en el dicho numeral. Revocó la anulación de los numerales 2 y 3 del mismo aparte de la circular, pues frente a la falta de fundamento legal del impuesto de vehículos frente a automotores de uso oficial, la prohibición de abrir procesos de determinación oficial a quienes no pagaron el tributo causado a 1° de enero de 2018, y a quienes presentaron y pagaron el impuesto de esa vigencia, y la orden de cerrar y archivar los procesos iniciados en cualquiera de esos dos casos, así como de cerrar y archivar los procesos de determinación oficial por vigencias anteriores al mismo año, abiertos luego de entrar a regir la Ley 488 de 1998, son instrucciones coherentes con la inexigibilidad de un impuesto carente de causa legal para fiscalización y recaudo, encontrándose, por tanto, válidas y no anulables. Concluyó que el aparte final del numeral 3 «y no enviados a la Dirección de Ejecuciones Fiscales para su cobro» deviene inválido, porque limita el cierre y archivo de los procesos de determinación oficial por vigencias anteriores a 2018 y abiertos luego de entrar a regir la Ley 488 de 1998, con una condición inaplicable para un impuesto legalmente inexistente y con la cual legitima el cobro del impuesto para los vehículos de uso oficial en el caso de los procesos de determinación que se hubieren enviado a la Dirección de Ejecuciones Fiscales para ese fin, no obstante que, frente a la falta de causa legal de dicho tributo, la posibilidad de cobrarlo es contraria a derecho y, por lo mismo, inadmisibile.

CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS CIRCULARES DE SERVICIO / CIRCULARES DE SERVICIO DEMANDABLES / CONTROL DE LEGALIDAD DE LA CIRCULAR INSTRUCTIVA 00022 DE 2018 – Procedencia / IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES SOBRE VEHÍCULOS OFICIALES - Inexistencia. Ausencia de regulación legal de la tarifa como uno de los elementos esenciales del tributo / INEXISTENCIA DEL IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES SOBRE VEHÍCULOS OFICIALES - Reiteración de la jurisprudencia / IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES - Naturaleza jurídica y características / IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES - Sujeto activo / IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES - Sujeto pasivo / AUTONOMÍA IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL - Límites / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE – Alcance de la jurisprudencia de las Altas Cortes / PROHIBICIÓN DE DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES SOBRE VEHÍCULOS OFICIALES – Ilegalidad del numeral primero del aparte instructivo de la Circular 0022 de 2018 / PROHIBICIÓN DE FISCALIZACIÓN Y RECAUDO DEL IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES SOBRE VEHÍCULOS OFICIALES - Legalidad de los numerales 2 y 3 del aparte instructivo de la Circular 0022 de 2018 / COBRO COACTIVO DEL IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES SOBRE VEHÍCULOS OFICIALES – Ilegalidad del aparte final del numeral 3 del aparte instructivo de la Circular 0022 de 2018

Problema jurídico: *¿Los apartes acusados de la circular demandada implican una interpretación normativa que generó efectos jurídicos contrarios a la normativa aplicable o, por el contrario, se limitaron a reconocer los efectos jurídicos derivados de las ordenanzas 216 de 2014 y de la 074 de 2018 que la modificó?*

Tesis: “La Sala ha indicado que el debate judicial de las circulares de servicio, depende de que posean el contenido decisorio propio de los actos administrativos, con el cual detentan fuerza vinculante frente a los administrados, de modo que, ante la carencia de ese contenido, se excluyen de control judicial. Si bien los apartes demandados de la Circular 0022 de 2018, se presentan como instructivos específicos frente al hecho de que la Ordenanza (sic) 074 del 3 de octubre de 2018, expedida por la Asamblea del Departamento de Cundinamarca, modificó el parágrafo 4 del artículo 207 de la Ordenanza 216 de 2014, en el sentido de establecer que «No serán objeto del impuesto previsto en este capítulo los vehículos de uso oficial», también implementan disposiciones sustanciales y procesales respecto del impuesto sobre vehículos oficiales, porque: 1. Niegan el derecho a la devolución de los pagos realizados sobre vehículos oficiales que cancelaron el impuesto, en vigencia de la Ordenanza 216 de 2014. 2. Prohíben abrir procesos de determinación y ordenan cerrar y archivar los procesos iniciados, para los sujetos que no pagaron el impuesto causado a 1.º de enero de 2018, todo en virtud del principio de favorabilidad. Y prohíben abrir procesos de determinación oficial y ordenan cerrar y archivar los abiertos, para quienes presentaron y pagaron el impuesto de esa vigencia, pero con inexactitudes. 3. Ordenan cerrar y archivar los procesos de determinación oficial por vigencias anteriores a 2018, abiertos luego de entrar en vigencia la Ley 488 de 1998 y no enviados a la Dirección de Ejecuciones Fiscales para cobro. Se observa que las disposiciones transcritas -pasibles de examinarse en este juicio de legalidad-, parametrizan el proceder administrativo de la Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca, ante la entrada en vigencia de la Ordenanza 074 de 2018, que excluyó los vehículos de uso oficial de los efectos impositivos del impuesto de vehículos automotores establecido en la Ley 488 de 1998 y regulado, para esa entidad territorial, por la Ordenanza 216 de 2014 (arts. 202 y sgts). Esas concretas razones identificadas en las consideraciones de la circular demandada y antecedidas de la cita de algunos artículos de la Ley 488 de 1998 y la Ordenanza 216 de 2014, dotan a dicho acto de la motivación suficiente para trazar directrices uniformes frente a la determinación y cobro de un impuesto que, a partir de octubre de 2018, quedó expresamente vedado para los vehículos oficiales en el departamento de Cundinamarca y que, desde una década atrás, la jurisprudencia descartaba. En efecto, en sentencia del 21 de agosto de 2008, exp. 15360, la Sección indicó que: «Aunque las normas sobre sujeto pasivo y base gravable del impuesto de vehículos no excluyeron del mismo a los vehículos oficiales, la disposición sobre tarifas solo se refiere a los vehículos particulares y a las motos de más de 125 c.c., lo que significa que el legislador no previó ninguna tarifa para los vehículos de uso oficial ni autorizó a las entidades territoriales a hacerlo. Lo anterior significa que los vehículos oficiales no pueden ser gravados con el impuesto de vehículos porque faltó uno de los elementos esenciales para que respecto de los mismos se configurara el tributo (la tarifa), elemento que, se insiste, no puede ser suplido por las entidades territoriales, dado que su autonomía tributaria se encuentra sujeta a la [sic] Constitución y a la Ley (artículos 150 [12], 287, 300[4], 313[4] y 338 de la Constitución Política). (...). Y, si la Ley 488 de 1998 no gravó con el impuesto a los vehículos oficiales, sencillamente no existe el tributo en relación con los mismos, ni pueden los departamentos fijar este elemento esencial en reemplazo del legislador, puesto que las asambleas son organismos administrativos (artículo 299 de la Constitución Política) y no pueden legislar; además, el legislador no las facultó para fijar la tarifa del impuesto para los vehículos oficiales». A su turno, la sentencia C-720 de 1999, precisó que el impuesto de vehículos es un impuesto nacional regulado en la Ley 488 de 1998; que constituye una renta nacional cedida a las entidades territoriales en proporción a lo recaudado en la respectiva jurisdicción, designándose a los municipios, distritos, departamentos y al Distrito Capital como beneficiarios del tributo y facultando a las entidades territoriales para hacer el recaudo, fiscalización, liquidación oficial, discusión, cobro y devolución del impuesto en la respectiva jurisdicción; que la intención legislativa fue la de unificar en un impuesto todos los que gravaban la propiedad de los vehículos automotores (impuesto de timbre nacional sobre vehículos automotores; de circulación y tránsito y el unificado de vehículos del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá), para lograr la mayor eficiencia en el recaudo y cobro de esos tributos; y que el sujeto pasivo del impuesto son los propietarios y poseedores de los vehículos gravados, sin calificar su naturaleza jurídica y proponiéndose la fijación directa de la tarifa en la ley, para eliminar la posibilidad de competencia interjurisdiccional entre las entidades territoriales. A partir de la definición normativa de vehículos particulares, públicos y oficiales, la sentencia del 12 de marzo de 2012, exp. 18444, destacó diferencias sustanciales entre los mismos, que jurídicamente impedían incluir a los vehículos oficiales en el concepto de los particulares, dada su distinta destinación, y que conducían a que las tarifas previstas para éstos últimos en el artículo 145 de la Ley 488 de 1998, no abarcara los vehículos destinados al servicio de entidades públicas, concluyendo la inexistencia de tarifa legal para los automotores de servicio oficial y la consiguiente exclusión de gravamen para los mismos, dado que al ser un impuesto nacional, el gravamen debía estar íntegramente regulado

por el Legislador. La sentencia del 26 de septiembre de 2018, exp. 21927, retomó el expuesto en la del 21 de agosto de 2008, exp. 15360, citada párrafos atrás, para concluir que la Ley 488 de 1998 no gravó a los vehículos oficiales con el impuesto nacional sobre los vehículos automotores y, tanto era así, que el artículo 141 no determinó una tarifa para tales vehículos siendo ésta un elemento indispensable para la configuración del tributo de competencia normativa exclusiva del legislador, y a falta del cual el tributo no existe ni los departamentos pueden establecerlo en reemplazo del Congreso. Por su parte, la sentencia del 19 de marzo de 2019, exp. 22126, ratificó que, dentro de los vehículos particulares no se incluían los oficiales, y que cuando el artículo 145 de la Ley 488 de 1998, fijó las tarifas del impuesto sobre vehículos automotores, sólo se refirió a los primeros, no a los de «servicio de entidades públicas», de manera que los vehículos oficiales no estaban gravados con el impuesto sobre vehículos automotores de que trata la Ley 488 de 1998, debido a la ausencia de uno de los elementos esenciales del tributo: la tarifa. Desde esa perspectiva, los apartes acusados fijaron unas pautas de procedimiento tendientes a garantizar, frente a los vehículos de uso oficial, la uniformidad en el tratamiento del impuesto creado por la Ley 488 de 1998, pero desde un enfoque de aplicación de ley en el tiempo y efectos de la línea jurisprudencial sobre la misma materia, por parte del máximo órgano jurisdiccional de control de legalidad. El hecho de que los vehículos oficiales no hicieran parte de las excepciones establecidas por el legislador para el impuesto de vehículos automotores, creado por la Ley 488 de 1998, frente a la propiedad o posesión de vehículos, no permitía considerarlos en sí mismos como gravados, ni en ese entendido aplicarles dicho tributo, pues el análisis normativo hecho por la autoridad jurisdiccional competente para realizar los juicios de legalidad, determinó que la Ley 488 de 1998 no gravó con el impuesto nacional de vehículos automotores a los de uso oficial, porque el tributo no existía en relación con los mismos; sin que los organismos administrativos departamentales pudieran imponerlo y fijar su tarifa para suplir ese vacío legislativo. Desde tal perspectiva jurídica y ante la vinculatoriedad de los precedentes judiciales para la resolución de asuntos apoyados en supuestos fácticos y jurídicos similares, dentro del marco de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que deben interpretarse sistemáticamente para garantizar los principios de igualdad, seguridad jurídica y cosa juzgada, la Sala considera que el numeral primero de la circular demandada estaba llamado a anularse, porque restringió el derecho a la devolución respecto de los dineros pagados por un impuesto sin fundamento legal y, por tanto, inexigible a los pagadores, configurándose, en consecuencia, un pago de lo no debido pasible del trámite de devolución dentro del término y bajo las condiciones establecidas en la normativa aplicable. En consecuencia, el aparte «los dineros por pagos realizados no serían objeto de devolución por parte de la autoridad tributaria departamental en caso que medie solicitud en tal sentido», contenido en el numeral 1 del aparte instrutivo (sic) de la circular 0022 de 2018, queda desprovisto de la presunción de legalidad (sic) que lo ampara y, en consecuencia, procede su anulación. Distinta es la conclusión respecto de los numerales 2 y 3 del mismo aparte de la circular, pues frente a la falta de fundamento legal del impuesto de vehículos automotores respecto de vehículos de uso oficial, la prohibición de abrir procesos de determinación oficial a quienes no cancelaron el impuesto causado a 1.º de enero de 2018, y a quienes presentaron y pagaron el impuesto de esa vigencia, y la orden de cerrar y archivar los procesos iniciados en cualquiera de esos dos casos, así como de cerrar y archivar los procesos de determinación oficial por vigencias anteriores al mismo año, abiertos luego de entrar a regir la Ley 488 de 1998, son instrucciones coherentes con la inexigibilidad de un impuesto carente de fundamento legal y desprovisto de causa legal para fiscalización y recaudo, encontrándose, por tanto, válidas y no anulables. Sin embargo, el aparte final del numeral 3 «y no enviados a la Dirección de Ejecuciones Fiscales para su cobro» deviene inválido, porque limita el cierre y archivo de los procesos de determinación oficial por vigencias anteriores a 2018 y abiertos luego de entrar a regir la Ley 488 de 1998, con una condición inaplicable para un impuesto legalmente inexistente y con la cual legitima el cobro del impuesto para los vehículos de uso oficial en el caso de los procesos de determinación que se hubieren enviado a la Dirección de Ejecuciones Fiscales para ese fin, no obstante que, frente a la falta de causa legal de dicho tributo, la posibilidad de cobrarlo es contraria a derecho y, por lo mismo, inadmisibles. En este orden de ideas, la sentencia apelada será modificada para disponer únicamente la nulidad de los apartes de los numerales 1 y 3, por las razones indicadas. En lo demás, se confirmará.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 18 de mayo de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 25000-23-37-000-2019-00456-01 \(27001\).](#)

2. En materia aduanera, el término para expedir el acto administrativo que decida de fondo sobre la imposición de la sanción, la formulación de la liquidación oficial o el archivo del expediente, así

como sobre el recurso de reconsideración incluye el plazo requerido para efectuar la notificación del respectivo acto.

*Síntesis del caso: Se anuló la palabra no de las expresiones "Dentro de los términos para decidir de fondo no se incluyen los requeridos para efectuar la notificación de dicho acto administrativo", contenida en los artículos 588 del Decreto 390 de 2016 y 686 del Decreto 1165 de 2019 y "Dentro del término para decidir de fondo no se incluye el requerido para efectuar la notificación de dicho acto administrativo", de los artículos 607 del Decreto 390 de 2016 y 705 del Decreto 1165 de 2019. La Sala concluyó que los apartes demandados desconocen la garantía de publicidad para el administrado, que prevé el artículo 4 de la Ley Marco de Aduanas (Ley 1609 de 2013) y que impone a la administración la obligación de dar a conocer al interesado, el contenido total del acto administrativo, para que le sea oponible. Comoquiera dentro del término para decidir de fondo se debe surtir la notificación del acto, pues, como lo ha precisado la jurisprudencia, la pronta respuesta al administrado sólo se logra cuando éste conoce la decisión que se ha expedido" para que se garantice el principio del efecto útil de las normas parcialmente demandadas, esto es, su efecto jurídico, solo se anula la palabra **no** de los expresiones acusadas, las cuales quedan así: "Dentro de los términos para decidir de fondo se incluyen los requeridos para efectuar la notificación de dicho acto administrativo", contenida en los artículos 588 del Decreto 390 de 2016 y 686 del Decreto 1165 de 2019 y "Dentro del término para decidir de fondo se incluye el requerido para efectuar la notificación de dicho acto administrativo", de los artículos 607 del Decreto 390 de 2016 y 705 del Decreto 1165 de 2019.*

PROCEDIMIENTO ADUANERO / SILENCIO ADMINISTRATIVO EN MATERIA ADUANERA – Alcance de la expresión decidir / PLAZO PARA EXPEDIR O DICTAR EL ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO EN MATERIA ADUANERA – Alcance / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA ADUANERA – Alcance / SERVICIO DE PUBLICACIÓN DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEFINITIVOS EN MATERIA ADUANERA - Alcance. Vulneración del principio de publicidad / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Alcance / VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN MATERIA ADUANERA – Falta de notificación del acto administrativo definitivo dentro del término que la administración de aduanas tiene para decidir de fondo / ALCANCE DEL TÉRMINO RESOLVER EN MATERIA ADUANERA – Reiteración de jurisprudencia

Problema jurídico: ¿En materia aduanera, al no incluir el término de notificación de los actos dentro del plazo para decidir de fondo las actuaciones administrativas a que se refieren las normas parcialmente demandadas, se vulneran los derechos a la igualdad y al debido proceso, que incluyen los principios de publicidad y contradicción?

Tesis: "Frente al silencio administrativo en materia aduanera, esta Sección ha precisado que dentro del plazo que tiene la administración para decidir, debe expedir y notificar el acto. Entonces, la expresión decidir no es sinónimo de expedir o dictar, sino que comprende tanto la expedición como la notificación de la decisión. Sólo así se entiende que la administración decidió un asunto frente al administrado. (...). [D]e acuerdo con los artículos 588 y 609 del Decreto 390 de 2016 y 686 y 705 del Decreto 1165 de 2019, en materia aduanera, la autoridad cuenta con un plazo máximo de 45 días para **expedir o dictar** el acto administrativo que decida de fondo sobre la imposición de la sanción, la formulación de la liquidación oficial o el archivo del expediente y de 4 meses para **decidir** el recurso de reconsideración, términos dentro de los cuales no es necesario notificar el acto. Si la decisión administrativa, **que no incluye la notificación del acto**, se profiere o expide por fuera de los plazos antes mencionados, se configura el silencio administrativo positivo, de acuerdo con los artículos 609 del Decreto 390 de 2016 y 707 del Decreto 1165 de 2019. (...) Las normas parcialmente demandadas prevén un plazo máximo de 45 días para **expedir** el acto administrativo **que decida** de fondo sobre la imposición de la sanción, la formulación de la liquidación oficial o el archivo del expediente y de 4 meses para **decidir** el recurso de reconsideración. Y para que se configure el silencio administrativo positivo a que se refieren los artículos 609 del Decreto 390 de 2016 y 707 del Decreto 1165 de 2019, dentro del plazo para decidir de fondo no es necesario notificar la decisión al administrado. Además, según el párrafo de los artículos 609 del Decreto 390 de 2016 y 707 del Decreto 1165 de 2019, para que el administrado pueda verificar si se produjo o no el silencio positivo frente

a la decisión de fondo, *“la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales implementará un servicio de publicación,[...] en el que se podrá consultar la parte resolutive del acto administrativo, a partir del día hábil siguiente de la fecha de su expedición y durante un periodo de un (1) mes en la página web de la DIAN. Este servicio de publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo, ni hace parte de su notificación”* Ese servicio de publicación permite saber que el acto se dictó o no en tiempo, pero no puede reemplazar la notificación del acto. Entonces, con el argumento de que se puede saber cuándo la DIAN dictó el acto que decide de fondo un asunto aduanero y por lo mismo, determinar si existe o no silencio administrativo positivo, la administración debería dar a conocer el acto completo en tiempo. Sin embargo, la notificación de ese acto como garantía del debido proceso y del principio de publicidad queda postergada en el tiempo. Por lo mismo, quedan postergadas, también, la eficacia y oponibilidad del acto frente al administrado. De nada le sirve al administrado saber que el acto se expidió o dictó en tiempo si queda aplazada su notificación, diligencia que le permite conocer el contenido del acto no solo para que le resulte eficaz y oponible sino para ejercer su derecho de defensa frente a la decisión de la administración, mediante los recursos procedentes. En síntesis, ese servicio de publicación para consultar la parte resolutive del acto no resulta suficiente para materializar y hacer efectivo el principio de publicidad, pues no le permite al administrado conocer oportunamente el contenido íntegro del acto ni sus motivos, lo que le impide ejercer a cabalidad el derecho de defensa. Nótese que el servicio prevé publicar la parte resolutive, pero no las razones por las cuales se tomó la decisión. La no exigencia legal de notificar el acto al administrado dentro de un plazo perentorio asociado al término de expedición del mismo, implica generar un estado de inseguridad jurídica frente a las razones de hecho y de derecho que motivaron el sentido de la decisión administrativa y constituye una vulneración al principio de publicidad según el cual los actos administrativos **deben ser conocidos en su integridad** por los sujetos procesales con interés jurídico en actuar a través de los mecanismos de comunicación instituidos en la ley, con el fin de que puedan ejercer sus derechos a la defensa y contradicción. (Sentencia C-341/14). Por lo demás, no hay norma que autorice al Gobierno Nacional para determinar que, a pesar de no haber sido notificado el acto, este tiene algún efecto vinculante frente al interesado. No es dable considerar que la institución del silencio administrativo positivo por no dictarse el acto en tiempo (artículos 609 del Decreto 390 de 2016 y 707 del Decreto 1165 de 2019) salvaguarda *per se* el debido proceso del administrado con la sola expedición del acto, pues lo cierto es que esa figura se prevé como una sanción por el actuar extemporáneo de la administración. Sin embargo, si el administrado no conoce tanto la parte motiva como la resolutive del acto, no se le ha decidido o resuelto el asunto. Es de anotar que, sobre el silencio administrativo positivo en materia aduanera, existe jurisprudencia de esta Sección, conforme con la cual dentro del término que tiene la administración para resolver las actuaciones o recursos debe también notificarse la decisión, pues si no sucede así la actuación o el recurso se entienden resueltos a favor del administrado. Igual sucede con otros pronunciamientos en materia aduanera (Decreto 2685 de 1999) en los que esta Corporación acogió la interpretación según la cual el término “resolver” incluye dar a conocer o notificar el acto, como una garantía del debido proceso del administrado. Asimismo, sobre el término “expedir” y la imposibilidad de que se configure el silencio administrativo positivo, la Sección Primera de esta Corporación señaló que *“dicha expresión no puede entenderse, en este caso, en su tenor literal, pues es lógico que si la Administración no notifica el acto en cuestión dentro del término a que alude el artículo 512 (Decreto 2685) en comento, en últimas, dicho término sería letra muerta y no se configuraría el silencio administrativo positivo, lo que es contrario al espíritu del legislador, pues lo que pretende el precepto es que la Administración dé pronta respuesta al administrado, lo cual solamente se logra si éste, además, conoce la decisión”*. En esa línea, los apartes demandados desconocen la garantía de publicidad para el administrado, que prevé el artículo 4 de la Ley Marco de Aduanas (Ley 1609 de 2013), garantía que impone a la administración la obligación de dar a conocer al interesado, el contenido total del acto administrativo, para que le sea oponible. Comoquiera dentro del término para decidir de fondo debe surtir la notificación del acto, pues, como lo ha precisado la jurisprudencia, la pronta respuesta al administrado sólo se logra cuando éste conoce la decisión que se ha expedido” para que se garantice el principio del efecto útil de las normas parcialmente demandadas, esto es, su efecto jurídico, la Sala sólo anula la palabra **no** de las expresiones *“Dentro de los términos para decidir de fondo no se incluyen los requeridos para efectuar la notificación de dicho acto administrativo”*, contenida en los artículos 588 del Decreto 390 de 2016 y 686 del Decreto 1165 de 2019 y *“Dentro del término para decidir de fondo no se incluye el requerido para efectuar la notificación de dicho acto administrativo”*, de los artículos 607 del Decreto 390 de 2016 y 705 del Decreto 1165 de 2019. En consecuencia, las expresiones demandadas quedan así: *“Dentro de los términos para decidir de fondo se incluyen los requeridos para efectuar la notificación de dicho acto administrativo”*, contenida en los artículos 588 del Decreto 390 de 2016 y 686 del Decreto 1165 de 2019 y *“Dentro del término para decidir de fondo se incluye el requerido para efectuar la notificación de dicho acto administrativo”*, de los artículos 607 del Decreto 390 de 2016 y 705 del Decreto 1165 de 2019.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de mayo de 2023, S.V. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2020-00015-00 \(25332\).](#)

Salvamento de voto de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

PLAZO PARA EXPEDIR O DICTAR EL ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO EN MATERIA ADUANERA - Preclusividad / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA ADUANERA – Alcance / SERVICIO DE PUBLICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DEFINITIVOS EN MATERIA ADUANERA – Alcance / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Alcance / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN MATERIA ADUANERA

Tesis 1: “De acuerdo con la tesis expuesta en la demanda y que fue acogida por la sentencia que me aparto, el hecho de no incluir en el término de los 45 días o de 4 meses los requeridos para la notificación hace que en materia aduanera no se pueda presentar el silencio administrativo en favor de los particulares. No obstante es preciso observar que de acuerdo con los artículos 588 y 607 del Decreto 390 de 2016 y 686 y 705 del Decreto 1165 de 2019, la autoridad cuenta con un plazo máximo de 45 días para expedir o dictar el acto administrativo que decida de fondo sobre la imposición de la sanción, la formulación de la liquidación oficial o el archivo del expediente y de 4 meses para decidir el recurso de reconsideración, plazos dentro de los cuales *“no se incluye el requerido para efectuar la notificación de dicho acto administrativo.”* Así las cosas existe un término perentorio y preclusivo para la administración de expedir el acto administrativo que decide de fondo y que según la reglamentación de la disposición puede ser verificada por el administrado, a partir del día hábil siguiente al vencimiento del plazo, mediante consulta de la publicación en la página web de la entidad, según lo establecido por el parágrafo del artículo 707 del Decreto 1165 de 2019, actualmente vigente, y, en su momento, por el parágrafo del artículo 609 del derogado Decreto 390 de 2016. (...) Ahora, los artículos 609 del Decreto 390 de 2016 y 707 del Decreto 1165 de 2019 disponen que *“Transcurrido el plazo para expedir el acto administrativo que resuelve de fondo un proceso de fiscalización relativo a la expedición de una liquidación oficial, una sanción, el decomiso, o el recurso de reconsideración previstos en el presente decreto, dará lugar a la ocurrencia del silencio administrativo positivo, que se declarará de oficio o a petición de parte ante la dependencia que presuntamente incumplió el término”*. Así, de la simple lectura de las normas citadas se establece la inequívoca voluntad del legislador (en este caso del ejecutivo, en razón de la Ley Marco de Aduanas), para que se configure el silencio administrativo positivo una vez precluya el término para expedir los actos en comento y con el fin de salvaguardar que el administrado tenga conocimiento de esa decisión dispuso la consulta en la página web de la parte resolutoria, respetando el principio de transparencia de las actuaciones administrativas y evitando con ello la posibilidad de que la autoridad altere la ocurrencia del silencio administrativo”.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIAS TRIBUTARIA Y ADUANERA – Diferencias / DIFERENCIAS ENTRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO ADUANERO Y TRIBUTARIO - Razonabilidad

Tesis 2: “2. Diferencias entre el silencio administrativo positivo aduanero y el tributario Sobre el silencio administrativo positivo en materia tributaria, debe tenerse en cuenta el artículo 732 del Estatuto, según el cual, la Administración cuenta con el término de *“un (1) año para resolver los recursos de reconsideración o reposición, contado a partir de su interposición en debida forma”* y el artículo 734 ibidem que dispone *“si transcurrido el término señalado en el artículo 732, (...), el recurso no se ha resuelto, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso, la Administración, de oficio o a petición de parte, así lo declarará.”* Es cierto que la Sala en ese tipo de asuntos ha establecido que el término para resolver el recurso de reconsideración, incluye tanto la expedición del pronunciamiento de fondo sobre los aspectos objeto de controversia, como la notificación en debida forma al peticionario, sin embargo, es necesario precisar que esa conclusión deriva de un supuesto diferenciador con el ámbito aduanero, el legislador no dispuso en materia tributaria que el plazo para la decisión de fondo no incluya el requerido para efectuar la notificación de dicho acto administrativo. Y, además, esa diferenciación tiene toda la razonabilidad, dada la brevedad de los términos en materia aduanera en relación con el carácter de la decisión, respecto de los plazos que rigen el campo tributario (un año vs. 15 días o 4 meses). En consecuencia, existiendo elementos diferenciadores entre el silencio administrativo aduanero y el tributario, no pueden trasladarse de manera automática conclusiones que no consideran los mismos supuestos”.

PLAZO PARA EXPEDIR O DICTAR EL ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO EN MATERIA ADUANERA - Regulación y alcance / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA ADUANERA - Existencia de precedente judicial / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA ADUANERA - Falta de carga argumentativa suficiente

Tesis 3: “3. Existe precedente específico sobre el silencio administrativo aduanero. La normativa que hoy se analiza ya había sido dispuesta en el ordenamiento aduanero. En efecto, el artículo 512 del Estatuto Aduanero, modificado por los Decretos 4431 de 2004 y 2557 de 2007, establecía que la autoridad debía “expedir” la liquidación oficial dentro del término de 45 días, contados a partir del día siguiente de la presentación de la respuesta al requerimiento especial aduanero. Adicionalmente, el parágrafo de dicha norma señalaba que *“Dentro de los términos para decidir de fondo no se incluyen los requeridos para efectuar la notificación, la cual se surtirá de conformidad con los artículos 564 y 567 de este decreto”*. En concordancia, el artículo 519 del Estatuto Aduanero señalaba que el incumplimiento de los términos previstos para decidir de fondo daba lugar al silencio administrativo positivo. Con esa normativa, que guarda identidad con la que fue objeto de nulidad en la sentencia de que me aparto, recientemente la Sección en la sentencia 25565 del 27 de octubre de 2022, precisó: *“En consecuencia, para que opere el silencio administrativo positivo previsto en el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, debe verificarse que el acto acusado no haya sido expedido dentro del término 45 días contados a partir del día siguiente a la presentación de la respuesta al requerimiento especial aduanero, aunque la notificación se surta con posterioridad.”*. Otro precedente reciente en ese mismo sentido es la sentencia 23593 del 5 de agosto de 2021, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto. Línea de decisión que esta Sección acogió desde la sentencia del 16 de junio de 2011, expediente 17467, CP: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, que estudió el alcance del artículo 512 del Estatuto Aduanero luego de la modificación del Decreto 4431 de 2004. En ese caso, la Sala indicó que la expresión “expedir” debe tomarse en su sentido natural, es decir como sinónimo es “emitir”, porque el plazo para decidir de fondo no incluye el necesario para surtir la notificación del acto administrativo por expreso mandato del Estatuto Aduanero. Por esto, para apartarse de este precedente vigente de la Sección Cuarta, que reitero, analizó normas con identidad de contenido a las demandadas, a mi juicio, no se desplegó una carga argumentativa suficiente para ese cambio de decisión, que por lo demás, en los términos de la jurisprudencia constitucional, sentencia SU 406 de 2016, es garantía del derecho a la igualdad”.

EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EFICACIA U OponIBILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA ADUANERA – Presupuestos / SERVICIO DE PUBLICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DEFINITIVOS EN MATERIA ADUANERA – Principios de transparencia y de publicidad/ AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Tesis 4: “4. Las expresiones demandadas no violan el derecho al debido proceso ni impiden que se configure el silencio administrativo positivo en materia aduanera. El derecho al debido proceso no se vulnera por el hecho que la regulación aduanera establezca unos términos para resolver que no incluyen la notificación, todo, porque la norma no está impidiendo que se surta esta última, es claro que la notificación está contemplada en la legislación aduanera como garantía de conocimiento de los actos de la administración, los términos para recurrir, empiezan una vez se dé la misma. Debe recordarse que la expedición del acto administrativo y su notificación son dos conceptos jurídicos diferentes, el primero es el nacimiento del acto a la vida jurídica en razón de darse las condiciones que lo perfeccionan y le dan su especificidad, mientras que lo segundo es la diligencia de poner en conocimiento ese acto ya expedido. Además, cualquier irregularidad u omisión en la notificación no puede invocarse como causal de nulidad de dicho acto, sino como un aspecto que solo afecta su eficacia u oponibilidad, de allí que se tenga como un requisito de eficacia del acto administrativo y no de validez o legalidad del mismo. Por esto, una vez se expida el acto surge el deber de notificar lo cual está igualmente regulado en el Estatuto Aduanero y en la normativa interna de la DIAN, en el manual de procedimientos que describe las actividades para la realización de los procesos de gestión documental conforme a lo establecido en el artículo 2.8.2.5.9. del Decreto 1080 de 2015, desarrollados en los procedimientos de calidad publicados en la página WEB de la Entidad. Ahora, el hecho que el silencio administrativo tome la fecha de expedición del acto como parámetro para que se configure no impide que este opere, la norma es absolutamente clara señalando el presupuesto en que se da, la falta de expedición de la decisión en el plazo contemplado, que por lo demás, como se expuso en garantía del principio de transparencia y publicidad se informa en la página web de la entidad, cautela que adoptó la regulación para que el administrado conozca la fecha del acto, porque recuérdese que el silencio es objetivo en tanto lo que marca su configuración es que no se expida la decisión en la fecha indicada, porque una vez no se produzca en dicho término la administración pierde competencia temporal para preferirlo. Además, no debe dejarse de lado la facultad de conformación normativa que tiene para este caso el ejecutivo, que el juez en sus providencias está sometido al imperio de la ley y que las normas demandadas no vulneran el derecho al debido proceso como se explicó. Entonces, en mi criterio, la falta de notificación del acto, no limita la configuración del silencio administrativo positivo aduanero. La normativa analizada permite el cumplimiento de los requisitos que se han establecido para ello: (i) que la ley le haya dado a la Administración un plazo dentro del cual debe

resolver la petición o recurso, (ii) que la norma contemple expresamente que el incumplimiento del plazo para resolver deriva en la configuración de un acto ficto favorable a lo solicitado; y (iii) que la autoridad que estaba en la obligación de resolver, no lo haya hecho dentro del plazo legal. Sobre este último requisito tomando la fecha de expedición, que dados los mecanismos implementados en la misma norma no restringe el conocimiento de la decisión por parte del administrado, respetando así el derecho fundamental al debido proceso. Por las razones expuestas precisé salvar mi voto”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de mayo de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2020-00015-00 \(25332\).](#)

3. Las autoridades ambientales locales son competentes para determinar las tarifas de la tasa de control y manejo de la publicidad exterior visual únicamente de dimensiones iguales o superiores a 8 mts², pero, en virtud del principio de rigor subsidiario, también pueden fijar tales tarifas frente a la publicidad exterior visual de tamaño inferior, siempre y cuando el concejo municipal o distrital haya determinado, previamente, una regulación más restrictiva para salvaguardar su patrimonio ecológico y atendiendo las necesidades propias de la entidad territorial.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los artículos 17 y 18 de la Resolución 067 del 10 de mayo de 2006, proferida por el Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta DADMA, disposiciones en dicha entidad reguló las tarifas anuales para el registro de elementos de publicidad exterior visual y para la instalación de vallas, de avisos y pendones, y de vehículos móviles. La Sala modificó la sentencia apelada que había anulado dichas disposiciones. En su lugar, anuló los literales a), b) y c) del artículo 17; los literales a), b) y c) del artículo 18 en la parte relativa a la tarifa de la tasa por la instalación de publicidad exterior en avisos y pendones, así como los literales a) y b) del mismo artículo 18, referidos a la instalación de elementos de publicidad exterior visual móvil en vehículos. Lo anterior, porque la Sala concluyó que aunque el DADMA era competente para fijar la tarifa de la tasa de manejo y control ambiental para la publicidad exterior visual de dimensiones iguales o superiores a 8 metros cuadrados, no lo era para hacerlo respecto de la publicidad con un área inferior o de acuerdo al peso en toneladas del vehículo en que se moviliza la publicidad, pues el Concejo Distrital de Santa Marta no estableció una regulación más restrictiva, en virtud del principio de rigor subsidiario, en la que habilitara al DADMA para fijar tarifas por el manejo y control de publicidad exterior visual de dimensiones distintas a las fijadas por el artículo 15 de la Ley 140 de 1994. Al respecto, se precisó que, del contenido de las leyes 140 de 1994, 334 de 1996 y 633 del 2000, se desprende que, en principio, las autoridades ambientales locales son competentes para determinar tales tarifas frente a publicidad exterior visual únicamente de dimensiones iguales o superiores a 8 mts², mientras que, atendiendo a los artículos 313 y 338 de la Constitución, la misma Ley 140 y la sentencia C-535 de 1996, pueden fijar las aludidas tarifas frente a la publicidad exterior visual de tamaño inferior, siempre y cuando el concejo municipal o distrital haya determinado, previamente, una regulación más restrictiva para salvaguardar su patrimonio ecológico y atendiendo las necesidades propias de la entidad territorial, situación que no se configuraba en el caso examinado.

IMPUESTO A LA PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL / TASA A LOS INSTRUMENTOS PARA EL CONTROL Y MANEJO AMBIENTAL DE LA PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL / DIFERENCIA Y AUTONOMÍA DEL IMPUESTO A LA PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL Y LA TASA A LOS INSTRUMENTOS PARA EL CONTROL Y MANEJO AMBIENTAL DE LA PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL / DIFERENCIA ENTRE LOS IMPUESTOS A LA PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL Y DE AVISOS Y TABLEROS / COEXISTENCIA DE LOS IMPUESTOS A LA PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL Y DE AVISOS Y TABLEROS - Reiteración de jurisprudencia / IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS - Complementariedad con el ICA / SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS / IMPUESTO A LA PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL - Hecho gravable / FIJACIÓN DE LA TARIFA DE LAS TASAS A LOS INSTRUMENTOS PARA EL CONTROL Y MANEJO AMBIENTAL - Competencia del Ministerio del Medio Ambiente y de las autoridades ambientales / INSTRUMENTOS PARA EL CONTROL Y MANEJO AMBIENTAL DE LA PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL - Registro y revisión periódica / SISTEMA Y MÉTODO PARA LA FIJACIÓN DE LA TARIFA DE LAS TASAS A LOS INSTRUMENTOS PARA EL CONTROL Y MANEJO AMBIENTAL - Carácter vinculante / SISTEMA PARA LA FIJACIÓN DE LA TARIFA DE LAS TASAS A LOS INSTRUMENTOS PARA EL CONTROL Y MANEJO AMBIENTAL - Aspectos que tiene en cuenta / COEXISTENCIA DEL IMPUESTO A LA PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL Y LA TASA A LOS INSTRUMENTOS PARA EL CONTROL Y MANEJO AMBIENTAL DE LA PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL / FINALIDAD DE LA TASA A LOS INSTRUMENTOS PARA EL CONTROL Y MANEJO AMBIENTAL DE LA PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL / TASA AMBIENTAL / COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES AMBIENTALES PARA LA FIJACIÓN DE LA TARIFA DE LAS TASAS A LOS INSTRUMENTOS PARA EL CONTROL Y MANEJO AMBIENTAL - Límites / PRINCIPIO DE RIGOR SUBSIDIARIO - Contenido y alcance / PRINCIPIO DE RIGOR SUBSIDIARIO - Facultades de los concejos municipales y distritales / REGLAMENTACIÓN DEL PATRIMONIO ECOLÓGICO MUNICIPAL - Competencia / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DISTRITAL DEL MEDIO AMBIENTE DE SANTA MARTA DADMA - Creación, patrimonio y facultades como máxima autoridad ambiental en su jurisdicción / FIJACIÓN DE LA TARIFA DE LAS TASAS A LOS INSTRUMENTOS PARA EL CONTROL Y MANEJO AMBIENTAL EN EL DISTRITO DE SANTA MARTA - Competencia del Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente DADMA / FIJACIÓN DE LA TARIFA DE LAS TASAS A LOS INSTRUMENTOS PARA EL CONTROL Y MANEJO AMBIENTAL EN EL DISTRITO DE SANTA MARTA POR EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DISTRITAL DEL MEDIO AMBIENTE DE SANTA MARTA DADMA - Falta de competencia para regular la tarifa por el registro e instalación de publicidad exterior visual de dimensiones inferiores a 8 metros cuadrados / TARIFA DE LAS TASAS A LOS INSTRUMENTOS PARA EL CONTROL Y MANEJO AMBIENTAL EN EL DISTRITO DE SANTA MARTA - Ilegalidad parcial de los artículos 17 y 18 de la Resolución 067 de 2006 proferida por el Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente DADMA

Problema jurídico: ¿Se ajustan a la legalidad los artículos 17° y 18° de la Resolución 067 del 10 de mayo de 2006, en los que el Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta DADMA reguló las tarifas anuales para el registro de elementos de publicidad exterior visual anual y para la instalación de vallas, de avisos y pendones, y de vehículos móviles?

Tesis: “[L]a Sala concluye que debe distinguirse el impuesto a la publicidad exterior visual, que fue autorizado por el artículo 14 de la Ley 140 de 1994, y la tasa a los instrumentos para el control y manejo ambiental de la publicidad exterior visual, que fue autorizada por el artículo 28 de la Ley 344 de 1996, modificado por el artículo 96 de la Ley 633 del 2000, en concordancia con los objetivos dispuestos por el artículo 2 de la Ley 140 de 1994. En cuanto al impuesto a la publicidad exterior visual, esta Sección inicialmente consideró que el artículo 14 de la Ley 140 de 1994 no creó un tributo autónomo, sino que su propósito fue ampliar el hecho generador del impuesto de avisos y tableros. La anterior jurisprudencia fue rectificadora por la sentencia del 12 de junio de 2002, pues se advirtió que el impuesto a la publicidad exterior visual tiene elementos distintos al de avisos y tableros. En efecto, en dicha providencia se expuso que este último tributo es complementario del ICA, por lo que su sujeto pasivo es aquella persona que desarrolle las actividades comerciales, industriales o de servicios gravadas y que, además, utiliza el espacio público para la colocación de avisos y tableros que promocionen su actividad. En cambio, el de publicidad exterior visual grava la colocación de vallas, sin importar si realizan o no actividades gravadas por el ICA. De esta forma, precisó que el legislador previó la coexistencia de ambos impuestos porque definió para cada uno

elementos plenamente identificados y con hechos gravables distintos, de tal manera que «se descarta de plano que en el gravamen de avisos y tableros esté subsumido el creado para la publicidad exterior visual, así como la posibilidad de que se presente doble tributación». Esta postura fue reiterada posteriormente por esta Sección. De otro lado, como se expuso, el artículo 28 de la Ley 344 de 1996, modificado por el artículo 96 de la Ley 633 del 2000, autoriza al «Ministerio del Medio Ambiente y las autoridades ambientales» para fijar las tarifas para la tasa de los servicios de evaluación y los servicios de seguimiento de licencias ambientales, permisos, concesiones, autorizaciones y demás instrumentos de control y manejo ambiental establecidos por la ley o por el reglamento, entre los cuales se encuentra el registro (artículo 11 de la Ley 140 de 1994) y las revisiones periódicas (artículo 7 *ibidem*) de la publicidad exterior visual, de conformidad con el carácter de recurso natural renovable que le atribuyó la Sentencia C-535 de 1996. Para estos efectos, y de conformidad con el artículo 338 de la Constitución, el legislador previó que las tarifas fijadas por las autoridades ambientales con relación a las tasas de los instrumentos de control y manejo ambiental deben cumplir el sistema allí previsto, que tiene en cuenta: *i*) el valor total de los honorarios de los profesionales requeridos para la evaluación y seguimiento, *ii*) el valor total de los viáticos y gastos de viajes de dichos profesionales y *iii*) el valor de los análisis de laboratorios y otros estudios o diseños técnicos que sean requeridos. Además, fijó el método y los topes de las tarifas según el valor del servicio de evaluación o de seguimiento determinado en salarios mínimos legales mensuales vigentes. La Sala pone de presente que, así como el legislador previó la coexistencia del impuesto a la publicidad exterior visual y del impuesto de avisos y tableros, pues para cada uno estableció elementos diferentes, a esta misma conclusión se puede llegar con relación a las tasas ambientales autorizadas por el artículo 28 de la Ley 344 de 1996, modificado por el artículo 96 de la Ley 633 del 2000. Lo anterior es así porque, a diferencia de los impuestos referidos, la tasa autorizada en la Ley 344 de 1996 solo tiene como objetivo recuperar el costo en el que incurren las autoridades ambientales por ejercer el control y el manejo ambiental a través de los instrumentos fijados por la ley o el reglamento, como lo son el registro y revisión periódica de la publicidad exterior visual que fue prevista por la Ley 140 de 1994. De acuerdo con lo expuesto, es necesario precisar, primero, que en este caso el análisis corresponde al de una tasa ambiental y, segundo, que la autorización que otorgó el artículo 28 de la Ley 344 de 1996, modificado por el artículo 96 de la Ley 633 del 2000, inicialmente, solo permite que las autoridades ambientales del orden local determinen la tarifa de la tasa para el control y manejo de la publicidad exterior visual en los términos del artículo 15 de la Ley 140 de 1994, es decir cuyas dimensiones sean iguales o superior a 8 metros cuadrados. Se dice que inicialmente porque, como lo indicó la Sentencia C-535 de 1996, el principio de rigor subsidiario permite que los concejos municipales y distritales, atendiendo a las necesidades propias de la entidad territorial a la que pertenecen, dispongan una reglamentación más estricta que, para el asunto bajo estudio, consistiría en establecer mecanismos de control y manejo (como es el registro y la revisión periódica) de la publicidad exterior visual de dimensiones inferiores a 8 metros cuadrados. Además, se destaca que, como lo indicó la sentencia citada a la luz del artículo 313 de la Constitución, la reglamentación del patrimonio ecológico municipal es propia y prioritaria de los concejos municipales y distritales, por lo que esta es la autoridad que debe establecer la regulación más restrictiva en virtud del principio de rigor subsidiario. En otras palabras, del contenido de la Ley 140 de 1994, de la Ley 334 de 1996 y de la Ley 633 del 2000, se desprende que las autoridades ambientales locales son competentes para determinar la tarifa para la tasa de control y manejo de la publicidad exterior visual únicamente de dimensiones iguales o superiores a 8 metros cuadrados. Mientras que, atendiendo a los artículos 313 y 338 de la Constitución, la misma Ley 140 y la Sentencia C-535 de 1996, las autoridades ambientales locales podrán fijar las tarifas relacionadas con las tasas de control y manejo ambiental frente a la publicidad exterior visual inferior a 8 metros cuadrados, siempre y cuando el concejo municipal o distrital haya determinado, de forma previa, una regulación más restrictiva con el fin de salvaguardar su patrimonio ecológico y atendiendo las necesidades propias de la entidad territorial. Ahora, teniendo presente lo anterior, y con relación al caso concreto, la Sala observa que el Acuerdo Nro. 016 del 27 de noviembre de 2002 proferido por el Concejo Distrital de Santa Marta creó el DADMA y, en el artículo 4°, determinó que dicha entidad está facultada para «EJERCER LA FUNCIÓN DE MÁXIMA AUTORIDAD AMBIENTAL EN EL ÁREA URBANA DEL DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA (...)» (...). Esta última disposición fue reiterada por el artículo 2° del Acuerdo Nro. 005 de 2003. Por su parte, el numeral 5.1. del artículo 4° del Acuerdo Nro. 005 le asignó al DADMA la función de elaborar el reglamento distrital de protección del paisaje y ejercer las funciones de vigilancia, seguimiento y control; el numeral 5.3 prevé que deberá llevar el registro de publicidad exterior visual previsto por la Ley 140 de 1994 y el numeral 5.5. indica que es la autoridad competente para recaudar el impuesto a la publicidad exterior visual del artículo 14 *ibidem*. Sin embargo, no dispuso que estas funciones también serían ejercidas sobre publicidad exterior visual de dimensiones inferiores a 8 metros cuadrados. A su vez, el numeral 10.1 *ibidem*, con relación a las funciones administrativas y fiscales del DAMA, le atribuyó la facultad de recaudar las contribuciones, tasas, derechos, tarifas y multas por concepto del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables «Y FIJAR SU MONTO EN EL ÁREA DE SU JURISDICCIÓN, CONFORME LAS TARIFAS MÍNIMAS ESTABLECIDAS POR EL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL». En concordancia, el numeral 8 del artículo 17° indica que forma parte del patrimonio del DADMA los

«RECURSOS PROVENIENTES DE DERECHOS, TASAS, TARIFAS, MULTAS Y PARTICIPACIONES QUE PERCIBAN CONFORME A LA LEY Y LAS REGLAMENTACIONES CORRESPONDIENTES. (...)». Como se observa, en el Acuerdo Nro. 005 de 2003, que regula las competencias del DADMA, no se dispuso, de manera específica, ningún mecanismo de control y manejo ambiental relacionado con la publicidad exterior visual de dimensiones inferiores a 8 metros cuadrados. Ahora bien, al analizar el contenido del acto acusado, se observa que la Directora General del DADMA profirió la Resolución Nro. 067 de 2006, que en su parte considerativa expuso como fundamento que «el artículo 28 de la Ley 344 de 1996, modificado por el artículo 96 de la Ley 633 de 2000, faculta a las autoridades ambientales para cobrar el servicio de evaluación y seguimiento de la licencia ambiental, permisos, concesiones, autorizaciones y demás instrumentos de control y manejo ambiental establecidos en la Ley y los reglamentos». Así mismo, puso de presente la necesidad de establecer las tarifas y el procedimiento para el cobro de este tipo de servicios. El artículo 6° *ibidem* determinó que, dentro de los trámites que requieren evaluación y seguimiento, se encuentra el «Registro y autorización de elementos de publicidad exterior visual» y el «Registro y autorización de elementos de publicidad móvil». De conformidad con lo expuesto, en el Capítulo II (tarifas sujetas a régimen especial), la Resolución Nro. 067 de 2006 estableció las disposiciones objeto de controversia en este caso, que fueron transcritas en los antecedentes de esta providencia, de las cuales se deriva que su intención fue regular la tarifa por el registro e instalación de publicidad exterior visual de dimensiones inferiores, iguales y superiores a 8 metros cuadrados. Atendiendo lo expuesto, la Sala advierte que la Resolución Nro. 067 de 2006 no identificó ningún acuerdo del Concejo Distrital de Santa Marta que estableciera mecanismos de manejo y control de publicidad exterior visual por dimensiones inferiores a 8 metros cuadrados. En consecuencia, según se expuso previamente, no existe ninguna habilitación normativa para que la autoridad demandada regular la tarifa para publicidad exterior visual con un área menor a la prevista en la Ley 140 de 1994. De acuerdo con lo anterior, se concluye que los artículos 17° y 18° de la resolución acusada son nulos parcialmente porque el DADMA no tenía competencia para fijar la tarifa de la tasa para el manejo y control de publicidad exterior visual de dimensiones distintas a las fijadas por el artículo 15 de la Ley 140 de 1994, pues el Concejo Distrital de Santa Marta no estableció una regulación más restrictiva en virtud del principio de rigor subsidiario. Siguiendo esta argumentación, la Sala advierte que el título final del artículo 18° de la Resolución Nro. 067 de 2006, que se reitera fue transcrito previamente, dispuso que la tarifa de la tasa por la instalación de elementos de publicidad exterior visual móvil en vehículos depende de su peso, no de su dimensión. De acuerdo con lo expuesto, esta disposición también resulta nula porque no guarda relación alguna con las dimensiones de la publicidad exterior visual que fue prevista por la Ley 140 de 1994. Con base en lo expuesto, prospera el recurso de apelación solo parcialmente porque, aunque el DADMA era competente para fijar la tarifa de la tasa de manejo y control ambiental para la publicidad exterior visual de dimensiones iguales o superiores a 8 metros cuadrados, no lo era para hacerlo con relación a la publicidad con un área inferior o de acuerdo al peso en toneladas del vehículo en que se moviliza dicha publicidad.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 1 de junio de 2023, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 47001-23-31-000-2011-00347-01 \(27423\) Acumulados.](#)

4. Las entidades territoriales no están facultadas para crear conductas sancionables ni para establecer sanciones de carácter tributario, pues ello corresponde al legislador.

Síntesis del caso: Se confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que anuló los artículos 410, 411, 412, 414, 415, 416, 417, 418, 419 y 426 de la Ordenanza 397 del 18 de diciembre de 2014, disposiciones en las que la Asamblea del Valle del Cauca estableció un régimen sancionatorio del impuesto al consumo de licores en el departamento. Para el efecto, la Sala concluyó que dichas normas transgredieron los principios de reserva de ley y de legalidad y que, al expedirlas, la asamblea excedió el ejercicio de su competencia, dado que no estaba legitimada para crear sanciones. Señaló que, por el contrario, por expresa disposición del artículo 59 de la Ley 788 de 2002, las entidades territoriales están sujetas al régimen sancionatorio previsto en el Estatuto Tributario Nacional, y en lo específicamente regulado para el impuesto al consumo, en la Ley 223 de 1995, normativa que no prevé ni autoriza crear ninguno de los tipos sancionatorios consagrados en las disposiciones acusadas (arts. 410, 411, 412, 414, 415, 416, 417, 418 y 419) salvo por la sanción de clausura del establecimiento

(426), que sí la establece el artículo 657 del E.T, pero cuyos supuestos difieren sustancialmente de los que prevé la norma enjuiciada, lo que deja en evidencia que se trata de un nuevo tipo sancionatorio, no autorizado en el ET, ni tampoco por la Ley 223 de 1995, el que, por demás, resulta más gravoso que el previsto en la norma nacional.

RÉGIMEN SANCIONATORIO EN MATERIA TRIBUTARIA / PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL EN MATERIA SANCIONATORIA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA SANCIONATORIA / PROPIEDAD DEL IMPUESTO AL CONSUMO DE CERVEZAS, SIFONES, REFAJOS Y MEZCLAS DE BEBIDAS FERMENTADAS CON BEBIDAS NO ALCOHÓLICAS / RENTAS DEL IMPUESTO AL CONSUMO DE CERVEZAS, SIFONES, REFAJOS Y MEZCLAS DE BEBIDAS FERMENTADAS CON BEBIDAS NO ALCOHÓLICAS – Cesión a los Departamentos y al Distrito Capital en proporción al consumo de los productos gravados en sus jurisdicciones / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA / AUTONOMÍA IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Alcance y límites. Sujeción a la Constitución y a la ley. Reiteración de jurisprudencia / RÉGIMEN SANCIONATORIO TRIBUTARIO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Alcance de la aplicación de los procedimientos del Estatuto Tributario Nacional por las entidades territoriales. Interpretación del artículo 59 Ley 788 de 2002 / IMPUESTO AL CONSUMO DE LICORES – Potestad de gestión del tributo / POTESTADES NORMATIVAS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Alcance y límites / RÉGIMEN SANCIONATORIO TRIBUTARIO DEL IMPUESTO AL CONSUMO EN EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – Ilegalidad. Violación de los principios de reserva de ley y de legalidad tributaria y falta de competencia de la asamblea departamental para crear sanciones

Problema jurídico: ¿Los artículos 410, 411, 412, 414, 415, 416, 417, 418, 419 y 426 de la Ordenanza 397 del 18 de diciembre de 2014, proferida por la Asamblea departamental del Valle del Cauca se ajustan a la legalidad?

Tesis: “[A]corde con el artículo 185 de la Ley 223 de 1995, el impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas es de propiedad de la Nación y su producto se encuentra cedido a los Departamentos y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, en proporción al consumo de los productos gravados en sus jurisdicciones. Ahora bien, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que en el marco de los artículos 1º, 287 y 300 de la Constitución, los departamentos y demás entidades territoriales cuentan con autonomía para la gestión de sus intereses, en particular para administrar las fuentes de sus ingresos, *i.e.*, los impuestos a su cargo, de allí que el artículo 300 *ídem*, les reconozca potestad normativa para regular sus tributos, siempre que se ejerza dentro de «*los límites de la Constitución y la ley*», de suerte que no pueden existir tributos territoriales sin ley que los autorice. Es decir, se trata de una potestad normativa tributaria limitada. Así, la determinación del régimen tributario territorial fijado a través de las ordenanzas o acuerdos es asimétrico respecto de los tributos nacionales, pues, según la jurisprudencia Constitucional «*no es admisible que existan tributos territoriales regulados completa y exclusivamente por normas locales*» (sentencia C-517 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón), por lo que las potestades tributarias atribuidas a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales deben estar precedidas de la respectiva ley de creación del tributo territorial. En armonía con las potestades normativas derivadas, que se predicen de los entes territoriales en materia tributaria, esta corporación ha señalado que existen límites en la regulación del régimen sancionador, pues esta materia está reservada al legislador en garantía del artículo 29 constitucional, que determina la preexistencia de una ley respecto de una determinada conducta. En lo que respecta al régimen sancionatorio de las entidades territoriales, el artículo 59 de la Ley 788 de 2002 determina que están obligadas a aplicar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, cobro y devoluciones, al igual que el régimen sancionatorio incluida su imposición, respecto de los tributos que administren, dejando solo a salvo la posibilidad de que puedan disminuir y simplificar el monto de las sanciones y el término de la aplicación, acorde con la naturaleza de sus tributos, teniendo en cuenta la proporcionalidad de éstas respecto del monto de los impuestos. Destaca la Sala de esta previsión que, la autorización legislativa es para atenuar las sanciones y simplificar los procedimientos, que no para crearlas. En línea con lo anterior, debe enfatizar esta corporación que la potestad procedimental tributaria de los entes territoriales debe sujetarse a las expresas previsiones del artículo 59 de la Ley 788 de 2002, que determinan la aplicación del procedimiento tributario nacional a los tributos locales, sin perjuicio de que puedan atenuar las sanciones y «*simplificar*» los procedimientos sin menoscabar el debido proceso. 4.1- Ahora bien, en el *sub lite*, el asunto jurídico en cuestión, estuvo dirigido a sancionar conductas relacionadas con el impuesto al consumo de licores lo cual se encuentra reglado en la Ley 223 de 1995, cuyo artículo 199 estableció que la potestad de gestión del tributo (*i.e.* fiscalización, liquidación oficial, cobro y recaudo) corresponde a los departamentos y al distrito capital, quienes, por

expresa remisión normativa, están obligados a aplicar los procedimientos del ET, en particular, el régimen sancionatorio tributario (artículo 221 *ídem*), regulado a partir del artículo 634 del ET (título III, libro V) y que no consagra ninguno de los tipos sancionatorios que fueron consagrados en las disposiciones acusadas (arts. 410, 411, 412, 414, 415, 416, 417, 418 y 419) salvo por la sanción de clausura del establecimiento (426), la cual se estudia en apartes posteriores. Tampoco la Ley 223 de 1995 (reglamentada por el Decreto 2141 de 1996) que regula el impuesto al consumo, consagra, ni autoriza la creación de ninguno de los tipos sancionatorios en cuestión. Solo se advierte que el artículo 200 *ibidem* consagra la facultad de aprehender y decomisar los productos sometidos al impuesto al consumo, en la respectiva jurisdicción, cuando no se acredite el pago de la obligación sustancial o cuando se incumplan las obligaciones de los sujetos responsable (sic) listadas a partir del artículo 21 del mencionado decreto. 4.2- De acuerdo con el marco jurídico referenciado, advierte la Sala que los artículos 410, 412, 414, 415 y 416 de la ordenanza cuestionada imponen sanciones por no permitir las actividades de control, por venta de licores por debajo del precio mínimo, por no movilizar las mercancías dentro del término legal, por legalización extemporánea de la tornaguía y por solicitar anulación de tornaguías pasados tres días, determinan verbos rectores y adecuaciones típicas que reprochan el incumplimiento de obligaciones tributarias derivadas del impuesto al consumo regulado en la Ley 223 de 1995, lo cual no fue autorizado por esta normativa, ni corresponde a la tipología sancionatoria prevista en el Estatuto Tributario Nacional. También se encuentra que, los tipos sancionatorios descritos en los artículos 411, 417 y 418 de la norma demandada, que imponen sanciones por poseer especies venales o etiquetas adulteradas o falsas y por no salvaguardar y custodiar las etiquetas de señalización, pretenden reprochar conductas que son reprimidas en el espectro del derecho penal mediante los artículos 279, 280, 281 y 282 del Código Penal, normativa especial, cuya réplica no autoriza la Ley 223 de 1995, ni el Estatuto Tributario Nacional; similar situación ocurre con la sanción prevista en el artículo 419 de la ordenanza, que tipifica una sanción cuando no sea posible aprehender una mercancía, con la cual se pretende reproducir una sanción prevista en materia aduanera (*i.e.*, artículo 648 del Decreto 1165 de 2019, antes artículo 503 del Decreto 2685 de 1999), sin autorización legal. Finalmente en lo que respecta al artículo 426 demandado, referente a la sanción de clausura del establecimiento, cuya modulación depende de si la defraudación, ocurre por las causales de adulteración y falsificación, advierte la Sala que si bien el ordenamiento tributario nacional consagra la sanción de clausura en el artículo 657 E.T, los supuestos de tal disposición, difieren sustancialmente de los que prevé la norma enjuiciada, lo que deja en evidencia que se trata de un nuevo tipo sancionatorio, no autorizado en el ET, ni tampoco por la Ley 223 de 1995, el que por demás resulta más gravoso que el previsto en la norma nacional, pues mientras este último determina la sanción por tres días para disciplinar algunas conductas, la norma departamental cuestionada, parte desde cinco días de cierre del establecimiento. Por todo lo anterior, encuentra la Sala que las normas demandadas transgredieron los principios de reserva de ley y de legalidad, excedieron el ejercicio de la competencia de la asamblea departamental, comoquiera que tal corporación territorial no estaba legitimada para crear sanciones, por el contrario debía sujetarse al régimen sancionatorio previsto en la el ET, por expresa disposición del artículo 59 de la Ley 2002, y en lo específicamente regulado para el impuesto al consumo en la Ley 223 de 1995. Por lo expuesto, no prospera la apelación. En cambio, se impone confirmar la decisión de primera instancia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 1 de junio de 2023, C.P. Wilson Ramos Girón, radicación: 76001-23-33-000-2015-00617-01 \(27121\).](#)

7
SECCIÓN
QUINTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se negó la nulidad del acto de elección de un representante a la Cámara por el departamento del Quindío.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de elección del señor John Edgar Pérez Rojas como representante a la Cámara por el departamento del Quindío, alegando que el demandado ofreció personalmente o por interpuesta persona, dádivas a cambio de votos en su campaña política como representante a la Cámara. La Sala negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, pese a la existencia de un proceso penal activo por corrupción al sufragante, éste no tiene como indiciado al demandado, sino que figura como procesado el concejal Gustavo Adolfo Herrera Zapata y que no existen medios de prueba que den cuenta de que el señor John Edgar Pérez Rojas haya incurrido en la compra de votos como tampoco, se demostró con suficiencia la relación de los dos políticos, su naturaleza y, menos, que hubiese correlación con la corrupción al sufragante.

NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / CORRUPCIÓN DE LAS PRÁCTICAS ELECTORALES / ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA CAUSAL DE INHABILIDAD

Problema jurídico: Corresponde a la Sala establecer si hay lugar o no a declarar la nulidad de la elección del señor John Edgar Pérez Rojas como representante a la Cámara por la circunscripción departamental del Quindío. De manera concreta debe determinarse: si el demandado ofreció personalmente o por intermedio del señor Gustavo Adolfo Herrera Zapata, concejal de Calarcá –Quindío–, dádivas a cambio de votos en su campaña política como representante a la Cámara del Quindío y, por tanto, si incurrió en prácticas corruptas que impliquen la nulidad de su elección.

Tesis: “El único cargo formulado por la demandante en el escrito de subsanación y teniendo en cuenta la fijación del litigio, consiste en que el demandado ofreció por intermedio del señor Gustavo Adolfo Herrera Zapata, concejal de Calarcá –Quindío–, dádivas a cambio de votos en su campaña política como representante a la Cámara del Quindío y, por tanto, incurrió en prácticas corruptas que implican la nulidad de su elección. Con el propósito de confirmar o desvirtuar las irregularidades alegadas por la demandante, se procederá a analizar los medios de prueba que fueron decretados y aportados; esto es, el proceso penal iniciado contra el señor Gustavo Adolfo Herrera Zapata, así como, la certificación sobre si existió un proceso penal en contra del señor John Edgar Pérez Rojas por corrupción al sufragante, aportados por la Fiscalía General de la Nación. En este punto se aclara que, en lo que tiene que ver con la acción penal, es oportuno advertir que ésta es completamente independiente al proceso electoral, por lo que no hay prejudicialidad, toda vez que las decisiones que se adopten en uno, no inciden en los otros. (...). Se tiene entonces que, existe un proceso penal activo por corrupción al sufragante, del cual la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación y se encuentra a la espera de la respectiva audiencia, el mismo no tiene como indiciado al demandado, quien goza de fuero constitucional al haber sido elegido como representante a la Cámara, sino que figura como procesado es el concejal Gustavo Adolfo Herrera Zapata, según se detalla en los hechos descritos en el informe ejecutivo, adjuntado al oficio reseñado con antelación, quien fue detenido en flagrancia por el delito de corrupción al sufragante, lo anterior se fundó en versiones de algunos ciudadanos y el material que fue encontrado en su poder; esto es, dinero en efectivo y propaganda electoral del entonces candidato a la Cámara de Representantes por el partido Cambio Radical John Edgar Pérez Rojas. De lo anterior, se desprende que no existen medios de prueba que den cuenta de que el señor John Edgar Pérez Rojas haya conocido y dado consentimiento para menoscabar el ejercicio democrático del 13 de marzo de 2022, enfocada en la compra de votos para favorecer al entonces candidato a la Cámara por el Departamento del Quindío. Pues, si bien al señor Gustavo Adolfo Herrera Zapata al momento de su captura le encontraron siete tarjetas de propaganda del candidato a la Cámara de Representantes por el partido Cambio Radical John Edgar Pérez Rojas; esta única prueba no demuestra con suficiencia la relación de los dos políticos, su naturaleza y, menos, que ese material tuviera correlación con la corrupción al sufragante. En este punto, recuerda la Sala que para la configuración de la corrupción como causal subjetiva de nulidad electoral fincada en la infracción de los artículos 40 y 258 de la Constitución Política se requiere la concurrencia de varios elementos, a saber: (i) la existencia de una práctica corrupta y antidemocrática, (ii) la finalidad de coartar por cualquier medio la libertad de los votantes para obtener beneficios electorales y (iii) el ejercicio directo o indirecto de la

práctica irregular o su conocimiento acompañado por la anuencia del candidato. Dichos elementos no fueron probados en el caso que nos ocupa, puesto que salvo el proceso penal iniciado en contra del señor Gustavo Adolfo Herrera Zapata por el delito de corrupción al sufragante, no se evidencian en el presente proceso elementos probatorios adicionales que respalden las acusaciones realizadas, por lo que la sola denuncia en contra del señor Herrera Zapata, en sí mismas es insuficiente para dar por probada la configuración de la causal de nulidad de comisión de práctica corruptas, y aún más, para predicar la participación directa o indirecta del señor John Edgar Pérez Rojas.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 13 de abril de 2023; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00076-00.](#)

Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araújo Oñate

DOCUMENTOS CON CARÁCTER RESERVADO

Tesis: “Aunque [se comparten] las razones expuestas en el fallo que negó las pretensiones de la demanda (...) [se considera] necesario destacar que frente a algunos de los documentos aportados al proceso debió destacarse su carácter reservado, oponible a los sujetos procesales del trámite de nulidad electoral y, por consiguiente, que respecto de aquéllos durante la controversia y en la decisión que le puso fin debió otorgarse el tratamiento correspondiente. Concretamente [se hace] referencia a los documentos relativos al proceso penal 630016000033202200712 que adelanta la Fiscalía 14 Seccional – Dirección Seccional de Quindío (...). En cuanto a la referida documentación, (...) debió considerarse su carácter reservado, de conformidad con los artículos 155, 212B2, 235, 244, 345, 557 de la Ley 906 de 2004, normas que imponen la necesidad de restringir el acceso de información concerniente a la indagación e investigación de causas de naturaleza penal, con el fin de que éstas puedan adelantarse en debida forma y lograr sus fines. [D]ebido al carácter reservado de los señalados documentos, prima facie no era procedente su incorporación, en tanto para esta debía garantizarse el principio de contradicción y, por ende, permitir el acceso a la información contenida ellos, en especial en un proceso de naturaleza pública como el de nulidad electoral, que precisamente es lo que se pretende evitar con la reserva legal. En ese orden ideas, la sentencia debió advertir las anteriores circunstancias y, en consecuencia, destacar que la referida documentación no podía tenerse en cuenta para acreditar la presunta vulneración de las normas invocadas en el marco de la causal subjetiva de prácticas corruptas y antidemocráticas que afectan el acto electoral.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 13 de abril de 2023; A.V. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00076-00.](#)

2. Se decretó la nulidad del acto de nombramiento de una experta en asuntos energéticos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de nombramiento de Natasha Avendaño García como experta en asuntos energéticos en la Comisión de Regulación de Energía y Gas, aduciendo que carece de una reconocida preparación y experiencia técnica, en el área energética conforme lo establece el parágrafo 1, literal c) del artículo 44 de la Ley 2099 de 2021 que modificó el artículo 21 de la Ley 143 de 1994. La Sala declaró la nulidad del nombramiento teniendo en cuenta que la experiencia acreditada por la demandada, como de asesoría o consultoría, no estuvieron directamente relacionadas con el sector energético.*

NULIDAD ELECTORAL / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS / EXPERTO EN ASUNTOS ENERGÉTICOS / REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DEL EMPLEO PÚBLICO

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala determinar si debe declararse nulo el acto de nombramiento de Natasha Avendaño García como experta comisionada, código 0090, de la planta de personal de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, consignado en el Decreto 1424 del 29 de julio de 2022, por cuanto carece de una reconocida preparación y experiencia técnica, en el área energética conforme lo establece el parágrafo 1, literal c) del artículo 44 de la Ley 2099 de 2021 que modificó el artículo 21 de la Ley 143 de 1994.*

Tesis: “En primer lugar, la Sala resalta que la demandada ostenta el título de economista, así como acreditó ante la autoridad administrativa la culminación de una serie de estudios de postgrado a nivel maestría e incluso doctorado. Conforme con ello, se entiende que el requisito fijado en el literal b) del artículo 21 de la Ley 143 de 1994, se cumple por parte de la [demandada], en tanto su profesión se encuentra dentro de aquellas que el legislador expresamente autorizó para el efecto. (...). Así las cosas, en respuesta al primer subproblema jurídico planteado, se establece que en cuanto hace a la formación académica, la misma disposición normativa determina las calidades de quien puede acceder al cargo, señalándose que para ello podrán ser ingenieros, economistas, administradores de empresas o similares y abogados, siendo una de estas la que acredita la demandada. De otra parte, para efectos de resolver los problemas jurídicos restantes, se requiere entonces por analizar si la experiencia como asesora o consultora se acreditó debidamente por parte de la demandada, conforme a las exigencias de los requisitos de la norma antes estudiados. (...). En primer lugar, los cargos desempeñados en la cartera ministerial de hacienda y crédito público son del nivel asesor. Esta categoría jerárquica dentro de la administración pública responde a aquellos empleos cuyas funciones, de manera general, consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados de la alta dirección de la Rama Ejecutiva del orden nacional. Bajo esta perspectiva, esta judicatura entiende que este tipo de posiciones pueden asimilarse a las funciones de asesoría que se consagran en el literal c) del parágrafo 1º del artículo 21 de la Ley 143 de 1994. Ahora bien, corresponde determinar si dichas labores se desempeñaron o ejecutaron en una entidad que pertenezca al área energética y en la cual se aborden asuntos de dicha naturaleza. Esta Sección encuentra que la cartera ministerial en la que se empleó a la [demandada] no pertenece al sector de minas y energía que se consagra en el Decreto 1073 del 2015, en cuanto por disposición del Decreto 1068 del 2015, esta entidad es la cabeza del sector de hacienda y crédito público. Tampoco se trata de una entidad no gubernamental que adelante actividades en el mismo, o incluso, que sea una empresa del sector privado que adelante alguna de las actividades económicas que componen la cadena de los energéticos. Por ello, desde el punto de vista orgánico, es claro que la entidad no responde a esta característica. Sin embargo, no pasa inadvertido que, en su escrito de contestación, el representante judicial de la accionada expone que, desde las funciones allí desempeñadas, la [demandada] sí desarrolló actividades de asesoría que pueden ser consideradas como ejercidas en el marco del sector energético, en tanto le brindaron conocimientos y competencias específicas que le permiten atender las funciones que se encargan a la CREG. (...). [La demandada] ocupó los cargos de asesora en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público del 12 de febrero del 2004 al 26 de enero del 2012, mientras que los referidos documentos que consagran lo procesos misionales de la dependencia a la cual estuvo vinculada, fueron aprobados hasta el 18 de diciembre del 2020, e incluso, la primera versión de los mismos se remonta hasta el año 2016. De esta manera, no se tiene certeza en relación con que las actividades allí descritas se correspondan con la forma en que la demandada desempeñó sus funciones durante el tiempo en que estuvo vinculada a la referida cartera ministerial, dado a que fueron definidas en forma posterior, e incluso, en un tiempo en que ya no laboraba en dicha dependencia, razón por la cual el análisis que realizará esta Sala, se centrará en el contenido de las funciones que le fueron certificadas y que fueron relacionadas en la tabla que precede. (...). Aunque esta judicatura no desconoce que desde dicha entidad la demandada ejerció su profesión en temas que denotan una alta condición técnica en temas económicos, especialmente macroeconómicos, lo cierto es que las competencias desempeñadas por la [demandada] en esta cartera no permiten concluir que se trate de una actividad en asuntos energéticos, en la forma en que fueron descritos en los acápites precedentes en esta decisión. Como fue expuesto en el marco teórico de esta providencia, se resalta que las funciones de asesoría y consultoría deben haberse realizado material y efectivamente en dichos temas, pues solo desde esta perspectiva se puede atender la finalidad de la norma en punto de las competencias que deben predicarse de los expertos comisionados de la CREG. Por ello, es claro que estas actividades deben tener una clara relación de especificidad y conexidad con aquellos, enfocándose en las particularidades que envuelven este mercado desde el punto de vista de su operatividad y de las condiciones económicas del mismo. Por ello, aunque desde sus responsabilidades en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la demandada obtuvo una serie de competencias importantes en asuntos macroeconómicos, lo cierto es que no se observa cómo aconsejó o asistió el área específica del sector de la energía eléctrica, el gas combustible y los combustibles líquidos. De otra parte, si bien pudo conocer el sector desde la perspectiva del análisis de las distintas variables económicas que se incluyen en los eventuales estudios realizados desde la dependencia para la cual laboró -como la estimación del PIB-, no es claro y no se demostró de su parte que haya ejercido alguna función técnica especializada de asesoría o consultoría en asuntos energéticos. A este punto, se reitera, se requiere el ejercicio efectivo de la función y no al mero conocimiento que se pueda tener sobre ello. Así mismo, se debe resaltar que las funciones y la regulación que se encuentra en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y de sus entidades vinculadas o adscritas, se enfocan en los sectores fiscal, tributario, aduanero, de crédito público, presupuestal, de tesorería, cooperativo, financiero, cambiario, monetario y crediticio, sin que se incluya en el mismo los asuntos energéticos propiamente dichos. Por ello, se concluye que la experiencia acreditada en los cargos desempeñados en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que se tuvieron en cuenta

como de asesoría o consultaría, no se acompasa con la exigencia normativa. Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN – (...). En igual consideración a lo expuesto en el acápite que precede, desde el punto de vista orgánico, la DIAN no pertenece al sector de minas y energía, siendo que, por el contrario, aquella es una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, formando el sector descentralizado de dicha rama del Gobierno Nacional. De otra parte, el apoderado de la demandada señaló que, en su paso por esta entidad, sus funciones se concretaron en aspectos como la definición del plan táctico y el desarrollo del proceso de inteligencia corporativa, para los cuales se requiere ser conocedor de profundos aspectos del mercado energético y minero dentro de un contexto macro. Por ello, corresponde determinar si las funciones certificadas, responden a los criterios de asesoría o consultoría en el sector energético. (...). Bajo esta perspectiva, la Sala considera que las funciones desempeñadas por la [demandada] en esta entidad, en los diferentes cargos que ostentó, si bien le otorgan una serie de competencias en materia del cumplimiento de dicho objeto, lo cierto es que no evidencian que en efecto se hubiere tratado de labores de asesoría o consultoría concretas, específicas y directamente relacionadas con el sector energético y los asuntos que allí se tratan. Así las cosas, se observa que desde las distintas posiciones cuyas funciones fueron acreditadas, se puede señalar que todas ellas estuvieron enfocadas en el cumplimiento de los planes y programas tendientes a la materialización de la importante función de la DIAN en punto de la garantía de cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras, cambiarias y las operaciones de comercio exterior en el país, mas no guardan una relación de especificidad o conexidad con los denominados asuntos energéticos. Contrario a lo que se expone en la contestación de la demanda, los documentos que se aportaron con ella, en donde se exponen los procesos de inteligencia corporativa y de planeación estratégica, no ponen de presente situaciones que permitan concluir lo contrario. (...). La Sala entiende, del contenido de la referida prueba, que se trata de un proceso interno de la DIAN a efectos de obtener la información y presentar propuestas para garantizar el mejoramiento continuo de las decisiones operativas y estratégicas, darlas a conocer a los interesados y buscar con ello el cumplimiento de la misión institucional y la eficacia de los sistemas de calidad, control interno y gestión ambiental. Sin embargo, no se observa alguna función específica y concreta que permita concluir que tuvo acciones de asesoría en asuntos energéticos. Así mismo, se aportó como prueba del cumplimiento de los requisitos, el documento denominado “PLAN TÁCTICO DIAN 2014-2018”, el cual establece los objetivos, estrategias, metas, proyectos y responsables de la entidad. Nuevamente, aquel responde al establecimiento de aquellas actividades que se consideran como prioritarias para el desarrollo de la misión institucional, lo cual se evidencia en algunos de los objetivos estratégicos y tácticos allí expuestos, más no se concluye que en efecto se hubiere prestado alguna labor de asesoría en asuntos energéticos o que alguno de ellos hubiere sido parte de la planeación de la entidad para la cual trabajó la demandada. Por todo lo dicho, la experiencia acreditada en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales no se acompasa con la exigencia normativa fijada en la Ley 143 de 1994, modificada por la Ley 2099 del 2021, para el acceso al cargo de experto comisionado de la CREG. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (...). Así las cosas, el tiempo laborado por la [demandada] en esta entidad del Estado [Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios], serviría para acreditar la exigencia normativa de los requisitos de experiencia en el sector, más se precisa que ello no se acompasa con el segundo evento de la norma - labores de asesoría o consultoría-, sino en el primero, esto es, haber desempeñado cargo de responsabilidad en entidades públicas o privadas de este ramo de la economía. Sin embargo, como pasa a señalarse a continuación, la labor allí desempeñada, no se llevó a cabo por el número de años establecidos por el legislador. Conclusiones frente al estudio de la experiencia acreditada en sede administrativa. (...). Conforme con lo dicho, se tiene entonces que la [demandada] no cumple con ninguno de los eventos descritos en literal c) del parágrafo 1º del artículo 21 de la Ley 143 de 1994, en tanto no acreditó haberse desempeñado en un cargo de responsabilidad en el sector energético nacional o internacional por un período superior a 6 años, así como tampoco ha desarrollado actividades de consultoría o asesoría, en los mismos asuntos por un lapso igual al señalado con anterioridad. De la procedencia de la figura de la equivalencia. La Sala observa que, en su defensa, el apoderado de la demandada señaló que el artículo 3º del Manual de Funciones de la entidad (Resolución No. 633 de 2021 de la CREG), acto que goza de presunción de legalidad y que hace parte del bloque normativo a tenerse en cuenta para realizar el análisis de hoja de vida y la vinculación de los expertos comisionados de la CREG, estableció que son aplicables las equivalencias para la acreditación de estudios y experiencias en los términos del artículo 2.2.2.5.1 del Decreto 1083 de 2015. Sobre el particular, es necesario señalar que, de los antecedentes del acto de nombramiento demandado, no se observa constancia alguna que permita tener como acreditado que la Presidencia de la República, al momento de verificar los requisitos de acceso al cargo, procedió a efectuar equivalencias con los estudios acreditados por la [demandada], en los términos del 2.2.2.5.1 del Decreto 1083 de 2015. Adicionalmente, se debe reiterar lo dicho por esta judicatura, al indicar que para el cargo de experto comisionado que se ubica jerárquicamente en el nivel directivo, el Manual de Funciones de la CREG (Resolución No. 633 de 2021) establece los requisitos. (...). Así las cosas, en el citado acto administrativo no se contemplaron las equivalencias o alternativas para ocupar el cargo, en razón a que estas no son aplicables a los empleos cuyos requisitos estén fijados en forma expresa en la Constitución o en la ley, tal como lo dispone el artículo 2.2.2.4.10 del Decreto 1085 de

2013, siendo este el caso de los expertos comisionados de la CREG, respecto de los cuales el legislador consagró parámetros específicos para el acceso al mismo. Ahora bien, tampoco son de recibo los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en los cuales se señala que el manual de funciones es un documento que dispone la forma en cómo se acreditan los requisitos legales para el acceso a un cargo. A juicio de esta judicatura, es claro que el perfil fijado por el legislador en estos casos, responde a las necesidades de una garantía técnica y especializada para el cumplimiento de las funciones encomendadas a la CREG. Por ello, al haberse elevado dicho nivel de exigencia respecto de quien aspira a ocupar un asiento en la comisión de expertos de dicha entidad, implica que la forma en que se acreditan los requisitos, debe ser únicamente mediante la acreditación de los eventos fijados directamente por el legislador. No sobra indicar que es claro que con las leyes 142, 143 y 2099, el legislador tuvo en cuenta criterios de “proximidad” y “cercanía” al sector energético de aquellos que desearan ser postulados al citado cargo. Tales parámetros, están concebidos desde 1994 y fueron reiterados en el 2021 ya que el interés de regular los servicios públicos, es guiado por la tecnificación de tales áreas. De tal manera que, se excluyen aspectos generales, abstractos, etéreos frente a la acreditación de tal experiencia. Así fue la concepción que tuvo el legislador y que el juez debe aplicar, pensar lo contrario, sería desdeñar al legislador. Bajo la perspectiva propuesta por el apoderado de la nombrada, se aceptaría entonces que las entidades públicas, ante una exigencia legal específica, puedan considerar que los estudios puedan equipararse con la experiencia técnica exigida, sin que ello sea viable, en la medida en que expresamente el legislador no determinó esa posibilidad. Y si bien no se desconoce que el manual de funciones puede o no adoptar la aplicación de equivalencias entre estudios y experiencia, lo cierto es que una decisión positiva en tal sentido, debe entenderse en el marco de las restricciones que a nivel legal se han fijado para el efecto, por lo que la alegada autonomía de la administración pública para el efecto, no puede ir en contra de las disposiciones que le regulan en la materia. Por esta razón, los argumentos en este sentido, expuestos en defensa de la legalidad del acto demandado, no son de recibo, y por lo tanto se despachan en forma desfavorable.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 27 de abril de 2023; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00209-00 \(acumulado\).](#)

3. Se negó la nulidad de los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Universidad de Córdoba, mediante los cuales se extendieron los períodos del cargo de rector y de los representantes del citado cuerpo colegiado.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad total del Acuerdo 106 de 2017 y parcial del Acuerdo 270 de 2017 (artículos 29 – párrafo transitorio – y 41 – primer inciso y párrafo transitorio), proferidos por el Consejo Superior de la Universidad de Córdoba, mediante los cuales se extendieron los períodos del cargo de rector y de los representantes del citado cuerpo colegiado, aduciendo que se vulneraron las normas en que debían fundarse, las garantías de audiencia y de defensa y que, se expidieron con desviación de poder, debido a que las prórrogas establecidas, ampliaron irregularmente los periodos para los cuales fueron elegidos el rector y los miembros del Consejo Superior Universitario. La Sala negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, las modificaciones realizadas a los estatutos están amparadas en la autonomía universitaria dentro de los límites que el ordenamiento jurídico establece para dicha figura; Así mismo, que los actos administrativos demandados fueron previamente conocidos por la comunidad universitaria, debido a que se socializaron por parte del Consejo Superior, fueron votados con las mayorías respectivas, hubo consenso sin oposiciones y están dentro del marco que la autonomía le da para tal fin. En cuanto a la ampliación del período, para la Sala se acreditó que hubo poderosos intereses como las actualizaciones de los estatutos para internacionalizar la universidad y mejorar sus metas conforme al adelanto de las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otros aspectos.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL / AUTONOMÍA UNIVERSITARIA / ESTATUTOS DE LA UNIVERSIDAD / MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE LA UNIVERSIDAD / ELECCIÓN DEL RECTOR

DE LA UNIVERSIDAD / ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO / INEXISTENCIA DE LA DESVIACIÓN DE PODER / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

Problema jurídico: *Consiste en determinar si los Acuerdos 270 de 2017 (artículos 29 -párrafo transitorio-, 41 -primer inciso- y párrafo transitorio) y 106 de 2017, expedidos por el Consejo Superior de la Universidad de Córdoba, que prorrogaron los periodos del cargo de rector y de los representantes de dicho cuerpo colegiado, (i) vulneraron las normas en que debía fundarse, habida cuenta que se desconocieron parámetros normativos superiores, (ii) infringieron las garantías de audiencia y defensa a través del estatuto general demandado que benefició situaciones singulares, particulares y concretas y, (iii) se expedieron con desviación del poder, debido a que no se buscó la satisfacción del interés general por el que debía velar la institución educativa.*

Tesis: “[1] Ampliación de los períodos del rector y miembros del Consejo Superior Universitario. La Sección recuerda que frente a las disposiciones que contemplan la ampliación de los períodos de los citados servidores, el demandante adujo que dicha continuidad lo que produjo fue la extensión «irregularmente (...) a través de un acto general», es decir, con una manifestación de la administración abstracta, general e impersonal, se benefició a quienes en ese momento ocupaban los cargos, haciendo a la medida la prórroga de los citados funcionarios. Situación que, según su dicho, vulneró las normas superiores. (...). [Las] modificaciones generales hechas a los estatutos, conforme a las pruebas arrimadas al proceso, están amparadas en la autonomía universitaria dentro de los límites que el ordenamiento jurídico tiene para tal figura. (...). Del plan de gobierno expedido por la Universidad de Córdoba para la vigencia 2015-2018 (...) si bien no tenía taxativamente descrito que la modificación y/o actualización de los estatutos fuere una meta, ni tampoco que hubiese existido un plazo para ello, no es menos cierto que, partiendo de la interpretación propugnada por la Corte Constitucional, se advierte que, existió un objetivo denominado «Eje modernización administrativa y buen gobierno» cuyo norte fue transformar las formas de gobierno y la modernización de la gestión administrativa y cumplir los mandatos del Estado. Finalidades que, como tiene sentada la normativa, reconocen a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, todo ello, para el cumplimiento de su misión social e institucional. El anterior aspecto se ve nutrido con la «línea estratégica» establecida en el citado documento, en la cual se contempló «realizar el estudio técnico de la estructura orgánica (...)», ello quiere decir que la Universidad de Córdoba pretendía realizar una serie de cambios de fondo a como venían realizándose los procesos y procedimientos de sus órganos administrativos, lo cual, se refuerza con la «línea de acción» definida para este objetivo que determinó: «Realizar la revisión y actualización de los procedimientos del Procesos (sic) Administrativos». Aspectos que en efecto garantizan que, con la ampliación de tales periodos, el plan de gobierno como ruta de navegación, los contemplara dentro de sus metas a conseguir. (...). Por lo anterior, debe decirse que, del análisis del plan de gobierno, bien puede tenerse como finalidad legítima del CSU, la modificación de sus estatutos realizando los cambios que permitieran conseguir las metas más próximas, atribución que (...) lo contempló el Consejo Superior Universitario, como una de sus metas. En este orden, la mejora en la prestación de servicio de educación y la ampliación en el período del rector y de los integrantes del CSU coexisten armónicamente en el caso concreto, habida cuenta que, conforme a los fines indicados en los artículos 2 y 67 de la Carta, se vela por la mejora en la calidad del servicio, garantizando que un nuevo término de sus máximas autoridades asegure las condiciones necesarias para la actualización e internacionalización de los nuevos programas; proyectos e ideales concebidos en el acuerdo general que superan la anterior visión prevista en el año 1994, fecha de la que data el estatuto universitario primigenio. Justamente, en el Acta 04 de febrero de 2017 se evidencia el interés del supremo colegiado de la universidad en relación con estos cometidos de cara al período institucional que para esa época tenía el rector. (...). Si bien solo se evidencia algunas participaciones de los citados miembros del CSU, eso no desdice que, en la sesión se hallaren presentes la totalidad de los estamentos representados y que su mayoría aprobaran tal ampliación abstracta. De igual forma, se puede evidenciar un consenso sin oposiciones demostradas en las actas de los demás miembros del Consejo Superior Universitario frente a dicha preocupación, precisamente, en el Acta 29 de 12 de diciembre de 2017, que recoge los debates que dieron origen al nuevo Estatuto General. (...). Hasta este punto [conforme a las actas del Consejo Superior aportadas al proceso] la Sala entiende que el cargo por vulneración de norma superior frente a la ampliación de dichos períodos no tiene la virtualidad para anular los actos administrativos generales. De otro lado, la Sala al estudiar el cargo relativo a que, con la ampliación de los períodos en abstracto se persiguieron intereses particulares –esto bajo la égida de la desviación de poder–, no advierte que eso haya sido demostrado en el proceso, por las siguientes razones: Una de las finalidades que el constituyente y el legislador pensó con la educación superior y las universidades oficiales, fue dar cumplimiento a los parámetros previstos en los artículos 2 y 67 de la Constitución Política. Tales criterios establecen, por un lado, que la educación es un derecho y servicio público, y por otro, que tales instituciones educativas deben servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la

carta magna. En este sentido, la Sala entiende que, el interés general de la comunidad académica se materializa, entre otras formas, a través de los estatutos universitarios, los cuales regulan los períodos, formas de elección y participación. Así entonces, tal norma interna armoniza los derechos de los miembros de la colectividad universitaria, precisamente, porque la conducta de cada uno de estos también debe alcanzar esas metas abstractas que el constituyente previó. En consecuencia, los estatutos son la herramienta racional y proporcional que la constitución y la ley dan a las universidades oficiales para que concierte los deberes a cumplir y los derechos puestos en tensión de sus asociados. Dicho lo anterior, la Sala advierte de las finalidades pretendidas por los apartes de los actos censurados y las pruebas arrimadas al proceso, lo siguiente: i) Se buscó que los períodos de elección de mandatarios territoriales (...) y con ello, los planes de desarrollo local estuvieran armonizados – presupuestal y financieramente – respetando su autonomía y libre de injerencias políticas de los proyectos que la institución educativa tiene para tal fin. ii) Al no ser concordantes en el tiempo los propósitos de la entidad territorial y la universidad pública y los presupuestos que financian las metas establecidas, los proyectos pueden verse afectados al quedar sin financiación o quedar al vaivén político de la administración entrante, perturbando potencialmente el cumplimiento de las finalidades normativas. iii) Al hablarse de los intereses generales su finalidad se ve fortalecida en los programas y procesos académicos, investigativos y de extensión que logren la acreditación institucional, lo cual va aunado al objetivo del artículo 6 literal g) de la Ley 30 de 1992. iv) La ampliación de los períodos, son proporcionales y razonables en relación con los fines anteriormente buscados, ya que, la Sala no observa cómo, con dicha actuación, se afecte per se el interés general, pues, se itera, los estatutos tenían como norte el cumplimiento de metas y objetivos detallados a favor del conglomerado universitario. Con lo anterior, el cargo por desviación de poder frente a la ampliación en abstracto, no se demostró y con ello se advierte que esta actividad está dentro de los límites del principio de autonomía. Finalmente, frente al tercer cargo propuesto, la Sala recuerda que, la parte actora informó que se desconoció el derecho de audiencia y defensa, habida cuenta que, se amplió el período de quienes se venían desempeñando en el cargo de rector y de los miembros del Consejo Superior Universitario a través de un estatuto general, coartando las expectativas de aquellos interesados. (...). Para la Sección no hubo afectación del derecho de audiencia y de defensa, (...) en razón a que, con la sola ampliación del período, al pasar de 3 a 5 años, no se buscó un propósito particular, al contrario, lo que demostró es que hubo poderosos intereses como las actualizaciones de los estatutos para internacionalizar la universidad, mejorar sus metas conforme al adelanto de las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otros aspectos los cuales fueron resultado de la planificación en la construcción de los actos, de la socialización con las instancias respectivas sobre el proyecto de reforma, y a que los consejeros siempre estuvieron atentos a recibir sugerencias o recomendaciones de la comunidad académica, lo cual está dentro de los límites que la autonomía universitaria da para tal fin. Este cargo si bien se nota con mayor contundencia en aquellas actuaciones de la administración que afectan en forma particular y concreta a los asociados, en sede de nulidad objetiva exigen del actor una contundente concreción, habida cuenta de las prerrogativas constitucionales y legales en que se soporta la autonomía universitaria y la consecución de los fines generales de la institución educativa, motivo por el cual en el caso concreto, no se demostró que primaran intereses singulares y por el contrario, lo que se observó fue la consecución de fines abstractos para el beneficio de la universidad. (...). [2] Respecto de la prórroga del período del rector y de los miembros del Consejo Superior Universitario. La Sala en este punto debe ser coherente con los razonamientos expuestos (...) y, a su turno, con los efectuados en la sentencia SU-115 de 2019 (...) en la que se efectivizan los principios de autonomía universitaria y participación, así como destaca el papel que debe asumir el juez cuando se estudien los problemas jurídicos que se abordan en el presente caso. Al respecto debe tenerse en cuenta que (...) los actos administrativos demandados fueron previamente conocidos por la comunidad universitaria, debido a que se socializaron por parte del Consejo Superior, fueron votados con las mayorías respectivas y están dentro del marco que la autonomía le da para tal fin. Así las cosas, los debates se dieron en la forma y manera más garantistas, con la finalidad de perseguir la prosperidad general y la mejora en la calidad de tal servicio público. En este orden de ideas, la Sala tampoco considera procedente anular las disposiciones censuradas, en razón a que ello desvirtuaría el derecho de participación política de los diferentes estamentos que tuvieron asiento en el citado Consejo Superior, cercenaría injustificadamente la libertad de elección del órgano decisorial de la universidad y reduciría el margen de maniobrabilidad en el correcto manejo de los asuntos de interés de la institución educativa. (...). Por lo expuesto, este cargo tampoco está llamado a prosperar y en consecuencia esta Sección negará las pretensiones de la demanda.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 13 de abril de 2023; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-24-000-2020-00387-00.](#)

Salvamento parcial de voto de la magistrada Rocío Araújo Oñate

RECTOR Y MIEMBROS DEL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO / PRÓRROGA DE

85

BOLETÍN 267

LOS PERIODOS / DERECHO DE PARTICIPACIÓN / PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

Tesis: “[L]a providencia, (...) no analizó de forma suficiente el tópico referente a las prórrogas específicas de los periodos de quienes se encontraban ejerciendo como miembros del consejo superior universitario y rector, lo que implicó que la decisión se distanciara de los valores establecidos en las normas superiores, puesto que, sin mayores justificaciones excluyeron el derecho a participar y el debido proceso, impidiendo que cualquier persona pudiera al término del período inicial postularse para acceder a dicho cargo directivo o pertenecer al Consejo Superior en los distintos espacios creados por la ley. [L]a Sala no analizó que la medida enjuiciada no reportó mayores beneficios para los principios, fines y derechos constitucionales que sirven de sustento a la «participación». Por el contrario, afectó injustificadamente dichos cánones de superior categoría que el constituyente previó para los ciudadanos, en la medida en que se cercenó la posibilidad de que las personas interesadas pudieran participar en el proceso electoral y que fueran los estamentos los que decidieran a quienes preferían en las posiciones mencionadas. En ese orden de ideas, la modificación que beneficiaba a los dignatarios atrás elegidos no resultaba acertada, teniendo en cuenta que, si bien dentro de la autonomía universitaria las instituciones de educación superior puedan darse sus propios reglamentos y elegir sus directivas, tales medidas no podían sacrificar claros valores superiores como los que garantizan el derecho de participación. En consideración a lo anterior, si bien es cierto, la Universidad de Córdoba podía prolongar tales períodos, ello lo podía realizar, estableciendo un régimen de transición para respetar el principio de la participación. Más concretamente, otorgando la oportunidad a que en dicho cargo pudieran llegar otras personas, pues a mi modo de ver existe una diferencia notable, entre la autonomía de ampliar un período respecto de los años y otro sustancialmente distinto, negar la posibilidad de que al término del periodo inicial las personas adscritas a esa comunidad académica tuvieran la oportunidad de acceder al cargo. Además, tampoco se observó que, tal prórroga fuera ajustada en el entendido de que, los acuerdos demandados nunca previeron algún mecanismo transitorio para evitar la anulación de la «participación» como, por ejemplo, que al finalizar el período inicial del rector como de los consejeros, se sometiera a elecciones libres y democráticas. Resultó contrario al principio democrático variar el período para los cuales estos dignatarios fueron elegidos. con lo cual afectó gravemente los valores constitucionales expuestos en precedencia. En esa medida, las disposiciones de los acuerdos demandados en cuanto a las modificaciones específicas, al no prever un régimen de transición¹³ que protegiera las expectativas, la confianza legítima y los derechos adquiridos en el tránsito de una legislación a otra, menoscabaron el adecuado ejercicio de prerrogativas constitucionales relacionadas con la participación democrática. (...). Además, otra alternativa plausible para la institución hubiera sido aquella en la que, una vez efectuada la modificación de los periodos de los miembros del Consejo Superior Universitario y del rector, se hubiera propuesto una fórmula en la que éstas fueran implementadas en los procesos electorales siguientes. En términos más sencillos, la anterior posibilidad alude a que quienes realizaron dicha modificación en efecto debían finalizar su periodo, para que seguidamente, la institución procediera a elaborar nuevos procesos electorarios bajo el amparo de los estatutos modificados. Ello con el propósito, de garantizar la participación de cualquier interesado e impedir el beneficio particular de quienes efectuaron la expedición de los nuevos estatutos.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 13 de abril de 2023; S.V. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-24-000-2020-00387-00.](#)

Salvamento parcial de voto del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA / DERECHO A LA PARTICIPACIÓN COMUNITARIA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

Tesis: “[Se expresan] las razones por las cuales no [se comparte] parcialmente el sustento de la decisión adoptada en la sentencia respecto de lo que en sentir [de quien presenta el salvamento parcial de voto] fue una «auto prórroga» de los miembros del Consejo Superior Universitario. Por tanto, [se considera] que la Sección debió declarar la nulidad del parágrafo transitorio del artículo 29 del Acuerdo 270 de 12 de diciembre de 2017, de conformidad con los siguientes razonamientos: Como bien se puede extraer de las actas del Consejo Superior Universitario, se advierte que existieron debates, deliberaciones, razonamientos y participación alrededor de la prórroga automática del cargo del rector, basado en los buenos oficios de dicho representante y al deseo de poder armonizar las metas y proyectos con el acontecer nacional y territorial, no obstante, esos análisis que llevaron a justificarla se extrañan completamente respecto de los miembros del órgano directivo. Así, en el sub iudice, la prórroga se distanció de los valores establecidos en las normas superiores, puesto que, sin justificación alguna excluyeron el derecho de cualquier persona a presentar observaciones o sugerencias a tal reforma estatutaria. [T]ambién [se] encuentra que, el medio elegido por el legislador para garantizar la autonomía universitaria a través de los estatutos no puede ser utilizado – para la prórroga automática de tales

miembros del CSU – de manera desproporcionada e irrazonable, porque no es adecuado ni efectivamente conducente para garantizar las finalidades encomendadas a las instituciones educativas oficiales. (...). En este sentido, el Consejo Superior Universitario diseñó una previsión estatutaria lesiva para la «participación» y para la debida construcción del acto administrativo, el cual debió ser tenido en cuenta como criterio determinante, tornándose injustificada la medida que evitó que la comunidad académica pudiera discutir en debida forma tal actividad reformativa. [Se insiste] en que la medida enjuiciada no reportó ningún beneficio para los principios, fines y derechos constitucionales que sirvieron de sustento a la «participación», por el contrario, afectó injustificadamente ese canon de superior categoría que el constituyente previó para los asociados, generando así una afectación intensa, por cuanto lo limitó sin justificación razonable. Al considerarse como desproporcionada tal medida, [se] recuerda que las autoridades públicas – universidades oficiales y sus órganos –, deben tener en cuenta los criterios de necesidad y proporcionalidad cuando profirieren esta clase de reformas estatutarias. En tal sentido, la medida universitaria de la que [se disiente], no se ve adecuada ni apropiada, porque, si bien dentro de la autonomía universitaria está la de darse sus propios reglamentos y elegir sus directivas, la previsión en comento no podía sacrificar claros valores superiores como los contemplados a favor de la participación. Sin duda alguna y sin que suene contradictorio, el Consejo Superior Universitario de la Universidad de Córdoba podía prorrogar su propio período, pero respetando el principio de la participación, dando la oportunidad a que se razonara, debatiera y escuchara las distintas visiones de la comunidad educativa, pues [se] observa una diferencia notable, entre la facultad de ampliar un período en años y otro sustancialmente distinto, prorrogar el período inicial en forma automática para el que fueron elegidas ciertas personas sin justificación aparente. [A]l no tener un grado de legitimidad la prórroga automática por la ausencia de debates con la comunidad universitaria, se vulneró la confianza legítima y anuló el debido y adecuado ejercicio de prerrogativas constitucionales relacionadas con la participación democrática, así las cosas, debió prosperar la pretensión contenida en el primer cargo relativa a la infracción de norma superior. De otro lado, frente al segundo cuestionamiento – desviación de poder –, (...) sí se vulneró el interés general al proferirse la disposición que cobijó automáticamente a los consejeros, por cuanto, anuló el efecto expansivo de un fin, principio y derecho como lo es la participación, la cual, vista desde un plano abstracto y sopesada con la prevalencia del interés general, generó una afectación irracional a las disposiciones de los artículos 1, 2 y 40 constitucionales. (...). En el presente caso, si bien hay una colisión entre el principio-valor-fin (participación) y el ejercicio de la autonomía universitaria, este último debió ceder frente al primero, debido a que, al confrontar el aparente interés general aducido por la universidad – al disponer la prórroga de los entonces miembros del CSU – y el principio de deliberación alegada por el demandante, llevan a que el primero, ceda en favor de este último, debido a que, no se respetó la garantía mínima de los asociados a incidir en la construcción de las decisiones que derivaron en la reforma a los estatutos. (...). Finalmente frente al tercer cargo esgrimido en el libelo, también [se encuentra] que se vulneró el derecho de audiencia y defensa, cuando con la norma demandada se cobijó automáticamente los períodos de quienes ostentaban los cargos de consejeros, en razón a que, en ejercicio de esta facultad, la universidad: (i) desconoció los derechos que tenía la comunidad educativa a participar en la discusión del proyecto de reforma estatutaria con lo cual se avasalló objetivos y fines legales como constitucionales y (ii) excluyó ilimitadamente la posibilidad de incidir en la mentada decisión.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 13 de abril de 2023; S.V. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-24-000-2020-00387-00.](#)

4. Se declaró la nulidad del acto de elección de un senador de la República.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del señor Roy Leonardo Barreras Montealegre como senador de la República, alegando que el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia por pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica, debido a que, (i) no renunció a su curul en el senado doce (12) meses antes de la fecha de inscripciones, a pesar de haber sido expulsado del partido por el cual quedó electo como congresista, para postular su candidatura por una colectividad diferente, para el periodo 2022-2026; y, (ii) apoyó al entonces precandidato presidencial Gustavo Petro en la consulta presidencial, sin tener en cuenta que este último no fue el precandidato avalado por el movimiento del cual hacía parte el señor Roy Barreras (Movimiento Alianza Democrática Amplia- ADA). La Sala declaró la nulidad de la elección del señor Roy Leonardo Barreras Montealegre como senador de la República, teniendo en cuenta*

que se demostró que el demandado no renunció a su curul como senador dentro del término legalmente previsto para ello.

NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL SENADOR / CURUL / FACULTADES DEL PARTIDO POLÍTICO / SANCIÓN DE EXPULSIÓN A MIEMBRO DE COLECTIVIDAD POLÍTICA / RENUNCIA A LA CURUL / PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA POLÍTICA POR PERTENECER A MÁS DE UN PARTIDO O MOVIMIENTO POLÍTICO / CONDICIÓN DE PRECANDIDATO

Problema jurídico: Corresponde a la Sala determinar si la elección del señor Roy Leonardo Barreras Montealegre, senador de la República, periodo 2022-2026, contenida en el Formulario E-26 SEN del 19 de julio de 2022 del Consejo Nacional Electoral y en la Resolución No E-3332 de julio 19 de 2022, debe ser anulada por incurrir en doble militancia. Los accionantes consideran que el demandado incurrió en dicha prohibición, porque i) no renunció a su curul en el senado doce (12) meses antes de la fecha de inscripciones, a pesar de haber sido expulsado del partido por el cual quedó electo como congresista, para postular su candidatura por una colectividad diferente, para el periodo 2022-2026 y ii) apoyó al entonces precandidato presidencial Gustavo Petro en la consulta presidencial, sin tener en cuenta que este último no fue el precandidato avalado por el movimiento del cual hacía parte el señor Roy Barreras (Movimiento Alianza Democrática Amplia- ADA).

Tesis: “Debe la Sala anticipar que están probados los elementos que conllevan a la configuración de la doble militancia que se le endilga al demandado, según pasa a demostrarse (...). En este caso, se demostró que el demandado no renunció (dentro del término legalmente previsto, el cual feneció el 13 de noviembre de 2021) a su curul como senador, como da cuenta la certificación del secretario general del Senado de la República, del 30 de junio del 2022, según la cual Roy Leonardo Barreras se posesionó como senador para el periodo 2018-2022, en la cual se precisó que para esa fecha «...asiste y ejerce funciones». Ahora, frente a la tesis que expuso la defensa del demandado, relativa a que su postulación al Senado de la República - periodo 2022-2026- fue producto no de su voluntad sino de la expulsión que le impuso el partido de La “U”, esta sala de lo electoral advierte que no es de recibo (...). La figura de la expulsión de los partidos como sanción disciplinaria que puede ser impuesta a los miembros de las corporaciones públicas, se encuentra expresamente respaldada por el texto constitucional, precisamente a propósito del régimen de bancadas, al establecer que los miembros de las corporaciones públicas deberán actuar en ellas como bancada y que la inobservancia de sus directrices podrá ser sancionada por los partidos, imponiendo «hasta la expulsión». Así mismo lo desarrolló el legislador, específicamente en el artículo 4 de la Ley 974 de 2005, al reiterar la prescripción constitucional sobre la habilitación a los partidos para que incorporen en sus estatutos internos el régimen sancionatorio por la violación del régimen de bancadas, que incluya gradualmente hasta la expulsión del mismo. (...). La prohibición de la doble militancia y la actuación en bancada, en los términos de los artículos 107 y 108 constitucional, les imponen varias obligaciones a los miembros de las corporaciones públicas, que termina siendo más severa para estos servidores públicos, que va más allá de la simple regulación interna. Entonces, (i) no les está permitido pertenecer a más de un partido o movimiento político, como a todos los ciudadanos; (ii) deben pertenecer al partidos que los inscribió mientras ostenten su investidura; (iii) deben actuar en bancada, de acuerdo con las decisiones democráticas que se tomen a su interior; (iv) no se pueden separar de las decisiones de la bancada, so pena que puedan (v) ser sancionados hasta la expulsión o pérdida del derecho al voto en la corporación; y (vi) si deciden presentarse a la siguiente elección por otro partido, deberán renunciar a la curul, al menos doce meses antes del primer día de inscripciones. Para la Sala, de acuerdo con el acervo probatorio y los propios argumentos de la defensa, se tiene que el demandado fue expulsado del partido al que pertenecía por desconocer el régimen de bancadas, de conformidad con sus estatutos y de acuerdo con la Constitución y la ley de bancadas. (...). [P]ara la Sala la expulsión carece de la entidad suficiente para que el demandado no pudiera cumplir con su obligación constitucional de renunciar a su curul, en el término previsto en la norma superior, previo a presentar su candidatura al Senado de la República, periodo 2022-2026, por el movimiento “ADA”. Sumado a lo dicho, no puede obviarse que la configuración de la modalidad de doble militancia, de la que se acusa al senador demandado, impone que quien decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto (entiéndase a la colectividad con la cual obtuvo la curul que ocupa), deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones y que la expulsión. En este caso, se probó que Roy Leonardo Barreras Montealegre fue notificado de la expulsión del partido de La “U” el 13 de octubre de 2020. Asimismo, quedó acreditado que, para las elecciones al Congreso de la República, de conformidad con el calendario electoral, el primer día de inscripciones de las candidaturas fue el 13 de noviembre de 2021, por tanto, debe concluirse que el demandado, por lo menos contó con un mes para cumplir con el mandato legal y constitucional que le impone el inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política y el inciso 2º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011. De conformidad con lo expuesto, debe concluirse que el senador Roy Leonardo Barreras Montealegre, incurrió en la causal de

doble militancia, contenida en el inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política y el inciso 2º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, porque no renunció a la curul que obtuvo con el partido de La "U", periodo 2018-2022, durante el término dispuesto para tal finalidad, previo a postularse, para la siguiente elección, por el movimiento "ADA". A pesar de que, aún expulsado, tuvo, por un mes, la oportunidad de atender dicha exigencia. (...). Los demandantes también alegaron que el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia, por apoyar a un precandidato distinto al que avaló su partido, en la consulta presidencial llevada a cabo el 13 de marzo del 2022. A su juicio, como el actor fue avalado por el Movimiento Alianza Democrática Ampla "ADA", que tuvo su propio precandidato en esa consulta (Alfredo Saade), el señor Roy Barreras incurrió en doble militancia, porque decidió apoyar a Gustavo Petro Urrego, precandidato de otra colectividad. (...). [D]e conformidad con la posición de esta Sala Electoral, esta modalidad no se configura si el apoyo recae sobre un precandidato. Ello, en la medida en que la norma (artículo 2, inciso 2 de la Ley 1475 del 2011) no hizo referencia a esa situación. Lo anterior teniendo en cuenta, además, que en los artículos 6 y 28 de la Ley 1475 del 2011 se hizo una regulación especial para las consultas, donde sí se habla específicamente de precandidatos (art. 6) y al proceso de inscripción de candidatos (art. 28). Entonces, no se puede hacer una interpretación extensiva de la prohibición, en respeto del principio pro libertate. Por lo tanto, en vista de que el apoyo del demandado se dio a Gustavo Petro Urrego en su condición de precandidato presidencial, se negarán las pretensiones de la demanda por este cargo. De esta forma, la Sala concluye que el señor Roy Leonardo Barreras Montealegre no incurrió en doble militancia por haber apoyado al precandidato Gustavo Petro Urrego y que esta modalidad tuvo una precisión en la jurisprudencia de esta Sección, cuando se trata de apoyo a un precandidato, escenario en el cual esta no se configura. En conclusión, la elección del senador Roy Leonardo Barreras Montealegre, periodo 2022-2026, será anulada, porque se demostró su incursión en doble militancia, toda vez que no renunció a su curul obtenida con el partido de La "U", para el periodo 2018-2022, para postular e inscribir su candidatura a la misma dignidad por otra colectividad diferente (movimiento ADA)."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia del 4 de mayo de 2023; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00193-00 \(acumulado\).](#)

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SECCIÓN TERCERA

La acción procedente para solicitar la responsabilidad de los daños derivados de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga, frente a las solicitudes de recobro por servicios de salud no incluidos en el POS, es la nulidad y restablecimiento del derecho.

Síntesis del caso: La Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. presentó 108 solicitudes de recobro por la provisión de «terapias ABA» ante el Consorcio Fidufosyga 2005. El Consorcio Fidufosyga 2005 no aprobó el pago de las solicitudes de recobro al considerar que esos servicios estaban incluidos en el POS y eran remunerados a través de la Unidad de Pago por Capitación –UPC–.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / PROCEDIMIENTO DE RECOBRO AL FOSYGA / RECOBRO AL FOSYGA / SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS / MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL MODALIDADES DE RECOBRO AL FOSYGA / RECOBRO DE MEDICAMENTO

Problema jurídico: ¿La acción de reparación directa es idónea para solicitar la reparación de los daños derivados de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga frente a las solicitudes de recobro por servicios de salud no incluidos en el POS?

Tesis: “[L]a Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de señalar que la decisión definitiva del administrador del Fosyga –sobre las solicitudes de recobro por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS, autorizados por el Comité Técnico Científico o por fallos de tutela– es un acto administrativo. [...] [L]a acción procedente para solicitar la responsabilidad de los daños derivados de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga, frente a las solicitudes de recobro por servicios de salud no incluidos en el POS es la nulidad y restablecimiento del derecho. Esta sentencia busca garantizar la unidad de interpretación respecto de la acción procedente para solicitar la responsabilidad derivada de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga. Por ello, será referente para resolver todas las controversias en curso a las que les aplique el régimen legal que fue estudiado en el fallo.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia de la acción de reparación directa para obtener la indemnización de perjuicios causados por un acto administrativo, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2009, rad. 27422, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 13 de mayo de 2009, rad. 15652, C. P. Myriam Guerrero De Escobar; y sentencia del 13 de septiembre de 2021, rad. 55608, C. P. Guillermo Sánchez Luque.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

Salvamento de voto del consejero Nicolás Yepes Corrales

SALVAMENTO DE VOTO / RECOBRO AL FOSYGA / ACTO ADMINISTRATIVO / CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / FUNCIONES DEL FOSYGA / CONTRATO DE FIDUCIA PÚBLICA / MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL / REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tesis: “[E]n la providencia de la cual me aparto pareció entenderse no solo que el debate sobre el tema ya

había sido definitivamente zanjado por la Corte Constitucional sino que la existencia de ese solitario pronunciamiento relevaba al juez de lo contencioso administrativo del deber de analizar si realmente el Consorcio ejercía o no función administrativa, discusión que, a mi juicio, habría llevado a la conclusión de que la formulación de glosas a las solicitudes de recobro no podía ser considerada como una manifestación de una función de esa naturaleza. Lo anterior, no solo por la potísima razón de que no existe norma legal, reglamentaria, acto de delegación o afín del cual pudiera derivarse el ejercicio de una tarea que, como particular que era, no tenía por derecho propio, sino porque las operaciones y demás actuaciones del Consorcio Fidufosyga se guiaban por las reglas propias del encargo fiduciario previstas en el numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1992 y bajo las precisas y estrictas instrucciones que le fijaba el fideicomitente, sin que tampoco pudiera entenderse que, amparado en tal relación contractual, el Consorcio era una especie de representante o de mandatario del Ministerio de Salud. [...] En ese sentido, la vía judicial adecuada para plantear esa reclamación, a mi juicio, es la del medio de control de reparación directa, pues, desde la teoría de las obligaciones, la falta de pago se erige como un crédito en favor de las empresas prestadoras de servicios de salud. Se trata de una típica situación de enriquecimiento sin causa, en la que se presta un servicio por el que no se recibe contraprestación y que, por tanto, genera el derecho a que se le reconozca el valor que se tuvo que asumir por tal situación. Finalmente, debo precisar que este análisis se relaciona con aquellas solicitudes de recobro que fueron generadas antes de la creación y entrada en funcionamiento del ADRES, entidad que claramente es de naturaleza pública y cuyas decisiones sobre aprobación o no de pagos, como lo señaló la Corte Constitucional en Auto 389 del 22 de julio de 2021, constituyen verdaderos actos administrativos que pueden ser, ellos sí, controvertidos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, S. V. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

Salvamento de voto del consejero José Roberto Sáchica Méndez

SALVAMENTO DE VOTO / RECOBRO AL FOSYGA / ACTO ADMINISTRATIVO / CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / FUNCIONES DEL FOSYGA / CONTRATO DE FIDUCIA PÚBLICA / MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL / REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tesis: “He considerado apartarme de la decisión mayoritaria de la Sala, porque considero que las comunicaciones en materia de recobros que realizaba el FOSYGA no constituyen actos administrativos; en mi entender, esos oficios y/o comunicaciones no comportan una manifestación unilateral de voluntad de la Administración, por manera que la acción procedente era la de reparación directa. [...] Los actos contenidos en los oficios expedidos por el consorcio administrador del Fosyga no constituyen actos administrativos, dado que ninguna norma superior le asignó al referido consorcio una prerrogativa de poder público que le permita el ejercicio de una función administrativa de carácter definitorio, amén de que no es una autoridad administrativa -en tanto sus competencias se limitan a ejecutar el contrato de fiducia referido bajo las estrictas instrucciones del Ministerio de Salud y de la Protección Social-. [...] Así, se resalta que, en tanto no se satisfacen los requisitos indispensables para la existencia de un acto administrativo, los actos jurídicos mediante los cuales se negó el reembolso de los recobros presentados por la EPS Sanitas expedidos por el Consorcio Fidufosyga 2005, no tenían tal condición, de ahí que frente a los mismos no resultaba procedente ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. [...] En suma, se concluye que tratándose de actos contenidos en oficios expedidos por el consorcio administrador del Fosyga relativos a las solicitudes de recobro por servicios y/o medicamentos NO POS, los mismos no constituyen actos administrativos y, por tanto, la acción procedente era la de reparación directa.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el ejercicio de una función administrativa en casos de recobros ante el Fosyga, cita: Corte Constitucional, sentencia del 25 de mayo de 2004, C-510/04, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, S. V. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

Salvamento de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

SALVAMENTO DE VOTO / PROCEDIMIENTO DE RECOBRO AL FOSYGA / SOLICITUD DE RECOBRO AL FOSYGA / ALCANCE DE LA NORMA / OBJETO DEL LITIGIO / FUNCIONES DEL FOSYGA / RECOBRO AL FOSYGA / AUSENCIA DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / DESARROLLO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / AUTORIZACIÓN LEGAL / REGLAMENTO LEGAL / ORDEN JUDICIAL / CONCEPTO DEL COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO / INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / MODALIDADES DE RECOBRO AL FOSYGA / SUJETO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / FALTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Tesis: “[E]l alcance del [...] artículo 13 en la versión inicial del Decreto Ley 1281 de 2002 no podía entenderse extensivo a los cobros No POS, que son a los que se refiere la controversia objeto de la sentencia aprobada por la Sala, circunstancia que impide sostener que las actuaciones del administrador del FOSYGA tienen el carácter de función administrativa, la cual, para reputarse como tal, debe tener sustento en una competencia legal y no en ordenes de jueces o de Comités Técnico Científicos. [P]ara el momento de los hechos de la controversia, en ausencia de una función administrativa en el plano legal, no había ninguna posibilidad de que dichos reconocimientos materializaran un acto administrativo, ni los trámites de cobros No POS previstos inicialmente por el Ministerio de Salud y Protección Social podían considerarse como procedimientos administrativos que culminaran con un acto administrativo”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, S. V. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

Aclaración de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez

ACLARACIÓN DE VOTO / SOLICITUD DE RECOBRO AL FOSYGA / PROCEDIMIENTO DE RECOBRO AL FOSYGA / AGENTE FIDUCIARIO / ENCARGO FIDUCIARIO / RECOBRO ANTE LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / ACTO ADMINISTRATIVO APORTADO POR ENTIDAD PÚBLICA / ACTO ADMINISTRATIVO DECISORIO / EXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO JURÍDICO UNILATERAL / REPRESENTACIÓN DEL ESTADO / PROCEDENCIA DEL RECOBRO AL FOSYGA / PAGO DEL RECOBRO AL FOSYGA / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / REEMBOLSO DE SUMA DE DINERO POR SERVICIO DE SALUD / ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO EN CUMPLIMIENTO DEL FALLO DE TUTELA / CONCEPTO DEL COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO

Tesis: “[A]ntes con el Consorcio [fiduciario] y hoy en día con la ADRES, no cabe duda que las decisiones adoptadas en materia de cobros constituyen verdaderos actos administrativos debido a que son manifestaciones unilaterales de la voluntad proferidas por entidades públicas o por unas fiduciarias en representación del Estado con miras a definir una situación jurídica, esto es, la procedencia del reconocimiento de unos pagos por la prestación de servicios no incluidos en el POS (plan obligatorio de salud) o en el PBS (plan básico de salud) en virtud de decisiones judiciales proferidas en acciones de tutela o por conclusiones de los comités técnico-científicos. [...] No es necesario que la ley o el reglamento hubieran catalogado la decisión de la glosa como acto administrativo, pues, finalmente el acto administrativo está determinado por la manifestación unilateral de la voluntad de la administración directamente encaminada a producir, modificar o extinguir una situación jurídica, tal como ocurre en este tipo de supuestos. No se puede pretender que la ley en cada caso concreto denomine qué actos jurídicos son o no actos administrativos lo cual reduciría la tesis del acto administrativo a un absurdo porque el legislador tendría que intervenir en todos los eventos para definir si una entidad profiere o no actos administrativos y en qué eventos lo haría. Queda claro que en este tipos de casos el Consorcio [fiduciario] actúa en representación del “Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga”, que es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia (artículo 1º del Decreto 1283 de 1996, compilado en el Decreto 780 de 2016), por manera que en los términos del numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio [...], queda claro que el Consorcio [fiduciario] actuaba en nombre y representación del Fosyga y, por lo tanto, era quien en su nombre y representación tenía que adelantar el procedimiento administrativo de cobro para determinar si era procedente el reconocimiento o, por el contrario, si debía glosarse o rechazarse la solicitud, decisión que no cabe duda de que es un acto administrativo en tanto pone fin a una actuación o procedimiento administrativo, tal como ocurre con el FOMAG, pues, una fiduciaria lleva a cabo su representación y vocería.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, A. V. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

Aclaración de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas

ACLARACIÓN DE VOTO / SOLICITUD DE RECOBRO AL FOSYGA / PROCEDIMIENTO DE RECOBRO AL FOSYGA / AGENTE FIDUCIARIO / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA / DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Tesis: “Con el debido respeto, me separo de las consideraciones expuestas en la decisión en relación con la caducidad de la acción, las que, a mi juicio constituyen un obiter dicta, ya que, al ser inepta la demanda, no se configura la relación jurídica procesal, y se torna innecesario adentrarse en el análisis de otro de los presupuestos para que se trabé tal relación. Adicionalmente, considero que la declaración de caducidad no

es procedente, ya que implica un pronunciamiento sobre una pretensión que no fue planteada, que lo sería la solicitud de declaración de nulidad de los actos administrativos en los que fueron negadas las solicitudes de recobro.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, A. V. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACTO ADMINISTRATIVO QUE NIEGA SOLICITUD / SOLICITUD DE RECOBRO AL FOSYGA / PARTICULAR EN EJERCICIO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / ORDENADOR DEL GASTO / FUNCIÓN DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL / COMUNICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PUBLICIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tesis: “Acompañé la [...] decisión, porque, en efecto, existe un acto administrativo con presunción de validez, que debe ser demandado mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, considero que se incurrió en un error al concluir que el autor del acto administrativo de negativa frente a las solicitudes de recobro era el particular contratista que administraba el Fosyga, en este caso, el consorcio Fidufosyga 2005. [...] [A]firmar que un particular ejerce función administrativa, porque administra recursos públicos (regla de dudosa corrección) no significa, por sí solo, que ese particular expida actos administrativos. Aunque la Corte Constitucional sostuvo que se trataba de un procedimiento administrativo, no afirmó que el acto administrativo definitivo lo adoptaba el particular contratista, como sí lo concluyó la presente sentencia, frente a la cual aclaro mi voto. [...] [E]l ordenador del gasto, a través de la expedición de los actos administrativos que aceptaban o negaban los recobros, era el Ministerio de Salud y Protección Social. [...] Al ser la comunicación el medio de publicidad del acto administrativo, acertó la sentencia en concluir que desde allí se debía contar el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero erró al concluir que la comunicación de lo decidido era el acto mismo.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la función administrativa que ejerce el particular que administra recursos públicos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cita: Corte Constitucional, sentencia del 25 de mayo de 2004, C-510/04, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, A. V. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. (CIAC S.A.), al ser una sociedad de economía mixta sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, estaría habilitada para celebrar contratos de donación con otras entidades públicas ya sea como donante o donataria.

Síntesis del caso: El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Defensa Nacional, solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil emitir concepto en relación con la facultad que tendría la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. (CIAC S.A.), de donar bienes fiscales, muebles o inmuebles, a otras entidades públicas, o de recibir en donación bienes de estas y sobre la posibilidad de dicha corporación, de efectuar la enajenación de bienes muebles a título gratuito a otras entidades estatales, consagrada en el artículo 2.2.1.2.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, sin transgredir la condición de exclusión de tal entidad, del estatuto general de contratación de la administración pública.

CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA / SOCIEDAD ANÓNIMA / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / CLASES DE SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / RÉGIMEN EXCEPTUADO DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / DONACIÓN / CONTRATO DE DONACIÓN

Problema jurídico 1: ¿La Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. (CIAC S.A.) puede dar y recibir en donación hacia y desde entidades públicas, bienes «públicos», muebles e inmuebles?

Tesis 1: “[D]icha corporación [Corporación Industria Aeronáutica Colombiana S.A.] está constituida como una sociedad anónima, en la que más del noventa por ciento (90%) de la propiedad de sus acciones es del Estado, lo cual trae como consecuencia, que es sujeto del régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, estatuto de la administración pública. (...) El régimen bajo el cual las empresas industriales y comerciales del Estado desarrollan su objeto y actividades es el del derecho privado, conforme lo establecen varias disposiciones contenidas en la Ley 489 de 1998 (...). [S]e reitera que la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. (CIAC S.A.) se encuentra sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado y en tal sentido, se sujeta a las disposiciones del derecho privado. La Sala considera necesario precisar que, si bien la parte final del artículo 93 citado, alude al estatuto general de contratación estatal para el cumplimiento del objeto de las empresas industriales y comerciales del Estado, ello resulta contradictorio con el adecuado desarrollo de sus actividades, pues estas se encuentran estrechamente unidas con la realización del objeto social. No obstante, tal aparte normativo no resulta aplicable a la CIAC S.A., en razón a que esa entidad, entre otras, se halla excluida de la aplicación del estatuto de contratación pública por expresa disposición legal (...). [L]a Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. (CIAC S.A.) debe desarrollar sus actividades de naturaleza industrial y comercial y de gestión económica comprendidas dentro de su objeto social, de conformidad con las reglas del derecho privado, dada su naturaleza jurídica de sociedad de economía mixta sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, y con base también, en lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 1150 de 2007, que la excluye expresamente de la aplicación del estatuto general de contratación de la administración pública, contenido en la Ley 80 de 1993, y establece que se registrará «por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad». Dentro del derecho privado se encuentra, como se dijo en precedencia, el ordenamiento del Código Civil que regula el contrato de donación en los artículos 1443

y siguientes, por lo que la mencionada entidad estaría habilitada para celebrar contratos de donación con otras entidades públicas, ya fuera como donante o donataria. (...) Resulta oportuno mencionar que sobre el tema objeto de análisis, existe una norma especial que habilita a las entidades públicas a enajenar bienes inmuebles de su propiedad a otras entidades públicas. Es el artículo 36 de la Ley 9ª de 1989, «Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones», conocida como la ley de reforma urbana (...). Ahora bien, en el evento en que la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. (CIAC S.A.) fuera a actuar como donante de un bien de su propiedad a otra entidad pública, sería necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 489 de 1998, citado en el acápite anterior, el cual establece que las empresas industriales y comerciales del Estado «no podrán destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos internos». En el mismo orden de ideas, si la entidad fuera a actuar en calidad de donataria, el bien objeto de la donación, tendría que ser de utilidad para las actividades de desarrollo de su objeto social, conforme sus estatutos internos. En el caso mencionado en la consulta, referente a «la intención de donación de Aeronaves Remotamente Tripuladas (ART) por parte de otras entidades del sector defensa, con el fin de continuar realizando pruebas y ensayos dentro del campo de la investigación, diseño y desarrollo de prototipos de este tipo de aeronaves», se observa que tal donación estaría dentro del marco de las actividades comprendidas en el objeto social de la CIAC S.A. (...) La Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. (CIAC S.A.), puede efectuar donaciones de bienes de su propiedad, muebles o inmuebles, a otras entidades públicas y recibir donaciones de bienes de propiedad de estas, muebles o inmuebles, de conformidad con los requisitos expuestos en este concepto.”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el alcance de la prohibición constitucional a las entidades públicas de decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Nro. 994 de 1997; Corte Constitucional, sentencia C-251 de 1996.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la posibilidad de hacer donaciones entre entidades públicas, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Nro. 1495 de 2003 y Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2016, radicación núm. 15001-23-31-000-2003-00628-01 (39538).

CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA / ENAJENACIÓN DE BIEN MUEBLE A LA ENTIDAD ESTATAL / ENAJENACIÓN DE BIEN MUEBLE DE LA ENTIDAD ESTATAL / ENAJENACIÓN DE LA PROPIEDAD DEL ESTADO / ENAJENACIÓN DE ACTIVOS A TÍTULO GRATUITO

Problema jurídico 2: *¿La Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. (CIAC S.A.) puede dar y recibir en donación hacia y desde entidades públicas, bienes «públicos», muebles e inmuebles?*

Tesis 2: “[S]e encuentra que la norma citada [artículo 2.2.1.2.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015] no sería aplicable a la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. (CIAC S.A.), dado que constituye una norma reglamentaria de la Ley 80 de 1993, de cuyo ámbito de aplicación se encuentra excluida. Conforme se explicó, la Sala observa que el régimen de contratación de la CIAC S.A. sigue las reglas del derecho privado, y en tal virtud, esa entidad podría, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, realizar una enajenación a título gratuito, vale decir, una donación de bienes muebles que no utiliza, a otra entidad pública, con base en la normativa del derecho privado y su Manual de Contratación. (...) La CIAC S.A. puede efectuar la enajenación de bienes muebles que ya no utiliza, a título gratuito, a otras entidades estatales, con base en la aplicación de las normas de derecho privado y su Manual de Contratación, y con los requisitos expuestos en el presente concepto. En este caso, no es aplicable el artículo 2.2.1.2.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, por tratarse de una norma reglamentaria de la Ley 80 de 1993, de cuya aplicación está excluida”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2481 del 11 de octubre de 2022; C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2022-00128-00\(2481\). Levantamiento de reserva mediante oficio del 18 de mayo de 2023.](#)

2. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones puede modificar bilateralmente los contratos de aporte suscritos por el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en lo que atañe a los plazos para la legalización de

los recursos ejecutados, para definir la destinación de los fondos desembolsados cuya «utilización» no se autorice al contratista, y para la reinversión de las sumas descontadas. De igual modo, es procedente la modificación de los correspondientes contratos de fiducia que se derivan de cada uno de los contratos de aporte.

Síntesis del caso: El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, solicita a la Sala de Consulta y Servicio Civil su concepto sobre la posibilidad de modificar ciertas cláusulas de los contratos de aporte suscritos por el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para llevar el servicio público esencial de internet a las zonas más apartadas del país, y los contratos de fiducia mercantil suscritos como consecuencia de tales contratos de aporte, para la administración y ejecución de los recursos.

CONTRATO DE APORTE / CONTRATO ATÍPICO / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ATÍPICO / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE APORTE / CELEBRACIÓN DE CONTRATO DE APORTE / NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE APORTE / OBJETO DEL CONTRATO DE APORTE / SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / NEGOCIO FIDUCIARIO / NEGOCIO FIDUCIARIO PARA FINES ESTATALES / CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FIDUCIA PÚBLICA / CONCEPTO DE CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / FINALIDAD DEL CONTRATO DE FIDUCIA PÚBLICA / OBJETO DEL CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / ENCARGO FIDUCIARIO / CARACTERÍSTICAS DEL ENCARGO FIDUCIARIO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / MODIFICACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / PROHIBICIÓN DE CLÁUSULA DE PRÓRROGA AUTOMÁTICA DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Problema jurídico 1: ¿Es procedente modificar los contratos de aporte suscritos por el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como resultado de un proceso de licitación, en lo que atañe a las cláusulas de desembolsos, legalización y reinversión de descuentos?

Tesis 1: “Los contratos estatales pueden modificarse, de manera excepcional y limitada, ya sea de común acuerdo entre las partes (bilateralmente), o bien por la decisión unilateral de la Administración (ius variandi). En ambos casos, la modificación del contrato está sujeta a unos límites que, en algunos casos, establece expresamente la ley (como la solemnidad o el previsto para la adición), y en otros, han sido inferidos por la jurisprudencia y la doctrina, a partir de los principios y las normas constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal. Tales límites pueden ser de índole temporal (atinentes a la vigencia del contrato que se modifica y a la clase y número de prórrogas), de naturaleza formal (la solemnidad, la motivación y la justificación del acto o el acuerdo), o de carácter material y teleológico (el respeto por los principios generales de la contratación y los derechos de los otros participantes; el fin de interés público perseguido; el objeto, la naturaleza y la clase de contrato, y los elementos esenciales del pliego de condiciones, entre otros). En relación con esta última clase de límites, se destaca que cualquier modificación del contrato estatal debe tener el propósito fundamental de hacer prevalecer su fin, en el sentido de buscar que no se interrumpa o se afecte negativamente la prestación del servicio. Asimismo, cualquier modificación del contrato debe respetar los principios constitucionales y legales de la Administración Pública y de la contratación estatal, especialmente, los de igualdad, transparencia y libre competencia. En esa medida, la modificación del contrato no puede alterar su naturaleza, su clase, los elementos esenciales de su objeto, los aspectos principales del pliego de condiciones (en particular, aquellos que sirvieron para evaluar, ponderar y seleccionar las ofertas), ni, en general, cualquier otro elemento que lleve a modificar, a posteriori, las bases sobre las cuales se hizo la adjudicación. (...) Como resultado de la Licitación FTIC-LP-038-2020, el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adjudicó y suscribió los «contratos de aporte» 1042 de 2020 y 749 de 2022, para

«[e]jecutar el proyecto Centros Digitales en la región adjudicada [A o B] obligándose a realizar la planeación, instalación, operación y mantenimiento de la infraestructura para prestar el servicio de Internet bajo las condiciones establecidas en el Anexo Técnico». Tales contratos son negocios jurídicos atípicos, en virtud de los cuales el Estado asigna unos bienes o recursos públicos a una persona (natural o jurídica), para que los destine exclusivamente, y por su cuenta y riesgo, a la prestación del servicio o la realización de la actividad de interés público acordada, para cumplir un determinado fin del Estado, so pena de verse obligado a devolver tales activos, con sus respectivos rendimientos (condición resolutoria). Para garantizar, en este caso, el manejo ordenado y seguro de los recursos asignados, durante el plazo de ejecución de los contratos de aporte, se dispuso, en el respectivo pliego de condiciones, que los contratistas seleccionados debían celebrar sendos contratos de fiducia mercantil, con sociedades fiduciarias debidamente autorizadas, en virtud de los cuales se constituirían dos patrimonios autónomos (uno por cada contrato). Luego de suscritos tanto los contratos de aporte como los de fiducia, el Mintic y el Futic vieron la necesidad de modificar algunas previsiones contenidas en el pliego de condiciones y en las minutas de los contratos, que sujetan a términos muy apremiantes (dentro de la misma vigencia fiscal) las decisiones que deben tomarse sobre la destinación de los fondos desembolsados y cuyas «utilizaciones» no se autorice al contratista, la reinversión de las sumas descontadas al contratista, y la legalización de los recursos efectivamente pagados por las fiduciarias. Después de analizar los límites que la jurisprudencia y la doctrina han inferido, de los principios y las normas constitucionales y legales que gobiernan la función administrativa y la contratación estatal, para ejercer la facultad de modificación de los contratos estatales, ya sea unilateral o bilateralmente, la Sala encuentra, en principio, que las enmiendas sugeridas por el ministerio consultante, en relación con los contratos de aporte celebrados, respetan dichos límites, por lo que serían jurídicamente viables. De todas maneras, le corresponderá al ministerio verificar y determinar la procedencia de estas modificaciones, conforme a los requisitos de modificación de los contratos señalados por esta Sala y por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los términos expuestos. Por la misma razón, y por tratarse de negocios celebrados para garantizar y facilitar la debida ejecución de los contratos de aporte, la Sala estima que también es viable modificar los contratos de fiducia mercantil suscritos por los contratistas beneficiarios del aporte con las respectivas fiduciarias, en forma consecencial y coherente con los cambios que se introduzcan en aquellos. (...) A la luz de los principios y las normas que regulan la contratación estatal, y de acuerdo con la información suministrada a la Sala, es posible modificar bilateralmente los contratos de aporte números 1042 de 2020 y 749 de 2020, en lo que atañe a los plazos para la legalización de los recursos ejecutados, para definir la destinación de los fondos desembolsados cuya «utilización» no se autorice al contratista, y para la reinversión de las sumas descontadas, tal como se explica en este concepto. En todo caso, le compete al ministerio verificar y determinar la procedencia de estas modificaciones, conforme a los requisitos de modificación de los contratos, en los términos expuestos en este concepto.”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre las características del contrato estatal de aporte, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2060 del 21 de septiembre de 2011.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre los negocios fiduciarios y el contrato de fiducia mercantil, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 00005 de 2022 y Concepto 2306 de 2017; y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de agosto de 2015, rad. núm. 11001-03-26-000-2010-00027-00(38637).

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la modificación de los contratos estatales, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 1849 del 22 de octubre de 2007, 1952 de 2019, 2150 del 30 de octubre de 2013, 2263 del 17 de marzo de 2016, 2385 del 23 de abril de 2019 y 2473 del 16 de febrero de 2022, entre otros; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031.

CONTRATO DE APORTE / CELEBRACIÓN DE CONTRATO DE APORTE / OBJETO DEL CONTRATO DE APORTE / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Problema jurídico 2: *¿Es procedente modificar los contratos de fiducia suscritos para el adecuado control, administración y ejecución de los recursos de los contratos de aporte del sector de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones?*

Tesis 2: “Es igualmente procedente, como consecuencia de la reforma de los contratos de aporte, modificar los respectivos contratos de fiducia mercantil, por parte de quienes los celebraron (asignatarios de aporte y sociedades fiduciarias), con la autorización previa del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para que tales actos jurídicos resulten coherentes con los cambios que se introduzcan en los contratos de aporte”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2482 del 15 de febrero de 2023; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00129-00\(2482\). Levantamiento de reserva mediante oficio del 17 de mayo de 2023.](#)

3. Los funcionarios que, al asumir un cargo en la planta externa del servicio exterior, residen en el Estado receptor, no tienen derecho a los beneficios previstos por el artículo 62 del Decreto Ley 274 de 2000, y tampoco pueden recibirlos al momento de su renuncia al cargo y regreso a Colombia.

Síntesis del caso: El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la viabilidad jurídica de reconocer los «beneficios especiales» de que trata el artículo 62 del Decreto Ley 274 de 2000, para el regreso al país, de los funcionarios diplomáticos que al asumir el cargo residían en el Estado receptor y que han presentado su renuncia irrevocable.

CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR / RÉGIMEN DE CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR / FUNCIONARIO DE CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR / TRABAJADOR DE CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR / PRESTACIONES SOCIALES DEL FUNCIONARIO DE CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR / TRASLADO DEL EMPLEADO PÚBLICO / RESIDENCIA EN EL EXTERIOR / GASTOS DE REGRESO

Problema jurídico: ¿Un funcionario del servicio exterior que al asumir su cargo manifiesta que se encuentra residenciado en el país receptor, luego de haber renunciado al mismo se le deben reconocer los beneficios especiales por regreso al país previstos en el Decreto Ley 274 de 2000, siendo que declara bajo juramento su voluntad de residenciarse en Colombia?

Tesis: “[E]l Decreto Ley 274 de 2000 «[p]or el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular», cuyo ámbito de aplicación corresponde a los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que ejerzan funciones para el servicio exterior, dentro o fuera de la República de Colombia, y pertenezcan o no a la Carrera Diplomática y Consular. El artículo 4° se refiere a los principios rectores y orientadores de la función pública del servicio exterior, y prevé que además de los consagrados en la Constitución Política, le son aplicables los fundamentos sobre moralidad, eficiencia y eficacia, economía y celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia, prevalencia de los intereses de la colectividad nacional, especialidad, unidad e integralidad y confidencialidad. De especial importancia para el caso de la consulta es el artículo 62 del referido Decreto Ley 274 de 2000 (...). [E]l Departamento Administrativo de la Función Pública afirma que los beneficios especiales contemplados en el Decreto Ley 274 de 2000 aplican a los funcionarios que deban trasladarse al exterior para cumplir con sus funciones, y en que, tales beneficios no se extienden a quienes habiten en el Estado receptor. (...) [E]l Ministerio de Relaciones Exteriores solamente puede reconocer beneficios económicos a los sujetos y en las condiciones previstos en la normativa que lo rige. (...) [E]l artículo tiene como finalidad beneficiar a los funcionarios que requieran desplazarse para prestar su servicio en el exterior. Tal planteamiento es coherente con lo afirmado por la Sala en concepto 2365 de 2018, en el sentido de que, el Decreto Ley 274 de 2000 prevé «beneficios especiales para los funcionarios que deben trasladarse al exterior a prestar su servicio». Congruentemente, el párrafo 3° del artículo 62 de la norma en cita, dispone perentoriamente que «[n]o tendrá derecho a los beneficios a que se refiere este artículo, en lo pertinente, quien reside en el país de destino». Se trata entonces, de una serie de beneficios previstos en favor de quienes residan en Colombia y sean designados en el servicio exterior, con miras a que puedan cumplir con la representación que les ha sido encomendada en la planta externa. De manera complementaria, el decreto analizado, prevé en su artículo 4° que además de los principios consagrados en la Constitución Política y en concordancia con éstos, son principios orientadores de la función pública en el servicio exterior y de la carrera diplomática y consular, los de moralidad, eficiencia y eficacia, economía y celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia, especialidad, unidad e integralidad y confidencialidad. Ha señalado la Sala, a propósito de otra consulta del Ministerio de Relaciones Exteriores, que los principios de eficiencia y eficacia, en el contexto del Decreto Ley 274 de 2000, persiguen optimizar la «utilización de los recursos disponibles, de suerte que sea posible ejecutar la misión y las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores en forma adecuada y oportuna». En síntesis, si un funcionario al asumir un cargo en la planta

externa del servicio exterior, reside en el Estado receptor, no tiene derecho a los beneficios previstos por el artículo 62 del Decreto Ley 274 de 2000, y tampoco podrá recibir dichos beneficios al momento de su renuncia al cargo y regreso a Colombia”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el servicio exterior y su ejercicio a través de representaciones diplomáticas y consulares, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos 1244 del 9 de febrero de 2000 y 2388 del 24 de octubre de 2018.

NOTA DE RELATORÍA 2: En el presente concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil hace referencia al Concepto 20226000235641 del 1º de julio de 2022, emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, y al Memorando Interno I-OAJ-22-006512, emitido por la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, referidos a la interpretación que dichas dependencias le dan al artículo 62 del Decreto Ley 274 de 2000.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2483 del 2 de noviembre de 2022; C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2022-00177-00\(2483\). Levantamiento de reserva mediante auto del 26 de mayo de 2023.](#)

4. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado está facultada para solicitarle concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil, con el fin de precaver un litigio o poner fin a uno existente cuando se trate de controversias jurídicas entre entidades del orden territorial.

Síntesis del caso: El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Justicia y del Derecho formuló consulta a la Sala, por solicitud de la directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sobre el alcance de la noción «interés litigioso de la Nación», así como respecto de las facultades que tiene esa Agencia para mediar en las controversias jurídicas entre entidades del orden nacional y territorial, y entre entidades territoriales, y, pedir concepto a esta Corporación con el fin de precaver un litigio o poner fin a uno existente entre entidades del orden territorial, según lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 112 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, CPACA).

FACULTADES DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / CLASES DE CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / CONCEPTO PARA PRECAVER LITIGIOS ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS / AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO / INTERVENCIÓN EN EL PROCESO DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO / ENTIDAD TERRITORIAL / COMITÉ DE CONCILIACIÓN

Problema jurídico 1: ¿La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado puede solicitar concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil, con el fin de precaver un litigio o poner fin a uno existente, cuando se trate de controversias jurídicas entre entidades del orden territorial?

Tesis 1: “[L]a función de la Sala se presenta como un mecanismo alternativo de solución de controversias, que resulta plenamente concordante con las nuevas disposiciones de la Ley 2220 de 2022, norma que, como se explicó, concede a los comités de conciliación de los órganos, organismos y entidades del Estado en los que estos existen, funciones más amplias para autorizar la solución de los conflictos por vías diferentes a la judicial. En efecto, las disposiciones especiales de la Ley 2220 de 2022, son posteriores a la reforma que introdujo la Ley 2080 de 2021 al numeral 7 del artículo 112 del CPACA, sobre la función de la Sala de precaver un litigio o poner fin a uno existente, por lo que esta debe complementarse con las disposiciones de la nueva Ley 2220. Si se considera que la nueva ley habilita de manera general a las entidades territoriales para acudir a otros medios alternativos de solución de conflictos -facultad que tiene pleno fundamento y finalidad constitucional, según se ha explicado-, es claro que pueden activar, por intermedio de la ANDJE y previa autorización de los comités de conciliación de tales entidades, la función de la Sala de emitir concepto, en los términos del mencionado numeral 7 del artículo 112 del CPACA. No existe incompatibilidad alguna entre dicho numeral y una norma especial y posterior como es la Ley 2220 de 2022, pues es claro que tratándose de mecanismos alternos de solución de controversias que operan

de manera voluntaria y autocompositiva, la habilitación legal a las entidades territoriales de acudir a estos complementa lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 112 del CPACA, y fortalece el fin constitucionalmente valioso del arreglo amistoso de las controversias que surjan entre tales entidades, en defensa del patrimonio público. (...) En conclusión, la ANDJE puede solicitar concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil, con el fin de precaver un litigio o poner fin a uno existente, cuando se trate de controversias jurídicas entre entidades del orden territorial para la defensa del patrimonio público, previa autorización de los comités de conciliación de las entidades correspondientes”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la noción Administración Pública, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 1815 de 2007 y 2169 de 2013, y Corte Constitucional, sentencia C-159 de 2021.

NOTA DE RELATORÍA 2: En el presente concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil hace un estudio del marco teórico, constitucional, normativo y jurisprudencial de la noción de estado, nación, estado unitario, descentralización, autonomía de las entidades territoriales, estructura del estado y de la nación como persona jurídica.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la naturaleza de función de la Sala de Consulta y Servicio Civil prevista en el numeral 7 del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto PL 00005 del 30 de junio de 2022.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO / NATURALEZA JURÍDICA DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO / OBJETO DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO / NACIÓN / PRETENSIÓN LITIGIOSA / REPRESENTACIÓN DE LA ENTIDAD PÚBLICA

Problema jurídico 2: *¿Cuál es el concepto de interés litigioso de la nación y si su alcance comprende los intereses litigiosos de las entidades del orden territorial? // ¿A la luz de las disposiciones que establecen y reglamentan las funciones y competencias de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, puede considerarse que está habilitada para defender los intereses litigiosos de entidades territoriales?»?*

Tesis 2: “a. La interpretación sistemática de los artículos 1, 2 y 3 del D.L. 4085 de 2011, permite sostener que la noción de defensa del «interés litigioso de la Nación», no es un concepto estático sino dinámico cuyo efecto útil es identificar los procesos en que puede intervenir la ANDJE para su defensa jurídica de acuerdo con la relevancia de estos para el Estado colombiano. b. La interpretación armónica de la noción «interés litigioso de la Nación» permite comprender que no se alude en rigor a su condición de persona jurídica, sino que en determinados procesos la defensa jurídica del interés litigioso a cargo de la ANDJE está radicado en el Estado, otras veces el acto que debe defender ha sido expedido por alguna de las ramas del poder público o de órganos autónomos e independientes en cumplimiento de su función estatal, o incluso dicho interés litigioso puede corresponder a las entidades territoriales o a su órganos pertenecientes al sector central o a entidades descentralizadas de ese nivel en los términos que han sido expuestos. c. Las funciones de la ANDJE, para la defensa jurídica del Estado en procesos judiciales o administrativos están sometidas a criterios de priorización, así como al señalamiento de criterios que pueden dar lugar a su intervención obligatoria. En cuanto a los primeros, es competencia del Gobierno nacional; respecto de los segundos, corresponde al consejo directivo de la ANDJE. Así las cosas, es claro que por regla general la intervención de la Agencia es facultativa, salvo que en aplicación de los criterios fijados por la ley se precise su intervención obligatoria. d. El Gobierno nacional no ha ejercido la facultad prevista en el literal e) del parágrafo del artículo 2 del D.L. 4085 de 2011, consistente en «señalar los lineamientos y prioridades» que le permitan al consejo directivo de la ANDJE determinar otros «intereses litigiosos de la Nación» cuya defensa jurídica pueda estar a cargo de la ANDJE. e. El consejo directivo de la ANDJE no ha precisado los criterios para determinar los casos en los cuales la Agencia debe intervenir de manera obligatoria en los procesos judiciales, tal como lo disponen el parágrafo 2, del numeral 3 del artículo 6 y el numeral 13 del artículo 10 del D.L. 4085 de 2011. f) Bajo el principio de jerarquía normativa, que impone aplicar de preferencia lo previsto en el D.L. 4085, las disposiciones del «Acuerdo 01» del 2019 expedido por el consejo directivo de la ANDJE deben armonizarse con las precitadas disposiciones legales. (...) El alcance de la noción «interés litigioso de la Nación» habilita a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para intervenir en procesos administrativos y judiciales en defensa de estos, e incluye a entidades territoriales cuando el consejo directivo de la Agencia lo determine. Tales intereses litigiosos no se limitan a los indicados en el parágrafo del artículo 2 del Decreto Ley 4085 de 2011, por lo que esta norma no tiene carácter taxativo sino meramente enunciativo. En efecto, en el literal e) del parágrafo citado se faculta al consejo directivo de la Agencia para determinar otros «intereses litigiosos de la Nación dentro de los lineamientos y prioridades señalados por el Gobierno Nacional», para efectos de su defensa a cargo de esa entidad. Significa entonces que el consejo directivo de la Agencia está facultado para extender la función de defensa de la Agencia para los intereses litigiosos de una entidad territorial, o de organismos del sector central o entidades del sector descentralizado pertenecientes al orden territorial, en la medida

en que el Gobierno Nacional lo considere prioritario y ese consejo así lo disponga en armonía con las entidades territoriales, en aplicación de los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiaridad (artículos 209 y 288 CP). Lo anterior porque el concepto «interés litigioso de la Nación» no tiene un alcance restrictivo, ni alude en rigor a su condición de persona jurídica, sino que en determinados procesos la defensa del interés litigioso, a cargo de la Agencia, está radicado en el Estado, otras veces el acto que debe defender ha sido expedido por alguna de las ramas del poder público o de órganos autónomos e independientes en cumplimiento de su función estatal, o incluso dicho interés litigioso puede corresponder a las entidades territoriales o a sus órganos pertenecientes al sector central o a las entidades descentralizadas de ese nivel, cuando así lo disponga el consejo directivo de la Agencia”.

NOTA DE RELATORÍA 1: En el presente concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un estudio de los antecedentes normativos que dieron origen a la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO / NACIÓN / PRETENSIÓN LITIGIOSA / PATRIMONIO DEL ESTADO / PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Problema jurídico 3: *¿El concepto de interés litigioso de la nación incluye el de interés patrimonial del Estado?*

Tesis 3: “a. La intervención de la ANDJE prevista en el artículo 610, en los asuntos donde sea parte una entidad pública o donde se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado es facultativa, sujeta a los criterios de priorización previstos en el numeral 3 del artículo 6 del D.L. 4085 de 2011. b. Por ser facultativa, mas no discrecional, la ANDJE no está obligada a participar en todos los procesos en que una entidad pública sea parte. c. La ANDJE no tiene la función de reemplazar a las «entidades públicas» en sus deberes responsabilidades o cargas procesales como parte demandada o demandante, pues estas son las llamadas a comparecer a los procesos que se adelanten ante cualquier jurisdicción. d. La intención del Legislador con el artículo 610 del CGP no fue derogar o modificar las disposiciones del D.L. 4085. Puede sostenerse que las dos disposiciones no son incompatibles, sino que más bien se trata de normas complementarias. e. En los términos del artículo 610 del CGP la función de intervención de la ANDJE en los procesos judiciales que se adelantan en Colombia ante cualquier jurisdicción en los que una entidad pública sea parte, es más amplia que las competencias de intervención que al respecto le otorgó el D.L. 4085 de 2011, pues no estaría delimitada a la defensa de los «intereses litigiosos de la Nación». Bajo este criterio, podría intervenir en los procesos en los que sea parte una entidad territorial. f. Considera la Sala que la noción de «patrimonio público» es más amplia y general que la de «patrimonio del Estado», y que la defensa de aquel es una de las funciones a cargo de la ANDJE, según lo dispuesto en el artículo 3 de del D.L. 4085 de 2011 y se reitera en artículo 610 del CGP. En consecuencia, la mencionada facultad de intervención de la ANDJE también puede darse para defender los intereses patrimoniales de las entidades territoriales, pues estos por definición están incluidos dentro de la noción de patrimonio público. g. Las facultades de intervención de la ANDJE previstas en el artículo 610 del CGP no pueden ser limitadas por un decreto reglamentario. h. El cumplimiento de estas funciones supone la observancia de los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiaridad, así como el de colaboración armónica. En consecuencia, la ANDJE puede intervenir en los procesos judiciales que se adelantan en Colombia ante cualquier jurisdicción en defensa del patrimonio público radicado en cualquier entidad pública del orden nacional o territorial. (...) La noción de «patrimonio público» es más amplia y general que la de «patrimonio del Estado», de allí que la defensa de aquel sea una de las funciones a cargo de la ANDJE, según lo dispuesto en el artículo 3 de del D.L. 4085 de 2011 y se reitera en artículo 610 del CGP. El deber constitucional de defensa del patrimonio público, que propugna por la protección del patrimonio estatal, concede a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la facultad de intervención prevista en el artículo 610 del CGP para defender los intereses patrimoniales de las entidades territoriales, pues estos por definición están incluidos dentro de la noción de patrimonio público”.

CONCILIACIÓN / MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS / FINALIDAD DE LA CONCILIACIÓN / CONCEPTO DE CONCILIACIÓN / NATURALEZA DE LA CONCILIACIÓN / SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONFLICTOS / AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO / INTERVENCIÓN EN EL PROCESO DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO / COMITÉ DE CONCILIACIÓN / FACULTADES DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN / FUNCIONES DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN / AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO / PATRIMONIO PÚBLICO / PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO / ENTIDAD TERRITORIAL

Problema jurídico 4: *¿Puede la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado mediar en conflictos entre entidades del orden nacional y territorial? // ¿Puede la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado mediar en conflictos entre entidades del orden territorial?*

Tesis 4: “a. En materia de mediación la Ley 2220 no establece disposiciones contrarias a las normas anteriores que habilitaban ese mecanismo, incluso el de carácter institucional autorizado para la ANDJE. b. El alcance de esa ley es regular las funciones de los comités de conciliación, y una de tales funciones es autorizar la mediación cuando les sea solicitada bajo criterios de eficacia, economía, celeridad, moralidad, imparcialidad y publicidad. c. No se evidencia una intención prohibitiva para las entidades territoriales de acudir a la ANDJE para la mediación de esta, cuando en aplicación de tales criterios el comité de conciliación así lo decida. d. En consecuencia, las normas vigentes habilitan a los órganos, entidades y organismos del Estado en todos los órdenes y niveles para acudir a la mediación como mecanismo de solución de conflictos. En vigencia de la Ley 2220, los comités de conciliación de las entidades territoriales -o el representante legal cuando estos no existan-, podrán autorizar la mediación, bien sea ante la ANDJE o ante la Procuraduría General de la Nación. (...) La finalidad de la mediación adelantada por la ANDJE es la garantía de los derechos de la «Nación y del Estado» y la protección efectiva del patrimonio público, en los términos de los artículos 3 y 6 del D.L. 4085 de 2011. En la noción de patrimonio público expuesta en este concepto, se incluye el de las entidades territoriales, por lo que una de las maneras de velar por su protección es facilitar la mediación entre estas para solucionar sus conflictos, así como la mediación entre los órganos y entidades del Estado y las entidades territoriales para los mismos efectos. En vigencia de la Ley 2220 de 2022, se reitera para la Agencia la facultad de mediación entre entidades del orden territorial, la cual también se autoriza para la Procuraduría General de la Nación, si el comité de conciliación de la respectiva entidad así lo decide”.

NOTA DE RELATORÍA 1: En el presente concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un estudio de la noción de mediación y su fundamento constitucional.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre los métodos autocompositivos y heterocompositivos de solución de controversias, ver: Consejo de Estado, Sección Primera, en la Sentencia de Unificación del 11 de octubre de 2018, radicación 17001-23-33-000-2016-00440-01 y Corte Constitucional, sentencias C-037 de 1996 y C-1195 de 2001.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2494 del 16 de mayo de 2023; C.P. Oscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2022-00290-00\(2494\). Levantamiento de reserva mediante oficio del 23 de mayo de 2023.](#)