

EDICIÓN

272

NOVIEMBRE 2023



CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

#MeSuscriboMeActualizo

BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Jaime Enrique Rodríguez Navas
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

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. 272, noviembre 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	6
➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-0324-000-2006 -00277-00	
➤ C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2019-00544-01 (27662)	
➤ C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2022-00007-00 (26344)	
➤ C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2022-00038-00 (26652)	
II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES	7
➤ C.P. Hernando Sánchez, radicación: 11001-03-15-000-2023-04250-01 (AC)	
➤ C.P. César Palomino Cortés (E), radicación 13001-23-33-000-2023-00038-01 (AC)	
➤ C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación 11001-03-15-000-2023-01943-01 (AC)	
➤ C.P. María Adriana Marín, radicación: 25000-23-15-000-2023-00720-01 (AC)	
➤ C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 11001-03-15-000-2023-00622-01 (AC)	
➤ C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 15001-23-33-000-2023-00210-01 (AC)	
➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 19001-23-33-000-2015-00398-01 (AP)	
➤ C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 44001-23-40-000-2018-00125-01(AP)	
III. SALA PLENA DEL CONTENCIOSO	25
➤ C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-15-000-2022-02926-01(PI)	
➤ C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-15-000-2020-00471-00(REV)	
➤ C.P. José Roberto Sáchica Méndez (E), radicación: 11001-03-15-000-2021-02148-00(REV)	
➤ C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-15-000-2022-06408-00(REV)	
IV. SECCIÓN PRIMERA	37
➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-0324-000-2006 -00277-00	
V. SECCIÓN SEGUNDA	40
➤ C.P. César Palomino Cortés radicación: 15001-23-33-000-2014-00564-01 (5828-2018)	
➤ C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 25-000-23-42-000-2018-01829-01(4512-2022)	
➤ C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 23001-23-33-000-2017-00485-01(4024-2021)	
➤ C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 76001-23-31-000-2010-00966-02(0707-2023)	
VI. SECCIÓN TERCERA	511
➤ C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 18001-23-33-000-2014-00044-01(65133)	
➤ C. P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 25000-23-36-000-2014-00698-01(61166)	
➤ C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-26-000-2022-00206-00(69267)	
➤ C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 70001-23-31-000-2010-00016-01(61262)	
VII. SECCIÓN CUARTA	644
➤ C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2019-00544-01 (27662)	
➤ C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2016-01174-01 (26685)	
➤ C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2022-00007-00 (26344)	
➤ C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 05001-23-33-000-2017-00293-01 (27416)	
➤ C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2022-00038-00 (26652)	
➤ C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 25000-23-37-000-2013-00451-02 (27550)	
VIII. SECCIÓN QUINTA	79
➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00081-00	
➤ C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2023-00013-00.	

- C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2023-00012-00

IX. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

844

- C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00210-00(2508)
- C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2023-00045-00(2499)
- C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2023-00394-00(C)
- C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2023-00272-00(C)

X. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

92

- Sección Segunda, radicación: 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022) SUJ-032-CE-S2-2023

EDITORIAL

La Presidencia del Consejo de Estado y su Comité editorial recopilan en este documento, las decisiones novedosas y relevantes proferidas por la Corporación, en el marco de sus funciones misionales a manera de extracto y con carácter informativo.

Lo anterior, con el propósito de difundirlo y fortalecer el conocimiento de los derechos constitucionales y legales a los usuarios de la administración de justicia, ciudadanos, así como a jueces, magistrados y demás servidores judiciales.

En esta ocasión destacamos una acción de tutela que se ejerció contra la Presidencia de la República, con motivo de la publicación en redes sociales de una imagen de la bandera y el escudo de Colombia, con colores alusivos a la comunidad LGTBQ+, fundamentada en la violación de los derechos fundamentales de los «ciudadanos colombianos». La Corporación negó el amparo al considerar que, la actora no presentó medio de prueba alguno que acreditara la trasgresión efectiva y real de sus derechos, además de tratarse de la aplicación de una acción afirmativa en favor de un grupo históricamente discriminado e invisibilizado.

En materia de acciones populares, la Sección Primera indicó que las obras urbanísticas adelantadas en los predios de la Quebrada San Pedro, ubicados en una zona de protección y conservación, afectan negativamente los cuerpos de agua y la protección de la capa herbácea, vulnerando los derechos colectivos de la comunidad aledaña. Esta fuente hídrica goza de una alta relevancia ambiental y abastece la quebrada que, a su vez, surte a los pobladores de este líquido vital.

Por otro lado, la Sección Segunda declaró la nulidad de la sanción de destitución e inhabilidad impuesta a un funcionario de elección popular, proferida por una Procuraduría Regional al considerar que, se debe aplicar la excepción de inconvencionalidad respecto del numeral 1° del artículo 44 del Código Disciplinario Único, puesto que resulta manifiestamente incompatible con el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así mismo, la decisión atacada, violó las garantías judiciales del disciplinado y el principio de jurisdiccionalidad.

Por último, resaltamos la sentencia de unificación proferida por la misma Sección, donde establece la incompatibilidad de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con el sistema de liquidación de cesantías administrado por el FOMAG.

Agradecemos a todos nuestros lectores y los invitamos a seguir consultando este documento de compilación jurisprudencial a través de la suscripción mensual, redes sociales y página web de la Entidad.

I. NORMAS ANULADAS

ANULADAS

SECCIÓN PRIMERA

La Resolución 7302 de 2005, “Por medio de la cual se revocan las Resoluciones 4105 del 25 de septiembre de 1997 y número 5964 del 9 de diciembre de 1998 y se expiden pautas para la atención integral y el Tratamiento Penitenciario”, expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC: las expresiones: “[...] o del 70% de la pena impuesta en el caso de justicia especializada.” del numeral 2.1.; y “de un setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, en caso de justicia especializada” del numeral 3.1. del artículo 10.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de septiembre de 2023; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-0324-000-2006 -00277-00.](#)

SECCIÓN CUARTA

1. La Ordenanza 077 del 23 de diciembre de 2014, “Por medio de la cual se expide el Estatuto Tributario del Departamento de Santander”, proferida por la Asamblea del mismo departamento: El aparte «10 días hábiles» contenido en el numeral 1º del artículo 160, relativo al término para solicitar la devolución de lo pagado en exceso o no debido del impuesto de registro ante el departamento.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de octubre de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2019-00544-01 \(27662\).](#)

2. Los Conceptos 907362 del 26 de julio de 2021 y 90112 del 14 de febrero de 2022, expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de septiembre de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2022-00007-00 \(26344\) Acumulados.](#)

3. El Oficio 1909 [019349] del 5 de agosto de 2019, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de octubre de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2022-00038-00 \(26652\).](#)

**ASUNTOS
CONSTITUCIONALES**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIONES DE TUTELA

1. La Presidencia de la República no vulneró los derechos fundamentales, con ocasión a la publicación en redes sociales de una imagen de la bandera y el escudo de Colombia con colores alusivos a la comunidad LGTBIQ+

Síntesis del caso: Se ejerció una acción de tutela contra la Presidencia de la República, ya que, en criterio del actor, se distorsionó e impuso los colores de la comunidad LGBT en la Bandera y el Escudo de Colombia, “violando los derechos fundamentales” a los “Ciudadanos Colombianos”.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / PUBLICACIÓN EN REDES SOCIALES / ACCIÓN POSITIVA / SÍMBOLO PATRIO / ESCUDO NACIONAL / BANDERA NACIONAL / BANDERA LGTBIQ+ / POBLACIÓN LGTBIQ+ / SÍMBOLO PATRIO / DERECHO A LA IGUALDAD DE LA POBLACIÓN LGTBIQ+ / DERECHO A LA IGUALDAD / AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

Problema jurídico: ¿La Nación – Presidencia de la República – Secretaría para las Comunicaciones y Prensa vulneró los derechos fundamentales invocados por la actora, con ocasión a la publicación en redes sociales realizada el 28 de junio de 2023, en la que se divulgó una imagen de la bandera y el escudo de Colombia con colores alusivos a la comunidad LGTBIQ+?

Tesis: “La Sala considera que la actora no presentó medio de prueba alguno que acreditara una transgresión efectiva y real de sus derechos fundamentales, puesto que no se advierte de qué manera se le impidió el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de conciencia, ni mucho menos se probó que hubiera sido víctima de discriminación por la autoridad accionada. La Sala advierte que se trata del desacuerdo de la actora frente a la utilización de la plantilla de colores que se empleó de manera simbólica sobre el escudo y la bandera de Colombia, lo cual, cabe mencionar, se interpreta como una acción afirmativa en favor de un grupo históricamente discriminado e invisibilizado. (...) La Sala considera que la modificación que, de manera temporal, realizó la autoridad demandada frente al escudo y la bandera de Colombia, corresponde con el deber que tiene el Estado de garantizar un entorno inclusivo y respetuoso para todos los ciudadanos y, en esa medida, eliminar cualquier forma de discriminación. (...) [L]a Sala confirmará la sentencia de tutela de 31 de agosto de 2023 proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por medio de la cual negó la solicitud de tutela.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 12 de octubre de 2023, C.P.: Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-15-000-2023-04250-01 \(AC\).](#)

2. Se vulneran los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, salud, trabajo y honra de una servidora judicial, cuando se niega su traslado como consecuencia de actos de acoso laboral.

Síntesis del caso: La accionante formula acción de tutela contra el Juez Primero (1º) Promiscuo del Circuito de Mompox y otros, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, salud, trabajo y honra, con ocasión de las múltiples conductas de acoso laboral que ejerce su jefe inmediato, impidiendo que cumpla a cabalidad con las funciones de su cargo como oficial mayor, en propiedad, de dicho despacho judicial. Se dispone el amparo

de los derechos fundamentales de la tutelante, teniendo en cuenta su condición de especial sujeto de protección constitucional y desde una perspectiva de género, al verificarse que efectivamente el titular del despacho judicial accionado incurrió en conductas constitutivas de acoso laboral, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1010 de 2006. Adicionalmente, se exhorta a las autoridades competentes para que se adelanten los trámites tendientes al traslado transitorio de la accionante a otra sede judicial, en aras de proteger los derechos fundamentales conculcados.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA AUTORIDAD JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / TRASLADO DEL EMPLEADO JUDICIAL / EMPLEADO DE CARRERA JUDICIAL / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / DAÑO CONTRA LA MUJER / ACOSO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO / PROTECCIÓN A LA MUJER / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / COMITÉ DE CONVIVENCIA LABORAL / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / PROCEDENCIA DEL AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / EXHORTO

Problema jurídico: *[La Sala deberá] determinar si es dable a través de la tutela examinar el eventual quebranto de derechos de linaje constitucional fundamental que pueda comportar el presunto acoso laboral del que es víctima la tutelante por parte del señor Juez Primero (1º) Promiscuo del Circuito de Mompós; y, en caso afirmativo, si hay lugar a ordenar las medidas preventivas deprecadas en este trámite constitucional.*

Tesis: “[L]a Sala estima que la tutela es el mecanismo adecuado para decidir la presente controversia, dado que el lapso en que debe decidirse es de obligatorio cumplimiento y el juez constitucional cuenta con la posibilidad de fijar las medidas que estime pertinentes (como el traslado de la accionante) con el fin de obtener una protección apropiada de las garantías de la tutelante. Sumado a lo anterior, debe advertirse que la actora, por ser mujer, tiene la condición de sujeto de especial protección constitucional, en consecuencia, comporta una carga desproporcionada exigirle que pida protección dentro del procedimiento disciplinario, pues ello no se compadece de la situación de vulnerabilidad manifiesta en la que se encuentra, la cual tiene una doble connotación en el sub lite, porque está expuesta por razón de su género y por la subordinación propia de la relación laboral (que la convierte en la parte débil de esta), circunstancias a las que se suma que fue diagnosticada con trastorno de ansiedad “desencadenado por un mal ambiente laboral” (patología registrada en su historia clínica). (...) [Ahora bien,] en el asunto sub examine se evidencia, luego de analizar de manera integral las pruebas arrojadas a este trámite constitucional, que existen actuaciones por parte del señor Juez Primero (1º) Promiscuo del Circuito de Mompox que podrían comportar acoso laboral hacia la demandante, pues presuntamente involucran las conductas señaladas en las letras b y c del artículo 7º de la Ley 1010 de 2006, esto es, utilizar “expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces” y efectuar “comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo”. Lo anterior, porque los elementos de convicción dan cuenta de que el mencionado funcionario judicial, dentro de las audiencias de conciliación celebradas por el respectivo comité de convivencia laboral el 5 de octubre y 1º de noviembre de 2022, aseveró que la tutelante “es una persona con problemas mentales” que le impiden trabajar en la Rama Judicial, lo cual reiteró en la versión libre que rindió el 26 de enero de 2023 ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Bolívar, en la que aseveró que recibía atención psiquiátrica, por tanto, “no es que estuviera muy bien de la cabeza”. Esas afirmaciones podrían catalogarse como expresiones contrarias a la dignidad de la persona, máxime cuando no existe un dictamen de una autoridad competente que determine la incapacidad de la demandante para ejercer funciones jurisdiccionales; por el contrario, obran elementos que dan cuenta de que goza de las capacidades necesarias para desempeñarlas, como el hecho de superar el respectivo concurso de méritos y el informe adosado a este trámite constitucional por parte del señor Juez Segundo (2º) Promiscuo del Circuito de Mompox, quien dio cuenta de que cumplía cabalmente sus funciones. Además, el acta de reunión de 8 de julio de 2022, realizada ese día en el Juzgado Primero (1º) Promiscuo del Circuito de Mompox, acredita que el titular de ese despacho socializó con los demás servidores “las razones de la calificación” que le dio a la actora en el respectivo trimestre (la cual fue deficiente), lo que involucró una descalificación profesional pública, que resulta reprochable. Asimismo, se evidencia que el 2 de

noviembre de 2022 (día siguiente a la audiencia de conciliación ante el comité de convivencia laboral) le llamó la atención por escrito por maquillarse dentro del despacho judicial, lo cual podría involucrar retaliación y arbitrariedad; máxime cuando no se explicó cómo esa conducta desconocía el ordenamiento jurídico, afectaba el normal desarrollo de la administración de justicia o tenía repercusiones negativas. En virtud de los anteriores sucesos, la Sala evidencia que la actora puede ser víctima de acoso laboral por parte del señor Juez Primero (1º) Promiscuo del Circuito de Mompox, circunstancia que impone amparar los derechos fundamentales invocados por ella y adoptar medidas necesarias para evitar que esas conductas acontezcan de nuevo. Ahora bien, en la sentencia impugnada el Tribunal Administrativo de Bolívar (sala cuarta de decisión) emitió mandatos orientados a garantizar las prerrogativas superiores de la demandante, a saber: ordenar (i) al señor Juez Primero (1º) Promiscuo del Circuito de Mompox cesar sus conductas censurables contra aquella; (ii) a la señora presidente del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar efectuar su traslado de manera transitoria al Juzgado Segundo (2º) Promiscuo del Circuito de Mompox “hasta cuando se demuestre que las circunstancias que dieron origen a su adopción han cesado”; y (iii) al director ejecutivo seccional de administración judicial de Bolívar que activara los mecanismos adecuados con el fin de asegurar “la seguridad y salud en el trabajo”, para lo cual puede convocar al correspondiente comité de convivencia laboral. Frente a las mencionadas medidas, la Sala evidencia que resultan adecuadas, por cuanto están orientadas a que la demandante no esté sujeta a las conductas que en esta instancia judicial se reprochan; sin embargo, debe advertirse que el mandato relacionado con la señora presidente del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, consistente en trasladar a la actora “hasta cuando se demuestre que las circunstancias que dieron origen a su adopción han cesado”, debe modificarse, porque dicha medida debe perdurar hasta cuando se decida el procedimiento disciplinario con radicación 13001-11-02-000-2022-01336-00, surtido contra el señor Juez Primero (1º) Promiscuo del Circuito de Mompox, instancia establecida en el ordenamiento jurídico como el escenario natural en el que se debe determinar si aconteció o no acoso laboral. (...) Así las cosas, la Sala confirmará parcialmente la sentencia impugnada, proferida el 30 de junio de 2023 por el Tribunal Administrativo de Bolívar (sala cuarta de decisión), y la modificará en cuanto a la orden impuesta a la señora presidente del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, relacionada con el traslado de la tutelante, en el sentido de indicar que tiene vigencia hasta cuando se decida de manera definitiva el procedimiento disciplinario con radicación 13001-11-02-000-2022-01336-00.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 11 de septiembre de 2023, C.P. César Palomino Cortés \(E\), radicación 13001-23-33-000-2023-00038-01 \(AC\).](#)

3. Se incurre en un defecto fáctico cuando no se valora, en debida forma, la prueba técnica dentro de una historia clínica, para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado por falla en la prestación del servicio médico.

Síntesis del caso: *Se presenta acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Nariño, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, dignidad, igualdad y acceso a la administración de justicia, con ocasión de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2023, en el proceso de reparación directa iniciado por la parte actora contra el Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE, por la falla en la prestación del servicio médico de su compañero permanente, lo que derivó en su fallecimiento. Los jueces de tutela deciden amparar los derechos fundamentales de la tutelante, al considerar que la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto fáctico, al no valorar adecuadamente la historia clínica aportada en el expediente y, en particular, el informe técnico de Medicina Legal, que daba cuenta sobre la causa del fallecimiento del señor J.B.P.P. (q.e.p.d.) y el nexo causal para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en la prestación del servicio médico.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / PROCESO DISCIPLINARIO / SANCIÓN DISCIPLINARIA AL ABOGADO / SOLICITUD DE ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA / SOLICITUD EXTEMPORÁNEA DE ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA / FALTA DE EJECUTORIA DE LA SENTENCIA / ERROR DEL JUEZ / OMISIÓN DEL TÉRMINO PROCESAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / ERROR EN LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA / PREVALENCIA DE LA NORMA ESPECIAL / PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN NORMATIVA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / PROCEDENCIA DEL AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico: [¿Incurrió la autoridad en un defecto fáctico por indebida valoración de la prueba técnica allegada al proceso ordinario?, ¿Se cumplieron los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, en particular el de relevancia constitucional frente a los cargos propuestos por la falta de valoración de los testimonios técnicos?]

Tesis: “[S]obre la falta de valoración del informe técnico médico legal no. 2011C06030506925, la Sala advierte que se debe amparar el derecho fundamental invocado por la parte demandante. (...) [En efecto,] esta Sala encuentra que el tribunal incurrió en un defecto fáctico, por cuanto manifestó de manera expresa que no existía ninguna prueba técnica en el expediente que pudiera demostrar las presuntas falencias en la atención médica del paciente, sin antes advertir que, desde la primera instancia, la parte demandante aportó con la demanda, como prueba anticipada, el Informe Técnico Médico Legal no. 2011C-06030506925 emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal, con base en la copia de la historia clínica del señor [P.P.], prueba que fue decretada en la audiencia inicial, en la cual se le corrió traslado a las partes de los documentos aportados sin que presentaran objeción u oposición alguna. (...) Ahora, tampoco le asiste razón al a quo constitucional en punto a que en todo caso esa prueba sí se valoró, pues lo cierto es que si bien la autoridad judicial demandada reconoció que el informe técnico referido fue allegado como prueba con la demanda, señaló que no podía valorarse, por cuanto la parte demandante no había cumplido con el deber de facilitar su práctica, afirmación que no es de recibo, en la medida que el dictamen pericial del que prescindió el juzgado en la audiencia de pruebas fue el solicitado por la parte demandada (...) y no el aportado por la demandante, de ahí que al tribunal le correspondía valorarlo, junto con los otros medios de prueba; sin embargo, en la providencia tutelada brilla por su ausencia su análisis. (...) Por consiguiente, como se observa que la autoridad judicial accionada no hizo una valoración adecuada del caudal probatorio allegado al expediente de reparación directa, se tendrá como probada la existencia del defecto fáctico en la providencia cuestionada, sin perjuicio de que el Tribunal Administrativo de Nariño pueda volver a realizar el análisis sobre la responsabilidad de la autoridad demandada, pero previa valoración de la prueba que echa de menos la parte demandante. (...) Para la Sala bastan las anteriores consideraciones para tener como probada la existencia del defecto fáctico y constituyen razón suficiente para relevarse del estudio del segundo argumento relacionado con la indebida valoración de los testigos técnicos que fueron tachados de sospechosos, no solo porque la configuración de dicho defecto es motivo suficiente para dejar sin efectos la sentencia objeto de tutela y ordenar que se expida una en reemplazo teniendo en cuenta todas las pruebas que fueron aportadas, sino también porque, precisamente, la razón que esgrimió el tribunal para tener en cuenta las declaraciones de los testigos técnicos estuvo ligada justamente a la falta de un dictamen pericial que diera cuenta de la presunta falla del servicio médico y, tal como se advirtió, la referida prueba técnica sí había sido allegada con la demanda como prueba anticipada, por lo cual se relevará de pronunciarse sobre el particular.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 6 de septiembre de 2023, C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación 11001-03-15-000-2023-01943-01 \(AC\).](#)

4. El Consejo de Estado se pronunció sobre la inhabilidad de Tulio Alberto Gómez Giraldo y Juan Daniel Oviedo Arango para ser candidatos a la Gobernación del

Valle del Cauca y la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., respectivamente.

Síntesis del caso: El señor Tulio Alberto Gómez Giraldo se inscribió el 27 de julio de 2023 como candidato a la Gobernación del Valle del Cauca, por la coalición integrada por la Agrupación Política en Marcha, el Partido Alianza Verde y el Partido Ecologista Colombiano. El 27 de septiembre de 2023, el Consejo Nacional Electoral expidió la Resolución 11177, por medio de la cual se revocó la inscripción de la candidatura del ciudadano Gómez Giraldo, al considerar que incurrió en la causal de inhabilidad establecida en el numeral 5 del artículo 111 de la Ley 2200 de 2022, por cuanto celebró dos contratos con el Distrito Santiago de Cali, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, y su lugar de ejecución fue en el Departamento del Valle del Cauca, específicamente, en el Estadio Olímpico Pascual Guerrero, propiedad de la Universidad del Valle.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL / AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL / REVOCATORIA DE LA INSCRIPCIÓN DE CANDIDATO A ELECCIÓN POPULAR / ELECCIÓN DEL GOBERNADOR / GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA / GOBERNADOR / GOBERNACIÓN / INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA A LA GOBERNACIÓN / PERIODO DE INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA A LA GOBERNACIÓN / REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA A LA GOBERNACIÓN / INHABILIDAD POR CONTRATACIÓN / INHABILIDADES PARA EL EJERCICIO DEL CARGO PÚBLICO / INHABILIDADES PARA EL EJERCICIO DEL EMPLEO PÚBLICO / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CANDIDATO A ELECCIÓN POPULAR / REPRESENTANTE LEGAL / SOCIEDAD ANÓNIMA / EQUIPOS DE FÚTBOL / CLUB PROFESIONAL DE FÚTBOL / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE DESTINADO A COMERCIO / RESPONSABILIDAD DEL INSTITUTO DISTRITAL DE DEPORTES Y RECREACIÓN / UNIVERSIDAD DEL VALLE / ESTADIO PASCUAL GUERRERO / DISTRITO ESPECIAL / MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI / ENTE UNIVERSITARIO AUTÓNOMO / ENTIDAD DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

Problema jurídico 1: ¿El Consejo Nacional Electoral vulneró el derecho al debido proceso del señor Tulio Alberto Gómez Giraldo, al expedir la Resolución 11177 del 27 de septiembre de 2023, por la cual revocó la inscripción de su candidatura para la Gobernación del Valle del Cauca, postulado por la coalición denominada "Coalición Valle 2.0", integrada por la Agrupación Política En Marcha, el Partido Alianza Verde y el Partido Ecologista Colombiano?

Tesis 1: “[C]ontrario a lo pretendido con la tutela, la decisión del CNE no luce arbitraria, caprichosa, ni irracional, en la medida de que, en efecto, el numeral 5 del artículo 111 de la Ley 2200 de 2022 consagra una inhabilidad respecto de quien haya celebrado contratos en su favor o de terceros con entidades departamentales o de cualquier nivel que se ejecuten o desarrollen en la circunscripción del respectivo departamento. No es cierto que la decisión del CNE configure un defecto porque desconoce que el contrato no fue con una entidad del orden departamental, sino distrital, como lo es el Distrito de Santiago de Cali, o con un ente autónomo de régimen especial debido a la naturaleza actual de la Universidad del Valle (propietaria de los locales objeto del contrato), a partir de lo dispuesto en la Constitución sobre las entidades que integran el Estado y de entes universitarios como órganos autónomos constitucionales que no pertenecen a la Rama Ejecutiva. Y no lo es porque una comprensión global de la naturaleza de la entidad contratante no se limita al departamento como entidad pública y/o sus entidades descentralizadas, como lo sugiere la parte actora, pues el contenido del numeral 5 del artículo 111 de la Ley 2200 de 2022 consagra dos supuestos frente al nivel de las entidades que pueden generar inhabilidad. Nótese que el referido numeral 5 señala que no puede ser inscrito como gobernador, «[q]uien dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección»: • haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental • o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento». Claramente, existen dos aspectos diferenciados que se deducen de la disposición normativa. El primero, la gestión de negocios —que incluye contratos— con entidades del nivel departamental o —en sentido disyuntivo y no copulativo— el segundo, que se refiere a la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel que se ejecuten en el respectivo departamento. (...) [E]s inane e insustancial adentrarse en la naturaleza jurídica de la Universidad del Valle, ente con el cual, valga resaltar, no fue con el que se celebraron los contratos, como lo exige la norma, pues, independientemente de su calidad de propietario del bien, los contratos respecto de los cuales no existe discusión de su existencia, contenido y

temporalidad fueron celebrados con el Distrito Especial de Santiago de Cali – Secretaría de Deportes y Recreación. (...) [L]a Sala no deja de lado el contenido del párrafo del artículo 111 de la Ley 2200 de 2022, el cual define qué debe entenderse por departamento, así: PARÁGRAFO. Interpretése para todos sus efectos, que las inhabilidades descritas en el presente artículo se refieren al departamento como entidad pública y sus institutos o entidades descentralizadas, que funcionan en el respectivo territorio o ejercen competencias que involucran al respectivo ente territorial. (...) [L]o relevante del análisis de la inhabilidad es que los contratos fueron celebrados con la Secretaría de Recreación y Deportes del Distrito Especial de Santiago de Cali, esto es, una entidad distrital (que encuadra en la expresión entidad pública de cualquier nivel y no departamental), que se ejecutarían en el respectivo departamento, entendiendo por tal el aspecto territorial, esto es, en el estadio Pascual Guerrero ubicado en la ciudad de Cali, capital del departamento del Valle del Cauca, independientemente del propietario del estadio y de la naturaleza jurídica del mismo. Lo determinante es que se ejecutaría en espacios físicos de la circunscripción del departamento en el que se participa en la elección y que fue celebrado por una entidad pública –sin importar su nivel, valga insistir—. Bajo ese entendido, los reparos de la impugnación referidos a la naturaleza jurídica de la Universidad del Valle y del Distrito Especial de Santiago de Cali no están llamados a prosperar, por lo cual no se configura la vulneración del derecho al debido proceso, ni los defectos atribuidos al acto administrativo enjuiciado, en tanto que, a partir de los cargos denunciados, su contenido se ajusta a criterios de racionalidad y juridicidad.”

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / REVOCATORIA DE LA INSCRIPCIÓN DE CANDIDATO A ELECCIÓN POPULAR / ELECCIÓN DEL GOBERNADOR / GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA / GOBERNADOR / GOBERNACIÓN / INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA A LA GOBERNACIÓN / PERIODO DE INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA A LA GOBERNACIÓN / REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA A LA GOBERNACIÓN / INHABILIDAD POR CONTRATACIÓN / INHABILIDADES PARA EL EJERCICIO DEL CARGO PÚBLICO / INHABILIDADES PARA EL EJERCICIO DEL EMPLEO PÚBLICO / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CANDIDATO A ELECCIÓN POPULAR / ALCALDE / INHABILIDAD DEL ALCALDE POR CELEBRACIÓN DE CONTRATO CON ENTIDAD PÚBLICA / INHABILIDADES DEL ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ / PROVECHO

Problema jurídico 2: *¿El Consejo Nacional Electoral vulneró el derecho a la igualdad del señor Tulio Alberto Gómez Giraldo, al expedir la Resolución 11177 del 27 de septiembre de 2023, por la cual revocó su inscripción de la candidatura para la Gobernación del Valle del Cauca, dado que, en el caso de la investigación contra Juan Daniel Oviedo Arango, candidato a la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., el CNE, luego de analizar el provecho de la cosa arrendada, no aplicó la inhabilidad, pese a que también celebró un contrato de arrendamiento, sólo que con el Fondo Nacional de Garantías, que es una entidad del nivel nacional?*

Tesis 2: “Agregó que se violó el principio democrático a elegir y ser elegido, junto con el derecho a la igualdad, dado que, en el caso de la investigación contra [J.D.O.A.], candidato a la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., el CNE, luego de analizar «el provecho de la cosa arrendada», no aplicó la inhabilidad, pese a que también celebró un contrato de arrendamiento, sólo que con el Fondo Nacional de Garantías, que es una entidad del nivel nacional. (...) En cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad, conviene advertir que la Sala no comparte el aserto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de que no fue vulnerado porque el régimen de inhabilidades para ser gobernador es diferente al del alcalde mayor de Bogotá. Dicha conclusión estuvo soportada en una mirada superficial de la diferencia de cargos y de la ubicación de las normas que contiene la inhabilidad, sin que se hubiera detenido en su contenido material para estimar la existencia o no de diferencias sustanciales que permitieran concluir si existía un criterio o situaciones de igualdad o comparación para descartar o no el supuesto trato diferenciado de los candidatos. Esa discusión es de capital importancia, por la existencia de cargos que se sustentan en la vulneración del derecho a la igualdad y, de paso, del derecho a ser elegido, razón por la cual se imponía un análisis de las circunstancias fácticas y jurídicas que rodearon la decisión del CNE, en los casos de los candidatos [T.A.G.G.] y [J.D.O.A.], para determinar si se dio diferente tratamiento a similares causas, a pesar de que la Constitución Política descansa, entre otros pilares, en la igualdad como elemento esencial del Estado Social de Derecho. (...) [S]e advierte que tanto las disposiciones que señalan las inhabilidades para ser gobernador de un departamento como las del alcalde mayor de Bogotá [Ley 617 de 2000 y Ley 2200 de 2022], tienen idéntico contenido normativo, en cuanto a la restricción atinente a la gestión de negocios y contratos, naturalmente, con la delimitación territorial que corresponde a la circunscripción en la que se desarrollará la contienda electoral. Por tanto, como es lógico, la inhabilidad relativa al cargo de gobernador se predica de eventos ocurridos o con alcance en ese territorio –sin que, en principio, se limite al concepto

jurídico de departamento en tanto entidad pública—, y la inhabilidad que concierne al alcalde mayor de Bogotá, tendrá alcance en el Distrito Capital. (...) Ambas inhabilidades buscan evitar que la gestión de negocios o celebración de contratos con entidades públicas que tengan alcance o incidencia en los territorios en los que participa el respectivo candidato, para evitar la confusión de intereses o que se rompa el equilibrio electoral. Todo ello preserva el derecho a la igualdad de los participantes, para evitar desbalances en favor de uno u otro candidato. Si ese es el sentido de la inhabilidad, y está confeccionada en iguales términos, con la variación territorial de la elección, no podía afirmarse, como lo hizo el Tribunal, que «las situaciones de hecho expuestas por el tutelante no son susceptibles de ser contrastadas, comoquiera que no existe igualdad desde el punto de vista jurídico», puesto que sí se trata de la misma restricción: la imposibilidad de celebrar contratos o gestionar negocios con entidades públicas que se desarrollen en el territorio respecto del cual son aspirantes. (...) [E]n la resolución que revocó la inscripción de la candidatura de [T.A.G.G.], el CNE no hizo el análisis subjetivo de la finalidad de la inhabilidad o la existencia del aprovechamiento económico como una forma de ventaja para la participación en las elecciones, como sí lo hizo en el caso del candidato [J.D.O.A.]. En efecto, es evidente que el CNE no analizó el elemento subjetivo en el caso de [T.A.G.G.], a partir de la real dimensión y posibilidad de generar el desbalance, a pesar de que los dos candidatos estaban fundados en una misma restricción, que es la imposibilidad de celebrar contratos o gestionar negocios con entidades públicas que se desarrollen en el territorio respecto del cual son aspirantes. En la investigación del señor [T.A.G.G.], el CNE hizo un análisis de la inhabilidad desde el punto de vista formal —sin que tal circunstancia por sí se comporte un ejercicio arbitrario de su función— y en el otro, esto es, en el caso del señor [J.D.O.A.], analizó la misma prohibición desde el punto de vista de la finalidad y afectación real del equilibrio electoral, en aplicación de la sentencia SU-207 de 202225, proferida por la Corte Constitucional. (...) A pesar de la clara omisión inicial del CNE, al no haber abordado el elemento subjetivo de la inhabilidad, como lo hizo en el caso del candidato [J.D.O.A.], ocurre que al expedir la Resolución 14428 del 23 de octubre de 2023, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 11177 de 2023, confirmándose la revocatoria de la inscripción de la candidatura del señor [T.A.G.G.], el CNE se ocupó del análisis de los aspectos subjetivos, del alcance de la inhabilidad y el probable provecho, más allá de la suscripción formal de los contratos. (...) [L]a ausencia del juicio subjetivo y de la existencia o no del provecho o ventaja en el acto inicial (Resolución 11177 de 2023) fue abordado al resolver el recurso de reposición. Ambos actos conforman una unidad jurídica, en la medida en que la finalidad del recurso de reposición es resolver los reparos formulados contra el acto definitivo para que la decisión se revoque, adicione o modifique. En esa oportunidad, no sólo se hizo un estudio reiterativo de la inhabilidad y los cargos, sino que también se integró el análisis adicional de los aspectos subjetivos y del probable desbalance en el caso particular. De manera que no existe en la actualidad una vulneración del derecho a la igualdad, por cuanto, en ambos casos existe un análisis del contenido de los contratos y de sí se genera con ellos un desequilibrio. La diferencia en las decisiones se deriva precisamente de la valoración concreta de las situaciones, pero actualmente ambos contienen el estudio del aspecto subjetivo y del provecho del contrato. (...) [L]a autoridad accionada en su margen de autonomía justificó las razones por las cuales estima que en el caso del señor [T.A.G.G.] los contratos generan una confusión entre los intereses privados y públicos, y reportan un beneficio electoral frente a los otros candidatos, conclusiones que, en principio, no merecen reproche desde el punto de vista constitucional, pues satisfacen las exigencias de una argumentación mínima que da cuenta de la existencia de la inhabilidad.”

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL / FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA DE LA ACCIÓN DE TUTELA / REQUISITOS DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR / INSCRIPCIÓN A CARGO PÚBLICO DE ELECCIÓN / REVOCATORIA DE LA INSCRIPCIÓN DE CANDIDATO A ELECCIÓN POPULAR

Problema jurídico 3: *¿El actor se encuentra legitimado para ejercer la tutela de la referencia, toda vez que la decisión cuestionada se encuentra contenida en un acto administrativo de contenido particular en el que se revocó la inscripción del señor Tulio Alberto Gómez Giraldo, como candidato a la gobernación del Departamento del Valle del Cauca?*

Tesis 3: “La Sala estima que (...) como lo determinó el fallador de primer grado, el señor [C.G.O.Q.] no se encuentra legitimado para ejercer la tutela, toda vez que la decisión cuestionada se encuentra contenida en un acto administrativo de contenido particular en el que se revocó la inscripción del señor [T.A.G.G.], como candidato a la gobernación del Departamento del Valle del Cauca, por lo cual, en principio, los directamente afectados con la decisión son el destinatario de la resolución o los partidos o movimientos que avalaron su candidatura, y no el conglomerado de potenciales electores. (...) [E]n este caso se encuentra acumulada la tutela que directamente ejerció el candidato, circunstancia que permite dar por

superada su legitimación con miras a estudiar el fondo del asunto, sin necesidad de que terceros, que no tienen la calidad de apoderados o agentes oficiosos, reclamen el resguardo constitucional del candidato. La Sala no desconoce que en este tipo de discusiones hay una tensión e incidencia entre los derechos a elegir, como manifestación del principio democrático, y el de ser elegido cuando se trata de certámenes de naturaleza electoral, y que, en esa línea de principio, la decisión de revocar la inscripción de un candidato de desconocer derechos fundamentales puede traer como efecto colateral o implícito el riesgo de vulneración de los derechos a elegir, pero ello no supone que cualquier persona pueda cuestionar esa decisión invocando la defensa del derecho ciudadano a elegir, porque aunque este recae en cada ciudadano, su afectación en estos casos es potencial y no resulta plausible determinar en concreto un titular específico que resulte afectado por decisiones de esta naturaleza. (...) [L]a Sala no encuentra razones que justifiquen variar la decisión del Tribunal en cuanto a la falta de legitimación en la causa por activa del señor [C.G.O.Q.], razón por la cual, en ese aspecto puntual, se confirmará el fallo impugnado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de octubre de 2023, C.P.: María Adriana Marín, radicación: 25000-23-15-000-2023-00720-01 \(AC\).](#)

5. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial vulneró los derechos fundamentales de una magistrada en propiedad de la Comisión Seccional del Atlántico a quien, sin previo análisis de los requisitos, se le negó una petición de traslado.

Síntesis del caso: *La accionante formula acción de tutela contra la Comisión Nacional de Disciplina Judicial por vulneración a sus derechos fundamentales con ocasión de la negativa a la petición de traslado de Comisión Seccional del Atlántico para la Comisión Seccional de Nariño, en si calidad de magistrada nombrada en propiedad. La petición se fundamentó en razón a su estado de salud. Sin embargo, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no hizo un mayor análisis de los requisitos de la solicitud, simplemente negó el traslado aduciendo que el cargo ya se encontraba ocupado por un funcionario en provisionalidad. A juicio del juez constitucional se vulneraron los derechos fundamentales al mérito, a la salud y trabajo de la tutelante, toda vez que el nombramiento provisional no puede prevalecer sobre los derechos de la funcionaria nombrada en carrera.*

ACCIÓN DE TUTELA / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA RAMA JUDICIAL / DERECHO AL TRASLADO DEL SERVIDOR PÚBLICO DE CARRERA / TRASLADO DEL FUNCIONARIO JUDICIAL / DERECHO A LA SALUD / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala determinar, si la Comisión Nacional de Disciplina Judicial vulneró los derechos fundamentales al mérito, carrera, salud, vida, trabajo digno e igualdad de la accionante, al haber negado su traslado por razones de salud al cargo de magistrado de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Nariño. Como consecuencia de lo anterior, se procederá a confirmar, revocar o modificar la sentencia impugnada.*

Tesis: Síntesis del caso: “La demandante, en su condición de servidora judicial de carrera, alegó la vulneración de sus derechos fundamentales, con ocasión de la decisión que negó su solicitud de traslado al cargo de magistrada de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Nariño. (...) [L]a Sala encuentra que el acto enjuiciado no tuvo una motivación/ justificación objetiva, no indagó sobre el cumplimiento o no de los requisitos para el traslado solicitado por la señora [A.P.], es decir, no valoró, como lo determinó la primera instancia, que: 1) la accionante es una funcionaria de carrera, 2) el cargo respecto del cual solicitó el traslado – magistrada de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Nariño- tiene categoría, funciones y requisitos afines con el cargo que desempeña - magistrada de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Atlántico-, 3) tanto la historia clínica como los conceptos médicos dieron cuenta de las condiciones de salud de la accionante y recomendaron su traslado, y 4) la petición de traslado se presentó el 7 de septiembre de 2022, esto es, en los 5 días hábiles siguientes del mes en que se publicó la vacante. Es más, la Sala advirtió que la autoridad demandada tampoco tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del citado acuerdo, a saber, el diagnóstico médico sobre las condiciones de salud de la señora

[A.P.] ni el parentesco, dadas las enfermedades invocadas respecto de su ascendiente (hijo) y descendiente (madre). Omisión que, ahora, en la contestación o impugnación presentada no puede subsanar. Pues, aunque en dichas actuaciones informó las razones por las cuales negó el traslado, lo cierto es que eso no reposa en el Oficio SJ-JAGF-00041 de 11 de enero de 2023. En todo caso, dentro de las razones esgrimidas por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, no se evidencia algún pronunciamiento frente a la situación de salud de la accionante y los conceptos médicos sobre esta, pues, simplemente, se limita a reprochar que dicha situación no era nueva y que pese a ello aceptó el cargo en el departamento de Atlántico, así como también que el cargo objeto de la solicitud de traslado no estaba vacante por estar ocupado, en provisionalidad, por [E.deJ.H.C.], quien como tercero con interés también puso de presente tal aspecto en su impugnación. Respecto de los reparos formulados en las impugnaciones, la Sala concuerda con el juez de primera instancia, en el sentido que no son de recibo, ya que, independientemente de que la accionante hubiera aceptado el cargo en el Atlántico a sabiendas de su proceso de duelo, lo cierto es que accedió a este a través de concurso de méritos y por estar inscrita en la carrera judicial, goza del derecho a ser trasladada por razones de salud. En relación con el reparo del tercero interesado, consistente en que el concepto médico que recomendó el traslado de la accionante a Pasto fue emitido el 13 de febrero de 2023, cuando este ya había sido negado, la Sala advirtió que dicha fecha corresponde a una anotación realizada con esfero en el concepto médico referido, el cual, en realidad, fue emitido el 16 de enero de 2023, como se evidencia en la parte superior izquierda del mismo. En esa medida, aunque este se emitió 5 días después del Oficio SJJAGF-00041 de 11 de enero de 2023, lo cierto es que lo suscribió el médico psiquiatra que, con anterioridad, había atendido a la señora [A.P.] y había manifestado, por ejemplo, que ella no contaba con un grupo de apoyo en Barranquilla. (...) Ahora, frente al reparo de que no procedía el traslado porque no existía una vacancia definitiva, la Sala destaca que, mediante el Acuerdo PCSJA22-11970 de 30 de junio de 2022, artículo 1, segundo literal I), el Consejo Superior de la Judicatura dispuso la creación de un despacho de magistrado en la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Nariño, conformado, entre otros, por un cargo de magistrado, cuya vacante se publicó en septiembre, de manera que era viable la solicitud de traslado presentada por la señora Arteaga Pantoja el 7 de septiembre de 2022, y aunque el tercero interesado señaló que dicha publicación (se transcribe) “se debió a un error pues el cargo estaba en estado de vacancia temporal debido a una incapacidad médica”, lo cierto es que su nombramiento en provisionalidad no puede primar sobre el derecho al mérito ni impedir que opere la figura del traslado frente a un cargo que no ha sido provisto por un servidor de carrera. En ese orden, se recuerda que los funcionarios nombrados en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, en virtud de que el ordenamiento jurídico estableció que la provisión del empleo público está sujeta, por regla general, al concurso de méritos y no a la discrecionalidad del nominador, tal y como lo establece el artículo 125 de la Constitución Política. En concordancia, no es posible otorgarles a los servidores públicos en provisionalidad un derecho indefinido a permanecer en un cargo de carrera administrativa, toda vez que prevalecen los derechos de los servidores públicos de carrera administrativa”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 18 de septiembre de 2023, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 11001-03-15-000-2023-00622-01 \(AC\).](#)

6. Se vulneran los derechos fundamentales de una servidora de la Registraduría Nacional del Estado Civil a quien se le ordenó su traslado a un municipio del Chocó y quien además de tener una edad avanzada padece un estado de salud que requiere atención especializada.

Síntesis del caso: *El Consejo de Estado, en su rol de juez constitucional amparó el derecho fundamental a la salud de la accionante, a quien su empleador, Registraduría Nacional del Estado Civil, le ordenó de manera abrupta un traslado al municipio de Bagadó, Chocó, sin valorar su estado de salud y avanzada edad. Resultó acreditado que en el municipio al que sería trasladada no presta atención la Nueva EPS en la que se encuentra afiliada la tutelante.*

ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA DE SALUD / IMPROCEDENCIA DEL TRASLADO DEL TRABAJADOR / EMPLEADO DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO.

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala determinar si la Registraduría Nacional del Estado Civil al expedir la Resolución nro. 11253 del 2 de junio de 2023, por medio de la cual ordenó el traslado de la señora [accionante] al municipio de Bagadó, Chocó, incurrió en una amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales.*

Tesis: En el caso sub iudice, el perjuicio irremediable es inminente. Se concreta evidentemente en los efectos negativos que la orden de traslado puede tener en la salud de la [accionante]. Ciertamente la amenaza es actual. Ello se evidencia de lo consignado en la historia clínica de aquella, en la que se pueden observar la multiplicidad de dictámenes y tratamientos médicos específicos en las áreas de ortopedia, traumatología, radiología, neurocirugía, oftalmología y psicología ordenados para su estabilidad y mejoría, los cuales se vienen proveyendo de manera permanente y continua por parte de la Nueva EPS en los municipios de Duitama y Sogamoso. Además, no se puede desconocer que la referida EPS a la que está afiliada la accionante no cuenta con la prestación del servicio en las especialidades previamente mencionadas en el municipio de Bagadó como lo comprobó el a quo, lo cual acentúa la referida amenaza a su salud ante el eventual traslado. (...) La gravedad del perjuicio de igual manera está sumariamente acreditada, pues se le ha diagnosticado con las enfermedades distintas afecciones que en su mayoría son degenerativas y por lo mismo, requieren de un tratamiento terapéutico constante. Ello, sin olvidar que, a sus 62 años de edad, el desgaste físico y vital es mayor. La urgencia también está expuesta, sobre la base de que se deben adoptar medidas de manera inmediata para conjurar la amenaza que se cierne sobre la salud de la tutelante por cuenta de la orden de traslado. La intervención del juez de tutela se torna entonces impostergable a efectos de proteger su derecho fundamental a la salud, pues si bien es cierto que la peticionaria puede agotar los medios ordinarios de defensa, tales, por el tiempo en el que se resolverían de manera definitiva, la someterían a una espera que podría tener consecuencias negativas, (...) Como se ve, están reunidos los requisitos del perjuicio irremediable, en relación con las pretensiones dirigidas en contra de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en lo que respecta al derecho a la salud de la solicitante. (...) De ahí que se concederá el amparo solamente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...) En consecuencia, es menester modificar la decisión emitida el 4 de julio de 2023 por la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá para amparar transitoriamente el derecho a la salud de la tutelante.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 25 de agosto de 2023, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 15001-23-33-000-2023-00210-01 \(AC\).](#)

ACCIONES POPULARES

1. Las obras adelantadas por la Asociación de Vivienda del Barrio San Rafael de Timbío – Asovit, en los predios contiguos a la Quebrada San Pedro, ubicados en una zona de protección y conservación, afectan negativamente los cuerpos de agua y la protección de la capa herbácea.

Síntesis del caso: *Varios ciudadanos ejercieron acciones de tutela que fueron transmutadas al medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos. Lo pretendido con dichos escritos era la protección de los derechos colectivos de los habitantes de la Vereda El Arado, del Municipio de Timbío -Cauca-, como consecuencia de obras adelantadas por la Asociación de Vivienda del Barrio San Rafael de Timbío – Asovit, sin contar con los permisos ambientales ni urbanísticos necesarios, en los predios contiguos a la Quebrada San Pedro, ubicados en una zona de protección y conservación, de acuerdo al PBOT del municipio.*

RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / DERECHO AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO / DERECHO AL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y AL DESARROLLO SOSTENIBLE / CONSERVACIÓN DE RECURSOS NATURALES / APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES RENOVABLES / CONSTRUCCIÓN DE LA URBANIZACIÓN / PLAN BÁSICO DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / ÁREA DE PROTECCIÓN AL AGUA / FUENTES DE AGUA / ABASTECIMIENTO DE AGUA / SANCIÓN AMBIENTAL / NATURALEZA DE LA ACCIÓN POPULAR

Problema jurídico 1: *¿El desarrollo urbanístico ejecutado por la Constructora Urbanística ASOVIT está ubicado en una zona de protección y conservación de fuentes acuíferas, de acuerdo al PBOT y los informes que se allegaron ante el Tribunal Administrativo del Cauca y, por ende, se violan los derechos al goce de un ambiente sano, al equilibrio ecológico y al desarrollo sostenible y a la conservación de recursos naturales?*

Tesis 1: “[L]os cuerpos de agua objeto de controversia sí gozan de una alta relevancia ambiental, pues como mínimo abastecen la Quebrada San Pedro, que a su vez surte de ese líquido vital a los pobladores que se ubican aguas abajo del predio de la actora. (...) [E]l área donde se ubican los mencionados cuerpos debe ser designada como zona de protección según lo establecido en el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio del Timbío, adoptado mediante el Acuerdo No. 016 del 6 de junio de 2002. (...) [E]n los artículos 5 a 8 de esa norma se señaló cuál era la clasificación de los usos que comprenden el suelo urbano, el suelo de expansión urbana, el suelo rural y el suelo suburbano. (...) [L]a CRC dio cuenta de la importancia ambiental de los cuerpos de agua encontrados en el predio de la demandante y la relevancia de su conservación dado que sus aguas nutren a la Quebrada San Pedro, que a su vez, abastece a los pobladores de esa zona. (...) [E]l ente territorial recurrente tampoco aportó ningún estudio técnico que contradiga los hallazgos del peritaje y de la CRC, pues se limitó a señalar que no había nacimientos de aguas, toda vez que no estaban identificados en el POT de ese municipio, sin que ese solo hecho permita descartar la evidencia que da cuenta de su existencia de y de su relevancia para el ecosistema y para el suministro de agua para la población que allí reside. (...) [E]l hecho de que el recurrente considere que las normas con fundamento en las cuáles la CRC sancionó a ASOVIT no resulten aplicables al supuesto de hecho, no resta importancia al Informe Técnico del 7 de julio de 2015, pues si bien ese procedimiento se abrió por la infracción de lo dispuesto artículos 2.2.1.1.18.6 y 2.2.1.1.8.7 del Decreto 1076 de 2015 y 183 del Decreto 2811 de 1974, relacionadas con por el presunto aprovechamiento de unas especies arbóreas en el predio de Asovit sin los permisos necesarios para esos efectos, lo cierto es que allí se dejó plasmada la importancia ecológica de los nacimientos de agua colindantes con el anotado inmueble y la existencia de daños a los mismos como consecuencia de las obras adelantadas por la anotada empresa, de modo que sí era posible que el Tribunal se fundamentara en esos informes para concluir la existencia de los anotados afluentes. (...) [E]n cuanto al reproche relacionado con que la decisión de primera instancia se fundamentó en normas que no eran aplicables al caso, como la relacionada con la protección de bosques y áreas protectoras forestales rurales, dado que el proyecto, según el Plan Básico de Ordenamiento Territorial (PBOT), se ubica en un área urbana, la Sala debe advertir que las acciones populares tienen un origen constitucional y en síntesis, buscan prevenir o cesar la amenaza de vulneración o la afectación directa a los derechos colectivos que, entre otros, están consagrados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998. (...) Por tal razón, en esa clase de juicios, el Juez debe adoptar las medidas tendientes a asegurar la protección de los aludidos derechos. (...) Ello difiere de los procesos ordinarios de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues allí el operador judicial efectúa un análisis de legalidad de las decisiones de la administración, es decir, verifica si un acto administrativo es nulo por violación de normas superiores, falta de competencia del funcionario que lo emite, falsa o indebida motivación, expedición irregular o desviación de poder. (...) Es por tal razón que la discusión relativa a si era o no aplicable en el presente asunto el artículo 2.2.1.1.18.2. del Decreto 1076 de 2015 resulta irrelevante, pues lo expuesto, permite desechar la inconformidad frente a la interpretación que dio el Tribunal a los Informes Técnicos del 7 de julio de 2015 y del 15 de septiembre de ese año, pues no es cierto que estos no tengan la calidad de determinantes. (...) [L]a CRC dio cuenta de la importancia ambiental de los cuerpos de agua encontrados en el predio de la demandante y la relevancia de su conservación dado que sus aguas nutren a la Quebrada San Pedro, que a su vez, abastece a los pobladores de esa zona. (...) [E]l ente territorial recurrente tampoco aportó ningún estudio técnico que contradiga los hallazgos del peritaje y de la CRC, pues se limitó a señalar que no había nacimientos de aguas, toda vez toda vez que no estaban identificados en el POT de ese municipio, sin que ese solo hecho permita descartar la evidencia que da cuenta de su existencia de y de su relevancia para el ecosistema y para el suministro de agua para la población que allí reside. (...) [E]l hecho de que el recurrente considere que las normas con fundamento en las cuáles la CRC sancionó a ASOVIT no resulten aplicables al supuesto de hecho, no resta importancia al Informe Técnico del 7 de julio de 2015, pues si bien ese

procedimiento se abrió por la infracción de lo dispuesto artículos 2.2.1.1.18.6 y 2.2.1.1.8.7 del Decreto 1076 de 2015 y 183 del Decreto 2811 de 1974, relacionadas con por el presunto aprovechamiento de unas especies arbóreas en el predio de Asovit sin los permisos necesarios para esos efectos, lo cierto es que allí se dejó plasmada la importancia ecológica de los nacimientos de agua colindantes con el anotado inmueble y la existencia de daños a los mismos como consecuencia de las obras adelantadas por la anotada empresa, de modo que sí era posible que el Tribunal se fundamentara en esos informes para concluir la existencia de los anotados afluentes. (...) [E]n cuanto al reproche relacionado con que la decisión de primera instancia se fundamentó en normas que no eran aplicables al caso, como la relacionada con la protección de bosques y áreas protectoras forestales rurales, dado que el proyecto, según el Plan Básico de Ordenamiento Territorial (PBOT), se ubica en un área urbana, la Sala debe advertir que las acciones populares tienen un origen constitucional y en síntesis, buscan prevenir o cesar la amenaza de vulneración o la afectación directa a los derechos colectivos que, entre otros, están consagrados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998. (...) [E]l Juez debe adoptar las medidas tendientes a asegurar la protección de los aludidos derechos. (...) Ello difiere de los procesos ordinarios de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues allí el operador judicial efectúa un análisis de legalidad de las decisiones de la administración, es decir, verifica si un acto administrativo es nulo por violación de normas superiores, falta de competencia del funcionario que lo emite, falsa o indebida motivación, expedición irregular o desviación de poder. (...) [L]a discusión relativa a si era o no aplicable en el presente asunto el artículo 2.2.1.1.18.2. del Decreto 1076 de 2015 resulta irrelevante, pues precisamente ese análisis corresponde a estudios relacionados con la validez de los actos administrativos lo que escapa del objeto del presente asunto. (...) [E]l Tribunal verificó en la sentencia recurrida fue si las acciones de urbanismo llevadas a cabo por Asovit impactaron negativamente los anotados cuerpos de agua y si esa circunstancia se tradujo en la vulneración de los derechos colectivos al goce de un medio ambiente sano, así como a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente. (...) [E]l a quo encontró probada la vulneración a esos derechos pues evidenció que no se respetó la franja protectora de los anotados afluentes, circunstancia que, valga señalar fue objeto de cuestionamiento en el recurso de alzada por parte del ente territorial recurrente y que la Sala pasará a analizar.”

RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / DERECHO AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO / DERECHO AL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y AL DESARROLLO SOSTENIBLE / CONSERVACIÓN DE RECURSOS NATURALES / APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES RENOVABLES / SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / FOTOGRAFÍA / PERITAJE / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO AMBIENTAL / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / SANCIÓN AMBIENTAL / PRUEBA / CONSTRUCCIÓN DE LA URBANIZACIÓN / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / ÁREA DE PROTECCIÓN AL AGUA / FUENTES DE AGUA / POBLACIÓN / CONTAMINACIÓN DE AGUA

Problema jurídico 2: *¿El Tribunal Administrativo del Cauca fundamentó su decisión de amparar los derechos colectivos invocados, en las fotografías señaladas en el peritaje, estudio en el que no se hizo una medición de la distancia de las obras y el cauce de los nacimientos de agua, así como en las pruebas que reposan en el proceso sancionatorio que la CRC adelantó por la trasgresión de normas que no aplican al caso?*

Tesis 2: “[L]as pruebas que se aportaron dan cuenta de la afectación a los nacimientos de agua colindantes con el proyecto urbanístico de Asovit producto de la intervención de su franja protectora, de modo que no es cierto que el Tribunal se haya basado exclusivamente en fotografías para concluir la afectación de los derechos colectivos en el proceso de la referencia. (...) En ese orden del análisis de las mencionadas pruebas aportadas en el expediente se desprende que, en el año 2012, el proyecto de urbanización Asovit comenzó labores de descapote y explanación en un terreno propiedad de su representante legal, la señora Ángela Cleves, sin contar con los permisos ambientales ni urbanísticos necesarios. (...) Esta acción llevó al Municipio de Timbío a suspender la obra hasta que se obtuvieran las autorizaciones requeridas. (...) Finalmente, el 17 de septiembre de 2013, la CRC emitió la Resolución 4163, autorizando los vertimientos y el 27 de diciembre de 2013, el Municipio de Timbío le otorgó la licencia urbanística. (...) Ahora, como consecuencia de esas labores, los distintos informes de la CRC permiten corroborar que se produjo la inestabilidad del terreno lo que condujo a que el material removido se desplazara de manera accidental a los nacimientos de agua existentes, (...) Ahora, no se pasa por alto la Sala que la Secretaría de Planeación

e Infraestructura Municipal del Timbío en Certificación número 19 del 22 de mayo de 2018, señaló que no existían construcciones a menos de treinta metros (30 mts) de las quebradas ubicadas cerca al proyecto urbanístico (...). Sin embargo, dicha aseveración no fue acompañada de ningún elemento técnico que permita acreditar su veracidad. (...) Además, no existe alguna prueba en el expediente que respalde lo allí expuesto, por el contrario, lo que se advierte es que, inclusive hay oficios contradictorios por parte de ese Municipio, toda vez que, en memorial del 23 de diciembre de 2013, remitido por [W.F.A.M] en su calidad de Secretario de Desarrollo Ambiental y Agropecuario del Municipio de Timbío y de [D.A.A.T.] quien se desempeñaba como Coordinadora del Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastre y que fue dirigida a la entonces Secretaría de Planeación e Infraestructura de ese ente territorial adujo que existían obras a una distancia inferior a los cinco (5) metros de los anotados nacimientos. (...) Finalmente, no halla fundamento alguno esta Sala en el cargo que también alega el Municipio de Timbío para indicar que no se acreditó la vulneración de derechos colectivos, porque que el Tribunal en la sentencia apelada invocó las normas que la CRC aplicó en el procedimiento sancionatorio adelantado contra de Asovit cuando ello no era procedente por tratarse de supuestos de hecho distintos. (...) Lo anterior, en atención a que, como quedó en evidencia de la revisión del material probatorio, dicha Corporación judicial resolvió tener por acreditada la violación a los derechos colectivos invocados en la demanda al constatar la existencia de obras que causaron daños a los nacederos de agua colindantes con el proyecto de urbanismo. (...) De ahí que sea necesario aclararle al Municipio recurrente que no fue con fundamento en esas normas, sino en la efectiva afectación ambiental que, entre otras fue demostrada en el proceso sancionatorio ambiental, que el Tribunal arribó a su decisión inclinándose a considerar que en conjunto se encontraba demostrada la deprecada vulneración a los derechos colectivos."

RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / ÓRDENES IMPARTIDAS EN LA SENTENCIA / PRIMERA INSTANCIA / RESPONSABILIDAD DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CAUCA / VIGILANCIA DEL MEDIO AMBIENTE / RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO / INCUMPLIMIENTO DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / CONSTRUCCIÓN DE LA URBANIZACIÓN / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / ÁREA DE PROTECCIÓN AL AGUA / FUENTES DE AGUA / ABASTECIMIENTO DE AGUA / POBLACIÓN / CONTAMINACIÓN DE AGUA

Problema jurídico 3: *¿Las órdenes dirigidas a la CRC, consistente en determinar "las acciones necesarias a futuro" para mantener el canal y la franja de protección de los nacederos de agua, y al municipio de Timbío, consistente en velar por el cumplimiento del plan de acción definido por la anotada autoridad ambiental, son imprecisas?*

Tesis 3: "[L]as pruebas que se aportaron dan cuenta de la afectación a los nacimientos de agua colindantes con el proyecto urbanístico de Asovit producto de la intervención de su franja protectora, de modo que no es cierto que el Tribunal se haya basado exclusivamente en fotografías para concluir la afectación de los derechos colectivos en el proceso de la referencia. (...) En ese orden del análisis de las mencionadas pruebas aportadas en el expediente se desprende que en el año 2012, el proyecto de urbanización Asovit comenzó labores de descapote y explanación en un terreno propiedad de su representante legal, la señora Ángela Cleves, sin contar con los permisos ambientales ni urbanísticos necesarios. (...) Esta acción llevó al Municipio de Timbío a suspender la obra hasta que se obtuvieran las autorizaciones requeridas. (...) Finalmente, el 17 de septiembre de 2013, la CRC emitió la Resolución 4163, autorizando los vertimientos y el 27 de diciembre de 2013, el Municipio de Timbío le otorgó la licencia urbanística. (...) Ahora, como consecuencia de esas labores, los distintos informes de la CRC permiten corroborar que se produjo la inestabilidad del terreno lo que condujo a que el material removido se desplazara de manera accidental a los nacimientos de agua existentes, (...) Ahora, no se pasa por alto la Sala que la Secretaría de Planeación e Infraestructura Municipal del Timbío en Certificación número 19 del 22 de mayo de 2018, señaló que no existían construcciones a menos de treinta metros (30 mts) de las quebradas ubicadas cerca al proyecto urbanístico (...) Sin embargo, dicha aseveración no fue acompañada de ningún elemento técnico que permita acreditar su veracidad. (...) Además, no existe alguna prueba en el expediente que respalde lo allí expuesto, por el contrario, lo que se advierte es que, inclusive hay oficios contradictorios por parte de ese Municipio, toda vez que, en memorial del 23 de diciembre de 2013, remitido por [W.F.A.M] en su calidad de Secretario de Desarrollo Ambiental y Agropecuario del Municipio de Timbío y de [D.A.A.T.] quien se desempeñaba como Coordinadora del Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastre y que fue dirigida a la entonces Secretaría de Planeación e Infraestructura de ese ente territorial adujo que existían obras a una distancia inferior a los cinco (5) metros de los anotados nacimientos. (...) Finalmente, no halla fundamento alguno esta Sala en el cargo que también alega el Municipio de Timbío para indicar que no se acreditó la vulneración de derechos colectivos, porque que el Tribunal en la sentencia apelada invocó las normas que la CRC aplicó en el procedimiento sancionatorio adelantado contra de Asovit cuando ello no era procedente por tratarse de supuestos de hecho distintos. (...) Lo anterior, en atención a que, como

quedó en evidencia de la revisión del material probatorio, dicha Corporación judicial resolvió tener por acreditada la violación a los derechos colectivos invocados en la demanda al constatar la existencia de obras que causaron daños a los nacederos de agua colindantes con el proyecto de urbanismo. (...) De ahí que sea necesario aclararle al Municipio recurrente que no fue con fundamento en esas normas, sino en la efectiva afectación ambiental que, entre otras fue demostrada en el proceso sancionatorio ambiental, que el Tribunal arribó a su decisión inclinándose a considerar que en conjunto se encontraba demostrada la deprecada vulneración a los derechos colectivos.”

RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / ÓRDENES IMPARTIDAS EN LA SENTENCIA / PRIMERA INSTANCIA / RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ALCANTARILLADO / CANAL DE AGUA LLUVIA / VERTIMIENTO DE AGUA RESIDUAL / FUENTES DE AGUA / CONTAMINACIÓN DE AGUA

Problema jurídico 4: *¿El sistema de aguas lluvias no hace parte del servicio público de alcantarillado, por lo cual resulta imposible para EMTIMBÍO cumplir la orden encaminada a adoptar un correctivo respecto al canal de aguas lluvias que provienen de la carrera 22 y deposita los residuos en un nacimiento de agua?*

Tesis 4: “[E]l sistema de recolección, evacuación y transporte de las aguas lluvias sí hace parte de la prestación del servicio público de alcantarillado, pues aquel se encuentra contemplado en la definición que de tal servicio ha sido reglamentada, tanto así que en las descripciones de la infraestructura para su prestación se encuentra contemplado. (...) Sobre el particular, la Sala considera necesario recordar que el ordenamiento jurídico colombiano no se reduce a la normativa de orden legal, sino que contempla la reglamentación de que aquellas sea efectuada. (...) En tal sentido mal puede considerarse que el hecho de que una disposición general no contenga una expresión específica, implica su exclusión, pues la única forma de llegar a dicha conclusión comporta el estudio de la totalidad de la normativa sobre una materia, análisis que no fue efectuado por la recurrente. (...) Como consecuencia de las órdenes que le fueron dadas, la empresa de servicios públicos indicó que solo le es posible hacer el mantenimiento de la PTAR respecto de las veinte (20) viviendas autorizadas en el permiso de vertimientos de la CRC. (...) A los ojos de esta Sala, dicha manifestación en nada contradice lo ordenado por el a quo, quien la Exhortó a verificar el funcionamiento de la PTAR conforme a ese documento. (...) De ahí que, si únicamente se autorizó el funcionamiento a veinte (20) viviendas, lo lógico es que una vez ejecutada la orden, esa empresa se encuentre en capacidad de efectuar el mantenimiento que guarde relación con lo permitido por la autoridad ambiental. (...) De otro lado, EMTIMBÍO planteó que no le es posible dar cumplimiento a la orden encaminada a adoptar un correctivo respecto del canal de aguas lluvias que provienen de la carrera 22 y deposita sus aguas con residuos directamente en el nacimiento del agua. (...) Ello debido a que el sistema de aguas lluvias no hace parte del servicio público domiciliario de alcantarillado, de conformidad con el artículo 14.23 de la Ley 142 de 1994. (...) En tal virtud la Sala debe determinar si es cierto que el sistema de aguas lluvias no hace parte del servicio público de alcantarillado. (...) Ahora bien, el Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015, al referirse al régimen reglamentario del sector agua potable y saneamiento básico, específicamente a los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado. (...) En tal virtud, contrario a lo manifestado por la recurrente, el sistema de recolección, evacuación y transporte de las aguas lluvias sí hace parte de la prestación del servicio público de alcantarillado, pues aquel se encuentra contemplado en la definición que de tal servicio ha sido reglamentada, tanto así que en las descripciones de la infraestructura para su prestación se encuentra contemplado. (...) Sobre el particular, la Sala considera necesario recordar que el ordenamiento jurídico colombiano no se reduce a la normativa de orden legal, sino que contempla la reglamentación de que aquellas sea efectuada. (...) En tal sentido mal puede considerarse que el hecho de que una disposición general no contenga una expresión específica, implica su exclusión, pues la única forma de llegar a dicha conclusión comporta el estudio de la totalidad de la normativa sobre una materia, análisis que no fue efectuado por la recurrente.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de septiembre de 2023, C.P.: Oswaldo Giraldo López, radicación: 19001-23-33-000-2015-00398-01 \(AP\).](#)

2. Vulneración de los derechos colectivos ante el incumplimiento de los compromisos de las entidades demandadas con la realización del proyecto

multipropósito Río Ranchería en el Departamento de la Guajira.

Síntesis del caso: *Los accionantes, en ejercicio de la acción popular, presentaron demanda ante el Tribunal tendiente a obtener la protección de los derechos colectivos, presuntamente vulnerados por las entidades demandadas ante la falta de ejecución del proyecto multipropósito Río Ranchería que le permitiría al Departamento de la Guajira superar problemas asociados al suministro de agua potable para sus comunidades. En primera instancia, el Tribunal Administrativo de la Guajira declaró la vulneración de los derechos colectivos; ante lo cual, la Agencia de Desarrollo Rural presentó recurso de apelación contra la anterior.*

ACCIÓN POPULAR / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / LICENCIA AMBIENTAL / INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES / OBLIGATORIEDAD DE LA LICENCIA AMBIENTAL / PROYECTO HIDROELÉCTRICO / RIESGO POR PROYECTO HIDROELÉCTRICO / DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

Problema jurídico 1: *¿Se dio cumplimiento de la licencia ambiental otorgada al Proyecto Río Ranchería, Distrito de Riego Río Ranchería – San Juan del Cesar, exigibilidad de sus obligaciones y plazo otorgado por el Tribunal para que la demandada acredite su observancia?*

Tesis 1: “Los hechos que dieron origen a la presente acción se circunscriben a la ejecución del Proyecto Multipropósito Río Ranchería en el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, para el cual CORPOGUAJIRA otorgó la respectiva licencia ambiental al INCODER, posteriormente cedida a la ADR, mediante la Resolución núm. 02524 de 19 de diciembre de 2017. La acción fue conocida en primera instancia por el Tribunal que, en sentencia de 4 de marzo de 2020, declaró la vulneración de los derechos colectivos a: i) la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, ii) la defensa del patrimonio público, iii) al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, y v) al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. En consecuencia, ordenó: (i) a la ADR acreditar el cumplimiento de todas las obligaciones adquiridas en virtud de la licencia ambiental otorgada en la Resolución núm. 3158 de 2005, así como aportar prueba del cumplimiento de las obligaciones señaladas en el CONPES 3926 de 2018; y (ii) a CORPOGUAJIRA continuar con la evaluación, control y seguimiento de las actividades que debe realizar la ADR, en virtud de la licencia ambiental, así como con el proceso administrativo sancionatorio ambiental que adelanta en su contra. (...) [Respecto al] cumplimiento de la licencia ambiental otorgada al Proyecto Río Ranchería, Distrito de Riego Río Ranchería – San Juan del Cesar, exigibilidad de sus obligaciones y plazo otorgado por el Tribunal para que la demandada acredite su observancia. (...) En este cargo, la recurrente expone que ha adelantado actuaciones administrativas tendientes a darle cumplimiento a las obligaciones de la licencia ambiental; que las mencionadas obligaciones solo le son exigibles a partir de la firmeza del acto por medio de la cual se cedió la licencia; y que no es razonable el plazo otorgado en la sentencia de primera instancia para darle cumplimiento a las obligaciones de la licencia, puesto que para finalizar la ejecución del multiproyecto es necesario que la autoridad ambiental realice un proceso de actualización de las obligaciones a cargo de la nueva licenciataria. (...) en el expediente resultó acreditado que como resultado del seguimiento ambiental al proyecto por parte de CORPOGUAJIRA, se logró establecer que no se habían cumplido varias de las obligaciones establecidas en la licencia ambiental, por lo que esa autoridad inició una investigación ambiental contra el extinto INCODER, a través de la Resolución núm. 01116 de 26 de septiembre de 2016. (...) En los seguimientos adelantados por la autoridad ambiental quedó evidenciado que: i) pese a los años que lleva el proyecto en desarrollo las obligaciones del licenciatario no habían sido obedecidas a cabalidad; ii) no se presentó el ajuste al programa para la compensación y mitigación de los impactos originados por el aprovechamiento forestal, el cual buscaba lograr el esclarecimiento y manejo de las rondas hídricas de protección en microcuencas ubicadas aguas arriba y aguas debajo de la represa, así como la recuperación de 909 hectáreas mediante la adquisición de áreas estratégicas para la conservación de recursos hídricos; iii) no se coordinó con las autoridades indígenas tradicionales del área del proyecto las acciones de levantamiento y traslado de los hallazgos arqueológicos y sitios de pagamentos; iv) no se cumplieron las obligaciones del permiso de aprovechamiento forestal; v) no se efectuaron las inversiones forzosas de que trata la Ley 99, respecto de las cuales CORPOGUAJIRA no recibió los proyectos y actividades de las líneas de inversión aprobadas; y iv) no se realizó el montaje de las obras de ingeniería para evitar deslizamientos y socavaciones de tierra en la vía Caracolí, debido al deterioro allí causado. (...) De lo informado por la misma Agencia se advierte que los cumplimientos a la licencia han sido parciales, no obstante, los distintos requerimientos y las investigaciones en relación con el proyecto del Río Ranchería y a pesar del grave impacto que esto ha generado en la zona y su contribución en la grave problemática

humanitaria de la región. La ADR ha pretendido justificar estos incumplimientos bajo el pretexto de la necesidad de que la autoridad ambiental efectúe un cierre de acciones o actividades para definir qué aspectos cumplió el anterior licenciatario y cuáles le correspondería a la ADR, postura que para la Sala resulta inadmisibles, no solo porque consta en el expediente que la información que exige ya le ha sido puesta de presente por CORPOGUAJIRA mediante informes de seguimiento, sino porque, además, se encuentra en curso un proceso sancionatorio ambiental en el que debe responder por dichos asuntos conforme a las presuntas infracciones ambientales en las que ha incurrido con la conducta omisiva que reitera en esta instancia judicial. Por lo anterior, se confirmará la decisión del Tribunal de ordenar a la ADR acreditar el cumplimiento de las obligaciones ambientales derivadas de la Resolución núm. 3158 de 2005 y sus modificaciones. (...) [L]a ADR sustituyó al INCODER en el cumplimiento de las obligaciones de la licencia ambiental desde el momento de la cesión (año 2017), lo cual implica que debe garantizar su observancia en los mismos términos en que fue concedida al cedente, como si nunca hubiese cambiado de titular. (...) [L]lama la atención que pese a que el numeral segundo de la parte resolutoria del fallo se refirió a un término de seis (6) meses, en la parte motiva de la decisión, el a quo también aludió al plazo previsto en el CONPES 3926 de 2018 para la culminación del proyecto multipropósito Río Ranchería, el cual finaliza en el año 2025, y en dicho sentido, estimó que no había lugar a ordenar la conformación de mesas de trabajo con las autoridades involucradas que fueran inferiores a este último plazo. Sin embargo, para la Sala sí resulta razonable no solo la ampliación del término otorgado por el Tribunal en aras de que las órdenes que aquí se decretan sean cumplidas cabalmente y se culmine de una vez por todas con el megaproyecto de vital importancia para la región, sino también la conformación de una mesa de trabajo con las autoridades involucradas, que permita a las entidades del orden municipal, departamental y nacional adoptar una solución viable e integral a la problemática, de acuerdo con sus funciones constitucionales y legales, como se indicará más adelante, en el acápite de decisiones a adoptar.”

ACCIÓN POPULAR / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / AGENCIA DE DESARROLLO RURAL / DERECHO AL CONSUMO DE AGUA POTABLE / RÍO / DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA / ABASTECIMIENTO DE AGUA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL AGUA / ÓRDENES IMPARTIDAS EN LA SENTENCIA

Problema jurídico 2: *¿Es responsable la ADR en la vulneración del derecho colectivo al agua potable con ocasión de la problemática de acceso al recurso hídrico generada por la no culminación del proyecto Río Ranchería?*

Tesis 2: “La recurrente alega que no es responsable de la vulneración del derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a su prestación oportuna y eficiente, por cuanto dentro de sus funciones no se encuentra la de suministrar agua potable a través de la prestación del servicio de acueducto. Para resolver, la Sala precisa que si bien la ADR fue declarada responsable de la vulneración de los derechos colectivos a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, a la defensa del patrimonio público, al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, dicha entidad únicamente se opone en su recurso de apelación a lo decidido por el a quo frente a este último derecho, razón por la cual el estudio se circunscribirá a establecer su presunta vulneración. El derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea oportuna y eficiente es un derecho concebido para la protección de los usuarios de servicios públicos en lo referente a la calidad, precio y cobertura, frente a lo cual, el Estado debe ejercer sus facultades regulatorias y de control en aras de que los mencionados elementos se garanticen. (...) Así pues, la protección de este derecho colectivo procede cuando la actividad económica que implica la prestación de los servicios públicos afecta a los consumidores y/o usuarios, bien sea porque no existe calidad en el servicio, el precio sobrepasa los límites legalmente establecidos o su cobertura no es oportuna ni eficiente. (...) [E]l derecho al agua adquiere una doble connotación, como derecho individual y como derecho colectivo, lo cual supone que a través de la acción popular es posible amparar el derecho de los ciudadanos a acceder al preciado líquido, acceso que debe garantizarse de forma suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua, para satisfacer las necesidades de consumo y cocina, así como la higiene personal y doméstica, y, en fin, para hacer posible la vida humana y evitar la muerte por desabastecimiento de agua. (...) Como ya se mencionó en las distintas pruebas sobre la problemática ambiental y humanitaria del DEPARTAMENTO y específicamente en los distintos informes, investigaciones y seguimientos de los órganos de control, la problemática de abastecimiento de agua se ha visto agravada por la no culminación de la II fase del proyecto Río Ranchería, a pesar de los cuantiosos recursos públicos destinados para ello y de la necesidad imperiosa de superar una situación que por décadas ha sumido al ente territorial en una grave crisis con los mayores índices de pobreza del País, según cifras del DANE, necesidades básicas insatisfechas de su población y falta de prevención en las muertes por desnutrición, entre otros graves problemas. En efecto, para la Defensoría

del Pueblo es inadmisibles que el DEPARTAMENTO cuente con la represa El Cercado, pero la falta de culminación de las obras del megaproyecto mantenga a la población de nueve municipios sin agua, obligándola a abastecerse de pozos que datan de hace más de 50 años que no son aptos para uso humano. Asimismo, la CONTRALORÍA y la PROCURADURÍA coinciden en afirmar que la no ejecución de la Fase II ha impedido el logro de los objetivos del proyecto, tales como la generación de energía, el abastecimiento de agua a los municipios y, principalmente, la construcción de los distritos de riego de Ranchería y San Juan. (...) Lo expuesto en precedencia permite a la Sala concluir que la ADR no afectó el derecho colectivo de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, sino el derecho colectivo al agua potable, debido a que como lo expone la recurrente dentro de los objetivos misionales de la entidad no se encuentra el de la prestación de servicios públicos y, principalmente, porque el objeto de la presente acción se relaciona con la necesidad de acceso al recurso hídrico, que estaría garantizado con la culminación definitiva del megaproyecto del Río Ranchería.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 11 de mayo de 2023, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 44001-23-40-000-2018-00125-01\(AP\).](#)

**SALA PLENA
DEL CONTENCIOSO**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo señala que, ante su declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional, no es posible invocar ni estudiar la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 14 del Decreto 1207 de 2021.

Síntesis del caso: La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resuelve en segunda instancia la demanda de pérdida de investidura en contra del 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 / CIRCUNSCRIPCIÓN TRANSITORIA ESPECIAL DE PAZ / REQUISITOS PARA SER REPRESENTANTE A LA CÁMARA / INEXECUIBILIDAD DE LA NORMA / EFECTOS DE LA INEXECUIBILIDAD DE LA NORMA / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INEXECUIBILIDAD

Problema jurídico 1: ¿Es posible estudiar la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 14 del Decreto 1207 de 2021 ante su declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional?

Tesis: “La causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 14 del Decreto 1207 de 2021, por el incumplimiento de requisitos para la elección de representantes a la Cámara por las CITREP, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-302 del 9 de agosto de 2023, razón por la cual no es procedente el análisis del primer cargo. Para la fecha en que se profiere esta sentencia, la norma que establecía la sanción de pérdida de investidura con base en la cual se fundamentó este cargo desapareció del ordenamiento jurídico. Por esta razón, la Sala no puede pronunciarse sobre tal consecuencia jurídica. Adicionalmente, ello violaría el artículo 29 de la C.P. De este modo se acata lo previsto en el numeral 123 de la citada sentencia relativa a su efecto en el tiempo, pues se aplica en un juzgamiento realizado con posterioridad a su expedición. Y en este punto se itera que el objeto limitado y preciso de este fallo es pronunciarse sobre una sanción (la pérdida de investidura) consagrada en una norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en decisión obligatoria que hace tránsito a cosa juzgada conforme con lo dispuesto en el artículo 243 de la C.P.”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la declaratoria de inexecutable de la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 14 del Decreto 1207 de 2021, ver: Corte Constitucional, sentencia C-302 de 2023.

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 y que debiera ejecutarse en la circunscripción territorial para la cual fue elegido?

Tesis: “El numeral tercero del artículo 179 de la Constitución Política que establece la causal de pérdida de investidura invocada en la demanda dispone que no podrán ser congresistas “quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o

contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección”. En relación con el elemento territorial de la inhabilidad, el artículo 179 de la Constitución Política dispone que “las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección”. En consecuencia, para la configuración de la referida inhabilidad, los solicitantes tenían la carga de acreditar que el contrato celebrado por el congresista convocado con el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación se debía ejecutar en los siguientes municipios que conforman la CITREP 8, según el Acto Legislativo 02 de 2021: “Municipios del departamento de Bolívar: Córdoba, El Carmen de Bolívar, El Guamo, María La Baja, San Jacinto, San Juan de Nepomuceno y Zambrano. Municipios de Sucre: Colosó, Chalán, Los Palmitos, Morroa, Ovejas, Palmito, San Onofre y Toluviejo”. La Sala comparte la precisión hecha en la sentencia de primera instancia relativa a que, conforme con el citado acto legislativo la “la totalidad del departamento de Sucre no conforma la Circunscripción Especial de Paz No. 8 por la que resultó elegido el congresista”. Con los documentos allegados como medio de prueba al expediente no se acreditó que el contrato de prestación de servicios celebrado por el congresista convocado debiera ejecutarse en la circunscripción territorial para la cual fue elegido, que es la correspondiente a los referidos municipios de los departamentos de Bolívar y Sucre. El contrato de prestación de servicios celebrado por el congresista convocado tenía por objeto apoyar al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación en el cumplimiento de las funciones legales asignadas a esa entidad en el marco del Sistema General de Regalías, en particular, en la elaboración y actualización del plan de convocatorias para la financiación de proyectos de inversión con recursos de la asignación para la ciencia, tecnología e innovación. (...) El hecho de que los municipios que forman parte de la CITREP No. 8 puedan beneficiarse indirectamente de la ejecución del contrato suscrito por el congresista convocado es irrelevante, debido a que dicho elemento no forma parte de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3º del artículo 179 de la CP. En efecto, la conducta tipificada como causal de inhabilidad se restringe a la celebración de contratos que deban ejecutarse en la circunscripción territorial para la cual fue elegido el congresista”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 18 de octubre de 2023; C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-15-000-2022-02926-01\(PI\) acumulado con 11001-03-15-000-2022-03248-00.](#)

Aclaración de voto del consejero José Roberto Sáchica Méndez

ACLARACIÓN DE VOTO / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CIRCUNSCRIPCIÓN TRANSITORIA ESPECIAL DE PAZ / CLASES DE CANDIDATURAS ELECTORALES / CANDIDATO A REPRESENTANTE A LA CÁMARA / REQUISITOS PARA SER REPRESENTANTE A LA CÁMARA / CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL DE PAZ

Problema jurídico 1: *¿En la sentencia bajo estudio se debió profundizar sobre la caracterización de la Circunscripción Especial de Paz por la que fue elegido el representante a la Cámara demandado?*

Tesis 1: “La Circunscripción Especial de Paz No. 8 por la que resultó elegido el congresista, justamente como su nombre lo indica, es especial, de ahí que la caracterización de sus elementos debió merecer la atención de la Sala de cara a los cuestionamientos que formuló el actor, soportado en las líneas tradicionales y parámetros de análisis ofrecidos en los procesos de pérdida de investidura frente a congresistas elegidos bajo las circunscripciones nacional y departamental. (...) [L]a distribución territorial de las 16 CITREP tiene fundamento en unos precisos criterios y finalidades, a partir de lo cual incluyen únicamente los municipios listados por la norma bajo su artículo 1, artículo transitorio 2º, con sus particularidades, de manera tal que para efectos de valoraciones como las que se hicieron en el presente proceso, tanto por el actor como en los fallos que decidieron ambas instancias, no bastaba afirmar que la misma no se circunscribe a la totalidad de los departamentos de Sucre y Bolívar, pues se imponía dejar consignadas explicaciones como la que brevemente expongo de cara a la suficiente razón o motivos que deben soportar un fallo de instancia”.

ACLARACIÓN DE VOTO / CIRCUNSCRIPCIÓN TRANSITORIA ESPECIAL DE PAZ / REQUISITOS PARA SER REPRESENTANTE A LA CÁMARA / INEXEQUIBILIDAD DE LA NORMA / EFECTOS DE LA INEXEQUIBILIDAD DE LA NORMA / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD

Problema jurídico 2: *¿En la sentencia bajo estudio debió realizarse un análisis más concreto y detallado de los impactos de la declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 14 del Decreto 1207 de 2021?*

Tesis 2: “[E]stimo que si bien la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 14 del Decreto 1207 de 2021 fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-302 del 9 de agosto de 2023, y por virtud de ello la sentencia consignó que la Sala no puede pronunciarse sobre tal causal, en tanto se aplica en un juzgamiento realizado con posterioridad a la declaratoria de inexequibilidad, se imponía al Consejo de Estado como alta corte y juez de la pérdida de investidura, un análisis más concreto y detallado de los impactos de tal decisión de cara a las pretensiones de desinvestidura”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la declaratoria de inexequibilidad de la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 14 del Decreto 1207 de 2021, ver: Corte Constitucional, sentencia C-302 de 2023.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 18 de octubre de 2023; A.V. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 11001-03-15-000-2022-02926-01\(PI\) acumulado con 11001-03-15-000-2022-03248-00.](#)

2. La Sala Veintidós Especial de Decisión, en el marco de un recurso extraordinario de revisión, señaló que la falta de vinculación al proceso del representante de la Nación – Rama Judicial configura la causal de revisión prevista en el numeral 5° del artículo 250 del C.P.A.C.A., así la demanda haya sido contestada inicialmente por el representante de la Fiscalía General de la Nación.

Síntesis del caso: *En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, se solicitó infirmar la sentencia del 30 de marzo de 2019, mediante la cual la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó el fallo de primera instancia del 25 de abril de 2012, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, y declaró responsable a la Nación – Rama Judicial por una privación injusta de la libertad.*

CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA / VINCULACIÓN AL PROCESO / REPRESENTACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL / REPRESENTACIÓN JUDICIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN FUNDADO

Problema jurídico: *¿La sentencia del 30 de mayo de 2019, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se encuentra incurso en la causal de revisión prevista en el numeral 5° del artículo 250 del C.P.A.C.A., por haberse condenado a una entidad estatal que no fue vinculada a la controversia?*

Tesis: “[L]o primero que debe precisar la Sala es que, la Rama Judicial no fue vinculada dentro del trámite del proceso de reparación directa y quien acudió al proceso, en calidad de demandada, fue la Fiscalía General de la Nación. Aunado a ello, en la sentencia de segunda instancia, la condena se efectuó directamente contra la Nación – Rama Judicial. Cabe destacar que, aunque la Fiscalía General de la Nación hace parte de la Rama Judicial, acorde con lo previsto en el artículo 249 superior, tiene autonomía administrativa y presupuestal y dentro de sus funciones no está establecida la de ejercer la representación legal de la Rama Judicial. Para la Sala, se vulneraron los derechos al debido proceso y de defensa de la Rama Judicial, porque no pudo designar apoderado, contestar la demanda, solicitar pruebas e impugnar las decisiones que le fueran adversas. (...) En el caso concreto, la imputación contra la Fiscalía General de la Nación fue independiente de la hecha contra la Rama Judicial desde la misma demanda. Pues en el escrito inicial se consideró que la Fiscalía General de la Nación era responsable por la privación de la libertad a la cual fue sometido el señor [G.H.N.], porque las pruebas que obraban en el expediente penal no

eran suficientes para dictar la medida de aseguramiento preventiva; en consecuencia, había lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada y que existió un error judicial, porque el Juzgado penal que conoció del caso, tardó en resolver de fondo el asunto, prolongando de manera injustificada la privación de su libertad. Entonces, el juicio de imputación hecho a la Fiscalía General de la Nación, fue por la privación injusta de la libertad, cuando los hechos por los cuales se determinó la responsabilidad de la Rama Judicial, corresponden al de error judicial por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ante la mora judicial que evidenció en el proceso penal. (...) Así, aunque la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda e intervino en el proceso de reparación directa, sus argumentos se limitaron a sustentar la razón por la cual en su momento profirió la medida de aseguramiento y la resolución de acusación en contra del señor [G.H.N.], pero nada dijo sobre las actuaciones que adelantó el juez penal, ni el tiempo que tardó en proferir la decisión, es decir, que materialmente, la Rama Judicial no contó con defensa. Luego en el caso concreto, no es dable concluir que la Rama Judicial estuvo debidamente representada a través de la Fiscalía General de la Nación, pues se reitera, el hecho dañoso se le imputó al Juzgado penal, en atención a la mora judicial, en decidir de fondo el asunto y frente a ese punto no existió pronunciamiento. (...) Luego, la Rama Judicial no fue vinculada al presente caso para que pudiera predicarse respecto de ella una falla del servicio, por haber desatendido el marco normativo al que se encontraba obligada, de ahí que se encuentre configurada la causal prevista en el numeral 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de nulidad originada en la sentencia, en tanto, la condena se impuso a una entidad que no había sido vinculada en el proceso”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la naturaleza del recurso extraordinario de revisión, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-418 de 1994; Consejo de Estado. Sala Especial de Decisión Número 3. Sentencia del 6 de septiembre de 2016. Expediente con radicado número: 11001-03-15-000-2013-01998-00. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre los eventos en que se puede configurar la causal de revisión por existir nulidad en la sentencia que puso fin al proceso, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 31 de mayo de 2011. Radicado número: 11001-03-15-000-2008-00294-00 y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de mayo de 2018, exp. nro. 1998-00153-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la configuración de la casual de revisión por existir nulidad en la sentencia que puso fin al proceso por violación al principio de congruencia, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 7 de septiembre de 2018, Rad. REV 2014-00440-00.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la representación judicial de la Nación, la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de unificación del 25 de septiembre de 2013, expediente 20.420

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre la aplicación del precedente judicial, ver: Corte Constitucional, sentencia T-812 de 2006.

NOTA DE RELATORÍA 5: Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-072 de 2018.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintidós Especial de Decisión; sentencia del 2 de octubre de 2023; C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-15-000-2020-00471-00\(REV\)](#)

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

ACLARACIÓN DE VOTO / VINCULACIÓN AL PROCESO / REPRESENTACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL / REPRESENTACIÓN JUDICIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Problema jurídico: *¿Es aceptable que si uno de los dos, Rama Judicial o Fiscalía General de la Nación, fue vinculado al proceso como parte pasiva, haya lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica a la que representan (la Nación), así el ente llamado al proceso no haya sido el que realizó las actuaciones que dan lugar a dicha responsabilidad?*

Tesis: “[E]stimo que no es posible que en la actualidad, cuando la facultad de que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (Rama Judicial) represente en juicio a la Nación data desde la Ley 270 de 1996, es decir, hace casi 30 años y de que, asimismo, la Fiscalía General de la Nación cuente con capacidad para comparecer al proceso en representación, igualmente de la Nación desde el año 1998 –con la expedición de la Ley 446–, se siga aceptando que si uno de esos dos entes fue vinculado al proceso como parte pasiva, hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica a la que representan (la

Nación), así el ente llamado al proceso no haya sido el que realizó las actuaciones que dan lugar a dicha responsabilidad. Considero, respetuosamente, que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado debió fijar, en ese momento, una postura distinta en relación con los procesos iniciados bajo la vigencia de la Ley 446 de 1998 o, al menos, para aquellos que se promovieran después de proferida la decisión de unificación. (...) En modo alguno pretendo desconocer, ni mucho menos contradecir lo que al tenor de la ley es claro, en el sentido de que tanto la Rama Judicial como la Fiscalía General representan a la Nación, pero lo que no puedo aceptar, so pretexto de que se sostenga que se trata de un tema de representación y no de legitimación –que no es así– es que se continúen admitiendo demandas y dictando fallos de condena en contra de la Nación, con cargo al presupuesto de entidades que, teniendo capacidad para comparecer al proceso, autonomía administrativa y presupuestal, no fueron demandadas y/o vinculadas, cuestión que precisamente dio paso a la causal de revisión consistente en existir nulidad originada en la sentencia. (...) También estimo necesario señalar que la problemática que fue aparentemente zanjada con la unificación sí comporta un tema relacionado con la legitimación en la causa y no un simple aspecto de representación. (...) En efecto, la legitimación en la causa “legitimatio ad causam” se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. En términos procesales, la legitimación en la causa se entiende como la calidad que tiene una persona para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda, por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida y objeto de la decisión del juez, de manera que se trata de un presupuesto de fondo para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.”

NOTA DE RELATORÍA: En la presente aclaración de voto se realizó un recuento de la postura que ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre la representación judicial de la Nación en los procesos adelantados en contra de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación. Sobre dicho tema, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, auto de 25 de septiembre de 2013, exp. 20.420(A). M.P. Enrique Gil Botero.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintidós Especial de Decisión; sentencia del 2 de octubre de 2023; A.V. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-15-000-2020-00471-00\(REV\)](#)

Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / CAUSACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / PRUEBA DE LA CAUSACIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES

Problema jurídico: *¿La imposición de la condena en costas se debe realizar de conformidad con la normativa vigente al momento de la interposición del recurso y conforme con el criterio valorativo-objetivo y lo previsto en los artículos 365 y siguientes de la Ley 1564 de 2012?*

Tesis: “Atendiendo a que la condena en costas: i) está compuesta, por un lado, por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y, por el otro, por las agencias en derecho; ii) para su imposición debe tenerse en consideración las reglas previstas en el artículo 365 de la Ley 1564; iii) de conformidad con el numeral 8.º ibidem, solo habrá lugar cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación; y iv) en relación con la determinación de las agencias en derecho tendrá en cuenta los criterios para su fijación y las tarifas indicadas por el Consejo Superior de la Judicatura. Por lo expuesto anteriormente, aunque comparto la sentencia, considero que, la imposición de la condena en costas se debe realizar de conformidad con la normativa vigente al momento de la interposición del recurso y conforme con el criterio valorativo-objetivo y lo previsto en los artículos 365 y siguientes de la Ley 1564, probándose los gastos en que incurrió la parte demandante en su defensa”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintidós Especial de Decisión; sentencia del 2 de octubre de 2023; A.V. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-15-000-2020-00471-00\(REV\)](#)

3. La Procuraduría General de la Nación era competente para investigar y sancionar disciplinariamente a un empleado de libre nombramiento y remoción por hechos cometidos en esta calidad, aun cuando al momento de la sanción este estuviera ejerciendo un cargo de elección popular.

Síntesis del caso: *En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, se solicitó infirmar la sentencia del 20 de febrero de 2020, mediante la cual la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado negó las pretensiones de la demanda que pretendían la anulación de un fallo disciplinario emitido por el Procurador General de la Nación que sancionó al accionante con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / INEXISTENCIA DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

Problema jurídico: *¿La sentencia del 20 de febrero de 2020, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, incurrió en la causal de revisión prevista en el numeral 5° del artículo 250 del C.P.A.C.A., por presuntamente haberse proferido con falta de motivación sobre algunos temas que se habían propuesto en la demanda?*

Tesis: “[O]bserva la Sala que los aspectos que echa de menos el recurrente son los numerales i) y iii) de las consideraciones que la Sección Segunda propuso para la solución del problema jurídico: “Para resolver el problema jurídico planteado, se desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) la competencia del juez en materia de actos administrativos disciplinarios; (ii) de los elementos del debido proceso en materia disciplinaria; iii) Competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias a servidores públicos de elección popular y (iv) análisis del caso concreto”. Contrario a lo manifestado por el recurrente, los temas indicados no solo se enunciaron, sino que también se desarrollaron. Con relación al numeral i), abordó su análisis al explicar el alcance del juicio integral que el juez administrativo debe adelantar sobre el acto disciplinario y que en virtud de ese control integral está autorizado para realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad de la falta disciplinaria, así como valorar los argumentos que sustenten la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado. En cuanto al numeral iii), precisa esta Sala que este aspecto no era objeto de decisión de la Sección Segunda, por cuanto el demandante no cuestionó la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a funcionarios públicos de elección popular, a la par que -entre otras cosas- los hechos juzgados no ocurrieron durante el desempeño de un cargo de elección popular sino uno de libre nombramiento y remoción. Bajo tal consideración, la providencia de 20 de febrero de 2020 se encuentra debidamente motivada, pues los temas necesarios para la resolución del caso fueron estudiados y, más importante, se decidieron todos los cargos de nulidad que se formularon en la demanda”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de nulidad de la sentencia como causal de revisión y en qué casos se podría configurar, ver: Consejo de Estado, providencias del 20 de abril de 2004, expediente con número de radicado 11001-03-15-000-1996-0132-01; del 18 de octubre de 2005, expediente con número de radicado 11001-03-15-000-2000-00239-00; del 7 de febrero de 2006, expediente con número de radicado 11001-03-15-000-1997-00150-00; del 9 de marzo de 2010, expediente con número de radicado 1100103150002002-1024-01 y de 31 de mayo de 2011, expediente con número de radicado 1100103150002008-00294-00; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Catorce Especial de Decisión. Sentencia del 13 de octubre de 2020. Rad. 11001-03-15-000-2019-00119. M.P. Alberto Montaña Plata; Consejo de Estado, Sala Cuarta Especial de Decisión, sentencia del 1 de septiembre de 2020, Exp. 11001-03-15-000-2020-00266-00(REV). M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Cuarta Especial de Decisión, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, sentencia de 7 de febrero de 2017, Exp. 11001-03-15-000-2013-02042-00(REV); Sentencia de 8 de mayo de 2018, Exp. 11001-03-15-000-1998-00153-01 (REV).

CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO

Problema jurídico 2: *¿La sentencia del 20 de febrero de 2020, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, incurrió en la causal de revisión prevista en el numeral 5° del artículo 250 del C.P.A.C.A., por presuntamente haber desconocido otras providencias de la Corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a funcionarios públicos de elección popular?*

Tesis 2: “La Sala Plena de esta Corporación precisó que la sentencia de 15 de noviembre de 2017 tenía efectos inter partes, y que con ella no despojaba a la Procuraduría General de la Nación de la competencia para imponer sanciones disciplinarias que comporten restricciones a los derechos políticos de servidores de elección popular, pues solo restringe la imposición de sanciones por conductas diferentes a las catalogadas como actos de corrupción, casos en los que debe ser la justicia penal quien imponga la condena correspondiente. En similar sentido, la sentencia de 23 de agosto de 2018 explicó que la competencia de la Procuraduría General de la Nación no se derogó por el control de convencionalidad efectuado en la sentencia de 15 de noviembre de 2017, pues estas no fueron modificadas, restringidas o suprimidas en esta decisión. Se aclara de todas maneras que la sentencia de la Corte IDH de 8 de julio de 2020, se emitió con posterioridad a la sentencia objeto de revisión. En ésta, se le otorgó al Estado un plazo razonable para que reforme el ordenamiento jurídico colombiano, en lo concerniente a la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a servidores públicos elegidos popularmente por delitos diferentes a actos de corrupción; por consiguiente, para las situaciones jurídicas definidas con anterioridad a la nueva regulación, las competencias de este órgano de control no se han modificado. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso particular del señor [M.C.], se observa que fue sancionado disciplinariamente por las faltas gravísimas en las que incurrió cuando se desempeñaba como Secretario del Despacho del Departamento del Magdalena, al celebrar contratos de suministro para la compra de kits y textos escolares para las instituciones educativas de su departamento, acto que una vez en firme hizo efectivo su nominador, la Mesa Directiva del Senado de la República, mediante la Resolución n.º 163 de 10 de abril de 2012, con destitución e inhabilidad por doce (12) años para el ejercicio de cargos públicos. Por tanto, la sanción disciplinaria no se le impuso en su calidad de Congresista sino por circunstancias antecedentes a su elección, cuando desempeñaba un cargo público de libre nombramiento y remoción. Finalmente, recuerda la Sala que el recurso extraordinario de revisión no es una oportunidad para reabrir el debate propio de las instancias o para cuestionar la actividad interpretativa del juez, más aún cuando el análisis que echa de menos el recurrente no fue propuesto en el escrito de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho o, menos aún, cuando los motivos que se esgrimen para sustentar una “falta de motivación” son posteriores a la decisión que se cuestiona. El hecho de que el recurrente no comparta la decisión no implica que deba hacerse una revisión de fondo de lo decidido en el proceso, y sobre el cual no se advierte una ausencia de motivación que afecte la validez de la sentencia. Resulta ajeno a la finalidad de este recurso extraordinario el planteamiento y estudio de argumentos nuevos que debieron formularse en las debidas oportunidades durante el trámite ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias que comporten restricciones a los derechos políticos de servidores de elección popular, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 15 de noviembre de 2017, Rad. 110010325000201400360 00 (1131-2014) y Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Rad. 11001-03-25-000-2012-00276-00.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión; sentencia del 2 de octubre de 2023; C.P. José Roberto Sáchica Méndez \(E\), radicación: 11001-03-15-000-2021-02148-00\(REV\)](#)

Aclaración de voto del consejero Gabriel Valbuena Hernández

ACLARACIÓN DE VOTO / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Problema jurídico: *¿Era pertinente pronunciarse en el caso bajo estudio sobre la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2017 por la Sala Plena del Consejo de Estado y sobre la sentencia proferida por la Corte*

Interamericana de Derechos Humanos del 8 de julio de 2020, que resolvió el caso Petro Urrego contra Colombia?

Tesis: “[N]o era pertinente pronunciarse sobre la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2017 por la Sala Plena del Consejo de Estado, ni tampoco sobre la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de julio de 2020, que resolvió el caso Petro Urrego contra Colombia. Lo anterior, porque la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a funcionarios públicos de elección popular no fue objeto de pronunciamiento en la sentencia que se revisa, y principalmente porque los hechos por los que fue sancionado disciplinariamente el recurrente no ocurrieron durante el desempeño de un cargo de elección popular sino uno de libre nombramiento y remoción”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión; sentencia del 2 de octubre de 2023; A.V. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-15-000-2021-02148-00\(REV\)](#)

Salvamento parcial de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO / CONDENA EN AGENCIAS EN DERECHO / IMPROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO

Problema jurídico: *¿La sentencia que resolvió el recurso extraordinario de revisión bajo estudio debió abstenerse de condenar en costas en el componente de agencias en derecho en la medida que estas no se acreditaron?*

Tesis: “Atendiendo a que la condena en costas: i) está compuesta, por un lado, por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y, por el otro, por las agencias en derecho; ii) para su imposición debe tenerse en consideración las reglas previstas en el artículo 365 de la Ley 1564; iii) de conformidad con el numeral 8.º ibidem, solo habrá lugar cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación; y iv) en relación con la determinación de las agencias en derecho tendrá en cuenta los criterios para su fijación y las tarifas indicadas por el Consejo Superior de la Judicatura. Por lo expuesto anteriormente, aunque comparto la sentencia en cuanto declaró infundado el recurso extraordinario de revisión de la referencia, considero que, para la imposición de la condena en costas, en relación con las agencias en derecho, deben probarse los gastos en que incurrió la parte demandada en su defensa, lo cual no ocurrió en el caso sub examine”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión; sentencia del 2 de octubre de 2023; S.P.V. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-15-000-2021-02148-00\(REV\)](#)

4. El reconocimiento pensional ordenado a una entidad que no tiene la competencia para ello, configura la causal de revisión del numeral séptimo del artículo 250 del C.P.A.C.A.

Síntesis del caso: *En ejercicio del recurso extraordinario de revisión por las causales del artículo 20 de la Ley 797 de 2020, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP solicitó informar la sentencia del 16 de junio de 2022, mediante la cual la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado confirmó la sentencia proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se reconoció una pensión de jubilación.*

CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / FALTA DE APTITUD LEGAL PARA SER BENEFICIARIO DE UNA PRESTACIÓN / INCOMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN JUBILACIÓN

Y PENSIÓN DE VEJEZ / FALTA DE COMPETENCIA PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN FUNDADO

Problema jurídico 1: *¿La sentencia del 16 de junio de 2022, dictada por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado que confirmó que la UGPP era la competente para tramitar y reconocer la solicitud pensional reclamada, se encuentra incurrida en la causal de revisión del numeral 7º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011?*

Tesis 1: “El Consejo de Estado ha entendido que esta causal procede únicamente cuando se impugna una sentencia que reconoció una pensión o prestación periódica, de tal manera que su ámbito de aplicación excluye decisiones que resolvieron cuestiones diferentes como reliquidaciones por factores dejados de incluir u otros aspectos relacionados con el monto de la prestación. (...) Asimismo, se ha considerado que la causal 7.ª del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, permite abrir la discusión jurídica de la sentencia impugnada, toda vez que está diseñada para verificar que el beneficiario de la prestación tenga la aptitud legal -que cumpla los requisitos- para acceder al derecho. (...) Para la Sala, se configura la causal 7 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, invocada por la UGPP, pues, no debió ser ordenado el reconocimiento pensional a la UGPP en la medida que no tenía la competencia para ello, toda vez que al momento de consolidarse el derecho pensional del señor [V.D.], esto es, 6 de julio de 2006, no se encontraba afiliado a Cajanal, por el contrario, se encontraba en el RAIS, a cargo de Colfondos, régimen al que se trasladó el 1 de marzo del 2000. Lo anterior, permite concluir que la situación del señor [V.D.] no se encuentra en ninguno de los eventos descritos en la providencia censurada (...). En el caso concreto la aptitud legal para el reconocimiento de la pensión de jubilación, además de los requisitos generales de edad y semanas cotizadas estaba determinada por el régimen al que estaba afiliado el demandante para el momento en el que solicitó su reconocimiento pensional. (...) Lo anterior, evidencia la ausencia de competencia de la UGPP para reconocer la pensión de jubilación y el yerro en el que incurrió la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado al confirmar la sentencia del 27 de febrero de 2020. Aunado a lo anterior, también se desconoció que en el transcurso del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho fue otorgada por Colpensiones una pensión de vejez en favor del señor [V.D.] que garantizaba el derecho a la seguridad social en materia pensional del demandante. (...) [E]l reconocimiento efectuado por el a quo implicaría la concesión del mismo derecho dos veces, pues en la resolución transcrita se tomaron la totalidad de las cotizaciones efectuadas al sector público y privado, cuestión que no fue advertida por el fallador de primera instancia que, sin perjuicio de lo anterior, ordenó el reconocimiento pensional sobre las cotizaciones públicas. En suma, la sentencia del 16 de junio de 2022 supondría que se asegure la contingencia de vejez con los mismos tiempos de cotización que ya liquidados por Colpensiones, desconociendo previsiones constitucionales y legales. (...) [L]a pensión de vejez que le fue reconocida por Colpensiones al señor [E.V.D.] tuvo en cuenta los aportes efectuados como docente de hora cátedra (en el sector privado), pero también aquellas cotizaciones que efectuó al sistema durante la vinculación al sector público, es decir, que dicha prestación es financiada con recursos del erario, de ahí que el mismo periodo no pueda ser computado para el reconocimiento de la pensión de jubilación, so pena de infringir el artículo 128 de la Constitución. Además, se insiste en que para la fecha de su requerimiento a la UGPP el demandante se encontraba activo en el RAIS, toda vez que su traslado ocurrió el 27 de mayo de 2016, lo que advierte la ausencia de competencia de dicha entidad en el reconocimiento y pago del derecho reclamado”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el marco teórico y conceptual del recurso extraordinario de revisión, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 2.03.2010, Rad. REV-2001-00091, 6.04.2010, Rad. REV-2003-00678, 20.10.2009, Rad. REV-2003-00133, 12.07.2005, Rad. REV-1997-00143-02, 14.03.1995, Rad. REV-078, 16.02.1995, Rad. REV-070, 20.04.1993, Rad. REV-045 y 11.02.1993, Rad. REV-037; Sección Tercera, sentencia del 22.04.2009, Rad. 35995 y Sección Quinta, sentencia de 15.07.2010, Rad. 2007- 00267; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala 27 Especial de Decisión, Sentencia del 3.03.2015. M.P. Alberto Yepes Barreiro (E); Sala Veintisiete (27) Especial de Revisión, Sentencia del 3.04.2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2017-02091-00 (REV); Corte Constitucional, Sentencia C-520 de 2009.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la finalidad y alcance del recurso extraordinario de revisión del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-835 de 2003, reiterada en la C-258 del 7.05.2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre los supuestos que estructura la causal de revisión de falta o pérdida de la aptitud legal para ser beneficiario de una prestación, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Cuarta Especial de Decisión, Sentencia del 1.08.2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-15-000-2016-03414-00 (REV) Se pueden revisar igualmente las siguientes sentencias Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Especial de Decisión Veinte, Sentencia del 16.10.2018. Rad. 110010315000201401658; M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés; Sala Novena Especial de Decisión, Sentencia del 5.03.2019, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. 11001-03-15-000-2014-04407-00(REV), Sala Sexta Especial de Decisión, Sentencia del 3.11.2020,

M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11001-03-15-000-2020-03047-00(REV); Sala Novena Especial de Decisión, Sentencia del 22.03.2022, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 11001-03-15-000- 2018-02341-00; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 7.12.2010. Radicación número: 11001-03- 15-000-2005-00297-01(REV); sentencias del 13.02.2020. Rad: 11001-03-25-000-2016-00287-00 (1637-16), M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas y la del 29.10.2020, Rad: 11001- 03-25-000-2015-00138-00(0287-15), M.P. William Hernández Gómez; sentencia del 7.05.2020, M.P. William Hernández Gómez, Rad. 11001-03-25-000-2016- 00422-00(1930-16).

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre los casos en los que la concurrencia de cotizaciones en los mismos periodos no supone la incompatibilidad entre prestaciones por vejez y por jubilación, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 25 de septiembre de 2020, expediente 08001-23-33-000-2014-00318-01(0113-18), M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

UGPP / COMPETENCIA DE LA UGPP / AFILIADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD / FALTA DE COMPETENCIA PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL

Problema jurídico 2: *¿La UGPP es competente para tramitar la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante?*

Tesis 2: “Revisadas las pretensiones, los hechos y las pruebas se observa que el señor [E.V.D.] efectuó aportes a Cajanal (hoy UGPP), al extinto ISS (hoy Colpensiones) y a Colfondos y aunque estuvo afiliado al RPM, pasó al RAIS régimen en el cual permaneció hasta el 27 de mayo de 2016, mientras que los recursos fueron trasladados del fondo privado a Colpensiones a partir del 1 de julio del mismo año. Por su parte, la solicitud de reconocimiento pensional presentada ante la UGPP se radicó en el año 2013, fecha en la que se encontraba vigente la vinculación del señor [V.D.] con Colfondos, de manera que el reconocimiento pensional estaba a cargo de ese fondo, pese al argumento de que era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que para el momento de la reclamación la UGPP no tenía bajo su custodia y administración los aportes del señor [V.D.], circunstancia que validó plenamente la respuesta de la entidad al demandante en la que puso de presente su falta de competencia. En ese orden de ideas, el señor [E.V.D.] no tiene derecho a la pensión de jubilación (...)”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintisiete Especial de Decisión; sentencia del 20 de septiembre de 2023; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-15-000-2022-06408-00\(REV\).](#)

Aclaración de voto de la consejera María Adriana Marín

ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / ACCIÓN DE REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO / FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO / ALCANCE DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Problema jurídico: *¿El análisis sobre la competencia para reconocer las pensiones reconocidas en la sentencia objeto de revisión no se ajustó estrictamente al objeto del recurso extraordinario?*

Tesis: “[L]a parte recurrente fundó su recurso en la incompatibilidad de las pensiones reconocidas por Colpensiones y las sentencias revisadas, por cuanto en ambas se cruzaron los tiempos de servicios para cumplir con las exigencias legales de cada pensión. Sin embargo, a mi juicio, no fue ese el marco estricto dentro del cual la mayoría de la Sala definió la competencia para decidir sobre la pensión de jubilación reconocida en las sentencias atacadas; pues lo que se definió fue si dicha pensión debía ser reconocida por la UGPP o por Colpensiones. En las sentencias revisadas se concluyó que la competente era la UGPP, en tanto que la mayoría, en la decisión que aclaro, considera, por el contrario, que la UGPP no tenía competencia para hacerlo. La mayoría puso de presente que este tipo de recursos no puede emplearse, entre otros, para imponer apreciaciones jurídicas distintas a las del juez natural. Muy a pesar de esta advertencia, creo que juzgar la competencia para reconocer una pensión no se ajustó estrictamente al objeto del recurso, hasta el punto de que se impuso una interpretación sobre el particular, sin que las causales de revisión permitan esa posibilidad, ni siquiera el recurso lo fundamentó así. Con todo, como se mantiene el argumento que considero que resuelve el recurso al declarar la improcedencia de reconocer dos pensiones: una de vejez y otra de jubilación sin los requisitos legales, que fue la causal de revisión alegada y probada, acompañó el fondo de la decisión, bajo las precisiones arriba expuestas”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintisiete Especial de Decisión; sentencia del 20 de septiembre de 2023; A.V. María Adriana Marín, radicación: 11001-03-15-000-2022-06408-00\(REV\).](#)

SECCIÓN PRIMERA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

Son nulas las expresiones: “[...] o del 70% de la pena impuesta en el caso de justicia especializada.” del numeral 2.1.; y “de un setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, en caso de justicia especializada” del numeral 3.1. del artículo 10 de la Resolución 7302 de 2005, expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, por constituir requisitos que no están previstos en la ley que desconocen el principio de legalidad en materia penal y las normas que regulan el tratamiento penitenciario.

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad; con el propósito de que se declare la nulidad de la Resolución número 7302 de 23 de noviembre de 2005, “Por medio de la cual se revocan las Resoluciones 4105 del 25 de septiembre de 1997 y número 5964 del 9 de diciembre de 1998 y se expiden pautas para la atención integral y el Tratamiento Penitenciario”, expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

DEMANDA DE NULIDAD / REGLAMENTACIÓN DE LA ENTIDAD PÚBLICA / TRATAMIENTO PENITENCIARIO / CUMPLIMIENTO DE LA PENA / DELITO / COMPETENCIA DEL JUEZ PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO / RECLUSO / PABELLÓN DE ALTA SEGURIDAD / PERMISO AL RECLUSO / POTESTAD DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL LEGISLADOR / INPEC / FUNCIONES DEL INPEC / EJECUCIÓN DE LA PENA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico: Establecer si los apartes acusados del artículo 10 de la Resolución 7302 de 2005, que establecen que i) permanecerán en fase de alta seguridad quienes no hayan cumplido el 70% de la pena impuesta en el caso de justicia especializada; y ii) que se clasificarán en fase de mediana seguridad quienes hayan superado el 70% de la pena impuesta en caso de justicia especializada, vulneran las normas en las que se fundamentó el Inpec para expedir dicha normativa por exceder sus facultades; por sustentarse en una disposición que, en criterio de la actora, no es aplicable (artículo 29 de la Ley 504 de 1999) y, por desconocer las facultades del legislador previstas en los artículos 150 numerales 1 y 2 de la Constitución.

Tesis: Para decidir lo pertinente, resulta necesario citar lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia T - 635 de 2008, quien respecto del requisito de haber descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, tratándose de condenados por los delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados para incluir a un recluso en fase alta o mediana seguridad, indicó que tal exigencia se establece en la Ley 65 de 1993 para obtener el permiso de salida por 72 horas y no para determinar si un recluso debe permanecer en fase de alta o mediana seguridad, por lo que su inclusión en la Resolución 7302 de 23 de noviembre de 2005 expedida por el Director del INPEC excede la norma que pretende reglamentar. [...] Pues bien, la Sala comparte lo manifestado por el Alto Tribunal constitucional al estimar que la entidad demandada se excede en sus facultades al crear en la Resolución 7302 de 2005 un requisito que no está previsto en la ley para determinar quién debe permanecer o no en alguna de las fases del tratamiento penitenciario. Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional y se reiteró en la sentencia atrás descrita, en materia penal, el principio de legalidad comprende los trámites administrativos internos de los penales, por lo que, tanto el trámite como las resoluciones que adopten las autoridades administrativas de las prisiones debe responder a la normatividad vigente sobre la materia y, sujetarse a los fines y presupuestos para los cuales fue instituido el sistema penitenciario colombiano. Así mismo, se resaltó que no se puede hablar de discrecionalidad reglada, pues las autoridades carcelarias no pueden agregar, modificar, ni suplir lo dispuesto en la sentencia judicial condenatoria, así como tampoco interpretar con amplitud las facultades que el orden legal les asigna. [...] El acto demandado, Resolución 7302 de 2005, “Por medio de la cual se revocan las Resoluciones 4105 del 25 de septiembre de 1997 y número 5964 del 9 de diciembre de 1998 y se expiden pautas para la atención integral y el Tratamiento Penitenciario”, fue expedido por el director del INPEC en uso de las facultades otorgadas por el Decreto

1890 de 1999 y en desarrollo de los artículos 10, 12, 62, 142, 143 y 145 de la Ley 65 de 1993. [...] El tratamiento penitenciario está regulado en los artículos 142 a 150 de la Ley 65 de 1993; sin embargo, de la lectura y alcance de dichas disposiciones, se advierte que el requisito de cumplir el 70% de la pena impuesta para un condenado por delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados está previsto únicamente en el artículo 14777 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 29 de la Ley 504 de 1999, para obtener el beneficio administrativo de permiso hasta por 72 horas para salir del establecimiento penitenciario. En ese sentido, el legislador no fijó para el cambio o permanencia en las fases del tratamiento penitenciario el cumplimiento del 70% de la pena, así como tampoco tener en cuenta el juez que impone la condena o la naturaleza del delito, sino que señaló que dicho tratamiento obedece a las necesidades particulares de cada sujeto, las cuales serán el resultado de un estudio científico de la personalidad del interno, que será progresivo e individualizado hasta donde sea posible. Por lo anterior, en cumplimiento del principio de legalidad, la autoridad administrativa no podía trasladar exigencias de beneficios administrativos para la permanencia en las fases del tratamiento, así como tampoco crear requisitos que el legislador no previó, ya que la ejecución de la sanción penal y, en particular, el tratamiento penitenciario es del resorte exclusivo del legislador. En ese orden, si bien, el INPEC tiene como función la ejecución de la pena, la cual tiene como fin la resocialización del infractor a través de un tratamiento penitenciario, y, por tanto, puede fijar pautas u orientaciones que desarrollen dicho tratamiento, no puede incluir exigencias no previstas por el legislador que afecten la situación del interno y que desconozcan la naturaleza del tratamiento penitenciario. En consecuencia, la entidad demandada con los apartes acusados desconoció el principio de legalidad en materia penal, así como los artículos que regulan el tratamiento penitenciario y que sirvieron de fundamento para expedir el acto demandado. Por lo anterior, se declarará la nulidad de las siguientes expresiones: “[...] o del 70% de la pena impuesta en el caso de justicia especializada.” del numeral 2.1.; y “de un setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, en caso de justicia especializada” del numeral 3.1. del artículo 10 de la Resolución 7302 de 2005, expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de septiembre de 2023; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-0324-000-2006 -00277-00.](#)

SECCIÓN SEGUNDA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se declara la nulidad de la sanción de destitución e inhabilidad impuesta a un funcionario de elección popular, dictada por la Procuraduría Regional de Boyacá. Como fundamento de la decisión se invoca la violación al principio de jurisdiccionalidad, consagrado en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dada la calidad de autoridad administrativa del órgano de control.

Síntesis del caso: La Procuraduría Provincial de Tunja impuso sanción de destitución e inhabilidad al alcalde del municipio de Miraflores por irregularidades presentadas en un contrato de obra. Contra dicha decisión el disciplinado interpuso recurso de apelación por considerar que la sanción disciplinaria transgredió el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevé el derecho al debido proceso, como garantía no solo en el ámbito judicial sino administrativo y que, por formar parte del bloque de constitucionalidad, es obligatorio en el orden interno, para lo cual se ha previsto el control de convencionalidad. La Procuraduría Regional de Boyacá confirmó la decisión de primera instancia.

FACULTADES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN /COMPETENCIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / COMPETENCIA PARA LA EXPEDICIÓN DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA / SERVIDOR PÚBLICO DE ELECCIÓN POPULAR / DESTITUCIÓN DE CARGOS EN ELECCIÓN POPULAR / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / TRATADO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / VIOLACIÓN DE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / RESTRICCIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS / COMPETENCIA DEL JUEZ / PRINCIPIO DE JURISDICCIONALIDAD / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD / VIOLACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Problema jurídico: ¿La sanción de destitución e inhabilidad por diez años y tres meses que le fue impuesta al sancionado, como funcionario público elegido popularmente, se ajusta a la normativa que regula la restricción de los derechos políticos y las garantías judiciales, en aplicación del principio de favorabilidad, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Tesis: “[...] A partir de la Constitución Política de 1991, el país cuenta con un órgano de control fortalecido, con importantes funciones disciplinarias, cuya titularidad radica en el Procurador General de la Nación, con la competencia preferente para investigar y sancionar a servidores públicos, incluso los de elección popular, conforme lo dispone el artículo 277 que señala, entre las funciones conferidas a dicha autoridad, de manera personal o a través de sus delegados o agentes, la del numeral 6°, que prescribe: “Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”. Por su parte, el artículo 278 ídem relacionó las funciones que le están expresamente reservadas al Procurador General de la Nación, de tal manera que no podrán ser objeto de delegación, siendo una de ellas la del numeral 1°: “Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo”. Las anteriores normas fueron desarrolladas a nivel institucional por el Decreto 262 de 2000, que en el artículo 3 reguló lo relativo al poder disciplinario preferente de la PGN y el artículo 25 que reglamentó las competencias de las procuradurías delegadas. Por ello, en virtud de esta competencia constitucional y legal, el Procurador General de la Nación se encuentra facultado para investigar y sancionar a los

servidores públicos, incluso los de elección popular, “conforme a la Ley”. (...) De acuerdo con el numeral 2 del artículo 23, la Sala precisa que, a nivel convencional, el ejercicio de los derechos políticos puede ser objeto de reglamentación, mas no de negación; y su limitación está reservada a casos en que sea decretada por juez competente “en un proceso penal”, es decir, consagra los principios de legalidad y de jurisdiccionalidad.(...) En este sentido, para la Sección Segunda del Consejo de Estado es importante puntualizar que la interpretación que debe darse al concepto de “condena, por juez competente, en proceso penal”, contenido en el artículo 23.2 de la Convención, está referido no solo al proceso regulado en el Código de Procedimiento Penal, sino a cualquier tipo de proceso desarrollado en ejercicio del poder punitivo del Estado, que sea de carácter judicial, como lo es la pérdida de investidura, por ejemplo, en el que su fin, además de ser una medida sancionadora, correctiva y restablecedora de la ética en las corporaciones públicas de elección popular, es connaturalmente ejemplarizante. (...) La Sección Segunda del Consejo de Estado en su deber de aplicar preferentemente las normas constitucionales y a la vez cumplir con los instrumentos internacionales, máxime cuando hacen parte del bloque de constitucionalidad por el carácter vinculante que le otorga la misma Constitución Política, considera que, con el fin de consolidar la efectividad de los derechos humanos, los artículos 277.6 de la Constitución Política y el 23 de la CADH deben armonizarse, mediante una interpretación integradora, finalista y sistemática. (...) en la perspectiva de una interpretación integradora de la Constitución Política con la CADH, y dado el alcance fijado por la CIDH en el caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, la Sección Segunda de la Corporación considera que el artículo 277.6 de la Carta es una norma que goza de todo su rigor y que la Procuraduría General de la Nación, como autoridad autónoma, tiene intactas sus atribuciones para investigar y sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular, cuando dicha sanción no implique la restricción de sus derechos políticos, por lo tanto, una lectura armónica y sistemática del bloque de constitucionalidad significa que frente a tales servidores el órgano de control puede aplicar otro tipo de sanciones, pero que no lleve a suspender o inhabilitar el ejercicio de derechos políticos. En ese orden, la norma constitucional es compatible con la Convención, pues el artículo 277.6 no enuncia el tipo de sanción que puede imponer la PGN en ejercicio de la potestad disciplinaria; este artículo claramente remite a la Ley, que es la que contiene el catálogo de sanciones. En este contexto, la Procuraduría goza de la potestad disciplinaria frente funcionarios elegidos democráticamente, siempre que las sanciones a imponer no restrinjan sus derechos políticos. No sucede lo mismo con los artículos 44 y 45 del Código General Disciplinario, sobre los cuales, la CIDH, en el fallo del 8 de julio de 2020, consideró que sí eran incompatibles con la Convención, por violación del principio de jurisdiccionalidad (...) la resolución de los casos en que se analice la conformidad de sanciones disciplinarias impuestas por la PGN a servidores de elección popular, debe atender al principio de favorabilidad, el cual se encuentra reforzado por el hecho de estar involucrados sus derechos políticos que son protegidos por la CADH y sus derechos laborales, que, como se señaló al principio de este acápite, deben garantizarse en virtud del principio pro homine, conforme con el artículo 53 Superior. Por ello, si, luego de su examen, las normas convencionales son más favorables para el disciplinado, como persona y sus derechos, se preferirá su aplicación frente a las normas nacionales, y, únicamente, cuando el régimen interno supere los estándares internacionales de derechos humanos se dará aplicación la norma nacional que regule la materia.(...) La excepción de inconventionalidad aplicada con base en las consideraciones efectuadas en los acápites anteriores sobre los principios de jurisdiccionalidad y de las garantías judiciales, de conformidad con las normas convencionales y con el fallo del 8 de julio de 2020, proferido por la CIDH en el caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, debe ser adoptada por los jueces y por la administración en los asuntos de supuestos jurídicos similares, no solo por virtud de la obligatoriedad de su aplicación por el hecho que el país hace parte del Pacto de San José de Costa Rica, y por el principio de favorabilidad (...). De acuerdo con lo anterior, adicional a la vulneración al principio de jurisdiccionalidad, como quedó analizado en el acápite anterior, se evidencia, a partir de la interpretación de las normas convencionales, en especial del artículo 8, que en el proceso sancionatorio disciplinario adelantado por la PGN, conforme a las disposiciones de la Ley 734 de 2002, no se cumplen con las garantías judiciales para el disciplinado de (i) ser oído por un juez imparcial; (ii) presumirse su inocencia y (iii) ejercer realmente su derecho de defensa.(...) Efectuado el control de convencionalidad al presente asunto, se observa que en el proceso disciplinario demandado se transgredieron normas de la CADH que garantizan el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, pues para la Sala es incuestionable que, en este caso, la sanción de destitución e inhabilitación general por diez años y tres meses al alcalde del municipio de Miraflores – Boyacá, impuesta por la Procuraduría Provincial de Tunja, mediante fallo de primera instancia del 18 de septiembre de 2012 y confirmado por la Procuraduría Regional de Boyacá, mediante fallo de segunda instancia expedido el 30 de noviembre de 2012, con fundamento en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, violó el principio de jurisdiccionalidad, consagrado en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la sanción contra dicho funcionario de elección popular fue ordenada por una autoridad de naturaleza

netamente administrativa. En este caso, la excepción de inconventionalidad que se aplica respecto del numeral 1° del artículo 44 del Código Disciplinario Único es porque resulta manifiestamente incompatible con el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos antes mencionados, pues establece la sanción de destitución e inhabilidad general para las faltas gravísimas, dolosas o realizadas con culpa gravísima, con base en la cual se restringieron los derechos políticos del señor (...). La actuación disciplinaria se desarrolla conforme a los principios rectores consagrados en los artículos 1 y siguientes de la Ley 734 de 2002 (entre otros, legalidad, debido proceso, presunción de inocencia, reconocimiento de la dignidad humana, etc.) y en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo; y que se observarán los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción, lo cierto es que este principio de imparcialidad, en el ámbito del proceso disciplinario del CDU, no se cumple a cabalidad de cara a las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la CADH. (...) Justamente, contrario a como lo ha interpretado la CIDH, la misma Procuraduría Provincial de Tunja emitió el pliego de cargos y decidió sobre la validez de los descargos, juzgando la procedencia de los mismos, en una decisión de primera instancia, concentrando las facultades investigativas, acusatorias y sancionatorias, en detrimento de la presunción de inocencia y del derecho de defensa del disciplinado, debido a la idea preconcebida sobre su responsabilidad disciplinaria. Es importante resaltar que, conforme con el artículo 162 del CDU, el pliego de cargos se formula cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Así las cosas, en acatamiento del precedente del 8 de julio de 2020 y atendiendo al principio pro homine, la regulación más favorable a la vigencia de los derechos humanos del señor (...), conforme con el artículo 29 de la CADH, es la consagrada en el artículo 8 convencional, motivo por el cual la Sala prefiere su aplicación frente a las del ordenamiento interno, respecto de las cuales se les aplicará la excepción de inconventionalidad, pues aquellas son las que más favorecen la dignidad humana y atienden al propósito que el mismo Pacto de San José de Costa Rica quiso proteger, esto es, el respeto de los derechos esenciales del hombre. Por todo lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado accederá a la solicitud de nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Procuraduría Provincial de Tunja, en primera instancia, y la Procuraduría Regional de Boyacá, en segunda instancia, declararon al señor (...) responsable disciplinariamente, y le impusieron la sanción de destitución del cargo de alcalde municipal de Miraflores - Boyacá e inhabilidad general para ejercer funciones públicas por diez años y tres meses, por cuanto, se violaron las garantías judiciales del disciplinado y el principio de jurisdiccionalidad, consagrados en los artículos 8 y 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, procede la nulidad por el principio de igualdad y protección judicial [...].

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia 11 de octubre de 2023, C.P. César Palomino Cortés radicación: 15001-23-33-000-2014-00564-01 \(5828-2018\)](#)

Aclaración de voto del consejero Gabriel Valbuena Hernández

ACLARACIÓN DE VOTO / DESTITUCIÓN DE CARGO EN ELECCIÓN POPULAR / SERVIDOR PÚBLICO DE ELECCIÓN POPULAR / RESTRICCIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS / COMPETENCIA DEL JUEZ / CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

Problema jurídico: *¿Operó un cambio jurisprudencial en torno a que la Procuraduría General de la Nación tenía la potestad y la habilitación constitucional para sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular con la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 8 de julio de 2020, al resolver en forma definitiva el caso Petro Urrego contra Colombia?*

Tesis: “[...] Con el respeto acostumbrado me permito señalar, que si bien comparto el sentido de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena de la Sección Segunda en este proceso, considero necesario aclarar mi voto para destacar y justificar los cambios de criterio que he adoptado con respecto a la potestad de la Procuraduría General de Nación para imponer sanciones disciplinarias a los servidores públicos de elección popular. (...) el suscrito Consejero de Estado reafirmó en providencias de las que fue ponente o en las que participó como miembro de la sala de decisión de la Sección Segunda, Subsección A, que la Procuraduría General de la Nación tenía la potestad y la habilitación constitucional para sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular, las cuales hicieron tránsito a cosa juzgada. Aquí es necesario puntualizar, que la línea jurisprudencial plasmada en esas decisiones, se vio modificada en forma radical por la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 8 de julio de 2020, al resolver en forma definitiva el caso Petro Urrego contra Colombia, en la cual se señala que las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad, constituyen en la práctica una restricción a los

derechos políticos y contradicen la interpretación que la CIDH hace del artículo 23.2 de la CADH, pues el hecho de que una autoridad administrativa pueda imponer ese tipo de sanciones, transgrede el principio de jurisdiccionalidad, la garantía de imparcialidad, la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Como consecuencia de lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó como garantía de no repetición, que el Estado Colombiano debía adecuar su derecho disciplinario interno en un “plazo razonable”, para hacer concordar la normatividad interna con los estándares internacionales adoptados por esa colegiatura, en el entendido que la potestad de sancionar a los servidores públicos de elección popular, debe ser ejercida por “un juez en proceso penal [...]”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia 11 de octubre de 2023, A.V. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 15001-23-33-000-2014-00564-01 \(5828-2018\)](#)

Aclaración de voto del consejero Rafael Francisco Suárez

ACLARACIÓN DE VOTO / DESTITUCIÓN DEL CARGO PÚBLICO / CARGO PÚBLICO DE ELECCIÓN POPULAR / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / COMPETENCIA DEL JUEZ / COMPETENCIA DEL JUEZ PENAL

Problema jurídico 1: *¿Es evidente e indiscutible que las sanciones de destitución e inhabilidad de servidores públicos de elección popular únicamente pueden ser impuestas por un juez, en proceso penal?*

Tesis 1: “[...] me permito exponer las razones por las cuales, si bien acompaño la decisión adoptada por la Sala, aclaro mi voto frente a la sentencia proferida el 11 de octubre de 2023 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos: En primer lugar, del artículo 23.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos se observa que «[l]a ley» es el sujeto de la oración; «puede reglamentar», una perífrasis verbal; «condena» y «por juez competente», complementos directos; y «en proceso penal», un complemento circunstancial de lugar. Sin embargo, de ese análisis gramatical no resulta evidente e indiscutible que las sanciones de destitución e inhabilidad de servidores públicos de elección popular únicamente pueden ser impuestas por un juez, en proceso penal. Aun así, debo precisar que comparto la intención de la Sala en el sentido de valorar y aplicar la interpretación que hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el artículo mencionado, en la sentencia del 8 de julio de 2020, a través de la cual decidió el caso *Petro Urrego vs. Colombia*. Lo anterior, como expresión del compromiso que tienen las autoridades judiciales colombianas frente al cumplimiento de los tratados internacionales, en los términos del artículo 26 de la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969, sobre el derecho de los tratados. De igual manera, como muestra del respeto por la labor de interpretación que realiza la Corte IDH sobre las normas de la CADH, tomando en consideración que «[c]uando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana». Esta realidad parte, justamente, de la comprensión acerca de la fuerza normativa que tienen en el orden jurídico colombiano los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos, con fundamento en el artículo 93 de la Constitución Política, bajo el entendido que el constituyente concibió un sistema monista moderado que auspicia la integración dinámica entre las normas internas y las internacionales, sobre la base de una relación armónica que viabilice la optimización de unas y otras en la mayor medida posible[...].”

ACLARACIÓN DE VOTO / SANCIÓN DISCIPLINARIA / DESTITUCIÓN DE CARGO PÚBLICO / CARGO PÚBLICO DE ELECCIÓN POPULAR / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / EXCEPCIÓN DE INCONVENCIONALIDAD

Problema jurídico 2: *¿La sentencia en el caso en estudio tiene efecto interpartes en tanto que se hizo uso de la excepción de inconventionalidad?*

Tesis 2: “[...]En tanto la Sección Segunda hizo uso de la excepción de inconventionalidad para dirimir la controversia planteada por el señor (...), las consideraciones y los efectos de la sentencia solo se predicán respecto del caso concreto, por lo que no pueden ser extrapolados, de manera automática, a la solución de litigios diferentes. Esto no significa reducir el mérito de la ratio decidendi contenida en la sentencia

adoptada por la Sala y la del caso Petro Urrego vs. Colombia, sino advertir que su aplicación tendrá que definirse en cada caso particular, teniendo presente que los hechos debatidos en uno y otro proceso giraron en torno a servidores públicos de elección popular que fueron sancionados con destitución e inhabilidad general por la Procuraduría General de la Nación. De ahí que lo expuesto en ambas providencias no resultaría extensible a las controversias relacionadas con el régimen disciplinario que cobija a otros tipos de empleados del Estado [...].”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia 11 de octubre de 2023, A.V. Rafael Francisco Suárez radicación: 15001-23-33-000-2014-00564-01 \(5828-2018\)](#)

2. La sustitución pensional a favor de hermano inválido e interdicto judicialmente es procedente cuando la protección y dependencia económica quedó bajo el cuidado de la causante quien, una vez fallecida la madre, se ocupó de él. Si bien el acto de calificación fue posterior a la data de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, no hace nugatorio el estado de invalidez consolidado de tiempo atrás, para la acreditación del requisito del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

***Síntesis del caso:** El actor demandó de la UGPP, el reconocimiento de la sustitución pensional negada por CAJANAL EICE, en razón a que de acuerdo con sentencia proferida el 28 de octubre de 2008 por el Juzgado Octavo de Familia de Cali, fue declarado interdicto, y además, cumplir con los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, comoquiera que dependía económicamente de su hermana fallecida, con el consecuente pago retroactivo pensional, así como los intereses moratorios y la indexación de las sumas resultantes de conformidad al índice de precios al consumidor.*

BENEFICIARIO SUSTITUCIÓN PENSIONAL / REQUISITOS DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL / HERMANO INVÁLIDO / DEPENDENCIA ECONÓMICA DE HERMANO INVÁLIDO / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / DEPENDENCIA ECONÓMICA / CUMPLIMIENTO DEL FALLO DE TUTELA / SUMAS PAGADAS EN EXCESO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / RECONOCIMIENTO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL.

***Problema jurídico:** ¿El demandante tiene derecho a la sustitución pensional de su hermana fallecida, como beneficiario en calidad de hermano inválido e interdicto judicialmente?*

Tesis: «[...] La pensión de sobreviviente y sustitución pensional se enmarcan dentro del derecho a la seguridad social y tienen como finalidad primordial la de satisfacer la necesidad de subsistencia económica que persiste para quien sustituye a la persona que tenía derecho al reconocimiento de su pensión, una vez producido el fallecimiento de esta, en razón a la desprotección que se genera por esa misma causa. [...] para acreditar la calidad de beneficiario que prevé el literal d), deben concurrir tres supuestos fácticos: i) el primero de ellos que no hubiere otro con mejor derecho en el orden de parentesco enunciado, ii) que sea hermano del causante con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% como lo prevé el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y iii) que su sustento económico proviniera del pensionado o afiliado fallecido. [...] Es preciso aclarar que en virtud del artículo 320 del Código General del Proceso, la competencia del ad quem se circunscribe a los reparos expuestos en el recurso de apelación respecto a la providencia apelada, por lo tanto, no se discute en esta instancia la condición de invalidez del

solicitante, ni el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, así como tampoco, el estado de interdicción declarado judicialmente, porque sobre ello no indicó objeción alguna la entidad apelante. [...] el requisito en estudio comprende una relación de sujeción económica en la cual el causante fallecido otorgaba un sustento a su familiar, que le permitía vivir en condiciones dignas y que, ante la ausencia del primero, se ve menguado su mínimo vital, situación que adquiere mayor relevancia cuando se trata de una persona en condición de discapacidad, en razón de los tratamientos médicos, insumos de rehabilitación y medicamentos que requiere, al igual que las barreras de acceso al trabajo y de reincorporación a la sociedad que padece este grupo poblacional de especial protección constitucional, como lo es un hermano inválido en calidad de beneficiario de la prestación. [...] carece de fundamento la afirmación a la cual se limitó la entidad apelante en la alzada, al debatir la acreditación de la dependencia económica entre ambos hermanos, consistente en que era la madre de aquellos, la que le proporcionaba los recursos, que debe ser el hijo del señor (...), quien le provea lo necesario y que este último contrajo nupcias tiempo de antes de del deceso de la señora (...). [...] la relación probatoria que antecede, ratifica que el demandante no dependía económicamente de su excónyuge ni de su hijo, sino de su hermana (...). Por las razones expuestas, no prospera el motivo analizado de apelación de la entidad demandada. [...] se aclara a la entidad apelante que, si bien el acto de calificación fue posterior a la data de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, no hace nugatorio el estado de invalidez consolidado de tiempo atrás, para la acreditación del requisito del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Ello obedece a que las discapacidades, deficiencias y minusvalías pueden ser originadas a temprana edad, incluso desde el nacimiento o de forma intrauterina, así como permanecer en el tiempo y ser progresivas, de allí que se analiza la historia clínica integral del paciente a lo largo de su vida. En virtud de lo expuesto, se despacha desfavorablemente la objeción sobre este aspecto de la alzada. [...] la entidad demandada profirió la Resolución NRDP 021225 de 09 de mayo de 2013, en cumplimiento del fallo de tutela del 18 de abril de 2013 expedido por el Tribunal Superior de Bogotá, en la cual reconoció y ordenó el pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de (...), en la misma proporción devengada por ella, al señor (...), en calidad de hermano inválido de la causante. Visto lo anterior y considerando que la mesada pensional sustituida ha sido pagada al demandante desde el acto de ejecución referido, en virtud de la protección como mecanismo transitorio que ordenó el juez de tutela y que, a su vez, el tribunal en primera instancia ordenó que se cancelara la prestación deprecada, desde el 11 de julio de 2010, es preciso evitar un doble pago por el mismo concepto derivado de ambas decisiones, en virtud del artículo 128 Constitucional. Por lo tanto, se adicionará un ordinal a la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que la entidad demandada podrá descontar del retroactivo causado desde el 11 de julio de 2010 hasta la fecha de la presente decisión, el cual debe ser actualizado con base en la fórmula consignada en dicha providencia, lo efectivamente hubiera cancelado al demandante en cumplimiento del fallo de tutela. El valor resultante a favor de este, no podrá ser inferior al que percibe actualmente como mesada sustituida, ni en desmedro del mínimo vital del señor (...) b. En conclusión, analizado el objeto de la alzada a la luz de la normativa aplicable, en contraste con las pruebas allegadas al proceso, se confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, dado que prospera uno de los argumentos del recurso de apelación, en los términos señalados. [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de doce \(12\) de octubre de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 25-000-23-42-000-2018-01829-01\(4512-2022\)](#)

3. Se configura la causal eximente de responsabilidad relacionada con la inimputabilidad prevista en los artículos 28 y 41 de las Leyes 734 de 2002 y 1015 de 2006, cuando no existe certeza de que el actor, con el diagnóstico que se le efectuó después de la ocurrencia de los hechos, hubiera actuado con plena conciencia de sus actos bajo una conducta dolosa o culposa.

Síntesis del caso: *El actor, por conducto de apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en orden a que fuese declarada la nulidad de los actos administrativos sancionatorios por medio de los cuales fue declarado responsable disciplinariamente y se le impuso sanción de destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos, en razón a que su conducta estaba amparada bajo una causal de exclusión de responsabilidad, la inimputabilidad, por cuanto, al momento de la ocurrencia de los hechos, padecía de un trastorno mental en el control de sus impulsos, lo cual fue corroborado por un profesional de la salud y por los declarantes dentro de la investigación, quienes afirmaron que los días previos a la ocurrencia de los hechos habían notado al patrullero muy exaltado.*

FALTA DISCIPLINARIA / FALTA GRAVÍSIMA DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / PATRULLERO DE LA POLICÍA NACIONAL / CONTROL JUDICIAL DEL PROCESO DISCIPLINARIO / EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN ACCIDENTE CON ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / VIOLACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Problema jurídico: *Se circunscribe a determinar si con la expedición de los actos administrativos acusados, la entidad demandada incurrió en vulneración del derecho al debido proceso, por cuanto, (i) no se adelantó la etapa de la indagación preliminar; (ii) no era dable adelantar la investigación por el procedimiento verbal, porque no se cumplieron los requisitos; y, (iii) se configuró una causal eximente de responsabilidad disciplinaria.*

Tesis: «[...] respecto al derecho al debido proceso, el artículo 5 ibidem, dispone que “El personal destinatario de este régimen será investigado conforme a las leyes preexistentes a la falta disciplinaria que se le endilga, ante funcionario con atribuciones disciplinarias previamente establecido y observando las garantías contempladas en la Constitución Política y en el procedimiento señalado en la ley. La finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen”. [...] Por su parte, la Ley 734 de 2002 en relación con el principio de presunción de inocencia, consagra en su artículo 9 que “a quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla”. [...] Aunado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. [...] En el sub examine, se observa que la Oficina de Control Disciplinario Interno, luego de que tuviera en su poder algunas pruebas documentales que daban cuenta de la ocurrencia de los hechos, mediante Auto de 5 de noviembre de 2016, decidió llevar a cabo la investigación disciplinaria por el procedimiento verbal; citar a audiencia pública al señor (...) y formularle pliego de cargos, en el que se señaló que, presuntamente, había incurrido en la comisión de la falta gravísima establecida en el artículo 34 numeral 20 de la Ley 1015 de 2006, a título de dolo, procedimiento que estuvo enmarcado dentro de la legalidad, en la medida en que este se llevó a cabo por considerar que las pruebas recaudadas eran suficientes para determinar la responsabilidad del disciplinado, siendo este el requisito para que la investigación disciplinaria fuera llevada a cabo a través del procedimiento verbal. [...] De las pruebas antes mencionadas, no existe certeza de que el actor, con el diagnóstico que se le efectuó después de la ocurrencia de los hechos, hubiera actuado con plena conciencia de sus actos bajo una conducta dolosa o culposa, en la medida en que, primero, en la historia clínica no se hace un análisis detallado del porqué de su diagnóstico y qué lo generó; y, segundo, los profesionales médicos al rendir sus declaraciones no determinan, de forma fehaciente, que una persona con estrés postraumático y un episodio depresivo moderado no pueda presentar una enajenación mental que no le permita comprender la consecuencia de sus actos. [...] Así las cosas, encuentra la Sala que en este caso se configuró la causal eximente de responsabilidad relacionada con la inimputabilidad prevista en los artículos 28 y 41 de las Leyes 734 de 2002 y 1015 de 2006, respectivamente, en la medida en que al analizar, de manera integral, el material probatorio obrante, esto es, informes de novedad, historia clínica del disciplinado, declaraciones del psicólogo y psiquiatra, la versión libre y el dictamen pericial referido, es dable señalar que el patrullero (...) al momento de la ocurrencia de los hechos, el 4 de junio de 2016 a las 10:30 horas, aproximadamente, no tenía la capacidad de comprender y razonar, por la afectación mental que padecía, trastorno de estrés postraumático y depresión moderada, el cual fue de tal envergadura que le afectó la esfera de su personalidad, existiendo una relación de causalidad entre la afectación mental y la conducta efectuada, por lo que no hay duda de que el patrullero actuó de esa forma debido al trastorno mental transitorio con base patológica que tenía en dicho momento. [...] La jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a este

principio ha sostenido que “se trata de una presunción iuris tantum que ofrece la garantía al disciplinado de no ser objeto de sanción alguna hasta tanto no se den los presupuestos legales previstos para ello”. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha considerado que la presunción sólo puede ser desvirtuada cuando se establezca que la conducta que originó la investigación es disciplinable, que la ocurrencia de esta se encuentre debidamente acreditada y, finalmente, que el autor y responsable sea el investigado. [...] En el asunto sometido a consideración, como se mencionó, no se acreditaron por el juzgador disciplinario, siendo esta su obligación en consideración a lo consagrado en el artículo 128 de la Ley 734 de 2002, los requisitos para declarar la responsabilidad disciplinaria, vulnerando con ello el derecho al debido proceso y el principio de presunción de inocencia. [...] la Sala procede a revocar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declarar la nulidad de las decisiones disciplinarias de 24 de marzo de 2017 y 10 de mayo del mismo año, proferidas por la Oficina de Control Disciplinario Interno y la Inspección General, Inspección Delegada Región 6, respectivamente, a través de las cuales el actor fue sancionado, finalmente, con destitución e inhabilidad general por el término de 12 años. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de cinco \(5\) de octubre de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 23001-23-33-000-2017-00485-01\(4024-2021\)](#)

3. Aquellas personas que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 adquirieron el derecho pensional con fundamento en normas municipales y departamentales, merecen protección por vía de la garantía de las situaciones consolidadas al amparo del artículo 146. Los derechos pensionales otorgados en tal virtud, fueron convalidados por expresa disposición del legislador a través del referido artículo, cuya constitucionalidad fue avalada por la Corte Constitucional, siempre que su consolidación hubiere ocurrido antes del 30 de junio de 1997.

Síntesis del caso: *Las Empresas Municipales de Cali - EMCALI, a través de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, demandaron la nulidad de la Resolución 1215 del 13 de junio de 1995, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión convencional a favor de uno de sus empleados, quien para el momento de retiro de la entidad ostentaba la condición de empleado público.*

FIJACIÓN DEL RÉGIMEN SALARIAL DEL EMPLEADO PÚBLICO / FIJACIÓN DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO / COMPETENCIA PARA LA FIJACIÓN DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / COMPETENCIA PARA LA FIJACIÓN DEL RÉGIMEN SALARIAL DEL EMPLEADO PÚBLICO EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA / COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL

Problema jurídico 1: *¿La competencia exclusiva para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos es del Gobierno Nacional, la que está enmarcada por el marco general fijado por el Congreso?*

Tesis 1: “[...] Hasta el 31 de diciembre de 1996, los trabajadores de EMCALI tenían la calidad de empleados públicos por regla general. Por el contrario, a partir del 1° de enero de 1997, con la transformación de su naturaleza jurídica a la de empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, la regla general de vinculación laboral pasó a ser de trabajadores oficiales y excepcionalmente de empleados públicos de

conformidad con lo que se estableciera en sus estatutos, siempre que ello atendiera las previsiones legales que rigen la materia. (...) La Constitución Política de 1991, dispone, en su artículo 150, numeral 19, literal e), que corresponde al Congreso de la República expedir las normas generales a las que se sujeta el Gobierno Nacional para definir los requisitos y condiciones del reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados públicos (...) es ilegal cualquier disposición al respecto, establecida en: (i) normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (ii) convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a este tema. Al respecto la Ley 4ª de 1992, dispuso en sus artículos 10 y 12, que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será el fijado por el Gobierno Nacional, y que cualquier régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la citada ley, o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional, carecerán de efecto y no serán fuente de derechos adquiridos. De acuerdo con lo señalado se tiene que es de reserva legal todo lo relacionado con el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, por lo que la competencia para fijarlo reside en forma exclusiva e indelegable en el Gobierno Nacional atendiendo el marco general dispuesto por el Congreso, por lo que no es posible que una corporación territorial, o un organismo descentralizado por servicios en el mismo orden, pueda arrogarse tal competencia, ya que tal situación atentaría de manera flagrante contra el principio de legalidad» [...]

Problema jurídico 2: *¿Los derechos pensionales reconocidos en virtud de convenciones colectivas a empleados públicos consolidados antes del 30 de junio de 1997 son legales y deben respetarse?*

Tesis 2: “[A] pesar de que los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, este se encuentra limitado, y por tal razón no es posible que esta clase de servidores se beneficien de las convenciones colectivas, motivo por el cual no podrían adquirir esta clase de prestaciones sociales. (...) [E]l legislador consagró una protección especial para aquellas personas que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 adquirieron el derecho pensional con fundamento en normas municipales y departamentales, y en ese sentido, ha de tenerse claro que con fundamento en ello, la situación de muchos quedó consolidada con arreglo a las disposiciones que, a pesar de presumirse legales, contrariaban el ordenamiento jurídico, respecto de la definición del régimen prestacional de los empleados públicos; pero que en garantía de los derechos adquiridos es razonable su protección. Se concluye entonces que las situaciones pensionales que, a pesar de ser de origen extralegal, merecen protección por vía de la garantía de las situaciones consolidadas al amparo del artículo 146, corresponden a la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial, esto es el 30 de junio de 1995, tuvieron una situación jurídica definida, esto es, que se les hubiera reconocido el derecho pensional y, la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial hubieran cumplido los requisitos exigidos por dichas normas, esto es, que hayan adquirido el derecho así no se les haya reconocido. Igualmente, aun cuando la disposición en análisis regula la protección de las pensiones extralegales, fundadas en disposiciones del orden municipal y departamental, adquiridas con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que el inciso final señaló que «las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley», lo cierto es que de una interpretación armónica de todo su contenido, y especialmente del artículo 151 de la misma, así como de la aplicación del principio de favorabilidad, esta Corporación en virtud de la naturaleza del control de constitucionalidad de que fue objeto y los efectos de la decisión que lo hizo, ha entendido que la última fecha que ha de tenerse en cuenta para determinar la existencia o no de un derecho adquirido es el 30 de junio de 1997. Ahora bien, esta Sección mediante sentencia de 29 de septiembre de 2011, unificó la postura sobre el tema al considerar que no se puede dejar de lado, que, en el sector territorial, existieron múltiples regulaciones que, aún sin competencia, regularon y crearon beneficios pensionales, y, por supuesto, se permitió la suscripción y el amparo de convenciones colectivas que han beneficiado y aplicado de manera general no sólo a los trabajadores oficiales, sino también, a los empleados públicos. Por todo lo anterior se puede afirmar que, si bien las decisiones administrativas locales para la regulación del régimen pensional de los empleados públicos, hacia la extensión de beneficios convencionales a éstos transgreden el marco de competencias definido para el efecto en la Constitución, los derechos pensionales otorgados en tal virtud, fueron convalidados por expresa disposición del legislador a través del referido artículo 146 de la Ley 100 de 1993, cuya constitucionalidad fue avalada por la Corte Constitucional, siempre que su consolidación hubiere ocurrido antes del 30 de junio de 1997”.

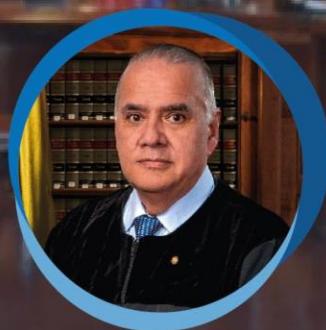
Problema jurídico 3: *¿Hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución 1215 del 13 de junio de 1995, por medio de la cual EMCALI reconoció una pensión vitalicia de jubilación a favor del demandante, en calidad de empleado público, con fundamento en una Convención Colectiva de Trabajo, esto teniendo en cuenta que la consolidación ocurrió antes del 30 de junio de 1997?*

Tesis 3: “[...] [P]ara el momento del reconocimiento pensional efectuado mediante Resolución 1215 de 13 de junio de 1995 el demandado había laborado por más de 20 años al servicio de EMCALI, y tenía más 50

años de edad, requisitos que son objeto de debate en el recurso de alzada, bajo el argumento de no haberse efectuado el reconocimiento pensional conforme con la Ley 33 de 1985, que exigía 55 años cumplidos, y también porque el monto del 90% superó el legal del 75% previsto en la norma en mención. Ahora bien, en primer lugar, se aprecia que el señor (...) se desempeñó en Emcali cuando era un establecimiento público y antes de su transformación en empresa industrial y comercial del Estado, (...) Como ya se indicó a través de la Resolución 1215 del 13 de junio de 1995, se le reconoció al demandado la pensión de jubilación porque había laborado por más de 19 años al servicio de EMCALI y más de 2 años al servicio del Ministerio de Defensa y tenía más 50 años de edad, con fundamento en la Resolución 104 de 14 de octubre de 1983. En el artículo segundo de dicho acto, estableció que EMCALI repetiría contra el Ministerio de Defensa por la parte que le correspondía y que aceptó mediante Oficio MDPSR 177 de 10 de mayo de 1995. Igualmente, en su artículo tercero determinó que una vez el Instituto de Seguros Sociales asumiera el riesgo de vejez, la empresa únicamente pagaría el mayor valor si se generara entre la pensión otorgada por el ISS y la reconocida por EMCALI. Conforme con lo expuesto en precedencia, se advierte que la situación jurídica de carácter individual frente a la pensión de jubilación del señor (...) quedó definida con anterioridad al 30 de junio de 1997, fecha hasta la cual el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 convalidó las pensiones reconocidas por disposición es del orden territorial, dado que fue reconocida el 13 de junio de 1995 (con efectos desde 4 de febrero de ese año) por haber cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios previstos por la Resolución 104 de 14 de octubre de 1983, los cuales corresponden a los establecidos por la Convención Colectiva suscrita en 1995. Ahora bien, el ordinal 3.º del artículo 4.º de la antes mencionada Resolución 104 de 14 de octubre de 1983, así como la Resolución GG-11917 de 7 de diciembre de 1977, ambas proferidas por EMCALI, fueron demandadas ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el cual, declaró su nulidad mediante sentencia de 10 de febrero de 1995, decisión que confirmó el Consejo de Estado en providencia de 2 de octubre de 1996, radicación 11697 (...). En aquella oportunidad, se consideró que la competencia para crear o modificar prestaciones sociales de los servidores del Estado a nivel nacional, departamental o municipal, solamente recaía en el Congreso o el presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias; para lo cual se fundó en anteriores pronunciamientos de la misma Corporación, por lo tanto se concluyó que dichos actos fueron expedidos con falta de competencia por parte de la junta directiva, al establecer, por una parte, el pago de una mesada extra en el mes de diciembre a los jubilados de EMCALI y por otra, unas primas anuales de antigüedad y de continuidad, así como un tope para el reconocimiento de la pensión de jubilación del 90% del promedio de salarios y primas percibido en el último año, por ser emolumentos con carácter de prestación social. Con las anteriores decisiones judiciales desaparecieron del marco jurídico la regla extralegal que sirvió de sustento para el reconocimiento pensional demandado pues la declaratoria de nulidad dejó sin efecto el acto desde su expedición, en tanto que la sentencia que declara la nulidad de una norma tiene efectos ex tunc y es erga omnes comoquiera que elimina la disposición del ordenamiento jurídico, de tal forma que se considera que esta nunca existió, pues la nulidad es originaria e insaneable, situación que en criterio de la entidad demandante, conlleva el decaimiento de la resolución que reconoció la pensión que se discute, por configurarse lo previsto en el ordinal 2.º del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, aplicable al caso. En cuanto a los efectos que dicho pronunciamiento tiene sobre los derechos reconocidos en virtud del acto anulado, debe precisarse que la Ley 100 de 1993 previó la protección de los derechos adquiridos de las personas que alcanzaron los requisitos para acceder a una pensión o se encontraran pensionados al momento de su entrada en vigencia, protección que como se vio, se entiende extendida hasta el 30 de junio de 1997, motivo por el cual, los efectos de la nulidad del acto general no le son aplicables a los derechos pensionales consolidados con anterioridad. [...]"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de catorce \(14\) de septiembre de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 76001-23-31-000-2010-00966-02\(0707-2023\).](#)

SECCIÓN TERCERA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La acción de repetición es improcedente para controvertir el estudio sobre la culpa exclusiva de la víctima realizado en la sentencia condenatoria.

Síntesis del caso: *Un exconscripto demandó al Ejército Nacional en un proceso de reparación directa para solicitar la reparación del daño que sufrió cuando, por accidente, se le disparó su propia arma durante la prestación del servicio militar obligatorio. En dicho proceso se consideró infundada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y se condenó a esa entidad. Ahora, en el proceso de repetición, el Ejército Nacional demanda a ese mismo agente porque insiste en que el daño fue causado por su propia culpa.*

MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN / IMPROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN / DESCONOCIMIENTO DE LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA / PRINCIPIO DE COSA JUZGADA / INEXISTENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

Problema jurídico: *¿En la acción de repetición se puede controvertir el estudio sobre la culpa exclusiva de la víctima realizado en la sentencia condenatoria?*

Tesis: “La Sala confirmará la decisión de rechazar las pretensiones de la demanda porque, con ellas, la entidad demandante está acudiendo indebidamente a la acción de repetición y desconociendo una decisión que ya hizo tránsito a cosa juzgada. [L]a jurisdicción de lo contencioso administrativo ya se pronunció en este asunto, en una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada. En dicha sentencia estableció que el Estado debía responder por las lesiones sufridas por el [demandado] y que estas no fueron causadas por la propia víctima. [E]n la sentencia [...] de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de la cual se condenó al Ejército Nacional al pago de una indemnización a favor del [demandado] y sus familiares, se dispuso que “la entidad demandada no probó alguna de las causales eximentes de responsabilidad”. Es decir, se descartó la culpa exclusiva de la víctima.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 22 de agosto de 2023, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 18001-23-33-000-2014-00044-01\(65133\).](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / COSA JUZGADA / REQUISITOS DE LA COSA JUZGADA / IDENTIDAD DE PARTES / IDENTIDAD DE CAUSA / IDENTIDAD DE OBJETO / FALTA DE IDENTIDAD DE OBJETO / OBJETO DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / REPETICIÓN / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL AGENTE DEL ESTADO

Tesis: “Aclaro mi voto de la decisión mayoritaria por una razón. Se concluyó que existía cosa juzgada en la presente repetición respecto del proceso de reparación directa porque había identidad de partes, de causa y de objeto. Respecto de este último elemento, debo indicar que no comparto que el proceso de reparación y el de repetición hubieran tenido el mismo objeto. Resulta claro que, mientras el objeto del proceso de reparación era que se declarara patrimonialmente responsable al Ejército Nacional, el objeto de la repetición es que se condene patrimonialmente al agente del Estado [...]. No obstante, lo anterior, pese a que, en estricto sentido, debe aceptarse que el objeto fue diferente, lo cierto es que el juez de la reparación directa resolvió el litigio entre las mismas partes y sobre los mismos hechos para concluir que, cuando se causó el daño, no se probó un eximente de la responsabilidad con lo cual se definió que no hubo culpa [del demandado en repetición].”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 22 de agosto de 2023, A. V. Alberto Montaña Plata, radicación: 18001-23-33-000-2014-00044-01\(65133\).](#)

Salvamento de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez

SALVAMENTO DE VOTO / REVOCATORIA DE FALLO DE PRIMERA INSTANCIA / COSA

JUZGADA / REQUISITOS DE LA COSA JUZGADA / INEXISTENCIA DE LA COSA JUZGADA / AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / FALTA DE IDENTIDAD DE OBJETO / FALTA DE IDENTIDAD DE CAUSA / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN / OBJETO DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / CONDENA CONTRA EL ESTADO / DOLO / CONDUCTA GRAVEMENTE CULPOSA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Tesis: “La mayoría de la Sala determinó revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la existencia de cosa juzgada, sin embargo, considero que en este caso particular no se reúnen los presupuestos de esta institución procesal y, por el contrario, se imponía declarar la ausencia de legitimación en la causa por pasiva. [...] Estimo que en estricto sentido no se reúnen los presupuestos de la cosa juzgada porque, contrario a lo considerado por la mayoría de la Sala, no hay identidad de objeto ni de causa entre la reparación directa y la repetición, pues, en relación con el objeto, mientras en la acción de reparación directa el demandante pretende obtener la declaración de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el daño antijurídico causado por la acción u omisión de sus agentes, la entidad estatal demandante en el proceso judicial de repetición persigue lograr el reembolso de la condena que tuvo que asumir con ocasión de la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes y que dio lugar al daño antijurídico [...]. [...] Se imponía declarar la ausencia de legitimación en la causa por pasiva, pues, no podía considerarse al demandado en repetición causante del daño y, simultáneamente, en sede de reparación directa víctima y, por este motivo beneficiario de la condena, cuando no hubo pronunciamiento en tal sentido en el proceso de reparación directa, circunstancia que, a su vez, vulnera el derecho del debido proceso del aquí demandado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 22 de agosto de 2023, S. V. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 18001-23-33-000-2014-00044-01\(65133\).](#)

2. Se declara de oficio la excepción de indebida escogencia del medio de control de reparación directa en relación con las imputaciones que se derivan de actos administrativos de registro.

Síntesis del caso: “Se demanda por una supuesta falla registral de la Superintendencia de Notariado y Registro, cometida a través de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena (Bolívar), por el hecho de haber dado apertura al folio de matrícula inmobiliaria (...) a pesar de que se trata de un inmueble inexistente, igualmente, porque dicha autoridad administrativa emitió sendos actos de registro de varios títulos de adquisición sin realizar previamente un adecuado control de legalidad de los mismos, especialmente respecto del número catastral referenciado en las correspondientes escrituras públicas de transferencia del dominio y sobre el cual posteriormente se supo que, en realidad, pertenecía a un inmueble con un folio de matrícula inmobiliaria distinto que se había cerrado, circunstancia que implicó que a la demandante se le brindara información errónea sobre la propiedad y tradición de un lote que adquirió mediante la escritura pública de compraventa (...)”.

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / APELACIÓN DE LA SENTENCIA DE MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / FINALIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CERTIFICADO DEL REGISTRO DE BIEN INMUEBLE / FALLA DEL SERVICIO DE REGISTRO DE BIEN INMUEBLE / REGISTRO DE BIEN INMUEBLE / ACTO ADMINISTRATIVO DE REGISTRO / CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO / CONFIGURACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CONTENIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO JURÍDICO / NATURALEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / FINALIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Problema jurídico 1: *¿Los actos de registro proferidos por su naturaleza son actos administrativos susceptibles de control jurisdiccional y dado que la parte demandante considera que son contrarios al ordenamiento jurídico e incidieron en su situación particular y concreta, la vía procesal procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho?*

Tesis 1: “[D]os (2) de los tres (3) cargos de la demanda se refieren a que la Superintendencia de Notariado y Registro incurrió en “una falla del servicio registral” por cuanto: (i) dio apertura del folio de matrícula inmobiliaria (...), sobre un bien inmueble aparentemente inexistente y 2; (ii) no ejerció un adecuado control de legalidad respecto de cuatro títulos que se inscribieron en el folio de matrícula inmobiliaria (...), a pesar de que existía una inconsistencia con el código catastral referenciado en las correspondientes escrituras públicas, en atención a que dicha referencia predial pertenecía a un inmueble identificado con un folio de matrícula inmobiliaria diferente (...). Frente a lo anterior, la Sala advierte que el medio de control jurisdiccional de reparación directa consagrado en el artículo 140 del CCA está concebido para procurar la indemnización del daño derivado de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa, siempre que esta última no consista en un acto administrativo, porque, cuando este constituye la fuente de un daño, por regla general, la ley prevé como acción pertinente y procedente la de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) En punto de la naturaleza jurídica de los “actos de registro”, esta Corporación ha considerado que ostentan el carácter de verdaderos actos administrativos por el hecho de que con ellos se pone fin a las actuaciones administrativas de registro y que, además, son pasibles de control jurisdiccional en aplicación del artículo 84 del CCA, hoy 137 del CPACA, según el cual la legalidad de estos actos es susceptible de revisión por parte del juez de lo contencioso administrativo (...). [F]rente a esas dos imputaciones que refieren a actos de registro, dado que la parte demandante considera que son contrarios al ordenamiento jurídico e incidieron en su situación particular y concreta, la vía procesal procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la simple nulidad en los términos del artículo 138 del CPACA, pues, para obtener el resarcimiento del perjuicio resulta necesario el pronunciamiento acerca de la anulabilidad de los actos por violación de los preceptos del Decreto-ley 1250 de 1970 para efectos de desvirtuar la presunción de legalidad y veracidad que revisten tales actos jurídicos.”

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la procedencia del medio de control de reparación directa cuando la fuente del daño es un acto administrativo, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 24 de enero de 2019, rad. 46806, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

DECLARACIÓN OFICIOSA DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES / INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CLASES DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INTERPRETACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / JUICIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRETENSIONES DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CAUSAS DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARACTERÍSTICAS DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACTO ADMINISTRATIVO DE REGISTRO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE REGISTRO / REGISTRO DE BIEN INMUEBLE / INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Problema jurídico 2: *¿Se configuró la indebida escogencia del medio de control de reparación directa respecto de las pretensiones relacionadas con el daño causado por los actos de registro, situación que torna improcedente un pronunciamiento de fondo?*

Tesis 2: “[A]unque la parte actora dijo ejercer, nominalmente, el medio de control de reparación directa, lo cierto es que del contenido de los hechos, de la lectura de las pretensiones y del fundamento jurídico normativo de la demanda, la Sala advierte que lo que realmente se pretendió fue la reclamación de los perjuicios generados con el acto de registro que procedió a la apertura del folio de matrícula inmobiliaria no. 060223834 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena (Bolívar) y de aquellos que en adelante se inscribieron en dicho folio de matrícula inmobiliaria, incluida la anotación de la escritura pública no. 3291 del 15 de noviembre de 2011 de la Notaría 43 del Círculo de Bogotá D.C., a través de la cual la demandante adquirió el bien inmueble objeto de controversia. (...) [D]esde el punto de vista material, las correspondientes pretensiones debieron recabarse a través del medio de control jurisdiccional de la nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la cual la Sala encuentra que parcialmente se configura una indebida escogencia del medio de control, situación que torna improcedente un pronunciamiento de fondo en relación con aquellos planteamientos de la demanda relativos a la apertura del folio de matrícula inmobiliaria sobre un bien inexistente y los posteriores actos de registro, por cuanto la adecuada escogencia del medio de control constituye presupuesto de la sentencia de mérito, tal como lo ha

sostenido esta Sección del Consejo de Estado, coadyuvado por el hecho de que las normas procesales son de orden público y por lo tanto de perentorio cumplimiento según lo dispuesto expresamente en el artículo 13 del CGP.”

NOTA DE RELATORÍA: Frente a la naturaleza de los actos de registro, cita: Consejo de Estado, Sección Primera, auto de 20 de noviembre de 2019, rad. 11001-03-24-000-2013-00215-00, M.P. Nubia Margoth Peña Garzón; auto de 28 de febrero de 2020, rad. 11001-03-24-000-2018-00263-00, M.P. Hernando Sánchez Sánchez; auto de 13 de marzo de 2020, rad. 11001-03-24-000-2018-00446-00, M.P. Roberto Augusto Serrato; auto de 13 de octubre de 2021, rad. 11001-03-24-000-2021-00112-00, M.P. Oswaldo Giraldo López; sentencia de 3 de agosto de 2006, rad. 11001-03-24-000-1995-00208-01, M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta; providencia de 7 de octubre de 2010, rad. 11001-03-24-000-2004-00300-01, M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta; providencia de 3 de noviembre de 2011, rad. 23001-23-31-000-2005-00641-01, M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta; providencia de 31 de mayo de 2018, rad. 25000-23-24-000-2008-00408-01, M.P. Oswaldo Giraldo López; providencia de 23 de febrero de 2023, rad. 25000-23-24-000-2012-00600-01, M.P. Nubia Margoth Peña Garzón; Sección Tercera, sentencia de 21 de noviembre de 2022, rad. 54044, M.P. José Roberto Sáchica Méndez; providencia de 7 de marzo de 2012, rad. 20042, M.P. Hernán Andrade Rincón; providencia de 29 de febrero de 2016, rad. 35941, M.P. Danilo Rojas Betancourth; providencia de 18 de mayo de 2017, rad. 35090, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; providencia de 18 de mayo de 2017, rad. 46132, M.P. María Adriana Marín; Sección Quinta, sentencia de 31 de mayo de 2018, rad. 25000-23-24-000-2008-00408-01, M.P. Lucy Jeanette Bermúdez Bermúdez. Sobre la indebida escogencia de la acción en lo contencioso administrativo, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010, rad. 17811, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y providencia de 23 de noviembre de 2022, rad. 57906, M.P. Fredy Ibarra Martínez.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 7 de septiembre de 2023, C. P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 25000-23-36-000-2014-00698-01\(61166\).](#)

Aclaración de voto del consejero Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz.

ACLARACIÓN DE VOTO / ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / OBJETO DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PRETENSIONES DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / FALLA DEL SERVICIO REGISTRAL / FUNCIÓN REGISTRAL / FUNCIONES DE LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS / OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Problema jurídico 3: *¿En virtud de que la fuente del daño era la información errónea brindada por la Oficina de Registro, la acción procedente es la de reparación directa?*

Tesis 3: “Comparto la decisión de negar las pretensiones de la demanda porque no está probado el daño alegado. Sin embargo, no estoy de acuerdo con que se declare la ineptitud sustancial de la demanda por indebida escogencia de la acción respecto de las pretensiones relacionadas con el acto de apertura del folio de matrícula inmobiliaria y los actos de registro que se inscribieron en este posteriormente. Considero que en este caso el daño alegado por la parte actora no tuvo origen en un acto administrativo, sino en la información errónea que la Oficina de Registro de Cartagena le brindó sobre la tradición y propiedad del inmueble que adquirió por compraventa. Por lo tanto, la acción de reparación directa frente a todas las pretensiones de la demanda sí era procedente.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 7 de septiembre de 2023, A. V. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación: 25000-23-36-000-2014-00698-01\(61166\).](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata.

ACLARACIÓN DE VOTO / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES / INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CLASES DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INTERPRETACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRETENSIONES DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS / ACTO ADMINISTRATIVO DE REGISTRO / ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REGISTRO DE BIEN INMUEBLE / APLICACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA SENTENCIA INHIBITORIA / DEBERES DEL JUEZ / ADECUACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Problema jurídico: *¿En aplicación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, es procedente adecuar el medio de control cuando se encuentra configurada la indebida escogencia de éste y realizar el análisis de fondo?*

Tesis 4: “[D]isiento de las consideraciones que se hicieron en relación con la declaratoria oficiosa de la denominada “indebida escogencia del medio de control” por los reproches de ilegalidad contra la apertura del folio de matrícula inmobiliaria (...), el día 28 de febrero de 2007. (...) [C]onsidero que esa excepción no puede ser declarada en procesos tramitados con base en el CPACA, pues es abiertamente incompatible con su espíritu, según el cual, a diferencia del CCA, hay una única acción de lo contencioso administrativo y varios medios de control (Título III, arts. 135 a 148). (...) [E]l CPACA dotó a los jueces de una herramienta procesal tendiente a evitar sentencias inhibitorias por indebida escogencia pues, según el artículo 171, al proceso se “(...) le dará el trámite que le corresponda, aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada (...)”. De este modo, si la fuente del daño determinaba que el medio de control adecuado era el de nulidad y restablecimiento del derecho, y no el de reparación directa, el juez debió adecuarlo y analizar los correspondientes presupuestos procesales. (...) En el presente caso, el medio de control adecuado, en relación con la apertura del folio de matrícula, estaría caducado y, por ello, el sentido de la Sentencia no cambiaría y lo comparto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 7 de septiembre de 2023, A. V. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-36-000-2014-00698-01\(61166\).](#)

3. La aplicación retrospectiva del sistema de cuadrícula minera a las solicitudes de esa naturaleza que, se radicaron bajo vigencia del anterior sistema de celdas, no representa una vulneración de derechos.

Síntesis del caso: *“Mediante las Resoluciones 173 y 377 de 2020, la Agencia Nacional de Minería denegó una solicitud de declaración y delimitación de área de reserva especial para la explotación de mármol y dolomita, que había sido presentada (...) debido a una superposición. Los solicitantes interpusieron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra dicha entidad, en la que impugnaron tales decisiones, por considerar que se infringieron los artículos 84, 150 y 228 de la Constitución, 4 y 31 de la Ley 685 de 2001 y la Resolución 546 del 20 de septiembre de 2017, debido a que, en su criterio, se aplicaron causales de rechazo posteriores y no previstas en la ley y, además, no era dable desestimar la petición minera porque existieran propuestas previas de terceros.”*

SUBSUELO / PROPIEDAD DEL SUBSUELO / RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / REGALÍAS / CONTRATO DE CONCESIÓN / CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / EXPLOTACIÓN DE LA MINA / EXPLORACIÓN MINERA / NEGOCIO JURÍDICO / REGISTRO MINERO NACIONAL / INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MINERO NACIONAL / SUPERPOSICIÓN DE ÁREAS / DERECHO ADQUIRIDO / INEXISTENCIA DEL DERECHO ADQUIRIDO / PRINCIPIO DE PREFERENCIA / ÁREAS DE RESERVA MINERA / TÍTULO MINERO / BENEFICIARIO DEL TÍTULO MINERO / AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO / APLICACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO / ACTO ADMINISTRATIVO / RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / APLICACIÓN DE LA RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY / RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY

Problema jurídico 1: *¿La aplicación retrospectiva del sistema de cuadrícula minera a las solicitudes de esa naturaleza que se radicaron bajo vigencia del anterior sistema de celdas, representa una vulneración de los derechos de los peticionarios?*

Tesis 1: “(...) se promulgó la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019 -Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, en la que se estipuló que la implementación del sistema de cuadrícula se llevará a cabo de acuerdo con los lineamientos que defina la autoridad minera nacional, que todas las solicitudes y propuestas se evaluarán con base en este y que no se permitirá la superposición de propuestas sobre una misma celda, con excepción de las concesiones concurrentes. A su vez, se prescribió que los títulos mineros otorgados con anterioridad a la vigencia de esa norma migrarán a ese nuevo esquema, manteniendo las condiciones y coordenadas con las que fueron otorgados. En virtud del mandato anterior, la ANM profirió la Resolución 505 del 2 de agosto de 2019, en la que se adoptaron los lineamientos para la evaluación de los trámites y solicitudes mineras a partir del sistema de cuadrícula minera y la metodología para la migración de los títulos mineros a ese esquema, por lo que se previó un período de transición desde la vigencia de ese acto administrativo y hasta el 31 de octubre de 2019, en el que se realizaría la transformación y evaluación de las propuestas de contratos de concesión y solicitudes mineras en trámite. Así, la Resolución 505 de 2019 dispuso que la delimitación del área de las propuestas de contrato de concesión y las peticiones mineras en trámite se establecerá y evaluará con base en la cuadrícula minera prevista en la Resolución 504 de 2018; sin embargo, el Consejo de Estado anuló varios apartes de las reglas de negocio 6.1.2. y 6.1.6. de esa decisión, porque: i) crearon un derecho exclusivo en favor del beneficiario de títulos mineros sobre áreas no comprendidas en su título, al prever el bloqueo de celda cuando es tocada parcialmente por uno o más títulos vigentes, desconociendo el orden de prelaciones; y ii) por favorecer injustificadamente a los titulares mineros al establecer que eran los únicos habilitados para presentar solicitudes de concesión sobre las áreas libres de una celda tocada total o parcialmente por un título minero. En ese contexto, la normativa que en el nivel reglamentario previó el bloqueo total de una celda con un área parcialmente libre, así como la posibilidad de que los titulares mineros adyacentes a aquellas eran los únicos que podían pedir las concesiones salió del ordenamiento jurídico, lo que implica que la proscripción de superposición sobre una misma celda debe entenderse solo respecto del área que se encuentre totalmente ocupada, en el evento en que una solicitud se solapa con un título minero otorgado anteriormente. (...) Para esta Sala, la aplicación retrospectiva del sistema de cuadrícula minera a las solicitudes de esa naturaleza que se radicaron bajo la vigencia del anterior sistema de celdas, no representa una vulneración de los derechos de los peticionarios, en la medida en que para tal momento no existía un derecho adquirido, sino una mera expectativa, además de que tal figura propende por acabar con la incertidumbre del modelo anterior, que generaba una falta de certeza sobre las áreas que se otorgaban para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables. De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es claro que por medio de las Leyes 1753 de 2015 y 1955 de 2019, el legislador estableció el sistema de cuadrícula como un mecanismo para delimitar el área objeto de los contratos de concesión minera en Colombia y dispuso su aplicación inmediata, incluyendo a las solicitudes que se hubieran presentado con anterioridad a la creación de ese mecanismo.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de marzo de 2023, exp. 250002336000-2013-01822-02 (56364). M.P. José Roberto Sáchica Méndez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto del 30 de junio de 2022, exp. 41001-23-31-000-2012-00263-01 (68320). M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 2 de junio de 2023, exp. 11001-03-26-000-2021-00193-00 (67516), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA / INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA / PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS / APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO / APLICACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO / APLICACIÓN DE LA RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY / RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY / SUPERPOSICIÓN DE ÁREAS / OFERTA / CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / CONGRESO DE LA REPÚBLICA / PRELACIÓN DE PROPUESTAS PARA CONTRATOS DE CONCESIÓN MINERA / EXPLOTACIÓN DE LA MINA / EXPLORACIÓN MINERA / CONTRATO DE CONCESIÓN / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO / TÍTULO MINERO / INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA LEY / TERCERO CON INTERÉS LEGÍTIMO / SUPERPOSICIÓN DE ÁREAS / SUPERPOSICIÓN ENTRE SOLICITUDES DE LEGALIZACIÓN DE LA MINERA / MINERÍA TRADICIONAL

Problema jurídico 2: *¿La Agencia Nacional de Minería al negar la petición realizada por los demandantes con fundamento en el sistema de cuadrícula y en la causal de rechazo de ausencia de área libre, infringió, desconoció o vulneró los artículos 84 y 228 de la Constitución Política, así como los artículos 4 y 31 de la Ley 685 de 2001?*

Tesis 2: “[L]a Sala advierte que la causal de rechazo contenida en la Resolución 266 de 2020 de falta de área libre no puede leerse de manera aislada, como lo propone la parte actora, sino que debe interpretarse en sistemáticamente con el conjunto de normas anteriores, lo que evidencia que la proscripción de superposiciones frente a todas las solicitudes y/o concesiones mineras anteriores fue un mandato del

legislador, y la autoridad minera se limitó a desarrollarlo mediante la primera decisión mencionada para las ARE, sin que ello contraríe los artículos 84 de la Constitución y 4 de la Ley 685 de 2001, pues, precisamente, es el Congreso de la República el órgano competente para regular la materia. Ahora, el hecho de que el sistema de cuadrícula se hubiera previsto frente a solicitudes en curso no tiene la vocación de afectar ningún interés o derecho de los solicitantes, ya que la simple propuesta minera solo concede el derecho de prelación respecto de aquellas que se radiquen de manera posterior, pero su simple radicación no otorga por sí misma la posibilidad de explorar y explotar las minas del Estado, pues ello solo surge una vez se cumplen los requisitos para la firma del contrato de concesión y este se suscribe y registra. Esta Subsección, en el contexto del procedimiento para la celebración y perfeccionamiento del contrato de concesión minera bajo el régimen ordinario, que corresponde a una actuación administrativa iniciada por solicitud de parte en ejercicio de un interés particular, ha sido categórica en advertir que la misma no determina el derecho al otorgamiento del título minero, pues con su simple presentación el peticionario solo cuenta con una mera expectativa y con el derecho de prelación respecto de propuestas posteriores. Siguiendo esta directriz, tratándose de las solicitudes reguladas por el artículo 31 de la Ley 685 de 2001, la decisión de otorgar en concesión una zona de reserva especial a las comunidades que hayan ejercido en ella explotaciones mineras tradicionales no puede escapar al razonamiento jurisprudencial, motivo por el cual, mientras el respectivo contrato no se perfeccione, los solicitantes solo cuentan con una mera expectativa frente al cumplimiento de los presupuestos legales exigidos para la consolidación del derecho, lo que de ninguna manera impedía que en este caso la ANM aplicara el sistema de cuadrícula introducido e implementado con posterioridad a la presentación de la petición 20199050351242. Este planteamiento se deduce de la interpretación sistemática de los artículos 14, 16 y 31 de la Ley 685 de 2001, en relación con los cuales, de los dos primeros se deriva que, mientras no se otorgue o perfeccione con el primer interesado solicitante. Conjuntamente, la última disposición, concerniente a la solicitud de delimitación de un ARE, se enmarca también en la misma premisa, con la particularidad de que, además, el otorgamiento de la respectiva concesión involucra exclusivamente a las comunidades mineras que hubieran ejercido las explotaciones tradicionales en el área correspondiente y la suscripción del subsiguiente contrato puede inclusive llegar a impedir las propuestas que se presenten sobre los minerales que no sean objeto de la concesión. En ese punto, la Sala advierte que, al igual que sucede con la Resolución 266 de 2020, la lectura aislada que la parte actora hace del artículo 31 de la Ley 685 de 2001, al señalar que esa norma permite la superposición frente a solicitudes de terceros, no tiene cabida si se interpreta a la par de otras disposiciones como el artículo 16 de ese estatuto, pues, como ya se argumentó, la normativa minera no concede derechos por la simple presentación de la propuesta, ni permite que dos áreas pedidas en concesión o concesionadas coincidan sobre una misma celda, con la precisión de que, de haber una superposición entre un título vigente y una solicitud posterior, no procede su bloqueo frente al área parcialmente libre, ni su petición en concesión exclusivamente por el titular minero adyacente. (...) Una interpretación dirigida a sostener que, al hablarse de "solicitud de terceros", se busca excluirlos desde la misma presentación de la propuesta de ARE, llevaría a concluir que para que aquella proceda basta con presentarla y no con satisfacer los demás requisitos de ley, aspecto que, una vez más, no tiene cabida, pues la normativa sobre la materia en el nivel legal ha propendido porque el derecho minero, en el caso de las ARE, surge solo hasta que la zona pedida se declara y delimita y el contrato se suscribe. Por el contrario, cuando la norma se refiere a que la concesión solo se otorgará a las mismas comunidades que hayan ejercido las explotaciones mineras tradicionales, aunque hubiere solicitudes de terceros, lo que quiere decir es que, si al momento de atribuirse acuden personas que no acreditaron ser mineros tradicionales de la zona declarada y delimitada a solicitar ser incluidos en ella, estos serán excluidos, pues, precisamente, la declaración y delimitación de la ARE es exclusiva para la población que allí desempeñaba la actividad minera tradicional. Esa última interpretación se acompasa con el artículo 16 de la Ley 685 de 2001 precitado, el que, como se explicó anteriormente, dispuso que toda solicitud minera, mientras se encuentre en trámite, no confiere el derecho a suscribir el contrato de concesión, lo que se funda en el principio de primero en el tiempo, primero en el derecho, y cimenta las distintas modalidades en que se puede acceder a la exploración y explotación de recursos no renovables del Estado, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador. En ese orden de ideas, por un lado, el sistema de cuadrícula y la causal de rechazo por falta de área libre eran aplicables, retrospectivamente, a las solicitudes de ARE, aunque se hubieran radicado antes de esa figura y; por otra parte, el hecho de que el artículo 31 de la Ley 685 de 2001 hubiera indicado que la concesión se otorgaría pese a que hubiere propuestas de terceros, no implicaba que la norma permitiera una superposición frente a una misma área, sino que, si personas que no acreditaron ser mineros tradicionales solicitaron ser incluidas en la declaración y delimitación de esa zona y en la suscripción del contrato de concesión, no podrían ser aceptados, por no haber demostrado tal calidad. Precisamente, en el caso de la solicitud de ARE 20199050351242, el trámite no había culminado con el perfeccionamiento de un contrato de concesión, al margen de que existiera un visto bueno preliminar de la ANM frente a la documentación aportada, lo cual, bajo la legislación minera, de ninguna forma otorgaba a los solicitantes derecho alguno, excepto la prelación frente a propuestas futuras, por lo que era válido aplicarle el sistema de cuadrícula y la causal de rechazo de falta de área libre. De la mano con lo anterior, se evidenció que la petición de ARE de los aquí demandantes se superpuso con otras anteriores, lo que, en armonía tanto con el sistema de cuadrícula que proscribió tal escenario,

como con base en el artículo 16 de la Ley 685 de 2001 que estableció la prelación de las solicitudes que primero se presenten, solo podía llevar a su rechazo, debido a que, como ya se explicó, el derecho a explorar y explotar minas del Estado no surge con la simple presentación de la propuesta minera y, en el caso de estudio, no existía una zona libre que pudiera ser otorgada, aunque los solicitantes hubieran demostrado ser mineros tradicionales. Se precisa que no existía un tercero interesado que hubiera manifestado su intención de que se le concediera la ARE, pues, en realidad, había peticiones mineras previas de otra naturaleza cuyas áreas estaban respaldadas por el derecho de prelación de que trata el artículo 16 de la Ley 685 de 2001, en tanto fueron allegadas antes que la de los solicitantes, y frente a aquellas se encontró una superposición, que llevó a concluir que no había área libre, fundamentándose debidamente el rechazo de la decisión. Así, dada la inexistencia de una situación jurídica generadora de derechos para los miembros de la solicitud de ARE 0199050351242, la aplicación retrospectiva del sistema de cuadrícula para la verificación del requisito consistente en que dicha solicitud verse sobre un área libre no desconoce ningún derecho, aun cuando sí pueda legítimamente relegar las meras expectativas fundadas en la simple posibilidad de alcanzar un derecho, dado que estas carecen de relevancia jurídica. Nada impedía entonces que el legislador a través del artículo 21 de la Ley 1753 de 2015 y el artículo 24 de la Ley 1955 de 2019 y la autoridad minera nacional establecieran e implementaran un nuevo sistema -de cuadrícula- para la determinación del área minera a todos los trámites en curso, en el que proscribieran la superposición sobre una misma celda, para que posteriormente la Resolución 266 de 2020 estableciera tal supuesto como una causal de rechazo en las solicitudes de ARE, máxime si la Ley 153 de 1887 dispuso que, en ausencia de situaciones consolidadas, las expectativas pueden ser reguladas, modificadas e incluso cercenadas por el ordenamiento. Lo anterior tampoco tuvo la vocación de contrariar el artículo 31 de la Ley 685 de 2001, en tanto esa norma no permitió la superposición de las solicitudes de ARE respecto de las anteriores que se presentaran sobre la misma área, sino que dispuso que, una vez se fuera a declarar y delimitar la zona pedida y a suscribir el contrato de concesión, no era dable que terceros solicitaran su inclusión. De acuerdo con lo expuesto, partiendo de la premisa de que el sistema de cuadrícula y la proscripción de una superposición sobre una misma celda, que fundaron la causal de rechazo de falta de área libre de la Resolución 266 de 2020, eran aplicables a la solicitud 20199050351242, sin que ello contrariara el artículo 31 de la Ley 685 de 2001, la ANM encontró que tal petición se sobrepuso con otras más antiguas, lo que impedía acceder a la delimitación y otorgamiento en concesión de un ARE, ante la falta de zona libre para continuar con el trámite. De modo que, atendiendo el alcance de los cargos aquí planteados, la finalización del trámite a través de las resoluciones demandadas, que aplicaron normas posteriores a la presentación de la solicitud que presentaron los actores, se ajustó a las normas superiores y no desconoció los artículos 84 y 228 de la Constitución y 4 y 31 de la Ley 685 de 2001, ya que la entidad demandada se limitó a aplicar la normativa vigente para el momento en que resolvió aquella. Como consecuencia, se desestima el cargo materia de estudio. (...) En el asunto de estudio se demandaron las resoluciones que rechazaron la solicitud de ARE 20199050351242 por una superposición respecto de peticiones anteriores, debido a que, en esencia, se consideró que se incurrió en una infracción de las normas superiores por la aplicación retrospectiva del sistema de cuadrícula y de la causal de rechazo de falta de área libre de la Resolución 266 de 2020, así como se desconoció el artículo 31 de la Ley 685 de 2001 que permitía que la ARE se declarara y delimitara, aunque existieran propuestas de terceros. La Sala encontró que no se incurrió en una infracción de las disposiciones invocadas, ya que la aplicación retrospectiva de las normas del sistema de cuadrícula a las solicitudes en curso fue un mandato del legislador que no afecta ningún derecho, en tanto en esa etapa solo se cuenta con una mera expectativa y; además, la aplicación de la causal de rechazo de falta de área libre no era contraria al artículo 31 de la Ley 685 de 2001, dado que ese segundo mandato, al referirse a que se concedería el ARE aunque hubiera propuestas de terceros, no buscaba permitir superposiciones, sino impedir que, cuando se otorgara el contrato, tercero que no participaron en el procedimiento minero pudieran ser incorporados en el otorgamiento de derechos producto de la suscripción de la concesión minera..”

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al tema, ver, Corte Constitucional, sentencia T-110 del 22 de febrero de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Corte Constitucional. Sentencias T-164 del 27 de abril de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero; sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz y sentencia C-596 del 20 de noviembre de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Así mismo, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2021, exp. 11001-03-26-000-2015-00014-00 (53038), M.P. José Roberto Sáchica Méndez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 22 de abril de 2015, exp. 05001-23-31-000-2006-03648-01(48202). M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 6 de julio de 2017, exp. 25000-23-26-000-2008-00553-01(38338), M.P. Danilo Rojas Betancourth.

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FALTA DE NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INDEBIDA NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA / MEDIOS DE PRUEBA / ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA

**CONCLUYENTE / EFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE /
NORMATIVA DE LA NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE / CONCEPTO DE LA
NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE / VALIDEZ DE LA NOTIFICACIÓN POR
CONDUCTA CONCLUYENTE / PROCEDENCIA DE LA NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA
CONCLUYENTE / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACIÓN PERSONAL /
NOTIFICACIÓN POR EMPLAZAMIENTO / SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL /
SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL ADMINISTRATIVA / INFRACCIÓN DE NORMA
SUPERIOR / INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / DERECHO DE ACCIÓN /
EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN**

Problema jurídico 3: *¿Las resoluciones 173 y 377 de 2020 objeto de impugnación, proferidas por la Agencia Nacional de Minería, se notificaron en debida forma?*

Tesis 3: "Infracción de las normas superiores por una indebida notificación de las resoluciones impugnadas (...) La Subsección precisa que la indebida notificación del acto administrativo ha sido considerada una irregularidad que puede afectar los derechos de los sujetos objeto de las actuaciones administrativas y cuya consecuencia es que esa decisión, en tal escenario, no es exigible, ni puede producir los efectos que le son inherentes o, en otras palabras, no es oponible a quien no se le dio a conocer, sin que, en todo caso, ello derive en la nulidad de la actuación, pues no es un vicio que incida en su validez, sino en su eficacia. Lo anterior exige la demostración del desconocimiento de la decisión, so pena de la configuración de fenómenos como la notificación por conducta concluyente, que surte plenos efectos como si se tratara de la personal o por estado. La notificación por conducta concluyente es un medio válido de conocimiento de una decisión por su destinatario en la que, aunque la entidad que dicta la actuación no la haya notificado mediante los medios convencionales, el alcance de su contenido es percibido por el interesado de manera integral, lo que puede identificarse, verbi gracia, porque actúa de manera posterior bajo el entendido de que comprende el alcance de lo dispuesto, por lo que se entiende notificado para todos los efectos. En ese contexto, el artículo 269 de la Ley 685 de 2001 estableció la forma en que se realizarían las notificaciones en los procedimientos administrativos mineros y previó la notificación por estado como regla general; y la personal o, el emplazamiento, de desconocerse la ubicación del destinatario, cuando se rechace una propuesta, se resuelvan oposiciones y se disponga sobre la comparecencia de terceros. Pese a que la notificación por conducta concluyente no fue dispuesta en la Ley 685 de 2001, sí se dispuso en el CPACA, cuya aplicación en sede administrativa entra a suplir los vacíos de los estatutos especiales, como lo es el Código de Minas, el que prescribió en su artículo 72 que, sin el lleno de los requisitos de ese estatuto no se tendrá por hecha la notificación, salvo si el interesado revela que conoce el acto, consiente la decisión o interpone los recursos legales, aspecto que tiene como consecuencia práctica reconocerle efectos al hecho de que el destinatario conozca la declaración por otros medios distintos a los convencionales destinados para tal fin. Ante ese panorama, pese a que no está demostrado que los señores (...) hubieran sido notificados de la Resolución 377 de 2020, lo cierto es que aquellos, junto con el señor (...), presentaron solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público respecto de las resoluciones impugnadas, en el que manifestaron en detalle por qué consideraban que su contenido infringía las normas superiores, por lo que se vislumbra que para ese momento conocían su contenido, pues de lo contrario no habría sido posible que elevaran un juicio de legalidad frente a tales actos de la Administración. Así las cosas, aunque no haya constancia de la notificación por la ANM a los sujetos indicados, sí conocían las Resoluciones demandadas, al punto de que impugnaron su contenido ante esta Corporación, lo que permite a la Sala descartar la existencia de una falta de notificación y, por ende, de una irregularidad que impidiera oponerles las Resoluciones 173 y 377 de 2020 a los destinatarios aquí demandantes, para lo cual, se reitera, que ello en ningún caso habría derivado en la anulación de las actuaciones impugnadas, en la medida en que tal circunstancia no tiene la vocación de afectar la validez de los actos administrativos. En suma, cualquier irregularidad respecto de la notificación de las resoluciones impugnadas se saneó en vista de la notificación por conducta concluyente antes analizada, pues todos los actores conocieron la decisión debidamente y ejercieron el derecho de acción sin inconveniente, además de lo cual ello no habría llevado a que se anularan los actos administrativos demandados, de modo que el segundo cargo se desestima. (...) Por otro lado, tampoco se encontró configurada una indebida o falta de notificación, ya que, si bien solo se demostró el agotamiento de ese procedimiento por la ANM respecto de (...), en cuanto a (...) operó la notificación por conducta concluyente, como se evidencia en la solicitud de conciliación extrajudicial, pues conocían el contenido y el sentido de las resoluciones impugnadas para ese momento, aspecto frente al cual se precisó que, de todos modos, ello no habría llevado a anular los actos impugnados, por tratarse de un eventual defecto con incidencia en su eficacia y no en su validez".

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de mayo de 2023. Radicado 76001-23-31-000-2008-00838-01, exp. (54379). M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de febrero de 2021, exp. 41001-23-33-000-2013-00134-02(64401), M.P. Marta Nubia Velásquez; sentencia del 4 de junio de 2021, exp. 08001-23-33-000-2014-00621-

01(63851), M.P. Marta Nubia Velásquez y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto del 30 de junio de 2022, exp. 41001-23-31-000-2012-00263-01 (68320). M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 08 de agosto de 2023; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-26-000-2022-00206-00\(69267\)](#)

4. La Fiscalía debe responder a título de falla del servicio, por la privación injusta de la libertad de una persona, cuando la medida de aseguramiento resulta ilegal por no cumplir los requisitos de ley.

Síntesis del caso: *“El señor [víctima directa de privación de la libertad], previa orden del Fiscal 16 Seccional de Sincelejo, fue capturado en Ovejas (Sucre) el 17 de agosto de 2003, sindicado de Rebelión y vinculado a una investigación abierta con asiento en informes de Policía Judicial e Inteligencia, como en el dicho de los informantes, que sirvieron de base para que, el 2 de septiembre de 2003, se definiera su situación jurídica con detención preventiva sin beneficio de libertad provisional, decisión que, en sede de segunda instancia, el 7 de noviembre de 2003 revocó el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Sincelejo, quien dispuso su libertad inmediata después de dos meses y veinte días de privación. Finalmente, el 3 de febrero de 2006 el Juez Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, fincado en el principio *In dubio pro reo* le absolvió, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Sincelejo el 25 de junio de 2007. Los demandantes reclaman por los perjuicios materiales e inmateriales que, en su sentir, sobrevinieron a este proceso y a la privación de la libertad dictaminada dentro del mismo.”*

CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN 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 / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / DAÑO ANTIJURÍDICO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / CONTROL DE LEGALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / RAZONABILIDAD / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD / REBELIÓN / SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA / PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO REO / DETENCIÓN PREVENTIVA / DETENCIÓN PREVENTIVA SIN BENEFICIO DE EXCARCELACIÓN / FALLA DEL SERVICIO

Problema jurídico 1: *¿Demostró la parte actora haber padecido un daño antijurídico como consecuencia de la privación de la libertad de que fue objeto el señor [víctima directa] en el marco de una investigación penal por el delito de rebelión que concluyó con decisión absolutoria en aplicación del “*in dubio pro reo*”, por ser ilegal la medida de aseguramiento de detención preventiva, impuesta por la Fiscalía General de la Nación?*

Tesis 1: “Sobre la declaración de responsabilidad deprecada (...) El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Así, para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado, deben concurrir dos (2) presupuestos: (i) un daño antijurídico y (ii) su imputación al Estado por la acción u omisión de autoridades públicas. (...) La Ley 600 de 2000, vigente en el momento de los hechos, establecía que la medida de aseguramiento de detención preventiva procedía cuando existieran dos (2) indicios graves de responsabilidad, con base en pruebas legalmente producidas en el proceso, y el delito imputado fuera castigado con pena de prisión mínima de cuatro (4) años o fuera mencionado en el artículo 357.2 *Ibidem*. Con todo, la estricta coherencia que debe ser observada con la comprensión que se ha hecho del daño antijurídico como aquel quebranto que el titular del patrimonio lesionado no está obligado a soportar, lleva a entender que, en algunas ocasiones, el daño causado con plena observancia de la ley y de la principalística rectora de la actuación del órgano demandado puede, sin embargo, resultar intrínsecamente injusto. Esa la razón por la que el juicio relativo a la juridicidad del daño no se agota con la verificación de la observancia del actuar conforme a derecho positivo de la

autoridad que causó el mismo, verificación que siempre viene necesaria para preservar el sentido correctivo y propedéutico que cumple el juicio de responsabilidad estatal aquiliana y, por el contrario, debe extenderse al análisis de su conformidad con la justicia. Así lo reclama un correcto entendimiento del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. Esa injusticia, cuando de una privación de la libertad personal por causa de detención preventiva dispuesta con ocasión de una investigación penal se trata, como bien lo advirtió la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 1996, no puede determinarse linealmente a partir del resultado absolutorio o equivalente, del proceso penal. Tampoco emerge de forma automática por descarte de la antijuridicidad que reposa en la causación del daño. Debe surgir de una adecuada relación entre los fines que se pretendían satisfacer con la medida (...), y la contribución que haya prestado la conducta del penalmente procesado a la configuración de la convicción con el grado de probabilidad que exigía la ley para su decreto, de una apariencia de su responsabilidad en el asunto (razonabilidad). Además, la medida de aseguramiento no puede equivaler o superar el monto de pena previsto para el delito. (...) Ahora bien, en el procedimiento penal adelantado, el nivel de certidumbre de la responsabilidad del imputado debía incrementarse a medida que avanzara el proceso, pasando de la posibilidad, al resolver la situación jurídica, a serios motivos de credibilidad, cuando se califica el mérito del sumario, y luego a la certidumbre requerida, por último, para dictar sentencia condenatoria que supere la presunción de inocencia. (...) es necesario determinar si la restricción del derecho a la libertad que por espacio de 2 meses y 20 días padeció el actor (...), constituyó daño antijurídico y, de contera, si éste puede ser imputable a los organismos demandados, previa verificación de la existencia del daño. En cuanto al daño protestado por la parte actora, esto es, la sindicación, detención y privación de la libertad del señor (...), la Sala lo encuentra acreditado, como quiera que, como consta en la Certificación de la Dirección del establecimiento en que estuvo internado, el mencionado señor permaneció privado de la libertad en establecimiento carcelario desde el 18 de agosto de 2003 hasta el 7 de noviembre de la misma anualidad, habiendo sido capturado 1 día antes —17 de agosto de 2003—, lo que viene a indicar que la privación, en suma, se extendió en el tiempo por 2 meses y 20 días como ya se anotó. (...) Habrá que determinar seguidamente, si ese daño o perjuicio devino antijurídico, como fue admitido por el actor, pues no basta que recaiga sobre un interés que goce de tutela o amparo jurídico, sino, además, que no exista título legal que lo justifique o legitime, como acontece en el *sub lite*, dado que aquel puede revestirse del calificativo antijurídico, en cuanto la medida, de aseguramiento fue manifiestamente ilegal e infundada como pudo advertirlo desde los albores del proceso penal, en sede de segunda instancia, el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito de Sincelejo. Esto es así, habida cuenta que, tal como se desprende de las pruebas, el señor (...) fue capturado junto con otras 142 personas el 17 de agosto de 2003 en Ovejas (Sucre), en cumplimiento de la orden expedida por el Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Sincelejo, con lo cual, en apariencia, se cumplieron los presupuestos del artículo 350 del CPP que exigía la mediación de un mandato judicial para que la Policía pudiera proceder legítimamente a capturar a una persona que no se encuentre en estado de flagrancia. Ahora, en cuanto a la restricción de la libertad proveniente de la imposición de la medida de aseguramiento derivada de la definición de la situación jurídica del sindicado, se encuentra, en primer lugar, que aquella no estuvo conforme al artículo 356 de la Ley 600 de 2000, norma que exigía contar por, lo menos con dos indicios graves de responsabilidad, dando por descontados los informes de Policía e Inteligencia, como los dichos o versiones de los informantes en ellos contenidas, cuya eficacia probatoria es nula por prescripción del artículo 314 *ibidem*, en cuanto estas exposiciones no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación; disposición restrictiva que no se observó en el *sub lite*, (...) En otras palabras, la medida de aseguramiento se basó exclusivamente en los informes de policía en los cuáles se decía que unos reinsertados habían señalado a sendas personas de pertenecer o auxiliar a grupos insurgentes, no obstante, la Fiscalía no desplegó ninguna actividad probatoria de su cuenta para corroborar lo expuesto en los precitados informes, siendo que aquellos, a lo sumo, servían de insumo para iniciar la investigación, pero de ningún modo ofrecía respaldo indiciario para imponer la medida de aseguramiento, por cuanto, la ley penal expresamente disponía que dichos informes carecían de valor probatorio. De ahí que, para la Sala, la medida - detención preventiva sin beneficio de excarcelación que pesó sobre el señor (...) no fue razonable, ni mucho menos justa, en cuanto no estaban reunidos los requisitos probatorios para imponerla; perspectiva desde cuya óptica la demandada incurrió en falla del servicio. Se releva así la Sala de pronunciarse sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida cautelar que nos ocupa, por las razones antedichas. (...) Así las cosas, la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta al demandante fue ilegalmente adoptada, esto es, no ceñida al principio de razonabilidad, lo que significa que, constituyendo un menoscabo a la libertad física de aquel —con lo que le irrogó un daño a el actor y a su hijo (...) — admite, a la luz de las pruebas traídas a este contencioso, predica de que haya sido causado de manera antijurídica. Así mismo, el organismo llamado a responder por el daño irrogado de manera antijurídica a los demandantes es la Nación - Fiscalía General de la Nación, en cuanto fue quien impuso la medida de aseguramiento, dentro del esquema del proceso inquisitivo que establecía, para entonces, la Ley 600 de 2000.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el daño antijurídico, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de mayo de 1992, exp. 6771, M.P. Daniel Suárez Hernández; sobre la privación de la libertad,

ver: Corte Constitucional, sentencia SU-072 de 2018. Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996. Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 122. Corte IHD, Caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C N°35, párr. 77. Comisión IDH. Informe 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 100 y 102 y 105.

CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / INEXISTENCIA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REBELIÓN

Problema jurídico 2: *¿La conducta de la víctima incidió en la causación del daño, es decir, fue determinante de la medida de aseguramiento?*

Tesis 2: “[E]n lo que atañe al análisis de la culpa exclusiva de la víctima como causa efectiva del rompimiento del nexo o juridicidad del daño, allende el estadio en el que se lo examine en estos contenciosos, lo cierto es que tal auscultación no debe efectuarse a la luz de la acción u omisión del sujeto activo en relación con los supuestos fácticos que dieron origen a la investigación penal en su contra, toda vez que ello le corresponde al juez natural, sino por el contrario, desde la óptica de la conducta procesal desplegada por el sindicado, como causa efectiva de la privación de la libertad padecida. De acuerdo con lo anterior, revisada la conducta procesal del señor (...), como causa determinante de la medida de aseguramiento, para dar respuesta al argumento en tal sentido alegado por una de las apelantes, esta Subsección constata que de ninguna manera el actuar del demandante incidió en la causación del daño, ya que se comprueba que durante la investigación penal el inculpado cumplió la orden de detención, sin que en el expediente obre medio de convicción que muestre oposición alguna o actuación procesal dilatoria que prestara mérito para colegir que la privación de la libertad se dio por maniobras tendenciosas.”

FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / LÍMITES DE LA FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / PRESUNCIÓN DE QUE TODA PERSONA QUE SE ENCUENTRE EN EDAD PRODUCTIVA DEVENGA / CARGA DE LA PRUEBA / APLICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA / EXIGENCIA DE CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / DAÑO AL BUEN NOMBRE / BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO / DAÑO A BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO / DEBERES DE LAS PARTES DEL PROCESO / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Problema jurídico 3: *¿Pueden declararse de oficio los perjuicios por el tiempo que tarda la persona que fue privada de la libertad en hallar empleo y por el daño infringido a bienes constitucional y convencionalmente protegidos como el honor y buen nombre, conforme con la sentencia de unificación de noviembre de 2021?*

Tesis 3: “La parte demandante reclamó por el reconocimiento en punto de daño materiales —lucro cesante— de los 8,75 meses que la jurisprudencia de esta Corporación tenía reconocidos, como tiempo estimado que una persona que deja la cárcel tarda en hallar empleo, y, por el daño infligido a bienes constitucional y convencionalmente protegidos —honor y buen nombre—, denegados por el a quo bajo argumento según el cual no fueron pedidos en la demanda introductoria, sino extemporáneamente en la alegación conclusiva, que para el actor han debido reconocerse de oficio conforme a criterios impuestos de vieja data por esta Colegiatura, bajo la égida del principio de reparación integral. A ese particular, la Sala advierte que el a quo obró no solo conforme al precedente sino en puridad de justicia, pues siendo del derecho preclusivo, inexplicablemente la parte actora dejó de incorporar en su reclamo los dichos perjuicios, como que nada dijo la demanda introductoria sobre el asuntos ni hay constancia en el expediente que aquella haya sido reformada por adición, por lo que no es atendible para esta Sala la extemporánea petición, pues se arredraría contra el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción que asisten a la parte demandada. Ahora, espera el apelante que se declaren de oficio los mencionados perjuicios, no obstante, de acuerdo con la sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021 (46681) no procede tal vocación, dado que el reconocimiento de perjuicios es la consecuencia de lo que la parte actora haya demostrado en el proceso, no habiendo cabida para las presunciones que antes se aplicaban.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los perjuicios por privación injusta de la libertad, ver: sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021, exp. 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681) M.P. Martín Bermúdez Muñoz

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 08 de agosto de 2023; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 70001-23-31-000-2010-00016-01\(61262\)](#)

SECCIÓN
CUARTA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. El término para solicitar la devolución del impuesto de registro, respecto de actos no registrables, no puede ser reducido por las entidades territoriales, en virtud de su autonomía fiscal, dado que, para el efecto, opera el reenvío a las normas nacionales que para ello prevén el plazo de prescripción de la acción ejecutiva del artículo 2536 del Código Civil.

Síntesis del caso: *Se anuló la expresión «10 días hábiles» contenida en el numeral 1 del artículo 160 de la Ordenanza 077 de 2014, Estatuto Tributario del departamento de Santander, en cuanto establecía ese término para solicitar la devolución del impuesto de registro pagado respecto de actos no registrables. La Sala concluyó que dicho término es ilegal, por ser contrario al de cinco años que las normas nacionales superiores establecen para ese tipo de solicitudes, disposiciones que son las aplicables en el orden territorial, puesto que en ese ámbito opera el procedimiento tributario nacional, en virtud del reenvío expreso que el artículo 59 de la Ley 788 de 2002 hace al Estatuto Tributario Nacional.*

DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO DE REGISTRO PAGADO RESPECTO DE ACTOS, CONTRATOS O NEGOCIOS JURÍDICOS NO REGISTRABLES / ACTO, CONTRATO O NEGOCIO JURÍDICO NO REGISTRABLE / HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO DE REGISTRO / DEVOLUCIÓN DE PAGOS EN EXCESO O DE LO NO DEBIDO POR IMPUESTO DE REGISTRO / TÉRMINO PARA LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN DE PAGOS EN EXCESO O DE LO NO DEBIDO POR IMPUESTO DE REGISTRO / PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO TERRITORIAL - Remisión al Estatuto Tributario Nacional / UNIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO NACIONAL Y TERRITORIAL - Alcance del artículo 59 de la Ley 788 de 2002. Reiteración de jurisprudencia / TÉRMINO PARA LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN DE PAGOS EN EXCESO O DE LO NO DEBIDO - Aplicación del término de prescripción de la acción ejecutiva del artículo 2536 del Código Civil / AUTONOMÍA IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Sujeción a la constitución y la ley. Reiteración de jurisprudencia / TÉRMINO DE 10 DÍAS HÁBILES PARA LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO DE REGISTRO PAGADO RESPECTO DE ACTOS, CONTRATOS O NEGOCIOS JURÍDICOS NO REGISTRABLES - Ilegalidad parcial del numeral 1 del artículo 160 de la Ordenanza 077 de 2014, Estatuto Tributario del departamento de Santander

Problema jurídico: *¿El término de diez (10) días hábiles para solicitar la devolución del impuesto de registro pagado en relación con un acto no registrable, previsto en el numeral 1º del artículo 160 de la Ordenanza 077 del 23 de diciembre de 2014, proferida por la Asamblea Departamental de Santander, desconoce el ordenamiento jurídico superior?*

Tesis: “El parágrafo 1º del artículo 233 de la Ley 223 de 1995 dispone que «[c]uando el acto, contrato o negocio jurídico no se registre en razón a que no es objeto de registro de conformidad con las disposiciones legales, procederá la devolución del valor pagado. Dicha devolución será realizada por la entidad recaudadora y podrá descontarse en la declaración de los responsables con cargo a los recaudos posteriores hasta el cubrimiento total de su monto». De modo que, la ley no estableció un término para solicitar y realizar la devolución del impuesto de registro. Por su parte, la norma local enjuiciada prevé que, en el anterior evento, la oficina de registro de instrumentos o la cámara de comercio respectiva expedirá una nota devolutiva la cual, una vez ejecutoriada, el contribuyente contará con diez (10) días hábiles para solicitar la devolución del impuesto ante el departamento. Para resolver, se advierte que la Sección al estudiar la legalidad de los incisos cuarto y quinto del artículo 15 del Decreto 650 de 1996 [Sentencia del 24 de septiembre de 2020, exp. 21206, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez (E)], precisó que en los eventos en los cuales se niegue la inscripción porque el acto no es susceptible de registro o por desistimiento de los interesados, se está ante un pago de lo no debido, en tanto no se hizo efectivo el registro y, consecuentemente, no se configuró el hecho generador del impuesto en los términos del artículo 226 de la Ley 223 de 1995. Ahora bien, el artículo 235 ejusdem establece que «[l]os departamentos aplicarán en

la determinación oficial, discusión y cobro del impuesto [de registro] los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional», norma frente a la cual, en la sentencia del 5 de marzo de 1999 [Exp. 9203, C.P. Daniel Manrique Guzmán] esta Sección indicó que «en cualquier circunstancia en que se tenga por realizado el supuesto del pago en exceso o del pago de lo no debido del impuesto de registro, debe entenderse que el plazo para la devolución de dicho pago se rige por las disposiciones de los artículos 850 y sgts. del Estatuto Tributario nacional, mientras no se establezca otra norma que disponga válidamente lo contrario». Dicha posición fue rectificada en la sentencia del 31 de julio de 2009 [Exp. 16577, C.P. Héctor Romero Díaz], en la que se estudió la devolución de pagos en exceso o de lo no debido en el impuesto de registro (que no se originan por un saldo a favor) e indicó que las normas aplicables son los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997, según los cuales el plazo para solicitar la devolución es el mismo término de prescripción de la acción ejecutiva, esto es, cinco años (art. 2536 del Código Civil). En la sentencia del 15 de septiembre de 2022 [Exp. 26315, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto], la Sala estudió la legalidad del numeral 3 del artículo 160 de la ordenanza enjuiciada en este proceso, en la que se concluyó lo siguiente: «[L]os artículos 11 y 16 del Decreto 2277 de 2012, compilados en el artículo 1.6.1.21.22 del Decreto 1625 de 2016, disponen que las solicitudes de devolución y/o compensación por pagos en exceso y de lo no debido, deben presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil, es decir, cinco años; igualmente predicable para las solicitudes presentadas en vigencia del Decreto 1000 de 1997, por cuenta de la línea jurisprudencial sobre la materia. Acorde con lo anterior y toda vez que el demandado se encontraba obligado a atender las disposiciones anteriormente referidas, por razón de la máxima legal que ordena aplicar el procedimiento tributario nacional en el ámbito territorial, la Sala concluye que el término de seis meses previsto en los apartes de las normas departamentales acusadas deviene ilegal, por oponerse al de cinco años previsto en las normas nacionales superiores en las que aquellas debieron fundarse [...]». Por las anteriores razones, el argumento del departamento sobre la imposibilidad de aplicar las normas del Estatuto Tributario relacionadas con la devolución de saldos, no está llamado a prosperar. Frente al otro reparo del apelante, en relación con que el artículo 59 de la Ley 788 de 2002 permite a las entidades territoriales establecer procedimientos simplificados y disminuidos frente a los previstos en el Estatuto Tributario Nacional, en virtud de la naturaleza del impuesto de registro, basta con reiterar lo analizado por la Sala, en los siguientes términos: «En ese contexto opera el artículo 59 de la Ley 788 de 2002, que ordenó a los departamentos y municipios aplicar “los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados.” Y, así mismo, aplicar el procedimiento administrativo de cobro a las multas, derechos y demás recursos territoriales, previendo que el monto de las sanciones y el término de la aplicación de los procedimientos anteriores podía disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de sus tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de estas respecto del monto de los impuestos. La norma anterior fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1114 de 2003, en el entendido de que la remisión a las normas nacionales «es una interferencia razonable del legislador, orientada a promover procedimientos tributarios equitativos para los administrados y eficaces para la administración y adecuables a las connotaciones propias de la materia tributaria a cargo de las entidades territoriales». Asimismo, esta Sección ha precisado que las facultades otorgadas para disminuir el monto de las sanciones y simplificar el término de aplicación de los procedimientos, aplicables de acuerdo con la naturaleza de los tributos y su proporcionalidad con el monto de los impuestos, no pueden ejercerse para llenar vacíos legislativos ni conllevar una limitación injustificada de la autonomía de las entidades territoriales, precisamente porque el propio constituyente les ordenó ejercer sus competencias conforme a la Constitución y a la ley; y, en términos generales, que el legislador puede trazar pautas, orientaciones y regulaciones o limitaciones generales para el ejercicio de la potestad impositiva territorial por no ser absoluta, siempre que no se inmiscuya en materias de competencia exclusiva de las entidades territoriales, y que las entidades territoriales debían ajustar los acuerdos u ordenanzas a las previsiones del Título V del Estatuto Tributario Nacional, para así lograr la unificación de los mismos». En ese orden de ideas, el término de diez (10) días hábiles para solicitar la devolución del impuesto de registro en el evento de que el acto no sea registrable, previsto en la norma demandada, contraría el ordenamiento jurídico superior, pues no se trata de una simplificación de los procedimientos tributarios territoriales ni una disminución de los montos de las sanciones, sino de la pretermisión de los plazos dispuestos legalmente para las devoluciones, por lo que procede su nulidad parcial. Ahora, se advierte que el aparte del numeral 1 del artículo 160 de la Ordenanza 077 de 2014 -norma demandada-, corresponde a los eventos en los que no se inscriba el documento debido a que no es objeto de registro, y no a los casos de pagos en exceso o de lo no debido (num. 3 ibidem) -anulada parcialmente en la sentencia del 15 de septiembre de 2022-, por lo que se modificará el ordinal primero de la sentencia apelada, en tanto se indicó que la nulidad declarada procede «solamente en cuanto se refiere a plazos para solicitar la devolución del pago en exceso o pago de lo no debido, tratándose del impuesto de registro».”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de octubre de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2019-00544-01 \(27662\).](#)

2. Las obligaciones civiles y comerciales derivadas de la prestación del servicio de salud por parte de las empresas sociales del Estado no pueden ser cobradas por estas a través del procedimiento administrativo de cobro coactivo, en virtud de la exclusión que al respecto prevé el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad de los autos 004 del 21 de julio y 006 del 8 de septiembre, ambos de 2015 y mediante los cuales, en su orden, la ESE Hospital Occidente de Kennedy Nivel III liquidó el crédito y las costas procesales y declaró infundada la objeción a la liquidación del crédito, lo aprobó y ordenó la efectividad de los títulos judiciales expedidos dentro del proceso de cobro coactivo que adelantó contra una EPS, con ocasión de una acreencia derivada de la prestación de unos servicios de salud a los afiliados al régimen subsidiado. La Sala anuló dichos autos y negó las demás pretensiones de la demanda, tras concluir que, en relación con la actividad civil o comercial (prestación de servicios de salud) que desarrollan las Empresas Sociales del Estado ESE, es aplicable la exclusión del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, es decir, que para cobrar las deudas generadas con ocasión de esa actividad no es procedente ejercer la facultad de cobro coactivo que dicha norma les concede a las entidades públicas, consideración que se sustenta en el hecho de que las ESE compiten en igualdad de condiciones con los particulares que también prestan servicios de salud, de manera que ejecutar las deudas a su favor, a través del procedimiento administrativo de cobro coactivo, generaría un desequilibrio en las relaciones entre las partes involucradas. Al respecto precisó en la contratación por la prestación de los servicios de salud dichas empresas (ESE) se sujetan al derecho privado, lo que obedece a que la contratación que hacen con las Entidades Promotoras de Salud (EPS) públicas, mixtas o privadas implica una actividad comercial, en el entendido que suministran o prestan el servicio de salud, por lo que aclaró que existe una libre competencia entre unos (ESE) y otros (particulares), razón suficiente para considerar que la prestación de ese servicio hace parte del giro ordinario de sus negocios, por lo que cualquier deuda derivada del cumplimiento de una obligación civil o comercial relacionada con la prestación del servicio de salud se debe cobrar en sede judicial.*

SERVICIO PÚBLICO DE SALUD / NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO ESE / NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD POR LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO ESE / COBRO DE OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES A FAVOR DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO ESE / FACULTAD DE LAS EMPRESAS SOCIALES ESE DEL ESTADO DE INICIAR PROCESOS ADMINISTRATIVOS DE COBRO COACTIVO / PRESTADORES DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

Problemas jurídicos: *¿La ESE Hospital Occidente de Kennedy Nivel III (Hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Suroccidente ESE) tenía competencia para expedir los autos 004 de 21 de julio de 2015 y 006 de 8 de septiembre de 2015, por los cuales se liquidó y aprobó el crédito y las costas procesales y se ordenó hacer efectivos unos títulos judiciales, al interior del proceso de cobro coactivo que adelantó contra la EPS-S CONVIDA? ¿La exclusión contenida en el artículo 5, parágrafo 1º de la Ley 1066 de 2006 es aplicable a las Empresas Sociales del Estado?*

Tesis: “[S]e concluye que, si bien las Empresas Sociales del Estado son entidades públicas descentralizadas que prestan en forma permanente el servicio público de salud, que está a cargo del Estado, el cumplimiento de esa actividad no constituye una función administrativa, como quedó dicho en el capítulo anterior. En ese entendido, aquellas obligaciones a su favor que sean consecuencia de la prestación del servicio de salud no pueden perseguirse en ejercicio del procedimiento de cobro coactivo

ordenado en el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 y demás normas concordantes. En los anteriores términos, al excluir a aquellas entidades públicas cuyas deudas se generen como consecuencia de la celebración de contratos de mutuo o por obligaciones civiles o comerciales, que pueden ser cobradas de forma similar o igual que los particulares, el parágrafo 1º del referido artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 menciona supuestos que son predicables a las ESE, en relación con su función de prestar en forma permanente el servicio público de salud, si se tiene en cuenta que los créditos a favor de estas se originan en el ejercicio de una actividad propia del giro ordinario de sus negocios, cuyo cobro debe exigirse en las mismas condiciones que lo hacen los particulares. Sea del caso precisar que las ESE pueden iniciar el procedimiento administrativo de cobro coactivo solo cuando existan créditos a su favor pendientes de pagar y que hayan sido producto de una actividad o función administrativa, en la que no está incluida la prestación de salud, dado que esta tiene inmerso un contrato de prestación de servicios de salud, en similares términos a los que prestan los particulares, del que concurren obligaciones civiles y comerciales. Por último, las normas del CPACA (art. 98 y ss) que regulan el procedimiento administrativo de cobro coactivo no se contraponen a la exclusión del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, que es una norma especial que debe tenerse en cuenta al momento de verificar la competencia de las entidades públicas para adelantar dicho cobro. (...) [E]n este proceso, el estudio de legalidad se limita a los **autos 004 y 006 de 2015, que liquidaron y aprobaron el crédito y las costas procesales y ordenaron la efectividad de los títulos judiciales**. Y, en los términos del recurso de apelación, corresponde, como se indicó, analizar si la exclusión del artículo 5, parágrafo 1º de la Ley 1066 de 2006 es aplicable a las Empresas Sociales del Estado, para determinar si la demandada tenía o no competencia para expedir los referidos autos. Según los antecedentes antes reseñados, está demostrado que la ESE demandada adelantó proceso de cobro coactivo, cuyo título ejecutivo fue la Resolución 105 de 2014 y su confirmatoria 186 de 2014, con el fin de lograr el pago de sumas que provienen de la prestación del servicio de salud, brindado por la ESE a los afiliados a EPS-S CONVIDA. No obstante, como se precisó, según la exclusión expresa del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, las obligaciones civiles y comerciales derivadas de la prestación del servicio de salud a favor de las ESE, no deben ser cobradas por ésta a través de cobro coactivo, pues actúan en pie de igualdad con los particulares. En ese entendido, se configura la causal de nulidad por falta de competencia de la ESE Hospital Occidente de Kennedy Nivel III que, valiéndose de su condición de entidad pública, expidió los autos 004 y 006 de 2015, relacionados con la liquidación del crédito y las costas procesales y la efectividad de los títulos judiciales. Por lo expuesto, la demandada no tenía competencia para dictar el auto 004 de 21 de julio de 2015 que liquidó el crédito y las costas procesales y el auto 006 de 8 de septiembre de 2015, que aprobó el crédito y ordenó la efectividad de los títulos judiciales, actos a los que se limitaron el fallo de primera instancia y la apelación. En consecuencia, prospera parcialmente el recurso de apelación y se revoca la sentencia apelada. En su lugar, se declara la nulidad de los actos acusados. Sin embargo, en este caso no es posible ordenar a título de restablecimiento del derecho que la ESE Hospital Occidente de Kennedy Nivel III (...) devuelva a la EPS-S CONVIDA los dineros pagados forzosamente como consecuencia de la efectividad de los títulos judiciales constituidos en el procedimiento administrativo de cobro coactivo (...), dado que esta Corporación no puede desconocer la existencia del auto 004 de 12 de julio de 2016 que puso fin al proceso administrativo de cobro, acto que está ejecutoriado. Por tanto, se niegan las demás pretensiones, esto es, las de restablecimiento del derecho.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de agosto de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2016-01174-01 \(26685\).](#)

3. El descuento en el impuesto sobre la renta del IVA pagado por la adquisición, construcción o formación e importación de activos fijos reales productivos, previsto en el artículo 258-1 del Estatuto Tributario puede ser fraccionado para ser utilizado en más de un periodo gravable, razón por la cual se anulan los Conceptos DIAN 907362 del 26 de julio de 2021 y 90112 del 14 de febrero de 2022, que establecían lo contrario.

Síntesis del caso: Se anularon los Conceptos 907362 del 26 de julio de 2021 y 90112 del 14 de febrero de 2022, expedidos por la DIAN y que establecían, de un lado, la imposibilidad de fraccionar el descuento previsto en el artículo 258-1 del Estatuto Tributario para hacerlo operativo al 100% y, de otro, que el exceso no descontado no se podía aprovechar en los periodos gravables siguientes. Lo anterior, porque la Sala concluyó que los referidos conceptos contrariaban la norma que pretendían interpretar, esto es, el citado artículo 258-1 *ibidem*, en tanto la prohibición del fraccionamiento del descuento podía conducir a que los destinatarios no accedieran plenamente al incentivo tributario, mientras que el diferimiento del mismo garantiza su pleno uso, inclusive desde el primer año. Luego de efectuar un recuento histórico del desarrollo normativo del beneficio tributario en mención, la Sala señaló que, desde el punto de vista teleológico, histórico y sistemático, no cabe duda de que la finalidad del artículo 258-1 del ET actualmente vigente es la de permitir que los inversionistas puedan llevar como descuento el 100% del IVA pagado por adquisición de los activos fijos productivos, de modo que puedan hacer uso del descuento en el año en que se paga el IVA o en cualquiera de los periodos siguientes.

DESCUENTO EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DEL IVA PAGADO POR LA ADQUISICIÓN, CONSTRUCCIÓN O FORMACIÓN E IMPORTACIÓN DE ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS - Interpretación teleológica, histórica y sistemática del artículo 258-1 del Estatuto Tributario / PROCEDENCIA DEL FRACCIONAMIENTO DEL DESCUENTO TRIBUTARIO / CONDICIONES Y LIMITACIONES PARA EL FRACCIONAMIENTO DEL DESCUENTO TRIBUTARIO - Operancia frente a descuentos específicos / LÍMITES DE LOS DESCUENTOS TRIBUTARIOS - Reglas generales / DESCUENTO EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DEL IVA PAGADO POR LA ADQUISICIÓN, CONSTRUCCIÓN O FORMACIÓN E IMPORTACIÓN DE ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS - Creación, desarrollo normativo y vigencia / PROHIBICIÓN DEL FRACCIONAMIENTO DEL DESCUENTO EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DEL IVA PAGADO POR LA ADQUISICIÓN, CONSTRUCCIÓN O FORMACIÓN E IMPORTACIÓN DE ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS - Ilegalidad de los Conceptos DIAN 907362 del 26 de julio de 2021 y 90112 del 14 de febrero de 2022

Problema jurídico: ¿El descuento tributario previsto en el artículo 258-1 del Estatuto Tributario es susceptible de ser fraccionado para ser utilizado en más de un periodo, al contrario de lo establecido en los conceptos 907362 del 26 de julio de 2021 y 90112 del 14 de febrero de 2022, expedidos por la DIAN?

Tesis: “El artículo 258-1 del ET permite a sus destinatarios «descontar del impuesto sobre la renta a cargo, correspondiente al año en el que se efectúe su pago, o en cualquiera de los periodos gravables siguientes, el IVA pagado por la adquisición, construcción o formación e importación de activos fijos reales productivos, incluyendo el asociado a los servicios necesarios para ponerlos en condiciones de utilización. En el caso de los activos fijos reales productivos formados o construidos, el impuesto sobre las ventas podrá descontarse en el año gravable en que dicho activo se active y comience a depreciarse o amortizarse, o en cualquiera de los periodos gravables siguientes». Si bien normas como el artículo 258 del ET, permiten utilizar en periodos siguientes los excesos no descontados en el año en que se toman determinados beneficios tributarios, contrario a lo alegado por la DIAN, ello no significa que exista una «prohibición general» de fraccionar los descuentos pues esta norma se refiere específicamente a los descuentos por inversiones en control, conservación y mejoramiento del medio ambiente (art. 255 ET); por inversiones realizadas en investigación, desarrollo tecnológico o innovación (art. 256 del ET), y por donaciones a entidades sin ánimo de lucro pertenecientes al régimen especial (art. 257 del ET). Lo que regula el artículo 258 del ET son las condiciones en que opera tal fragmentación frente a descuentos específicos, todos distintos del IVA pagado en adquisición de activos, estableciendo una serie de limitaciones especiales que se superponen a las generales establecidas en el artículo 259 *ibidem*. Y en relación con el artículo 258-1 del ET y la posibilidad de llevar el descuento por el IVA pagado en adquisición de activos fijos reales productivos en más de un año gravable del impuesto sobre la renta, la Sala precisa que la referida norma permite fraccionar el descuento tributario y utilizar el excedente en los periodos siguientes. Lo anterior, con base en un análisis teleológico, histórico y sistemático del texto legal en mención, que permite precisar su alcance literal. Tal como lo pusieron de presente algunos intervinientes, a la par de otros países, en el caso colombiano se ha reconocido la importancia que los bienes de capital tienen sobre el desarrollo económico del país. Por ello, periódicamente distintos incentivos tributarios se han introducido en nuestra legislación tendientes a facilitar y promover la adquisición, fabricación e importación de activos fijos reales productivos al país, por la vía de la deducción (art. 158-3 del ET) o la del descuento tributario (arts. 258-1 y 258-2 del ET, entre otras normas). (...) Así, desde el punto de vista teleológico, histórico y sistemático, no cabe duda de que la finalidad del artículo 258-1 del ET actualmente vigente es la de

permitir que los inversionistas puedan llevar como descuento el 100% del IVA pagado por adquisición de los activos fijos productivos y, para lograr ese cometido, paulatinamente se eliminaron una serie de barreras. El haber suprimido la propuesta inicial del límite de los cinco periodos gravables, denota la intención del legislador de no establecer ningún límite para que los inversionistas puedan hacer pleno uso de este incentivo. Desde esta óptica, es un obstáculo al incentivo tributario prohibir que el descuento pueda utilizarse en más de un periodo, vía fragmentación, pues ello comporta un castigo para aquellas inversiones a largo plazo que en sus inicios no generan renta suficiente para tomar la totalidad del beneficio, obligándolas a aguardar varios años hasta que tengan un impuesto sobre la renta lo suficientemente alto que les permita descontar el IVA pagado en la adquisición de los aludidos bienes de capital, sin afectar las limitaciones establecidas en el artículo 259 del ET, siendo que la misma norma permite tomar el incentivo desde el primer año. En consecuencia, los conceptos demandados, en cuanto disponen, de un lado, la imposibilidad de fraccionar el descuento para hacerlo operativo al 100% y, de otro, que el exceso no descontado no se puede aprovechar en los periodos gravables siguientes, son contrarios a la norma interpretada. El no fraccionamiento del descuento puede conducir a que los destinatarios no accedan plenamente al incentivo. Por el contrario, su diferimiento garantiza el pleno uso del incentivo, inclusive desde el primer año. Todo lo anterior descarta el argumento de que la conjunción disyuntiva «o» prevista en el artículo 258-1 del ET es de carácter excluyente, por cuanto lo que ésta denota, de acuerdo con el contexto y la finalidad de esta norma, es la adición o alternativa para el destinatario del incentivo de hacer uso del descuento en el año en que se paga el IVA o en cualquiera de los periodos venideros, no que deba elegir, de forma privativa, en cuál de estos años debe usar el beneficio. Tal distinción no está establecida en la ley y al no estarlo, no le corresponde hacerlo al intérprete, de acuerdo con el principio general de interpretación jurídica en tal sentido. Por consiguiente, los conceptos demandados serán declarados nulos.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de septiembre de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2022-00007-00 \(26344\) Acumulados.](#)

Salvamento de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

IMPROCEDENCIA DEL FRACCIONAMIENTO DEL DESCUENTO EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DEL IVA PAGADO POR LA ADQUISICIÓN, CONSTRUCCIÓN O FORMACIÓN E IMPORTACIÓN DE ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS - Interpretación del artículo 258-1 del Estatuto Tributario / EXCEPCIONALIDAD DEL FRACCIONAMIENTO DE LOS DESCUENTOS TRIBUTARIOS

Tesis: “Mi desacuerdo radica en lo siguiente: i) **Texto normativo** El artículo 258-1 del Estatuto Tributario dispuso que se podrá *“descontar del impuesto sobre la renta a cargo, correspondiente al año en el que se efectúe su pago, o en cualquiera de los periodos gravables siguientes, el IVA pagado (...)”* en mi opinión la conjunción “o” tiene un valor disyuntivo, y al estar precedida de una coma da a entender que se está aislando *“en cualquiera de los periodos de los periodos gravables siguientes”* de *“correspondiente al año en el que se efectúe su pago”*, indicando con ello que el descuento tributario se debe aplicar en uno y otro periodo fiscal. Adicional a lo anterior y frente a la frase *“en cualquiera de los periodos gravables siguientes”*, la norma usa la forma singular del determinante “cualquiera”, en vez del plural, “cualesquiera”, de lo que puede inferirse que de todos los periodos gravables en que pudiere tener lugar el descuento, sólo podrá realizarse el descuento en uno de ellos. ii) **Finalidad de la norma** Si el legislador hubiese querido permitir el fraccionamiento, la redacción sería la del artículo 258 del Estatuto Tributario, que a diferencia del artículo 258-1 ibídem sí reconoce expresamente la posibilidad de utilizar los excesos de ciertos descuentos tributarios como son los consagrados específicamente en los artículos 255, 256 y 257 ibídem. Lo anterior permite inferir que el fraccionamiento de los descuentos tributarios es una excepción a la regla general, ya que está consagrada sólo para ciertos casos, dentro de los cuales no se encuentra lo previsto en el artículo 258-1 del Estatuto Tributario. Por las razones anteriores me aparto de la decisión de anular los conceptos”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de septiembre de 2023, S.V. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2022-00007-00 \(26344\) Acumulados.](#)

4. Por incurrir en exceso ritual manifiesto respecto de la falta de valoración de una prueba relativa a la

corrección de un error en la fecha de finalización de la obra, se anulan los actos mediante los cuales la DIAN rechazó, por extemporánea, una solicitud de devolución del IVA pagado por la adquisición de materiales destinados para la construcción de un proyecto de vivienda de interés prioritario VIP.

Síntesis del caso: Se confirmó la sentencia apelada que anuló los actos administrativos expedidos por la DIAN para rechazar por extemporánea la solicitud, presentada por la actora el 17 de febrero de 2016, de devolución del IVA pagado en la adquisición de materiales para la construcción de un proyecto VIP, reportado como saldo a favor durante el primer bimestre del mismo año. Lo anterior, tras concluir que la solicitud de devolución fue oportuna, pues, si bien la actora había presentado un primer certificado en el que constaba que el proyecto de construcción terminó el 12 de diciembre de 2013, documento que constituía una confesión en su contra, según lo previsto en el artículo 747 del Estatuto Tributario, al ser una manifestación contenida en un escrito dirigido a la DIAN, firmado por su representante legal, en el que indicaba un hecho que la perjudicaba para efectos de obtener la devolución del IVA, lo cierto es que la contribuyente presentó un segundo certificado, al que adjuntó varias pruebas, con el fin de corregir el error en la referida fecha de terminación del proyecto, documentos en los que la Sala encontró elementos de juicio suficientes para concluir que el proyecto finalizó realmente el 1 de marzo de 2014 y que existió un error al respecto en el primer certificado. La falta de valoración de tales documentos por parte de la DIAN, entre otros, con el argumento de la inexistencia de un error, dada la ausencia de vicios de consentimiento en la primera certificación que presentó la constructora, fue considerada por la Sala como un exceso ritual manifiesto violatorio del derecho al debido proceso de dicha empresa, en cuanto con esa interpretación desconoció la posibilidad de demostrar la existencia de un error en la confesión, lo cual está permitido por la ley.

SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DEL IVA PAGADO POR LA ADQUISICIÓN DE MATERIALES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS PRIORITARIO VIP / TÉRMINO DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DEL IVA PAGADO POR LA ADQUISICIÓN DE MATERIALES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL VIS Y DE VIVIENDA DE INTERÉS PRIORITARIO VIP / FECHA DE TERMINACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL VIS Y DE VIVIENDA DE INTERÉS PRIORITARIO VIP / PRUEBA IDÓNEA DE LA FECHA DE TERMINACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL VIS Y DE VIVIENDA DE INTERÉS PRIORITARIO VIP / CERTIFICACIÓN DE TERMINACIÓN DEL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA EXPEDIDA POR EL REPRESENTANTE LEGAL DEL CONSTRUCTOR / HECHOS QUE SE CONSIDERAN CONFESADOS POR EL CONTRIBUYENTE / CONTRADICCIÓN DE LOS HECHOS QUE SE CONSIDERAN CONFESADOS POR EL CONTRIBUYENTE / ERROR EN LA CERTIFICACIÓN DE TERMINACIÓN DEL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA / ERROR EN LA CONFESIÓN DEL CONTRIBUYENTE / PRUEBA DEL ERROR EN LA CONFESIÓN DEL CONTRIBUYENTE / EXCESO RITUAL MANIFIESTO / PRECEDENTE ADMINISTRATIVO / CARENCIA DE FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL / PROCEDENCIA DE LA CORRECCIÓN DEL ERROR EN LA CERTIFICACIÓN DE TERMINACIÓN DEL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA

Problemas jurídicos: ¿Se ajustan a la legalidad los actos administrativos expedidos por la DIAN para rechazar por extemporánea la solicitud presentada por la actora, de devolución del IVA pagado en la adquisición de materiales para la construcción de un proyecto VIP, reportado como saldo a favor durante el primer bimestre del año 2016? ¿La sentencia apelada desconoce la ley y el precedente jurisprudencial al concluir que solicitud de devolución objeto de controversia fue oportuna?

Tesis: “Para resolver los cargos de la apelación, se pone de presente que el artículo 3 del Decreto 2924 de 2013, en concordancia con el parágrafo 2 del artículo 850 del Estatuto Tributario, establece el plazo para que los constructores de VIS y VIP soliciten la devolución del IVA pagado en la adquisición de materiales

para la construcción de esa clase de viviendas. De conformidad con dicha norma, los constructores de VIS y VIP pueden obtener la devolución frente a cada unidad de venta terminada y enajenada, caso en el cual la solicitud debe presentarse *«dentro de los dos (2) bimestres siguientes a la fecha de registro de la escritura pública de venta de dicha unidad»*. En todo caso, dicha petición ha de interponerse *«a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a la terminación total del proyecto de construcción de vivienda de interés social y vivienda de interés social prioritaria»*. Al analizar el artículo 4 del Decreto 1243 de 2001, cuyo contenido fue reproducido en el artículo 3 del Decreto 2924 de 2013, esta Sala precisó que *«En el marco anterior, el ejercicio de cualquiera de las dos opciones para solicitar la devolución del IVA quedaba al arbitrio del contribuyente, el cual podía válidamente hacer uso de ambas alternativas, para unas unidades optar por la primera y para otras esperar a finalizar el proyecto, pues esto no fue limitado por el Decreto 1243 de 2001. En otras palabras, no se determinaron estas alternativas en forma excluyente, de manera que el constructor tenía la posibilidad de recuperar el IVA dentro de los dos años siguientes a la terminación del proyecto»*. También resulta útil tener presente que el artículo 3 del Decreto 2924 de 2013 establece que *«la certificación de terminación del proyecto de construcción o de liquidación de cada unidad, será expedida por el representante legal de la constructora»*. De esta forma, en aplicación del artículo 743 del Estatuto Tributario, la única prueba idónea para demostrar la fecha de finalización de la obra es el certificado emitido por el representante legal de la demandante. Además, se advierte que el artículo 747 *ibidem* prevé que las manifestaciones que se hacen mediante escrito dirigido a las oficinas de impuestos por un contribuyente legalmente capaz, en el que informe la existencia de un hecho físicamente posible que lo perjudique, constituye plena prueba en su contra. No obstante lo anterior, esta regla no es absoluta, pues el inciso segundo precisa que *«Contra esta clase de confesión sólo es admisible la prueba de error o fuerza sufridos por el confesante, dolo de un tercero, o falsedad material del escrito contenido de ella»*. Preciado lo anterior, y descendiendo al caso concreto, la Sala observa que está probado lo siguiente: (...) La Sala procede a analizar las anteriores pruebas en su conjunto, así como los argumentos expuestos en la apelación: Como lo afirmó la DIAN, y según lo previsto en el artículo 747 del Estatuto Tributario, el certificado entregado por la actora en enero de 2015, donde consta que el proyecto terminó el 12 de diciembre de 2013, constituye una confesión en su contra porque es una manifestación contenida en un escrito dirigido a la DIAN, firmado por su representante legal, en el que indica un hecho que lo perjudica para efectos de obtener la devolución del IVA pagado. Ahora bien, la apelante también sostuvo que en este caso no es aplicable el segundo inciso de la misma norma, que admite la prueba de un error por parte del confesante, porque, a su juicio, el documento fue proferido sin algún vicio del consentimiento, es decir, que no existió equivocación en su contenido y constituye una prueba contundente. Al respecto, se pone de presente que la DIAN no explicó por qué considera que no existió error en el certificado de enero de 2015. Por el contrario, la Sala encuentra elementos de juicio suficientes para concluir que el proyecto Cantares III finalizó realmente el 1 de marzo de 2014 y que existió un error en el primer certificado, que indicó que la fecha de terminación era el 12 de diciembre de 2013. En efecto, según la cláusula sexta del contrato allegado con la petición de devolución, el plazo de ejecución de la obra es de 16 meses contados a partir de la firma del acta de inicio, lo que ocurrió el 1 de noviembre de 2012, según se acreditó con el anexo al recurso de reconsideración. Entonces, el plazo de ejecución fijado en el contrato debía finalizar el 1 de marzo de 2014. Además, de acuerdo con el acta de liquidación del contrato, que también fue aportado con la solicitud de devolución que aquí se discute, la fecha de inicio de la construcción fue el 1 de noviembre de 2012 y la terminación ocurrió el 1 de marzo de 2014. En este punto, es necesario reiterar que, como lo indicó la DIAN, el artículo 3 del Decreto 2924 de 2013, en concordancia con el artículo 743 del Estatuto Tributario, establece que la única prueba idónea de la fecha de terminación de la obra es el certificado expedido por el representante legal de la constructora. Pero también es cierto que en este caso se cumplió con el requisito referido porque, con la petición del 17 de febrero de 2016, fue entregada a la DIAN una segunda certificación expedida por la representante legal de la actora, en la que indicó que la fecha de terminación de la obra ocurrió el 1 de marzo de 2014, junto con otras pruebas tendientes a demostrar la existencia de un yerro en el certificado anterior. Contrario a lo expuesto por la apelante, los demás elementos de juicio allegados por la actora (el contrato, el acta de inicio de ejecución y el acta de liquidación) no tenían como objetivo reemplazar la prueba documental exigida por el reglamento. En realidad, su único propósito era acreditar el error en que incurrió en el certificado de enero de 2015, para lo cual no existe tarifa probatoria. Como prueba de la intención de la actora obra el documento de aclaración, anteriormente transcrito, donde la representante legal de la sociedad demandante reconoce la existencia del error. Interpretar, como lo hizo la DIAN, que estos documentos no pueden ser valorados porque no son idóneos para acreditar la fecha de terminación de la obra no solo desconoce la posibilidad de demostrar la existencia de un error en la confesión, facultad otorgada por la ley, sino que constituye un exceso ritual manifiesto, esto es *«una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material»*. La apelante señaló que, comoquiera que la devolución del IVA es un beneficio tributario, las normas que regulan sus requisitos deben interpretarse de forma restrictiva, por lo que solo pueden valorarse las pruebas aportadas por el peticionario. Empero, se observa que esta aseveración no contraría la anterior conclusión. Por el contrario, respalda la necesidad de valorar todas las pruebas aportadas por la actora que acreditan que existió un error en la primera certificación respecto de la fecha

de terminación del proyecto y que el segundo certificado es válido. Así las cosas, de la valoración integral del material probatorio existente en el plenario, la Sala concluye que la fecha de terminación informada en el segundo certificado de la representante legal de la demandante (1 de marzo de 2014) es correcta y válida, según se corrobora con las demás pruebas del expediente. Como se expuso previamente, la DIAN también afirmó que la actora no podía corregir el primer certificado de la fecha de terminación del proyecto porque se benefició del él con la devolución de \$93.998.496, decisión que, para ella, constituye un precedente administrativo. Para decidir este punto, la Sala destaca que esa clase de precedentes carecen de fuerza vinculante para el Consejo de Estado, en su condición de órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Además, el solo hecho de que la actora haya obtenido la devolución del IVA no es motivo suficiente para considerar que no se pueda corregir el error cometido en el certificado aportado en esa ocasión, pues los elementos de juicio allegados, que fueron analizados bajo las reglas de la sana crítica, permitieron determinar la fecha de terminación de la obra, criterio de oportunidad bajo el cual se presentó la segunda petición de devolución. Finalmente, la apelante asegura que el *a quo* desconoció el «precedente judicial existente» al haberle dado validez al segundo certificado emitido por la representante legal de la demandante. Empero, la entidad demandada no identificó de forma clara y concreta el precedente judicial supuestamente desconocido ni las razones por las cuales tenía similitud fáctica y jurídica con el *sub examine*. Por lo expuesto, no prosperan los cargos de apelación. En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia impugnada en cuanto declaró la nulidad de los actos administrativos acusados, así como en lo referente al restablecimiento del derecho, pues no fue objeto de apelación por las partes”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 14 de septiembre de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 05001-23-33-000-2017-00293-01 \(27416\).](#)

5. Por infringir el régimen de neutralidad fiscal previsto en el artículo 319 del Estatuto Tributario para los aportes a sociedades nacionales, se anuló el Oficio 1909 del 5 de agosto de 2019, en el que la DIAN señalaba que en tales operaciones no se transfería el término de posesión del activo que el aportante tenía, previamente al aporte, a la sociedad receptora del mismo.

Síntesis del caso: *Se anuló el Oficio 1909 [019349] del 5 de agosto de 2019, en el que la DIAN señalaba que, en el caso de los aportes en especie a sociedades nacionales, no se transfiere el término de posesión que el aportante tenía, previo al aporte, a la sociedad receptora del mismo. Para la Sala dicha interpretación es ilegal, porque desconoce el régimen de neutralidad previsto por el legislador en el artículo 319 del Estatuto Tributario, en cuya virtud, si se cumplen los requisitos exigidos, no se está frente a una operación de enajenación y, por ende, hay lugar a la aplicación del principio de neutralidad tributaria, con lo cual los bienes aportados a tales sociedades conservan los atributos que tenían para el aportante, como lo son el costo fiscal, la vida útil para efectos de la depreciación o amortización y la naturaleza de los activos. Al respecto, concluyó que tanto del mismo artículo 319 ibídem, como de su contexto e interpretación teleológica se infiere que el término de posesión, así como todos los atributos fiscales del activo aportado, se trasladan a la sociedad receptora. Precisó que el legislador al establecer el régimen de neutralidad en los aportes a sociedades nacionales quiso que estas operaciones no tuvieran incidencia en el plano fiscal y diferir la tributación, mediante la continuidad en la sociedad receptora de los atributos fiscales que tenían los bienes aportados, y por tanto, dentro de ellos debe incluirse el término de posesión, pues, lo contrario implicaría que dicho aporte generara un efecto fiscal, como es la modificación de la tributación del bien (incidiendo en si está gravado con impuesto de renta o ganancia ocasional), efecto no deseado por la citada norma que busca que la operación sea neutra y se postergue o difiera todas las implicaciones fiscales (que deben ser las mismas) hasta el momento en que se realice la venta.*

TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LOS APORTES A SOCIEDADES NACIONALES / PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TRIBUTARIA / CONDICIONES DEL RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD FISCAL DE LOS APORTES A SOCIEDADES NACIONALES / EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE

NEUTRALIDAD FISCAL DE LOS APORTES A SOCIEDADES NACIONALES / TRANSFERENCIA O TRASLADO DEL TÉRMINO DE POSESIÓN DEL ACTIVO APORTADO A SOCIEDADES NACIONALES - Alcance interpretativo del artículo 319 del Estatuto Tributario / INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DE LA LEY / NO CONSERVACIÓN DEL TÉRMINO DE POSESIÓN DEL ACTIVO APORTADO A SOCIEDADES NACIONALES – Ilegalidad del Oficio DIAN 1909 de 2019 por transgresión del régimen de neutralidad fiscal del artículo 319 del Estatuto Tributario

Problema jurídico: *¿Se ajusta a la legalidad el Oficio 1909 (también identificado con el Radicado 019349) del 5 de agosto de 2019, en el que la DIAN consideró que en el caso de los aportes en especie a sociedades nacionales no se trasfiere el término de posesión que el aportante tenía, previo al aporte, a la sociedad receptora del mismo?*

Tesis: “[S]e precisa que el actor considera que el régimen de neutralidad fiscal en los aportes a sociedades nacionales aplica también al término de posesión del activo aportado, como se desprende de la exposición de motivos de la Ley 1607 de 2012 y del artículo 319 del Estatuto Tributario, en este último caso cuando prevé que los activos conservan los atributos relativos a la naturaleza, la depreciación y el costo fiscal de los bienes. Para decidir lo anterior, se pone de presente que mediante el artículo 98 de la Ley 1607 de 2012, se adicionó el artículo 319 al Estatuto Tributario, (...) Esta norma regula el tratamiento tributario de los aportes a sociedades nacionales, dentro del título IV del Estatuto Tributario sobre reorganizaciones empresariales, en el sentido de establecer que **el aporte (en dinero o especie):** *i)* no constituye ingreso gravado para la sociedad, *ii)* no dará lugar a ingreso gravado o pérdida deducible para el aportante, y *iii)* no será considerado enajenación. Lo anterior, siempre que en dicha operación: - A cambio del aporte, se emitan acciones o cuotas sociales nuevas. - *Para la sociedad receptora del aporte:* *a)* el costo fiscal de los bienes aportados sea el mismo que tenía para el aportante, *b)* para efectos de la depreciación o amortización, no se extienda o reduzca la vida útil de los bienes, ni se modifique el costo fiscal; y *c)* los bienes aportados conserven la misma naturaleza de activos fijos o movibles que tenía para el aportante en el momento del aporte (numeral 1, 2 y 4). - *Para el aportante:* el costo fiscal de las acciones o cuotas de participación recibidas será el mismo que tenían los bienes aportados (numeral 3). - *En el documento que contenga el acto jurídico del aporte,* las partes declaren de forma expresa que se sujetan a esta normativa (numeral 5). Si se cumplen las anteriores condiciones, los efectos posteriores de la operación, serán que: - En el momento que *la sociedad venda los bienes recibidos a título de aporte, o el aportante enajene las acciones* que recibió a cambio, se realiza el ingreso susceptible de ser gravado con el impuesto sobre la renta y complementarios, que se determinará de acuerdo con las reglas de enajenación de activos (parágrafos 2 y 3). - Adicionalmente, *si la sociedad vende los activos fijos y el aportante las acciones,* que recibieron en esta operación, *dentro de los dos (2) años siguientes al aporte,* no podrán compensar pérdidas fiscales acumuladas ni excesos de renta presuntiva sobre la renta líquida respecto de la renta que genere dicha enajenación (parágrafo 4 y 5). Como se observa, el artículo 319 del Estatuto Tributario parte de la premisa de que, en caso de cumplirse con los requisitos exigidos, no se está frente a una operación de enajenación, y, como consecuencia de esto, hay lugar a la aplicación del principio de neutralidad tributaria, con lo cual los bienes aportados a una sociedad nacional conservan los atributos que tenían para el aportante, como lo son el costo fiscal, la vida útil para efectos de la depreciación o amortización, y la naturaleza de los activos. Para la Sala, contrario a lo señalado por la DIAN, el hecho de que la disposición no haga expresa referencia al traslado del término de posesión del bien, no es razón suficiente para establecer que el mismo no está permitido, porque no sólo no hay una prohibición expresa, sino que en términos generales la ley da cuenta de que no hay una enajenación en términos fiscales sino que se trata de una operación neutra en materia tributaria, de manera que se busca la continuidad de los atributos fiscales de los activos aportados en la sociedad receptora. Ahora, al generarse dudas sobre la claridad en la norma, específicamente para determinar si la conservación de las condiciones fiscales de los activos entregados a título de aporte incluye el término de posesión del bien, es posible atender al contexto de la ley, esto es, “*recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella, o en la historia fidedigna de su establecimiento*”. A ese respecto, se encuentra que en la exposición de motivos de la Ley 1607 de 2012, en lo que tiene que ver con los aportes como parte de las reorganizaciones empresariales, se explicó (...) la finalidad de la normativa introducida con el proyecto de ley (...) Lo anterior confirma los aspectos mencionados del artículo 319 del Estatuto Tributario, esto es que, la regulación introducida en materia de reorganización empresarial tiene por objeto establecer un tratamiento tributario **neutro** en las transferencias (sin enajenación) de activos, mediante: *i)* la continuidad de los atributos fiscales que tenían para el aportante los bienes entregados a título de aporte, y *ii)* el diferimiento del impuesto hasta la venta de los activos aportados por parte de la sociedad o de las acciones recibidas por el aportante. Lo anterior

con la finalidad de promover la formalización y la creación de empresas en Colombia. De lo anterior se desprende que el legislador aplicó el *régimen de neutralidad fiscal* en las reorganizaciones empresariales, y específicamente en las operaciones de aportes en especie, con el cual busca impedir que los tributos constituyan un factor que afecte la decisión para llevar a cabo esa operación. Así, con fundamento en este régimen, en el aporte a sociedades nacionales se realiza un intercambio de bienes por acciones que no genera ganancia o pérdida para efectos tributarios al momento del aporte, es decir es una operación fiscalmente neutra pues se considera que no hay una enajenación, de manera que, con esta operación no se alteran los atributos fiscales “(...) en los activos recibidos por la sociedad a título de aporte (...)”, en la medida que se pretende neutralizar las consecuencias fiscales de esta operación para trasladar la causación del impuesto hasta el momento de la venta de los activos aportados o de las acciones recibidas por el aportante. Como se explica en la exposición de motivos, en esta operación no se reconoce un ingreso gravado, porque *el aportante* tiene la posesión indirecta del bien, pues a cambio de este recibe acciones por el mismo valor fiscal, y por su parte, *la sociedad receptora* adquiere el activo con los mismos atributos fiscales que tenía en cabeza del aportante al momento del aporte. De lo expuesto (tanto de la misma norma como de su interpretación teleológica) se infiere que el legislador al establecer el régimen de neutralidad en los aportes a sociedades nacionales quiso que estas operaciones no tuvieran incidencia en el plano fiscal y diferir la tributación, mediante la continuidad en la sociedad receptora de los atributos fiscales que tenían los bienes aportados, y por tanto, dentro de ellos debe incluirse el término de posesión. Entender lo contrario, implicaría desconocer el régimen de neutralidad, pues la no conservación del término de posesión del activo conllevaría a que el aporte a sociedades generara un efecto fiscal, como es la modificación de la tributación del bien (incidiendo en si está gravado con impuesto de renta o ganancia ocasional), cuando lo que se busca con la norma es que la operación sea neutra y se postergue o difiera todas las implicaciones fiscales (que deben ser las mismas) hasta el momento en que se realice la venta. De igual manera, en la misma redacción de la norma hay otros elementos que permiten verificar la voluntad del legislador de darle continuidad al atributo fiscal de la posesión del activo, cuando reconoce de manera expresa que se mantiene el costo fiscal y la vida útil de los bienes aportados en la sociedad receptora. Esto, en la medida que dichos conceptos tienen en cuenta el tiempo de posesión del activo, como el valor de adquisición y los ajustes en el caso del costo fiscal, y en la depreciación y amortización, la vida útil que tiene a la fecha del aporte. De manera que, tanto en el contexto de la ley como en su redacción, se verifica que el término de posesión, así como todos los atributos fiscales del activo aportado, se trasladan en el aporte a la sociedad receptora del mismo. Ahora, no le asiste razón a la demandada, cuando sostiene, a partir del parágrafo 4º del artículo 319 del Estatuto Tributario, que no es posible transferir el período de posesión de los activos a la sociedad receptora, en tanto este apartado de la norma establece un término de permanencia para gozar del beneficio de la neutralidad, y que la posesión empieza en el momento en que se hace el aporte. Lo anterior, por cuanto esa norma lo que establece es un condicionamiento para efectos de compensar pérdidas acumuladas o excesos de renta presuntiva, y no para la aplicación de la neutralidad en general, ni para el caso específico de cómo contabilizar el término de posesión de los activos. El aludido parágrafo 4, establece que “*Si la sociedad receptora enajena los activos recibidos a título de aporte, que tengan el carácter de activos fijos, dentro de los dos (2) años siguientes al aporte, no podrá compensar pérdidas fiscales acumuladas ni excesos de renta presuntiva sobre renta líquida respecto de la renta que genere la enajenación de dichos activos*”. Repárese que, esta norma solo establece como efecto de la venta del activo dentro de los dos años siguiente al aporte, la imposibilidad de compensar las pérdidas acumuladas y excesos de renta presuntiva, pero no hace referencia a que se cambie el término de permanencia del bien ni la tributación (impuesto sobre la renta o ganancia ocasional), como de manera equivocada lo sostiene la DIAN. El hecho de que el término de posesión del activo sea transferible del aportante a la sociedad beneficiaria bajo el régimen de neutralidad fiscal en nada contraría la aplicación del parágrafo 4 del artículo 319 del Estatuto Tributario, pues el mismo sigue siendo aplicable bajo este supuesto, pues debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 196 del Estatuto Tributario, aunque la enajenación de un activo fijo llegue a estar gravada con el impuesto de ganancia ocasional, de la utilidad resultante de la enajenación, en caso de ser activo depreciable, en primer término deberá imputarse la utilidad a la renta líquida, gravada con impuesto sobre la renta, como recuperación de la deducción por depreciación. Bajo este escenario, si la venta del activo aportado se da dentro de los dos años siguientes al aporte, no podrán compensarse pérdidas fiscales acumuladas ni excesos de renta presuntiva, como lo indica la norma, con lo cual, es claro que esa limitación sigue aplicando sin perjuicio de que se transfiera el tiempo de posesión del activo del aportante a la sociedad beneficiaria, como uno de los atributos fiscales del bien. Por todo lo expuesto, para la Sala no era procedente que en el oficio demandado establezca que el término de posesión del bien no se traslada del aportante a la sociedad receptora en estas operaciones, pues se repite, esta interpretación desconoce el régimen de neutralidad previsto por el legislador en el

artículo 319 del Estatuto Tributario. En consecuencia, se declara la nulidad del Oficio Nro.1909 [019349] del 5 de agosto de 2019.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de octubre de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2022-00038-00 \(26652\).](#)

6. Se precisa cuál es el procedimiento para la corrección de las sanciones tributarias indebidamente liquidadas, así como sus efectos y alcance.

Síntesis del caso: La DIAN sancionó a una contribuyente por no declarar el impuesto sobre la renta del año gravable 2004. Como forma de regularizar su conducta omisiva, la contribuyente presentó la respectiva declaración en la que autoliquidó, junto con el tributo y los intereses moratorios, la sanción reducida por no declarar que prevé el parágrafo 2 del artículo 643 del Estatuto Tributario. Posteriormente, la contribuyente le pidió a la DIAN que avalara el monto de la referida sanción reducida y que concluyera el procedimiento de aforo. Mediante el acto administrativo acusado, la DIAN aceptó la reducción de la sanción, pero después, le informó a la contribuyente que tal reducción era errada, porque la multa registrada en la declaración contrariaba el monto mínimo de la sanción por no declarar reducida establecida por el citado parágrafo 2 del artículo 643 del ET, según el cual la reducción no podía arrojar un resultado inferior a la sanción por extemporaneidad que corresponde liquidar con posterioridad al emplazamiento por no declarar. Más de dos años después de la presentación de la declaración de renta, la DIAN le pidió a la contribuyente que manifestara el consentimiento previo y expreso al que alude el artículo 97 del CPACA para proceder a revocar directamente la resolución que convalidó la reducción de la sanción por no declarar, a lo que la demandada se opuso. La DIAN demandó la legalidad de esta resolución y la Sala la anuló y, como restablecimiento del derecho, fijó la sanción por no declarar reducida, de acuerdo con el monto mínimo del parágrafo 2 del artículo 643 del E.T. Al respecto, la Sala precisó que el procedimiento aplicable para la corrección de las sanciones tributarias indebidamente liquidadas es el previsto en el artículo 701 *ibidem*, no el de revisión de las declaraciones tributarias privadas, dado que en el caso no se pretende la modificación de la autoliquidación del impuesto sobre la renta que efectuó la declarante, sino exigir el faltante de la multa que esta se habría tenido que autoimponer en su declaración, procedimiento que contempla consecuencias sancionadoras adicionales y que se debe adelantar dentro del marco temporal que prescribe el artículo 638 *ejusdem*.

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN LAS QUE DEBERÍA FUNDARSE / FACULTADES DE FISCALIZACIÓN E INVESTIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA / FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS PRIVADAS / PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS PRIVADAS - Alcance y límites / PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS PRIVADAS - Oportunidad / SANCIÓN POR NO DECLARAR REDUCIDA / LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LA SANCIÓN POR NO DECLARAR REDUCIDA / CORRECCIÓN DE SANCIONES TRIBUTARIAS INDEBIDAMENTE LIQUIDADAS – Normativa aplicable. Artículo 701 del Estatuto Tributario / PROCEDIMIENTO DE CORRECCIÓN DE SANCIONES TRIBUTARIAS INDEBIDAMENTE LIQUIDADAS

Problemas jurídicos: ¿Procedía anular el acto demandado, toda vez que se constató que, al aceptar la sanción por no declarar reducida que autoliquidó la contribuyente, se infringió el parágrafo 2 del artículo 643 del Estatuto Tributario, según el cual la aminoración de esa multa no podía arrojar un resultado inferior a la sanción por extemporaneidad que le correspondía al contribuyente infractor? ¿El ordenamiento jurídico impone un límite temporal a la potestad de la autoridad tributaria para exigir el pago de la sanción por no declarar que correspondiera liquidar de conformidad con las disposiciones que la regulan?

Tesis: “Conforme a los artículos 137 y 138 del CPACA procede la nulidad de los actos administrativos, entre otras razones, «cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse». A ese precepto se enfrenta el acto demandado, el cual, al avalar la multa autoliquidado por la infractora, pasó por alto que el parágrafo 2.º del artículo 643 del ET, en la redacción vigente para la época,

disponía que la reducción de la sanción por no declarar impuesta por la autoridad tributaria, no podía «ser inferior al valor de la sanción por extemporaneidad, liquidada de conformidad con lo previsto en el artículo 642» ibidem. En consecuencia, como lo señala la demandante, procede su nulidad por la infracción de la disposición normativa en la que debía fundarse. 5- Además, la apelante sostiene que la anulación del acto demandado conlleva a exigirle a la demandada el pago de la multa por no declarar plena, sin que corresponda adelantar al efecto el procedimiento previsto en el ordenamiento tributario para la revisión de las declaraciones tributarias. Sobre el particular, la Sala precisa que según el artículo 684 del ET, la autoridad tributaria –i.e. la demandante en el presente proceso– está investida de amplias facultades de investigación para asegurar el cumplimiento de las normas tributarias. Al servicio de esa finalidad, tiene, entre otras, la potestad de «verificar la exactitud de las declaraciones» (letra a.) y «efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos» (letra f.). Para ejercer esas funciones, los artículos 702 y siguientes del ET reglan el procedimiento de revisión de las declaraciones privadas. Dispone el citado artículo 702 que la autoridad podrá «modificar, por una sola vez, las liquidaciones privadas de los contribuyentes, responsables o agentes retenedores, mediante liquidación de revisión», previo a lo cual debe enviarles «por una sola vez, un requerimiento especial que contenga todos los puntos que se proponga modificar, con explicación de las razones en que se sustenta» (artículo 703 ibidem), dentro «de los dos años siguientes a la fecha de vencimiento del plazo para declarar», días a quo que, en los eventos de presentación de las declaraciones por fuera del plazo, pasa a ser la fecha de presentación de la declaración extemporánea (artículos 705 y 714 del ET, en su redacción vigente para la época de los hechos). En torno al objeto de este procedimiento, en la sentencia C-1201 del 09 de diciembre de 2003, la Corte Constitucional precisó que es el de «revisar la declaración privada con participación del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante y modificarla si no se ha hecho de conformidad con las disposiciones legales o si no refleja adecuadamente la situación económica de hecho que da lugar a la obligación tributaria» (exp. D-4683, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra). Así, en la medida en que la finalidad del procedimiento de revisión es determinar correctamente la obligación tributaria que tendría a cargo el declarante, le corresponde a la autoridad tributaria adelantar esas actuaciones dentro del límite temporal reglado en los artículos 705 y 714 del ET cuando pretende modificar los datos y hechos consignados en la liquidación privada, que tienen incidencia en la determinación de la obligación tributaria principal –i.e. los relativos a la realización del hecho imponible, a la determinación de la base gravable o de la deuda tributaria–. 6- A partir de lo expuesto, la Sala comparte el planteamiento de la autoridad tributaria, apelante única, conforme al cual el procedimiento de revisión sería inaplicable en el caso analizado, toda vez que lo que se pretende no es la modificación de la autoliquidación del impuesto sobre la renta hecha por la declarante, sino exigir el faltante de la multa que se habría tenido que autoimponer la demandada en su declaración tributaria. Sobre el particular, es pertinente observar que el parágrafo 2.º del artículo 643 del ET dispone que la sanción por no declarar reducida deberá «liquidarla y pagarla» el infractor «al presentar la declaración tributaria». Pero si la autoridad tributaria considerara errada la autoliquidación que se haga de la multa, el mecanismo para su modificación no sería el procedimiento que está previsto para la revisión de las liquidaciones privadas de las deudas tributarias. Lo anterior no implica que en cualquier tiempo y sin procedimiento especial la autoridad pueda corregir y exigir el pago del faltante de la sanción que se haya debido autoliquidar en una declaración tributaria, toda vez que el artículo 701 del ET regula el cauce de las actuaciones que deben seguirse en esos casos. Según ese precepto, si el declarante «no hubiere liquidado en su declaración las sanciones a que estuviere obligado o las hubiere liquidado incorrectamente, la Administración las liquidará incrementadas en un 30%»; porcentaje adicional que corresponde a la imposición de una sanción cuya conducta infractora se configura al omitir autoliquidar el monto de una multa que debiera reflejarse en una declaración tributaria. De ahí, que el procedimiento a adelantar para regularizar la situación sería el que contempla el artículo 701 del ET. Por consiguiente, en el caso analizado, la Sala verifica que, contrariamente a lo señalado por la apelante, la nulidad del acto demandado no conlleva declarar a la demandada responsable del pago de la sanción por no declarar sin reducción (i.e. \$198.214.000, de acuerdo con la resolución sancionadora, f. 43), pues el ordenamiento contempla un procedimiento administrativo especial, que no se puede soslayar, bajo el cual la autoridad administrativa debe regularizar aquellas situaciones en las cuales no se autoliquidan en las declaraciones tributarias las sanciones a las que hubiere lugar, por parte de los administrados. Se trata del procedimiento previsto en el artículo 701 del ET, que además contempla consecuencias sancionadoras adicionales, el cual debe adelantarse dentro del marco temporal que prescribe el artículo 638 ejusdem. De suerte que el restablecimiento del derecho pretendido por la demandante infringe esas disposiciones, el debido proceso y el derecho de defensa de la demandada. Por ende, debe la Sala modular el restablecimiento del derecho derivado de la nulidad del acto acusado, el cual solo debe restringirse a precisar el monto de la sanción por no declarar reducida que tendría que haberse reflejado en la declaración que fue presentada el 26 de agosto de 2009. Atendiendo a las consideraciones precedentes, se determina que la multa en cuestión era de \$31.496.000, pues la reducción que para la sanción que consagra el parágrafo 2.º del artículo 643 del ET no podía arrojar un resultado «inferior al valor de la sanción por extemporaneidad que se debe liquidar con posterioridad al emplazamiento previo por no declarar», todo bajo el entendido de que la diferencia entre esa cuantía y la sanción autoliquidada en la declaración solo podrá ser exigida bajo el procedimiento consagrado en el artículo 701 del ET. Prospera

parcialmente el cargo de apelación. 7- En suma, la Sala revocará la sentencia apelada para, en su lugar, anular el acto demandado y, a título de restablecimiento del derecho, declarará que el monto de la sanción por no declarar reducida que ha debido autoliquidar la demandada en el denuncia del impuesto sobre la renta del año gravable 2004 era de \$31.496.000. Se negarán las demás pretensiones relativas al restablecimiento del derecho, por las razones antes expuestas”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de septiembre de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 25000-23-37-000-2013-00451-02 \(27550\).](#)

SECCIÓN
QUINTA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se negó la declaratoria de nulidad del acto de elección de un representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Paz.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de elección del señor Jorge Rodrigo Tovar Vélez, representante a la Cámara por la Circunscripción Transitoria Especial de Paz N° 12, para el periodo 2022-2026, aduciendo la existencia de supuestos fácticos constitutivos de violencia que afectaron a tres grupos de personas: (i) a los otros candidatos, en la medida que grupos armados al margen de la ley les impidieron el libre proselitismo promoviendo que se debía votar por el demandado; (ii) a los electores porque se presentó constreñimiento por parte de grupos al margen de la ley, quienes prohibieron la promoción y el voto a favor de los demás candidatos, y, (iii) a los jurados de votación en la medida que hubo perturbación del orden público que impidió el normal desarrollo de la jornada electoral. La Sala negó las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que, aunque se acreditó la causal de violencia contra las autoridades electorales en una de las mesas demandadas y aunque se le restara hipotéticamente toda la votación lograda en las mesas demandadas de las circunscripciones de Ciénaga y Santa Marta, el accionado aún sería declarado elegido e incluso con una diferencia bastante holgada y distante frente a los aspirantes más votados en las mismas justas electorales.

NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / CIRCUNSCRIPCIÓN TRANSITORIA ESPECIAL DE PAZ / VIOLENCIA FÍSICA / CONSTREÑIMIENTO / JURADO DE VOTACIÓN / PRINCIPIO DE EFICACIA DEL VOTO

Problema jurídico: Corresponde a la Sala determinar en relación con las 53 mesas demandadas (i) si hay lugar o no a anular la elección del accionado a partir de los hechos constitutivos de violencia alegados, conforme al relato de los supuestos fácticos y a las censuras de violación y (ii) constatar, si se generan las consecuencias de nulidad electoral previstas en el artículo 288 numeral 1° del CPACA, teniendo claro que se trata de un cargo objetivo de nulidad electoral.

Tesis: “De todo el acervo probatorio, la Sala encuentra que de las 53 mesas demandadas, solo la mesa 19 del puesto 3 del corregimiento de Guachaca de Santa Marta (Magdalena) presenta información fidedigna y cierta de hechos o anomalías constitutivas de violencia, previamente y durante la jornada electoral del 13 de marzo de 2022. Esta consideración se encuentra plenamente acreditada con el acta general de escrutinio de la Comisión Escrutadora Auxiliar 18 de Santa Marta (Magdalena); la inexistencia del E-14 diligenciado; el acta levantada el día de los hechos por la Personería Distrital de Santa Marta y la respuesta de la RNEC que da cuenta sobre dicho acontecimiento. Por otra parte, para la Sala Electoral es innegable que se evidenció un ambiente de temor generalizado que no alcanza a los presupuestos de la causal de violencia, comoquiera que los formularios electorales dan cuenta de que los comicios se llevaron a cabo y que el supuesto constreñimiento no fue para obligar a la población a votar sino para restringir la concurrencia a los puestos de votación. (...). Nótese que incluso los testigos, a pesar de las manifestaciones de temor de las cuales dan cuenta sus dichos, coincidieron en que pudieron ejercer su derecho al voto e incluso la candidata Mieles acotó que, aunque fue sujeto de restricciones pudo hacer un proselitismo político limitado. En este punto, llama la atención la Sala en que en la demanda se esbozó que los hechos de violencia alcanzaron a los aspirantes, para aseverar que ello conllevó las renunciaciones de varias candidaturas por faltas de garantías, pero sobre estos hechos y sus causas reposa una noticia de prensa con el enlace respectivo y no se concretó prueba alguna que así lo corroborara. No desconoce la Sala que la afectación de las garantías electorales por violencia infligida sobre los candidatos puede llegar a constituir uno de los eventos a abordar en la nulidad electoral por la causal de violencia, pero se reitera que en este caso, esa conexidad entre el hecho alegado y la ausencia de varios aspirantes debió ser probada. Valga recordar que la causal de violencia de nulidad electoral resulta objetiva, al punto que no se requiere acreditar el causante de la misma, sino los presupuestos de ocurrencia del hecho de intimidación, cualitativamente hablando, pero a su vez cuantitativamente, comoquiera que debe ir aparejado a la mutación del resultado (...). Con todo, la Sala no deja de lado ninguno de los factores que rodean esta causal, pues si bien el solo hecho de que en un puesto de votación completo no se hubiera podido llevar a cabo la votación de marzo 2022, evidencia la situación de violencia, aunque no en la magnitud o potencialidad e incidencia que planteó la parte actora, pero así también es innegable que sí se probó mínimamente si se compara con todo el espectro de todas las mesas demandadas. La Sala observa que

el cargo de violencia contra los electores no cumple con los criterios esbozados (...), puesto que el constreñimiento que se acusó contra ellos no se probó en específico en las mesas demandadas. Aunado a que se advierte de pruebas como las actas generales de escrutinio y los E-14 delegados que los ciudadanos sí concurren a votar y que, en contraste, los hechos que la parte actora mencionó en cada una de esas mesas, en su mayoría contenían el relato de una situación generalizada e histórica, sin que la materialización de los mismos se hubiera demostrado en específico para las mesas demandadas. No existe en el acervo probatorio, medios que corroboren que el electorado de la CTP 12 fue sujeto de coacción, constreñimiento, hostigamiento o cualquiera otra forma de presión (física o psicológica) al momento de asistir a las urnas y sufragar o de no haber podido hacer presencia en ellas a ejercer el derecho al voto. Distinto sucede con la conducta lesiva glosada frente al constreñimiento a los jurados de votación, que tuvo probanza en una de las 52 mesas demandadas y analizadas, concretamente en el puesto 3, de la zona 99, del corregimiento de Guachaca (Santa Marta) y dentro del cual la parte actora demandó específicamente la mesa 19. (...). Estas circunstancias comprobadas dan cuenta de que la causal de violencia contra las autoridades electorales, como en efecto lo son los jurados de votación, aconteció frente al puesto referido del corregimiento de Guachaca (Santa Marta), con afectación en el desenvolvimiento de las justas electorales. No obstante, acreditado un hecho de violencia con el que se constriñó, en principio, a las autoridades electorales (factor objetivo), lo cierto es que por sí solo no puede, en principio, generar la nulidad de la elección. [L]a Sección Quinta considera que, para la viabilidad de la nulidad electoral afincada en hechos constitutivos de violencia, no basta demostrar el supuesto fáctico de constreñimiento u hostigamiento, sino que el grado de este acontecimiento funesto tuvo la capacidad de alterar el resultado de la elección declarada. Ahora bien, de los 17.687 votos totales obtenidos por el señor Tovar Vélez: en Ciénaga logró 420 sufragios y en Santa Marta 586, para un total de 1.006, que equivalen al 5,7% de toda la votación que le llevó a ser declarado representante a la Cámara. De tal suerte que, aunque hipotéticamente, se le restara toda la votación lograda en las mesas demandadas de las circunscripciones de Ciénaga y Santa Marta, el accionado aún sería declarado elegido e incluso con una diferencia de caudal electoral bastante holgado y distante con respecto a los aspirantes más votados en las mismas justas electorales. (...). Así las cosas, a partir de todos los extremos probados y las consideraciones indicadas en precedencia, la Sala no encuentra que la mesa en la que prosperó de manera comprobada la imputación de violencia electoral conlleve la mutación del resultado determinado en el acto declaratorio de elección, que permitiera afirmar que el señor Tovar Vélez fue elegido de manera espuria. (...). Con fundamento en todo lo anterior, se negará la pretensión de nulidad electoral formulada en la demanda."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 28 de septiembre de 2023; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00081-00.](#)

2. Se negó la declaratoria de nulidad del acto de elección de una magistrada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de la señora Hilda González Neira, como magistrada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que desconoció la exigencia de haber ejercido la profesión de abogada atendiendo al requisito de buen crédito. La Sala negó las pretensiones de la demanda luego de considerar que el solo hecho de la existencia de una condena al Estado en sede de reparación directa no es suficiente para establecer con certeza que una funcionaria judicial actuó sin atender al buen crédito en el ejercicio del derecho.*

NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DE MAGISTRADO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO / REQUISITO DE BUEN CRÉDITO EN EJERCICIO DE LA PROFESIÓN / ACCIÓN DE REPETICIÓN / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL AGENTE

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala determinar si el acto de elección de la señora Hilda González Neira como magistrada de la Corte Suprema de Justicia, está viciado de nulidad, por cuanto al momento de su nombramiento se desconoció la exigencia de haber ejercido la profesión de abogada atendiendo al requisito de buen crédito, por lo que dicho acto pudo haber contrariado lo dispuesto en los artículos 232 de la Constitución Política y el numeral 5 del artículo 275 de la Ley 1437 del 2011.*

Tesis: “En el presente asunto, el demandante pretende que se declare la nulidad del acto electoral de la señora Hilda González Neira como magistrada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por presuntamente no cumplir con el requisito de ejercer la profesión de abogada con buen crédito. Lo anterior, por cuanto no se tuvo en cuenta que en un medio de control de reparación directa se condenó al Estado por el daño antijurídico que se le ocasionó a un ciudadano en un trámite judicial que estuvo a cargo de la demandada y que produjo que actualmente la Nación – Rama Judicial promoviera un proceso de repetición en contra de ella. (...). Por otra parte, es importante aclarar que el proceso de repetición iniciado en contra de la demandada con ocasión de la condena impuesta por la decisión antes señalada, se encuentra actualmente en trámite en el Juzgado Sesenta y Cinco Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá. (...). [C]omoquiera que el juicio de reparación directa recaerá en el juzgamiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, la Sección Quinta como juez de la nulidad electoral considera que la conducta del agente estatal debe ser juzgada mediante la acción correspondiente -penal, disciplinaria o de repetición-. Lo anterior, para que se tenga certeza que el actuar del agente fue gravemente culposo o doloso, y así afecte el buen crédito del ejercicio de la profesión e incida en las condiciones y calidades de elegibilidad de la persona. En ese orden de ideas, resulta claro que el solo hecho de la existencia de una condena al Estado en sede de reparación directa no es suficiente para establecer con certeza que una funcionaria judicial actuó sin atender al buen crédito en el ejercicio del derecho. (...). En consecuencia, en el presente caso y dadas las particularidades del mismo, la sentencia del 10 de diciembre de 2018 no resulta suficiente para evidenciar la existencia de acciones u omisiones dolosas o gravemente culposas respecto de la demandada, lo que de todas maneras será analizado por el Juez Sesenta y Cinco Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá en sede de repetición. Igualmente, el hecho de que la administración hubiera realizado el pago de la condena tampoco es una situación que permita inferir que la señora Hilda González Neira haya ejercido la profesión de abogada sin buen crédito, comoquiera que ello se realizó en cumplimiento de una orden judicial y es un requisito de procedibilidad de la acción que pretende que el agente estatal retribuya el dinero que se pagó a la víctima del daño antijurídico. (...). El cargo formulado por el demandante no sustenta la nulidad de la elección cuestionada y, por lo tanto, se deberán negar las pretensiones de la demanda.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 14 de septiembre de 2023; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2023-00013-00.](#)

3. Se negó la declaratoria de nulidad del acto de llamamiento a ocupar curul de representante a la Cámara por el departamento de Bolívar

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de llamamiento a la señora Ángela María Vergara González para ocupar la curul de representante a la Cámara del departamento de Bolívar por lo que resta del periodo constitucional 2022-2026, obtenida inicialmente por el señor Yamil Hernando Arana Padui, quien renunció a dicho escaño, aduciendo que le fue decretada la pérdida de investidura cuando se desempeñó como edil de la Junta Administradora de la Localidad No. 1 de Cartagena, para el periodo constitucional 2020-2023. La Sala negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que: (i) la pérdida de investidura no genera de manera automática una inhabilidad para desempeñar funciones públicas distintas a las del cargo cuya investidura se pierde; (ii) la interpretación de las causales de inhabilidad es restrictiva; y, (iii) la inhabilidad alegada alude a quienes han perdido la investidura de congresista, no de edil.*

NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / ACTO DE LLAMAMIENTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL EDIL / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / DESINVESTIDURA DE LOS FUNCIONARIOS DE LA CORPORACIÓN PÚBLICA / INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / IMPROCEDENCIA DE LA ANALOGÍA

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala dar respuesta al siguiente cuestionamiento: ¿Está viciada de nulidad la Resolución 0001 del 13 de enero de 2023, mediante la cual se hizo un llamamiento a la demandada para ocupar curul de representante a la Cámara del departamento de Bolívar, por infringir los artículos 275.5 y 137 del CPACA? Con tal fin, debe resolverse si la pérdida de la investidura como edil, que le fue decretada a la señora Ángela María Vergara González por parte del Tribunal Administrativo de Bolívar, la cual fue confirmada por la Sección Primera del Consejo de Estado, al interior del proceso 13001-23-33-000-2020-00573-00/1, implica, como afirma el accionante, que la demandada no pudiese ocupar el cargo de representante a la Cámara del departamento de Bolívar.*

Tesis: “[L]a Sala toma distancia de los argumentos del demandante por cuanto, conforme se explicó a lo largo de esta providencia: i) la pérdida de investidura no genera de manera automática una inhabilidad para desempeñar funciones públicas distintas a las correspondientes a las del cargo cuya investidura se pierde; ii) la interpretación de las causales de inhabilidad es restrictiva, de manera que en su aplicación está proscrito analizar supuestos fácticos no previstos y iii) la inhabilidad del numeral 4 del artículo 179 constitucional alude a quienes han perdido la investidura de congresista. [P]ara la Sala, aun cuando no existen dudas en torno a la pérdida de investidura que se le decretó a la demandada, tampoco es materia de discusión que dicha sanción no le fue impuesta en su calidad de congresista, sino como edil de la Junta Administradora de la Localidad núm. 1 – Histórica y del Caribe Norte del Distrito de Cartagena de Indias. Frente al particular, debe recordarse que, dado el carácter restrictivo y excepcionalísimo que comportan las inhabilidades como limitantes del derecho a conformar el poder político, al operador judicial le está vedada cualquier interpretación en contrario, extensiva u analógica o que se aparte de los supuestos previstos expresamente por el constituyente o el legislador. Así, en aplicación de la naturaleza taxativa de las inhabilidades para ser congresista y la interpretación restrictiva de las mismas que ha efectuado la Sala en las oportunidades traídas a colación, conllevan a concluir que el supuesto previsto en el numeral 4 del artículo 179 de la Constitución tampoco resulta extensivo a los ediles a quienes se les haya declarado la pérdida de investidura en tal condición. Por tal razón, en el presente caso no se acreditó la prohibición pues, se insiste, en que la demandada no fue despojada de su investidura como representante a la Cámara o senadora, sino como miembro de junta administradora local. Ante dicho panorama, la Sala coincide con lo mencionado por la parte demandada y el Ministerio Público en cuanto al hecho de que la pérdida de investidura decretada a la señora Vergara González en su condición de edil no implica que se encuentre inmersa en el escenario de inhabilidad invocado por el demandante, cuya concreción, naturalmente, aparejaría la configuración de la causal de nulidad del acto de elección previsto en el artículo 275.5 del CPACA. Por ello, el cargo propuesto no tiene vocación de prosperidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 24 de agosto de 2023; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2023-00012-00.](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. El Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM) tiene un efecto informativo obligatorio, bien para la notaría como requisito para perfeccionar la enajenación de un bien sometido a registro, o bien para la entidad financiera o bancaria para las cuales es relevante como criterio de evaluación del riesgo de quienes pretenden ser sus beneficiarios.

Síntesis del caso: *El Gobierno Nacional, por conducto del ministro de Justicia y del Derecho, formuló consulta a la Sala en relación la interpretación de las consecuencias jurídicas contenidas en los numerales 3° y 4° del artículo 6° de la Ley Estatutaria 2097 de 2021 «Por medio de la cual se crea el Registro de deudores Alimentarios Morosos (REDAM) y se dictan otras disposiciones».*

CUOTA ALIMENTARIA / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA / PAGO DE LA CUOTA ALIMENTARIA / OBLIGACIÓN ALIMENTARIA / PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA / CONTROL PREVIO DE PROYECTOS DE LEY ESTATUTARIA / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD / REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS / FINALIDAD DEL REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS

Problema jurídico 1: *¿Cuál es el efecto útil de las disposiciones de los numerales 3 y 4 del artículo 6 de la Ley 2097 de 2021? ¿El deber de exigir “el certificado del Registro de Deudores Alimentarios Morosos” previsto en los numerales 3 y 4 del artículo 6 de la Ley 2097 de 2021 tiene meros efectos informativos?*

Tesis: “- La Corte Constitucional en revisión previa de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria núm. 213 de 2018 Senado, 901 de 2018 Cámara, «Por medio de la cual se crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Redam) y se dictan otras disposiciones», mediante Sentencia C-032 de 18 de febrero de 2021, declaró inexecutable las consecuencias de la inscripción en el registro REDAM previstas en los numerales 3° y 4° del artículo 6° al considerar que: (i) atribuían facultades jurisdiccionales permanentes a los notarios y a las entidades del sector financiero a través de un mecanismo de cobro de la obligación alimentaria en mora, sin el previo consenso de las partes, y (ii) vulneraban el derecho al debido proceso pues dicho cobro no estaba respaldado en un título ejecutivo y el deudor no contaba con mecanismos para la liquidación de la acreencia debida, para demostrar el cumplimiento parcial o total de la obligación o para formular excepción de pago. En todo caso, la Corte precisó que los apartes iniciales de dichos numerales, es decir, aquellos que se refieren a la obligación de presentar ante el notario y ante las entidades bancarias o de financiamiento, el certificado de Registro de Deudores Alimentarios Morosos -REDAM, sí son constitucionales, pues tienen un propósito eminentemente informativo. - El Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Redam) fue creado por la Ley 2097 de 2 de julio de 2021, como instrumento para impulsar el pago de las obligaciones alimentarias a partir de la verificación del incumplimiento de las mismas, y la fijación de consecuencias por dicho incumplimiento derivan. Dicha ley suprimió los apartes declarados inexecutable por la Corte en los numerales 3° y 4° del artículo 6°, y mantuvo el aparte inicial de cada uno, con lo cual, el certificado del REDAM es requisito tanto para perfeccionar la enajenación de un bien sometido a registro, como para solicitar un crédito o la renovación del mismo y en consecuencia, debe ser exigido por las notarías, y por las entidades financieras o bancarias, éstas últimas para evaluar el historial crediticio de quienes pretenden ser sus beneficiarios. El Gobierno Nacional mediante Decreto 1310 de 2 de julio de 2022 reglamentó la Ley 2097 de 2021, y en el artículo 2.2.23.7 indicó que la finalidad de la información contenida en el REDAM es constatar el incumplimiento de las obligaciones alimentarias en mora, e indicó que su uso distinto es irregular y está sometido a las sanciones de las leyes de habeas data. Las disposiciones tanto de la Ley 2097 de 2021 como del Decreto 1310 de 2022 son de obligatorio cumplimiento tanto para los notarios, en la función fedataria, como en la actividad bancaria de las entidades financieras. En consecuencia, éstos, en ejercicio de su función, deben exigir el certificado del Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM), como requisito para perfeccionar la enajenación de un bien sometido a registro, y para otorgar un crédito bancario, más no como causal para no negar uno u otro acto, sino para efectos informativos. - En suma, no le es posible ni a los notarios ni a las entidades financieras al constatar que quien realiza el trámite está inscrito en el REDAM, negar el acceso a los servicios y trámites a realizarse en una y otra, en ningún sentido. (...) El

REDAM es un banco de datos electrónico de carácter público y gratuito, que contiene y administra la información y datos personales del deudor alimentario moroso susceptible de registro y que busca como efecto útil, servir de instrumento para impulsar el pago de dicha obligación. La exigencia de presentar el certificado del Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM) prevista en los numerales 3° y 4° del artículo 6° de la Ley 2097 de 2021 tiene un efecto informativo obligatorio, bien para la notaría como requisito para perfeccionar la enajenación de un bien sometido a registro, o bien para la entidad financiera o bancaria para las cuales es relevante como criterio de evaluación del riesgo de quienes pretenden ser sus beneficiarios, tal y como lo establece la propia ley y el Decreto 1310 de 2022, y conforme fue precisado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-302 de 2021”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la naturaleza y particularidades de las leyes estatutarias, ver: Corte Constitucional, sentencias C-015 de 2020 y C-748 de 2011

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el control previo de constitucionalidad de los proyectos de ley estatutaria, ver: Corte Constitucional, sentencias C-523 de 2005 y C-787 de 2011.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre los efectos de la declaratoria de inexecutable de las leyes por parte de la Corte Constitucional, ver: Corte Constitucional, sentencias C-329 de 2001, C-523 de 2005, C-007 de 2016, T-1112 de 2008 y T-592 de 2009; y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2489 del 13 de diciembre de 2022, número único: 11001-03-06-000-2022-00250-00, C.P. María del Pilar Bahamón Falla.

NOTA DE RELATORÍA 4: En el presente concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un recuento del trámite de proyecto de ley que dio lugar a la expedición de la Ley 2097 de 2021, por medio de la cual se creó el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Redam)

NOTA DE RELATORÍA 5: Sobre el control previo de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional proyecto que dio origen a la Ley 2097 de 2021, ver: Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2021.

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA / REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS / FINALIDAD DEL REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS / SERVICIO NOTARIAL

Problema jurídico 2: *¿Puede un notario proceder a perfeccionar la enajenación de bienes sujetos a registro y otorgar la correspondiente escritura pública, en el caso en que el titular de derechos sobre los bienes sujetos a registro figure en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM)? ¿Está obligado y debidamente facultado el Notario para negar el servicio notarial y abstenerse de otorgar escritura pública cuando el titular de los bienes sujetos a registro a enajenar, figure en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM)? ¿Qué sucede si el Notario niega el servicio notarial de otorgamiento de una escritura pública de un bien sometido a registro, con fundamento en que el titular de los bienes a enajenar, figura en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM)? ¿Qué sucede si el Notario permite el otorgamiento y autoriza una escritura pública de un bien sometido a registro, cuando el titular de los bienes a enajenar, figura en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM)?*

Tesis 2: “Tal y como se explica a lo largo del concepto, conforme al numeral 3° del artículo 6° de la Ley 2097 de 2021, para perfeccionar la enajenación de bienes muebles o inmuebles sujetos a registro, la notaría debe exigir el certificado del Registro de Deudores Alimentarios Morosos -REDAM- con el único efecto informativo que establecen la ley, y el Decreto 1310 de 2022. En tal sentido, el notario, una vez cuente con dicho certificado, y aún, si en éste se verifica que una de las partes del negocio es deudor alimentario, debe proceder al perfeccionamiento del mismo, y a otorgar la respectiva escritura pública, y no le es dable, negar el servicio notarial o abstenerse de cumplir con su función invocando dicho reporte. El notario que, invocando el reporte en el REDAM niegue el servicio público notarial, como particular que cumple una función pública, incurriría en una falta disciplinaria de las establecidas en el título II del Código General Disciplinario, por el incumplimiento y la extralimitación de sus funciones”.

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA / REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS / FINALIDAD DEL REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS / ACTIVIDAD FINANCIERA BANCARIA / PRODUCTO FINANCIERO / SERVICIOS BANCARIOS

Problema jurídico 3: *¿Puede una entidad bancaria o financiera otorgar o renovar un crédito a una persona que figure en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM)? ¿Está obligada la entidad bancaria o financiera a abstenerse de otorgar o renovar créditos a las personas que figuren en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM)? ¿Qué sucede si una entidad financiera o bancaria niega el otorgamiento o renovación de un crédito a una persona por figurar en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM)? ¿Qué sucede si la entidad financiera o bancaria permite el otorgamiento o la*

renovación de un crédito a una persona que figura en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM)?

Tesis 3: “Como también se ha explicado, conforme al numeral 4° del artículo 6° de la Ley 2097 de 2021, la entidad bancaria o de financiamiento en la que un deudor alimentario solicite un crédito o la renovación de un crédito, debe exigir el certificado del Registro de Deudores Alimentarios Morosos – REDAM- con un propósito eminentemente informativo y sólo con fines de evaluación del riesgo crediticio del deudor a partir de su grado de cumplimiento con la obligación alimentaria. Por lo expuesto, la entidad bancaria o financiera puede otorgar o renovar créditos a las personas que figuran como deudores en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM). Lo anterior sin perjuicio de la decisión que pueden adoptar dichas entidades de negar la solicitud de un deudor alimentario, luego de la respectiva evaluación del riesgo, de acuerdo a la capacidad y comportamiento crediticio de quien pretende ser beneficiario”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2508 del 13 de septiembre de 2023; C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00210-00\(2508\). Levantamiento de reserva mediante auto del 12 de octubre de 2023.](#)

2. El presidente de la República no tiene la competencia para establecer los parámetros o reglas tendientes a determinar el número de diputados que le corresponde elegir a cada departamento pues esta le corresponde al Congreso de la República.

Síntesis del caso: *El señor ministro del Interior solicitó a la Sala emitir concepto sobre cuál es la autoridad u órgano competente para determinar los parámetros o reglas para establecer el número de diputados a elegir para las asambleas departamentales en cada circunscripción departamental.*

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA TERRITORIAL / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA TERRITORIAL / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL / FUNCIONES DE LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL / NÚMERO DE DIPUTADOS POR DEPARTAMENTO / RESERVA DE LEY / FUNCIÓN LEGISLATIVA / DESARROLLO LEGAL DE LA NORMA CONSTITUCIONAL / ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

Problema jurídico 1: *¿Es competencia del presidente de la República, vía decreto reglamentario, establecer los parámetros, reglas o criterios tendientes a determinar el número de diputados que le corresponde elegir a cada departamento, dentro de los límites mínimo y máximo fijados por el artículo 299 de la Constitución Política, y, reiterados por el artículo 16 de la Ley 2200 de 2022?*

Tesis: “[L]a composición de las asambleas departamentales tiene especial relevancia dentro del concepto de autonomía de un departamento, como entidad territorial, no solo porque es un componente propio de la organización territorial, sino porque de dicha composición depende el grado de representación que tienen sus ciudadanos, es decir, depende el derecho para elegir, mediante el voto, el número de diputados que gobernarán su departamento. En este sentido, el Constituyente determinó los límites mínimo y máximo de miembros que deben tener las asambleas departamentales, pero sin definir los criterios, parámetros o reglas para fijar el número de diputados por cada departamento, ni el órgano al que le corresponde dicha función. No obstante, de conformidad con el modelo de Estado colombiano (República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales), definido en el artículo 1° de la Carta, dicha función le corresponde al legislador, pues es al Congreso de la República a quien le compete hacer las leyes. De lo indicado se concluye que, si bien la Constitución Política le reconoció a las entidades territoriales autonomía para la gestión de sus intereses, esta no es absoluta, sino relativa, debido a que sus derechos pueden ser ejercidos de conformidad con los límites que imponga la Constitución y la ley, lo que reafirma el carácter unitario del Estado colombiano. Por lo tanto, dado que la composición de las asambleas departamentales es materia propia de la organización territorial y forma parte del concepto de autonomía, pues del número de diputados depende el grado de representación que la ciudadanía tenga de su territorio, le compete, en principio, al legislador definir los criterios, parámetros o reglas para fijar el número de diputados por cada departamento, en virtud de la cláusula general de competencias. (...) [R]evisada la historia normativa acerca de la determinación del número de diputados a elegir en cada departamento, se observa, que tal función ha sido distribuida entre el constituyente y el legislador. El

primero, se ha encargado de establecer los límites mínimo y máximo del número de diputados; y el segundo, de diseñar las reglas, los criterios o los parámetros para asignar, dentro de esos límites, el número de diputados a elegir en cada uno de los departamentos. No obstante, con la expedición de la reciente Ley 2200 de 2022 dichos parámetros, reglas o criterios fueron abolidos, al haberse derogado expresamente el Decreto Ley 1222 de 1986, sin que el legislador haya fijado unos nuevos; por el contrario, se limitó a transcribir el texto constitucional en cuanto a los límites mínimo y máximo, dejando en el limbo dicha función. (...) [L]a determinación de los parámetros, reglas o criterios para establecer el número de diputados por departamento (...) es de gran importancia dentro del concepto de autonomía de un departamento, pues de dicha composición depende el grado de representación que tienen sus ciudadanos, es decir, si estos se encuentran sobre o subrepresentados. (...) Por lo anterior, le corresponde al legislador definir los parámetros, reglas o criterios para establecer el número de diputados por departamento, pues de ellos depende una representación equilibrada, que refleje las necesidades de cada una de estas entidades territoriales; además, al ser los diputados autoridades departamentales, su elección debe sujetarse a lo dispuesto por la constitución y la ley, como lo señala el artículo 287 constitucional, que fija límites a la autonomía otorgada por la Carta a estas entidades. Por último, el artículo 293 constitucional señala que la ley dictará las disposiciones necesarias para la elección de los ciudadanos, mediante voto popular, para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. (...) De conformidad con esta disposición constitucional, se concluye que la definición de los criterios, parámetros o reglas para determinar el número de diputados que debe integrar cada una de las asambleas departamentales son aspectos propios de los procesos de elección de estas autoridades departamentales, y, por lo tanto, la competencia para fijarlos es del legislador”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el modelo del Estado colombiano, ver: Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1992.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el carácter relativo de la autonomía de las entidades territoriales, ver: Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2000.

NOTA DE RELATORÍA 3: En el presente concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un recuento sobre las normas constitucionales y legales que han regulado lo relativo a la determinación del número de diputados a elegir en cada uno de los departamentos. Sobre este tema, ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencias del 21 de abril de 2005, radicación 66001-23-31-000-2003-00987-01(3460) y del 18 de abril de 2005, radicación 70001-23-31-000-2004-00017-01(3503).

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre el control de constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2003, ver: Corte Constitucional sentencia C-668 de 2004.

NOTA DE RELATORÍA 5: Sobre la inexecutable del artículo transitorio de la Ley 617 de 2000, ver: Corte Constitucional, sentencia C- 920 de 2001.

NOTA DE RELATORÍA 6: Sobre el derecho de las entidades territoriales de gobernarse por autoridades propias, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1992.

DESARROLLO LEGAL DE LA NORMA CONSTITUCIONAL / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL / NÚMERO DE DIPUTADOS POR DEPARTAMENTO / RESERVA DE LEY / LÍMITES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA / COMPETENCIA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Problema jurídico 2: *¿Puede considerarse que la reproducción de una norma constitucional en la ley equivale a que la materia ha quedado regulada por el legislador y que, por tanto, resulte procedente la reglamentación administrativa de la misma?*

Tesis: “[No] puede entenderse que por encontrarse el texto constitucional referente a los límites mínimo y máximo de miembros que pueden integrar las asambleas departamentales (artículo 299, inc. 1) reproducido en el texto legal (artículo 16 ibidem) habilita al presidente de la República para definir los parámetros, criterios o reglas para determinar el número de diputados en cada departamento bajo el ejercicio de su potestad reglamentaria administrativa contenida en el artículo 189-11 constitucional, pues su reproducción no significa que la materia haya quedado regulada en la ley para que proceda una reglamentación administrativa. De otro lado, el hecho de copiar un texto constitucional en una ley no le quita la connotación constitucional a la norma; en consecuencia, al ser una regulación de orden constitucional su desarrollo debe hacerse por el legislador, vía ley de la República. Por último, se reiteran los argumentos constitucionales esbozados en el acápite anterior que sustentan la razón por la cual la definición de los criterios, parámetros o reglas para determinar el número de diputados en cada departamento es competencia del legislador, vía ley, y no del presidente de la República, vía reglamento administrativo”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2499 del 18 de abril de 2023; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2023-00045-00\(2499\). Levantamiento de reserva mediante auto del 23 de octubre de 2023.](#)

4. Los tribunales superiores de distrito judicial son las autoridades competentes para conocer y resolver las solicitudes de autorización para compensatorio por vacaciones, elevadas por los servidores judiciales que ejercen la atención de hábeas corpus y/o que cumplen turnos con ocasión de la función de control de garantías durante el período de vacaciones.

Síntesis del caso: *Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Consejo Seccional de la Judicatura de Santander y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para conocer de la solicitud de autorización para compensatorio por vacaciones presentada por un juez penal con función de conocimiento.*

ACCIÓN DE HABEAS CORPUS / DEBERES DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS / TURNO DE DISPONIBILIDAD / VACANCIA DE LA RAMA JUDICIAL / VACACIONES DE EMPLEADO JUDICIAL / INTERRUPCIÓN DE LAS VACACIONES / SOLICITUD DE VACACIONES / SUPERIOR JERÁRQUICO ADMINISTRATIVO / JUEZ / JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR

Problema jurídico: *¿El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga es la autoridad competente para conocer y responder la petición elevada por un juez perteneciente a dicha distrito, con el fin de que le sean concedidas las vacaciones que no pudo disfrutar por haber prestado turno de disponibilidad para la atención de acciones de habeas corpus y de la función de control de garantías durante el período de vacancia judicial?*

Tesis: “En diferentes oportunidades, la Sala se ha pronunciado sobre la autonomía constitucional de la Rama Judicial, indicando que esta no solo apunta a la forma como los órganos, dependencias y funcionarios que la integran cumplen su función primordial de administrar justicia, sino que también alude a la forma en que se organiza internamente y gestiona sus recursos humanos, físicos, técnicos y financieros, para lograr de manera eficiente su objetivo constitucional y misional. (...) [C]on el propósito de lograr el eficiente funcionamiento de la administración de justicia, en ejercicio de las funciones administrativas, las altas cortes, los tribunales y los jueces actúan como superiores jerárquicos de los magistrados de los tribunales, de los jueces y de los empleados que laboran en los diferentes despachos judiciales, respectivamente, de conformidad con la estructura jerárquica de la Rama Judicial. (...) En relación con el superior administrativo de los servidores judiciales, la Sala ha señalado que, por regla general, dicha calidad corresponde al nominador del respectivo funcionario o empleado (...). [P]or regla general, el superior jerárquico de los jueces es su respectivo nominador. En consecuencia, dicho nominador tiene la competencia para resolver las peticiones que le presenten los jueces de su jurisdicción en temas laborales. (...) Las vacaciones hacen parte de las situaciones administrativas a las que se refiere el artículo 135 de la Ley 270 de 1996. De conformidad con el numeral 7 del artículo 131 de la Ley 270 de 1996, los nominadores de los jueces de la República son los respectivos tribunales, razón por la cual en el caso objeto de estudio, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga tiene la condición de nominador del Juez 5 Penal del Circuito de Bucaramanga. Las Salas Plenas y las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores tienen, entre otras, la función administrativa de resolver las solicitudes de vacaciones en relación con los jueces que hacen parte de su respectivo distrito judicial, conforme lo dispone el artículo 146 de la Ley 270 de 1996. El Juez 5 Penal del Circuito de Bucaramanga con Funciones de Conocimiento, señor [O.J.S.V.], solicitó el tiempo de descanso de las vacaciones a que tenía derecho, pero que no pudo disfrutar, por haber prestado turno de disponibilidad para la atención de hábeas corpus y para cumplir la función de control de garantías, durante el lapso comprendido entre el 20 de diciembre de 2022 y el 10 de enero de 2023, período que correspondía a las vacaciones colectivas para tal servidor judicial. El ejercicio de la atención de hábeas corpus y de los turnos con ocasión del cumplimiento de la función de control de garantías, en el período de vacaciones, deriva en que el servidor judicial pueda

solicitar el disfrute del tiempo de descanso del que no gozó por atender dicha labor”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la acción de habeas corpus y las normas aplicables para cumplir esa función, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 13 de septiembre de 2023, Rad. Núm. 11001-03-06-000-2023-00321-00 y Corte Constitucional, sentencia C-187 de 2006.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la función de control de garantías y las normas para cumplir esta función, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 18 de junio de 2019, Rad. núm. 11001-03-06-000-2019-00020-00; y Corte Constitucional, sentencias C-1092 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre el ejercicio de funciones administrativas en la Rama Judicial, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisiones del 19 de julio de 2023, Rad. núm. 11001-03-06-000-2023-00127-00; del 23 de febrero de 2022, Rad. núm. 11001-03-06-000-2021-00183-00; del 28 de abril de 2020, Rad. núm. 11001-03-06-000-2019-00203-00, del 9 de diciembre de 2016, Rad. núm. 11001-03-06-000-2016-00161-00 y del 2 de octubre de 2014, Rad. núm. 11001-03-06-000-2014-00121-00.

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre los superiores funcionales y administrativos en la estructura jerárquica de la Rama Judicial, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisiones del 19 de julio de 2023, Rad. núm. 11001-03-06-000-2023-00127-00; del 23 de febrero de 2022, Rad. núm. 11001-03-06-000-2021-00183-00; del 22 de julio de 2020, Rad. núm. 11001-03-06-000-2020-00154-00 y del 18 de julio de 2017, radicación 11001-03-06-000-2017-00054-00; y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decisión del 27 de octubre de 1998, rad. C-411.

NOTA DE RELATORÍA 5: Sobre las funciones de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial relacionadas con las situaciones administrativas, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 19 de julio de 2023, Rad. núm. 11001-03-06-000-2023-00127-00.

NOTA DE RELATORÍA 6: En el presente asunto la Sala de Consulta y Servicio Civil hace una relación de las diferencias que se presentan entre las solicitudes de descanso compensatorio por prestar el turno de atención de la función de control de garantías en horas no hábiles de días hábiles y la solicitud de vacaciones por prestar dicho turno de atención en el período de vacancia judicial. Al respecto, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 18 de junio de 2019, Rad. núm. 11001-03-06-000-2019-00020-00.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 10 de octubre de 2023; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2023-00394-00\(C\).](#)

4. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que el Ministerio de Salud y Protección Social es la autoridad competente para adelantar todo lo relativo a la inscripción de los actos que afectan la vida jurídica de las instituciones prestadoras de servicios de salud sin ánimo de lucro del nivel nacional, en el Registro Especial de Instituciones del sector salud.

Síntesis del caso: *Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Salud y Protección Social y el Departamento de Casanare -Secretaría de Salud-, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para atender la solicitud de inscripción en el Registro Especial de Instituciones, de las decisiones de disolución y liquidación de una corporación prestadora de salud sin ánimo de lucro, de la remoción de sus representantes legales, de la designación de su liquidador y de la posterior anulación de estas decisiones; así como la inscripción de la designación de los nuevos representantes legales y la consecuente expedición del certificado de existencia y representación de la corporación.*

SECTOR SALUD / INSTITUCIONES DEL SERVICIO DE SALUD / INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD / REGISTRO ESPECIAL DE PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD / ENTIDAD SIN ÁNIMO DE LUCRO / PERSONERÍA JURÍDICA / REGISTRO ESPECIAL DE INSTITUCIONES DEL SECTOR SALUD

Problema jurídico: *¿El Ministerio de Salud y Protección Social es la autoridad competente para atender las solicitudes de inscripción de las decisiones de disolución y liquidación de la Corporación Mi IPS Llanos Orientales, la remoción de su representante legal y la designación de su liquidador, así como la revocatoria de estas decisiones y la designación de los nuevos representantes legales de la corporación en el Registro Especial de Instituciones (REI) y, en consecuencia, la expedición del certificado de existencia y representación de la corporación, actualizado?*

Tesis: “[P]ara que las entidades sin ánimo de lucro puedan prestar sus servicios de salud en las distintas regiones del país, además de contar con la personería jurídica reconocida [por] el Ministerio de Salud y Protección Social o de la autoridad de salud del departamento o distrito, según el caso, deben habilitarse ante cada uno de los departamentos o distritos en los que prestarán sus servicios, a través del REPS. Para realizar este segundo registro, tales instituciones deberán presentar el formulario de inscripción con sus respectivos soportes, entre los cuales se encuentra el certificado de existencia y representación expedido por el Ministerio de Salud y Seguridad Social o la autoridad de salud del departamento o distrito, en el que se haga constar la personería jurídica de la institución, su carácter nacional o seccional, y sus representantes legales, entre otras. Con la verificación de estos y todos los demás soportes que se solicitan para el registro en el REPS, la autoridad de salud del respectivo departamento asigna un código de inscripción y procede a realizar las visitas de verificación. De manera adicional, en este segundo registro, las instituciones prestadoras de servicios de salud están en la obligación de reportar todas las novedades relativas a la institución, entre ellas el cambio de representante legal y la disolución y liquidación de la entidad, ante la respectiva secretaría de salud departamental o distrital, o la entidad que tenga a cargo dichas competencias. Para el efecto, deberá diligenciar el formulario de reporte de novedades disponible en el aplicativo del REPS, publicado en la página web de cada entidad territorial y, cuando sea el caso para su verificación, con el anexo de los soportes definidos en el Manual de Inscripción de Prestadores y Habilitación de Servicios de Salud. En consecuencia, en este caso, la institución prestadora de servicios de salud también necesitará contar con el certificado de existencia y representación expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social o por la autoridad de salud departamental o distrital que le haya reconocido personería jurídica, en el que se haga constar su existencia, vigencia, representante legal, entre otras. Lo anterior, sin perjuicio, claro está, de la facultad que le asiste a la secretaría de salud del respectivo departamento, para realizar las verificaciones en la prestación del servicio por parte de las empresas prestadoras de salud y, eventualmente, revocar el registro en el REPS, lo que no necesariamente implica la cancelación de la personería jurídica de la entidad sin ánimo de lucro. (...) [A] juicio de la Sala, el solo hecho de que una institución prestadora de servicios de salud sin ánimo de lucro, reconocida como entidad del orden nacional por el Ministerio de Salud y Protección Social, aparezca habilitada en el REPS para prestar servicios en un solo departamento, no cambia automáticamente el carácter nacional de la institución, toda vez que esta se encuentra constituida como una institución que prestaría sus servicios en el departamento del Casanare y del Meta. Por lo tanto, se concluye que la Corporación Mi IPS Llanos Orientales todavía tiene formalmente la calidad de entidad sin ánimo de lucro del nivel nacional y, por lo tanto, todo lo relativo a la inscripción de los actos que afectan la vida jurídica de esta corporación en el Registro Especial de Instituciones, regulado por el Decreto 780 de 2016 le corresponde al Ministerio de Salud y Protección. Por su parte, el registro de estas novedades en el REPS debe ser tramitado e impulsado por la misma corporación ante la Secretaría de Salud del departamento del Casanare, con el diligenciamiento del formato de novedades”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 10 de octubre de 2023; C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2023-00272-00\(C\).](#)

**SENTENCIAS DE
UNIFICACIÓN**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SECCIÓN SEGUNDA

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación establece la incompatibilidad de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con el sistema de liquidación de cesantías administrado por el FOMAG.

Síntesis del caso: *Un docente nombrado en propiedad, se posesionó el 15 de marzo de 2006, fecha en la que fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El 16 de julio de 2021 le solicitó a la Secretaría de Educación de Dosquebrada (Risaralda), el reconocimiento de la sanción derivada de la mora en la consignación de las cesantías del 2020 y de la indemnización ocasionada por el pago tardío de los intereses de ese año. Mediante oficio del 17 de agosto de 2021, el coordinador de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación del municipio, negó la petición del docente por considerar que, la sanción moratoria no está prevista para el régimen excepcional del FOMAG y que es distinto de los fondos privados creados por la Ley 50 de 1990. Decisión que fue confirmada por la vicepresidencia de FOMAG.*

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / AUXILIO DE CESANTÍAS / REGÍMENES DE LAS CESANTÍAS / RÉGIMEN RETROACTIVO/RÉGIMEN ANUALIZADO/CESANTÍAS DEL DOCENTE / CESANTÍAS DEL SERVIDOR PÚBLICO TERRITORIAL

Problema jurídico 1: *¿Existen diferencias entre los sistemas anualizados de cesantías de la Ley 50 de 1990 y el de los docentes de la Ley 91 de 1989?*

Tesis 1: “[...]la delimitación de un régimen de cesantías parte de un elemento en común e imprescindible en todos los casos, esto es la forma de liquidación. De ello se desprende que, en el caso colombiano existen dos regímenes, el retroactivo y el anualizado. En cuanto a las particularidades que llevan a un tratamiento normativo especial, es posible determinar que aquellas están definidas en función del sistema de administración al que están sometidos los recursos y su relación con el régimen es la de especie a género. (...) las características de cada uno de los sistemas dentro del régimen de liquidación anual permiten identificar los aspectos disímiles entre ellos. En primer lugar, todos comparten elementos tales como una entidad administradora, la cuantía y fecha en la que se debe liquidar el auxilio, así como una regulación sobre el traslado de los recursos al fondo administrador (...). En segundo lugar, además del valor del auxilio de las cesantías, cada sistema prevé sumas adicionales por concepto de intereses, rendimientos o protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, intereses sobre las cesantías (...) En tercer lugar, se observa que en cada caso están reguladas las condiciones y oportunidades de pago de la prestación, los mecanismos dispuestos para asegurar los recursos, así como las consecuencias del incumplimiento de los plazos legales, y su efectividad (...). Se destacan las siguientes diferencias relevantes entre los sistemas objeto de análisis [sistemas anualizados de liquidación de la Ley 50 de 1990 y el de los docentes oficiales previsto en la Ley 91 de 1989]. La Ley 50 de 1990 prevé un mecanismo para administrar las cesantías de los trabajadores por medio de instituciones financieras con el fin de promover una racional y amplia distribución de portafolios de inversiones a corto y largo plazo. Su objeto es asegurar una rentabilidad mínima determinada por la Superintendencia Financiera con base en el comportamiento del mercado público de valores. Por el contrario, el sistema especial de administración y pago de las cesantías docentes desde 1989 se constituyó por la Ley 91 con la creación del FOMAG como la entidad encargada de pagar el auxilio a sus afiliados, dentro de un sistema en el que se incentiva el ahorro por medio del cálculo de los intereses sobre el saldo anual o histórico de las cesantías con el fin de proveer los recursos para atender las prestaciones sociales que se causen en cada mes. En ese orden, los fondos de cesantía y el FOMAG son disímiles en cuanto a la naturaleza, el objeto, las disposiciones aplicables, los afiliados, las fuentes de financiación, las inversiones autorizadas y prohibiciones, así como las obligaciones frente al empleador, tal como se expuso en el cuadro anterior. Liquidación y manejo de las cesantías: en el modelo previsto por la Ley 50 de 1990, el valor correspondiente a la liquidación definitiva que se efectúe a 31 de diciembre de la respectiva anualidad o fracción deberá ser consignado por el empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. Por otra parte, los recursos que administra el FOMAG, por concepto de cesantías de sus afiliados, se financia con cargo a los recursos del SGP con destinación específica de educación. Estos se descuentan directamente de los rubros

que se distribuyen por doceavas para la prestación del servicio y pueden hacer uso del principio de unidad de caja con el fin de cubrir las prestaciones que se causen en cada período. Así, los recursos que gira el Ministerio de Educación (SGP) y la entidad territorial (con recursos propios por concepto de deuda) ingresan al FOMAG a cubrir todas las obligaciones exigibles de conformidad con el principio de unidad de caja. Ello significa que, el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos consolidados en un único instrumento o documento y, a su vez, se desagregan en una única caja o tesorería y así los pagos se realizan con los fondos de aquella. En suma, no existen cuentas individuales para la consignación del auxilio de cada docente. Los intereses a las cesantías: el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador debe pagar por concepto de intereses legales «el 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Ahora, los afiliados al FOMAG reciben un interés anual equivalente a la tasa «comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período» sobre el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad, en los términos del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Así las cosas, entre mayor sea el ahorro que el docente oficial tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que la teleología de la norma está dirigida a que exista una reciprocidad financiera, esto es desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo. Esto propende al equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y Congreso en el proyecto de ley 159 de 1989. (...) Con el fin de constatar con claridad la diferencia real entre la liquidación de intereses anuales de las cesantías en cada sistema de administración e incluso teniendo en cuenta la variación porcentual de la inflación y el DTF efectivo anual, se realiza una comparación entre aquellas, por los años reclamados por el demandante (...) una afiliación al FOMAG le reporta un total de \$4.795.362 por concepto de intereses sobre las cesantías, aun cuando realizó retiros por concepto de cesantías parciales acumuladas hasta 2010 y 2017. Por otro lado, en el escenario en que ostentara la calidad de servidor público del nivel territorial habría devengado la suma de \$3.906.792, es decir, con una diferencia de \$888.570, respecto del anterior. Esto sin calcular el valor de la comisión por anticipos que descuentan los fondos privados por ese movimiento. Los resultados se deben a que en este último escenario los intereses se calculan sobre el valor anual de cesantías, a diferencia del FOMAG, en el que se aplica la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificada por la Superintendencia Financiera sobre todo el saldo acumulado por causa de la prestación social. Por lo tanto, este componente conlleva un mayor beneficio del segundo sistema, pues también se constata el beneficio frente a la tasa que se ha reconocido por el FOMAG, respecto de los demás indicadores económicos confrontados. Esto obedece además a que los empleos al servicio del Estado por regla general son de carrera administrativa según el artículo 125 Superior, de tal forma que el ingreso a los cargos docentes, así como el ascenso se realiza a través de la selección objetiva de un concurso de méritos, que a su vez le garantiza al empleado público la permanencia en el servicio docente. Esa estabilidad laboral es acorde con la administración de sus cesantías encaminada a incentivar el ahorro a cambio del beneficio señalado con respecto al cálculo de sus intereses. A partir de la comparación de ambos escenarios, es posible concluir que la ventaja del sistema regulado por la Ley 91 de 1989 se deriva esencialmente de la forma en la que se liquidan y pagan los intereses. Ciertamente, la tasa certificada por la Superintendencia Financiera aplicada al saldo acumulado por el docente oficial reporta a mediano y largo plazo un mayor beneficio sin el riesgo y comisiones por administración que deben asumir los afiliados a una AFP (Ley 50 de 1990). En relación con los rendimientos financieros, se observa que se obtienen tanto en el sistema de la Ley 50 de 1990 como en el de la Ley 91 de 1989. La diferencia radica en su destino final, pues el FOMAG reinvierte los rendimientos y utilidades como una fuente de financiación del fondo común, según el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, como una expresión del principio de solidaridad, con el fin de cubrir las obligaciones que deba atender en cada vigencia, entre ellas, los retiros parciales de cesantías o las que se causen con ocasión del retiro del servicio. A diferencia de ello, la rentabilidad de los portafolios de corto o largo plazo en el sistema de la Ley 50 de 1990, como se expuso, afecta los respectivos patrimonios autónomos constituidos por las cuentas individuales de las AFP a cambio de una comisión pagada por cada afiliado cuando esta sea superior a la prevista por la Superintendencia Financiera. Por lo tanto, se trata de un riesgo controlado únicamente por la rentabilidad mínima exigida por la mencionada superintendencia que, como se expuso, puede ser positiva o incluso negativa, de acuerdo con la volatilidad financiera en cada período, de modo que aun cuando existe una obligación de resultado frente a sus afiliados, esta no siempre es óptima a sus intereses en términos de rendimientos. [...]”

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CESANTÍAS DEL DOCENTE / AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / CESANTÍAS ANUALIZADAS / RÉGIMEN ANUALIZADO / APLICACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA / SANCIÓN MORATORIA POR FALTA DE CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS ANUALIZADAS / IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA

Problema jurídico 2: *¿Los docentes al servicio del Estado no son destinatarios de la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías anualizadas prevista en el artículo 99 (numeral 3) de la Ley 50 de 1990 cuando no se encuentran afiliados al FOMAG, pero si es aplicable a los no afiliados a dicho fondo prestacional?*

Tesis 2: [...] Incompatibilidad de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con el sistema de liquidación de cesantías administrado por el FOMAG (...), los mecanismos con los que cuenta cada sistema para asegurar la disponibilidad de los recursos para el pago de las cesantías de los afiliados. Así, en el caso del FOMAG, está asegurada desde la etapa de planeación del presupuesto, en la que se incorporan los gastos que representa el pago de sus obligaciones durante el respectivo período, y se garantiza la disponibilidad permanente para el pago de las cesantías que se reclamen, así como de las demás prestaciones económicas que se hagan exigibles en cada anualidad, bajo el principio de unidad de caja. En efecto, en este caso, los recursos destinados a la prestación del servicio educativo y, dentro de estos, los gastos del personal docente (nómina y prestaciones sociales) son transferidos sin situación de fondos para atender el pago de las prestaciones sociales que se hagan exigibles cada mes, según disponibilidad de caja. En este sistema se incentiva a los afiliados a mantener las sumas abonadas por concepto de cesantías y a cambio de ello, los intereses se liquidarán anualmente sobre el saldo total de la prestación social. Este elemento se garantiza de otra forma en la Ley 50 de 1990. Desde un principio, era necesario asegurar que los empleadores del sector privado cumplieran con la consignación en el respectivo fondo «antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija». De ahí que la desatención a dicho plazo le genera al empleador responsable del depósito la consecuencia descrita en el numeral 3 del artículo 99 ibidem por lo que «deberá pagar un día de salario por cada retardo». Ahora bien, en el 2003 el presidente de la República expidió el Decreto 3752, el cual prevé en el artículo 1 el deber de afiliación de los docentes del servicio público educativo vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales, pues su incumplimiento conlleva la responsabilidad por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar (parágrafo 1). En consecuencia, la entidad territorial es responsable de las prestaciones de los docentes en el evento en que las respectivas secretarías de educación no los hubiese afiliado al FOMAG. En este caso se cumpliría el presupuesto señalado en el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, atinente a que el régimen de liquidación de los servidores públicos de este nivel -territorial-, que se afilien a fondos privados, será el señalado en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990 o el del artículo 5 de la Ley 432 de 1998, en caso de que su afiliación haya ocurrido ante el FNA. Asimismo, la omisión de afiliación a cualquier fondo no puede conllevar el desconocimiento de las garantías mínimas fundamentales del servidor. Por ende, en ese caso, es necesaria la protección que ofrece el régimen del que gozan la generalidad de los servidores públicos, que, en materia de cesantías, es el contenido en la Ley 50 de 1990. Tal aplicación implica la observancia del principio de inescindibilidad, de manera que se deben conceder todos los componentes de dicha normativa, dentro de los cuales se incluye la sanción moratoria, si el auxilio no se consigna en la oportunidad legal.(...) Ahora bien, por medio de la sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional declaró improcedente las acciones de tutela interpuestas contra fallos del Consejo de Estado sobre este asunto e indicó que la regla jurisprudencial fijada por medio de la sentencia SU-098 de 2018, citada en precedencia, solo constituye precedente en el evento en que se omita la afiliación del docente al FOMAG, de modo que en aquellos casos en que se pretende la sanción por la falta de consignación de las cesantías a los beneficiarios del señalado fondo, no existe una providencia de unificación con efectos vinculantes que pueda aplicarse a las situaciones con similitud fáctica y jurídica. Según las anteriores precisiones, el sistema especial de administración de cesantías de los docentes afiliados al FOMAG es incompatible con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. En este sentido, se advierte que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 amplió la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad, de que ello es «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989». Esto se traduce en que lo allí dispuesto no incluyó al personal docente, a esta misma conclusión llegó la Corte Constitucional en la sentencia C-928 de 2006, en la cual estudió la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Asimismo, el Decreto 1582 de 1998 no extendió la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, como tampoco lo hizo el Decreto 1252 de 2000 al disponer que los empleados públicos tienen derecho «al pago de las cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso», aun cuando exista un «régimen especial» que los regule. Lo anterior, por cuanto este último contiene la precisa referencia al pago de la prestación, que es tan solo uno de los elementos que integran el régimen anualizado, lo cual, en efecto se cumple, pues los eventos en los que hay lugar a aquel son comunes en cada uno de los sistemas especiales cuyo rigor se mantiene, de acuerdo con el inciso señalado. Además, del contenido normativo previsto en el mencionado Decreto 1252 de 2000, se deduce que su intención fue la de precisar que todos los empleados públicos quedaran sometidos al régimen anualizado de cesantías, que por regla general es el regulado por la Ley 50 de 1990, sin que ello implicara que todos quedaran cobijados por dicho sistema de administración. Esta conclusión es coherente con la mención de la Ley 432 de 1998, cuyos destinatarios conservaron las reglas a las que se encontraban sometidos y no a la Ley 50 de 1990. En consecuencia, la falta de precisión frente a la Ley 91 de 1989 en modo alguno podía conllevar la modificación de la normativa que los gobernaba, sino que se acompasa con la disposición del 2000, puesto que el personal docente ya estaba regulado por un régimen anualizado de cesantías.(...) Pues bien, frente al pago de las cesantías parciales y definitivas, ambos regímenes sí están amparados por la misma garantía que representa la sanción moratoria prevista en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. Esta penalidad aplica tanto para los destinatarios de la Ley 50

de 1990 como para el personal afiliado al FOMAG, tal y como se constata con la regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación SU CE-SUJ2-012-18 proferida por esta Corporación. En esta última providencia, el Consejo de Estado también sentó jurisprudencia en cuanto al cómputo de los términos para la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y definitivas, en consecuencia, inaplicó por ilegal el Decreto 2831 de 2005, e instó a los entes territoriales y al FOMAG a que las solicitudes de reconocimiento de cesantías promovidas por los docentes fueran tramitadas en atención a esas disposiciones legales. En este punto, se destaca que la sanción moratoria hace parte del sistema de administración de cesantías y no del régimen anualizado. Se trata de un instrumento dentro de uno de sus componentes que tiene el propósito de asegurar que se trasladen los recursos necesarios para garantizar la disponibilidad el pago del auxilio de cesantías, en los eventos que la ley lo autoriza. (...) Regla jurisprudencial De acuerdo con todo lo expuesto en precedencia, se establece que las leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, así como sus decretos reglamentarios no extendieron la sanción moratoria causada por la falta de consignación del auxilio de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG y regulados por la Ley 91 de 1989 y, en todo caso, es incompatible con el sistema que prevé la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio en las AFP, comoquiera que se trata de un sistema especial que establece unas normas acordes con su funcionamiento. Sin embargo, en el evento en que la entidad territorial haya omitido afiliarlo al FOMAG, el docente estatal no se beneficiaría de aquellas, entre ellas, el reconocimiento de los intereses a las cesantías sobre el saldo total, en la medida en que este no existiría, de modo que le reportaría mayor utilidad las garantías de la Ley 50 de 1990 con fundamento en el cual tendría derecho a la sanción moratoria derivada del incumplimiento del empleador. En ese sentido, la regla de unificación jurisprudencial es la siguiente: Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal. En definitiva, la afiliación del docente oficial será el factor determinante para establecer si hay lugar o no a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que a los no afiliados se les debe garantizar una mínima derivada del sistema general de liquidación anualizada de la prestación económica [...].

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CESANTÍAS DEL DOCENTE / AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / CESANTÍAS ANUALIZADAS / INDEMNIZACIÓN POR MORA EN EL PAGO DE LOS INTERESES DE LAS CESANTÍAS.

Problema jurídico 3: *¿El demandante tiene derecho a una indemnización moratoria en relación con los intereses a las cesantías pagados en marzo de 2021?*

Tesis 3: “[...] el actor pidió el reconocimiento de la indemnización prevista en la Ley 52 de 1975, por el pago tardío de los intereses sobre las cesantías. La sentencia de primera instancia accedió a la pretensión y ordenó al FOMAG que reconociera al docente la indemnización equivalente un día de salario por cada día de mora, por 40 días, pues el a quo consideró que el fondo debía cancelar los intereses el 14 de febrero de 2021 pero solo giró la suma hasta el 27 de marzo del mismo año. El FOMAG apeló la anterior decisión y adujo que tal indemnización no se encuentra regulada en la Ley 50 de 1990, sino en el ordinal 3, artículo 1 de la Ley 52 de 1975, de la que son destinatarios los trabajadores particulares y no los docentes estatales. (...) se pone de presente que, la Ley 91 de 1989 dispone que el FOMAG reconoce y paga un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año a los docentes oficiales afiliados. Este procedimiento se encuentra regulado en el Acuerdo 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del fondo (...) el término para el pago oportuno de los intereses a las cesantías es en el mes de marzo del año siguiente a su liquidación, en la cuenta de nómina reportada por la secretaría de educación a la cual se encuentre adscrito el docente y en caso de que no se haya registrado ninguna, se programa su entrega por ventanilla. De igual forma, el parágrafo 2 del artículo 4 ibidem, prevé que es responsabilidad del ente territorial reportar oportunamente la información requerida para el pago de los intereses a las cesantías. Con todo, pese a que la Ley 91 de 1989 no prevé una sanción moratoria por el pago tardío de intereses, el fondo de cesantías no puede evadir las fechas dispuestas en la norma que regulan el respectivo sistema de administración. Por otra parte, es necesario señalar que para 1975, se encontraba vigente el Código Sustantivo del Trabajo adoptado por medio del Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950, que preveía en el artículo 249 la liquidación de la prestación con destino a los trabajadores particulares y oficiales, gobernados por el Código Sustantivo del Trabajo. La Ley 52 de 1975 integrada por tres artículos, estipuló el reconocimiento de intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares a partir del 1 de enero de 1976. Su cuantía es del 12% anual sobre los saldos que tenga a su favor a 31 de diciembre de cada año, o a la fecha de retiro de aquel o de la liquidación parcial de dicha prestación social (artículo 1, numeral 1). Este porcentaje fue el mismo que acogió el artículo 99, numeral 3, de la Ley 50 de 1990 para sus beneficiarios, así como el plazo para su pago, según el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 1176 de 1991, que reglamentó la anterior. La consecuencia derivada del incumplimiento de esta obligación por

parte del empleador es la de pagar una «suma adicional igual a dichos intereses» a título de indemnización por cada vez que incumpla, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes (artículo 5 del Decreto 116 de 1976). Sobre la sanción en mención y su extensión al sector público, el Consejo de Estado sostuvo que «[...] por expreso mandato del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, solo son beneficiarios los trabajadores a quienes se apliquen las normas del Código Sustantivo de Trabajo relacionadas con el auxilio de cesantías». Ahora bien, en el caso específico de los docentes oficiales, la Corte Constitucional en la sentencia C-928 de 2006 determinó que la divergencia en cuanto al manejo de los intereses a las cesantías y específicamente, el que no se haya señalado esa consecuencia pecuniaria, se ajusta a la Constitución Política, en atención a que el sistema de cesantías del sector privado es diferente del de los educadores estatales regulado por la Ley 91 de 1989.(...) En definitiva, concluyó que no es posible comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial que comprende asuntos prestacionales y de seguridad social, basado en sus propias reglas, principios e instituciones. En esas condiciones, es razonable concluir que a los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho al reconocimiento de la indemnización estipulada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías. Ahora bien, en la sentencia de primera instancia se condenó al FOMAG al pago de la sanción de un día de salario por cada día de retardo, en los términos de la Ley 50 de 1990, que corresponde a la que se genera por el incumplimiento de la consignación oportuna del auxilio. Es decir, tampoco se refirió a la penalidad de la Ley 52 de 1975 pretendida por el demandante equivalente al doble del valor de los intereses. Sin embargo, no existe fundamento jurídico alguno que sustente esa condena, de manera que tampoco es procedente [...].”

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CESANTÍAS DEL DOCENTE / CESANTÍAS ANUALIZADAS

Problema jurídico 4: *¿En necesario dar efectos prospectivos a la sentencia de unificación en relación a la sanción moratoria por falta de consignación de las cesantías anualizadas de los docentes?*

Tesis 4: “[...] La Sala no pasa por alto que en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se han emitido distintos pronunciamientos en los que se han definido litigios relativos a las reclamaciones de docentes afiliados al FOMAG, para obtener el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en los cuales se interpretó que el precedente vinculante para estos casos era el contenido en la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional. En relación con tales providencias, se considera que se debe dar prevalencia a la institución jurídica de la cosa juzgada, en atención a las garantías de estabilidad, razonabilidad y seguridad jurídica que aquella representa. Por lo anterior, en esta oportunidad, no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos a la presente decisión, toda vez que no restringe el acceso a la administración de justicia ni afecta los derechos adquiridos o fundamentales de las partes y se adopta el mismo criterio de aplicación retrospectiva. En ese orden, la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables. [...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena Contenciosa de la Sección Segunda, sentencia de unificación 11 de octubre de 2023, radicación: 66001-33-33-001-2022-00016-01 \(5746-2022\) SUJ-032-CE-S2-2023](#)