

EDICIÓN
273

DICIEMBRE 2023



#MeSuscriboMeActualizo

BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Jaime Enrique Rodríguez Navas
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

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
Juan Alejandro Suárez Salamanca

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 273, diciembre 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. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-00003-00 (0003-2018)	
➤ C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00050-00 (25631)	
➤ C.P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2022-00039-00 (26662)	
II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES	7
➤ C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2023-03117-01 (AC)	
III. SALA PLENA DEL CONTENCIOSO	10
➤ C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-15-000-2016-02995-00(REV-PI)	
➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-15-000-2023-01705-01(PI)	
➤ C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 11001-03-15-000-2022-04507-01(PI)	
➤ C.P. José Roberto Sáchica Méndez (E), radicación: 11001-03-15-000-2022-02265-00(REV)	
IV. SECCIÓN SEGUNDA	29
➤ C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación: 15001-23-33-000-2018-00465-01 (1709-2022)	
➤ C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 66001-23-33-000-2018-00099-01(3651-2021)	
➤ C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-00003-00 (0003-2018)	
➤ C.P. Jorge Edison Portocarrero Banguera, radicación: 08001-23-31-000-2007-00398-01 (1949-2014)	
➤ C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 08001-23-31-000-2002-00207-01(2430-2019)	
V. SECCIÓN TERCERA	39
➤ C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 25000-23-26-000-2007-00237-01(49472)	
➤ C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 81001-23-33-000-2009-00039-01(52300)	
➤ C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 68001-23-31-000-2008-00578-01(63453)	
➤ C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 25000-23-36-000-2015-02954-01(59185)	
➤ C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 63001-23-33-000-2017-00359-01(61441)	
➤ C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 76001-23-31-000-2004-01516-01(47015)	
VI. SECCIÓN CUARTA	53
➤ C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 25000-23-37-000-2019-00570-01 (26973)	
➤ C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00050-00 (25631)	
➤ C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-24-000-2022-00093-00 (26491)	
➤ C.P. Wilson Ramos Girón, radicación: 19001-23-33-000-2017-00407-01 (26815)	
➤ C.P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2022-00039-00 (26662)	
VII. SECCIÓN QUINTA	66
➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2023-00017-00	
➤ C.P. Omar Joaquín Barreto Suárez, radicación: 25000-23-41-000-2023-00444-01	
➤ C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 18001-23-40-000-2022-00108-01	
VIII. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL	72
➤ C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2023-00073-00(2501)	
➤ C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00283-00(2511)	
➤ C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2023-00199-00(C)	
➤ C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2022-00264-00(C)	

IX. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

80

- Sentencia de Unificación Jurisprudencial de dos (2) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), radicación: 08001-23-33-000-2012-00200-02(2459-2014) SUJ-034-CE-S2-2023
- Sentencia de Unificación Jurisprudencial de dos (2) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), radicación: 08001-23-33-000-2018-00529-01 (3071-2019) SUJ-033-CE-S2-2023

EDITORIAL

El Consejo de Estado presenta la última edición del boletín de jurisprudencia para el año 2023, el cual contiene decisiones proferidas en el marco de sus competencias como máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y como órgano consultivo del Estado.

Entre ellas, resaltamos pronunciamiento de la Sección Tercera en una acción de tutela, respecto a la improcedencia del decreto y práctica del dictamen pericial en segunda instancia, cuando la prueba versa sobre un punto de derecho para el que no se requieren conocimientos más allá de la ciencia jurídica.

Por otro lado, la Sección Segunda reiteró que las consecuencias de la omisión de Colpensiones de cumplir con la obligación de adelantar acciones para el cobro de cotizaciones adeudadas al Sistema de Seguridad Social para el empleador, no pueden trasladarse al servidor público y afectar el reconocimiento pensional.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil profirió un concepto acerca del alcance del artículo 189 de la Constitución Política. En particular, frente al ejercicio de las funciones del presidente de la República como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa.

Por último, resaltamos dos sentencias de unificación dictadas por la Sección Segunda; la primera de ellas, fijó reglas jurisprudenciales sobre la causación, exigibilidad y prescripción de la sanción moratoria por pago tardío o no pago de cesantías definitivas y, la segunda, sobre la remuneración del cargo de abogado asesor grado 23 de los Tribunales Administrativos del país.

Deseamos a nuestros lectores una feliz navidad y un próspero 2024.

I. NORMAS ANULADAS

ANULADAS

SECCIÓN SEGUNDA

Resolución N° 002975 de 29 de agosto de 2017, expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC – “*Por la cual convoca a proceso de selección para el otorgamiento de la distinción de Dragoneantes a Distinguidos en el Cuerpo de Custodia Penitenciaria y Carcelaria*”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 6 de julio de 2023, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-00003-00 \(0003-2018\).](#)

SECCIÓN CUARTA

1. El Oficio 1397 del 29 de octubre de 2020, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 9 de noviembre de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00050-00 \(25631\)](#)

2. El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria*”, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: la expresión «*sin que se requiera acto administrativo que así lo indique*» contenida en el párrafo segundo del artículo 1.6.1.29.3, sustituido por el artículo 1 del Decreto 963 de 2020.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 9 de noviembre de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2022-00039-00 \(26662\)](#)

**ASUNTOS
CONSTITUCIONALES**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIONES DE TUTELA

El Consejo de Estado se pronunció respecto a la improcedencia del decreto y práctica del dictamen pericial en segunda instancia, cuando la prueba versa sobre un punto de derecho para el que no se requieren conocimientos más allá de la ciencia jurídica.

Síntesis del caso: “Se ejerció acción de tutela para cuestionar el auto de 18 de mayo de 2023 emitido por el Tribunal Administrativo del Cesar, a través del cual se negó el decreto y práctica de un dictamen pericial por considerar que era impertinente e inconducente, dado que la prueba versaba sobre un punto de derecho; la providencia se profirió dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho erigido con ocasión a la expedición de los oficios a través de los cuales se negó la reubicación salarial de la actora dentro del escalafón docente por no alcanzar la calificación requerida. La tutelante consideró que la decisión de negar el decreto y práctica del dictamen pericial en segunda instancia, desmejora la situación del apelante único y desborda los límites de la competencia violando el principio de congruencia”

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / EXCLUSIÓN DEL ESCALAFÓN DOCENTE / AUSENCIA DE DEFECTO PROCEDIMENTAL / AUSENCIA DE DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / AUTO QUE DECIDE SOBRE PRUEBAS SOLICITADAS / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO QUE NIEGA PRUEBAS / DICTAMEN PERICIAL / CONDUCTENCIA DE LA PRUEBA / PERTINENCIA DE LA PRUEBA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS

Problema jurídico: Se determinará si se incurrió en defecto procedimental en el caso concreto por violación del principio de congruencia y desmejoramiento de la situación del apelante único, debido a la expedición del auto de 18 de mayo de 2023 emitido por el Tribunal Administrativo del Cesar, a través del cual se negó el decreto y práctica de un dictamen pericial en segunda instancia por considerar que era impertinente e inconducente, dado que la prueba versaba sobre un punto de derecho.

Tesis: “[E]n la demanda de tutela se alegó una violación directa a la Constitución, el a quo se pronunció respecto de la configuración de un defecto procedimental, por lo que sobre este punto versará el siguiente examen, sobre todo porque la parte actora, en su impugnación, no manifestó ningún tipo de inconformidad con la manera como se encaminó el análisis de primera instancia y que, en todo caso, los argumentos que ha expuesto a lo largo del trámite constitucional sí se pueden encuadrar dentro de un supuesto defecto procedimental. (...) La Corte Constitucional ha señalado que el defecto procedimental se causa por un error en la aplicación de las normas que rigen el procedimiento establecido para la resolución de una controversia judicial o por un apego irrestricto a las reglas procesales de manera que se obstaculiza la materialización de los derechos sustanciales. Así, se ha identificado que la autoridad judicial puede incurrir en este bajo dos modalidades: (i) absoluto y (ii) por exceso ritual manifiesto. [P]ara la tutelante, el auto del 18 de mayo de 2023 se encuentra viciado porque el Tribunal Administrativo del Cesar desbordó los límites de su competencia al fundamentar la negativa a decretar el dictamen pericial sobre el vídeo de la actora en un argumento que no fue parte de la motivación de la decisión de primera instancia ni fue propuesto por el apelante único. (...) [E]l Juzgado Segundo Administrativo de Valledupar, durante la audiencia realizada el 4 de mayo de 2022, negó el decreto de la prueba “toda vez que no fue solicitada en debida forma, no se especificó cuál era la especialidad del perito que se requería, ni tampoco el objeto de la prueba”. Por lo que la demandante en su recurso de apelación discutió que no era necesario señalarle al juez la especialidad del perito y que, a pesar de que no había incluido expresamente la palabra “objeto”, de su solicitud probatoria se entendía que el propósito de la prueba era que el experto calificara nuevamente el vídeo aportado. (...) [E]l a quo constitucional al afirmar que el auto del 18 de mayo de 2023 no incurrió en un defecto procedimental, pues la autoridad judicial accionada no desconoció el principio de congruencia ni desbordó los límites de su competencia. (...) [D]e conformidad con el artículo 218 de la Ley 1437 de 2011,

el decreto y práctica del dictamen pericial se rige por las disposiciones del Código General del Proceso, el cual establece que el juez debe hacer un análisis de pertinencia, conducencia y utilidad al momento de resolver las solicitudes probatorias y de manera específica, se refiere a que el peritaje es improcedente cuando versa sobre puntos de derecho. (...) [E]l problema jurídico que el juez ordinario debía resolver al conocer del recurso de apelación en contra de la decisión de negar el decreto de la prueba, tenía que ver precisamente con que la experticia solicitada cumpliera con los principios de pertinencia, conducencia y utilidad, por lo que, más allá de los argumentos expuestos en la alzada, la Sala observa que al fundamentar la providencia censurada en que el objeto de la prueba se refería a un punto de derecho, además de hacer un análisis de conducencia y pertinencia, el Tribunal actuó en aplicación a lo dispuesto en el artículo 226 del Código General del Proceso. (...) [E]l ICFES, en su contestación y antes de que se diera por terminado el proceso frente a esta entidad, había manifestado la improcedencia del peritaje por referirse a un asunto que no requería de conocimientos fuera de la ciencia del derecho, por lo que tampoco puede entenderse que dicho argumento fuera desconocido dentro del trámite ordinario tanto para la parte demandante como para los jueces de primera y segunda instancia. [N]o se evidencia que se hubiera desmejorado la situación del apelante único, en su lugar, se mantuvo la circunstancia procesal frente a la que ejerció su recurso, la cual fue la negativa a decretar la prueba pericial, es decir, la providencia atacada no decidió sobre ningún otro aspecto procesal que pudiera perjudicar a la parte y se limitó a confirmar la determinación a la que ya había llegado el juez de primera instancia. (...) Observado lo anterior y dado que no se encontró que se hubieran desconocido las etapas procesales legalmente establecidas para adelantar el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, ni que se hubiera utilizado la norma procesal para crear una barrera injustificada que afectara los derechos fundamentales de la actora, la Sala no entrará a pronunciarse sobre si el objeto del medio de conocimiento es o no un asunto de derecho dado que este ámbito pertenece únicamente a la órbita del juez natural.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de noviembre del 2023, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2023-03117-01 \(AC\).](#)

SALA PLENA DEL CONTENCIOSO



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos debe interpretarse a la luz de la finalidad perseguida por la misma causal, y en razón de ello, su entendimiento está vinculado al desvío de los recursos públicos cuando estos no cumplen la destinación prevista en la Ley, reglamento o respectivo presupuesto, sin que ello conlleve a una interpretación extensiva de la expresión dinero público.

Síntesis del caso: La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió el recurso extraordinario especial de revisión en el que solicitó infirmar la sentencia del 20 de septiembre de 2011, mediante la Corporación decretó la pérdida de investidura del ex representante a la Cámara Representante a la Cámara Luis Enrique Salas Moisés.

CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSAL DE REVISIÓN POR HABERSE DICTADO LA SENTENCIA CON FUNDAMENTO EN DOCUMENTO FALSO O ADULTERADO / DOCUMENTO FALSO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO

Problema jurídico 1: ¿La sentencia del 20 de septiembre de 2011, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se encuentra incurso en la causal de revisión prevista en el numeral 2° del artículo 250 del C.P.A.C.A., esto es, por haberse dictado con fundamento en documentos falsos o adulterados?

Tesis 1: “[P]ara la configuración de esta causal es preciso que se presente la falsedad o adulteración de uno o más documentos y que estos hayan sido fundamentales para proferir el fallo recurrido, al punto que, sin su consenso o su incidencia, el fallo hubiere tenido otro sentido. Según la interpretación y alcance que esta Corporación le ha dado a la causal en estudio, el análisis que realiza el juez en sede de revisión, con respecto a la falsedad o adulteración de los documentos, tiene un carácter puramente objetivo, sin que el operador jurídico se detenga a discurrir sobre la responsabilidad del actor, puesto que dicho aspecto le corresponde resolverlo al juez penal competente, a quien se le debe poner en conocimiento de dicha situación en los eventos en que se presente. En cuanto a la determinación de si una prueba documental aportada es falsa o ha sido adulterada, debe tenerse en cuenta “que la falsedad documental siempre será dolosa y que puede ser material o ideológica, siendo la primera la mutación física del documento y correspondiendo la segunda a la alteración intelectual de su contenido.” Dicha causal se funda en la necesidad de obtener una sentencia conforme a derecho, no afectada por hechos fraudulentos que puedan incidir en la definición del caso, particularmente cuando este tiene origen en una prueba de tipo documental. (...) [L]a Sala pone de relieve que la causal invocada está referida exclusivamente a los documentos y no a los testimonios. Es importante precisar, que aunque los testimonios consten por escrito y se aporten de esta manera al expediente, la forma de materializarlos no los convierte en una prueba documental, pues lo relevante es la información declarada por el testigo con relación a los hechos sobre los que se le indagan. Si bien la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento al congresista Luis Enrique Salas Moisés en la investigación adelantada en su contra por el delito de concusión, y se inhibió de abrir investigación por el delito de “presión de testigos”, ello no significa que los testimonios y las conclusiones a las que se llegó en relación con este medio probatorio adquieran el carácter de falsos. Es bien sabido que el juicio de pérdida de investidura es completamente independiente y autónomo del proceso penal. En tal sentido, por razón de la naturaleza y de los fines que la inspiran, la pérdida de investidura corresponde a un juicio de responsabilidad, que conlleva la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional fundada en la transgresión del código de conducta de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, responsabilidad que es claramente diferenciable de la responsabilidad penal, tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. En ese orden de ideas, el Consejo de Estado como máxima autoridad en el ámbito de lo contencioso administrativo, no está limitado o supeditado a las decisiones que se surtan ante la justicia ordinaria”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre las generalidades y alcance del recurso extraordinario de revisión pueden consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, rad. 2013-00035-00(46453), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la causal de revisión de "haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados", ver: Consejo de Estado. Sala Veintiuno Especial de Decisión, sentencia del 3 de diciembre de 2019, rad 11001-03-15-000-2014-01303-00(REV). M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas y Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de febrero de 2013. Expediente: 11001-03-15-000-2008-00638.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la independencia y autonomía del juicio de pérdida de investidura respecto al proceso penal, ver: Corte Constitucional, sentencia C- 319 de 1994 y Consejo de Estado, Sala 24 Especial de Decisión, sentencia del 24 de septiembre de 2021, expediente núm. 11001-03-15-000-2021- 01129-00.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN CONTRA SENTENCIA DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / INSUFICIENCIA PROBATORIA / ALCANCE DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO

Problema jurídico 2: *¿La sentencia del 20 de septiembre de 2011, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se encuentra incurso en la causal de revisión prevista en el literal a del artículo 17 de la Ley 144 de 1994, esto es, por haberse dictado con vulneración del derecho al debido proceso, específicamente por la presunta insuficiencia de "pruebas que acrediten la indebida destinación de dineros públicos"?*

Tesis: "[U]no de los rasgos distintivos del recurso extraordinario especial de revisión previsto en la Ley 144 de 1994, radica en que admite como causales adicionales a las consagradas en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aquellas originadas en el desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa, derecho fundamental al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución, ha sido entendido como el conjunto de garantías consagradas en el ordenamiento jurídico y que se aplica en toda actuación judicial o administrativa, con el fin de garantizar el derecho a la defensa y contradicción, el respeto por las formas propias de cada juicio y la competencia del juez o funcionario. De acuerdo con lo anterior, este derecho se traduce en un procedimiento justo que contiene, entre otros, los siguientes principios y derechos: legalidad, tipicidad, juez natural, favorabilidad, presunción de inocencia, publicidad, eficacia, doble instancia, non bis in idem, derecho de defensa, derecho de contradicción y la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida irregularmente, derecho a obtener una decisión motivada y el derecho a la independencia e imparcialidad del juez, entre otras. En lo que concierne específicamente al derecho de defensa, este se materializa entre otras garantías, en el respeto por los términos probatorios, la oportunidad de pedir, aportar y contradecir las pruebas. Cabe subrayar que el juez de la pérdida de investidura está llamado a motivar su decisión bajo la interpretación y análisis de las causales invocadas y la valoración de las pruebas allegadas regular y oportunamente al proceso, de tal suerte que, la sentencia que se profiera, exprese con claridad el marco jurídico que se analiza, así como los supuestos fácticos que llevan a demostrar la existencia de la causal o causales de que se trate. Finalmente, la Sala considera necesario resaltar que el juez del proceso goza de autonomía para valorar el material probatorio en el cual funda su decisión, aplicando las reglas de la sana crítica. En tal sentido, las diferencias de valoración en la apreciación de una prueba, no son una habilitante para que por el camino del recurso extraordinario especial de revisión, se busque abrir una instancia adicional para debatir aspectos de carácter probatorio, que ya fueron definidos en el curso del proceso ordinario de pérdida de investidura. (...) [D]ada la naturaleza excepcional y extraordinaria del recurso especial de revisión, este no es el escenario propicio para reabrir el análisis probatorio surtido en la instancia ordinaria. Por esa razón, la Sala no se pronunciará sobre el alcance y el valor de las pruebas aportadas o practicadas en el proceso y se abstendrá de emitir un juicio sobre el análisis que realizó el juez de la pérdida de investidura sobre dichas probanzas, por cuanto ello no corresponde a la naturaleza, alcance y propósitos de este mecanismo procesal".

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / DESTINACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS / DINERO PÚBLICO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / INTERPRETACIÓN DE LA NORMA / INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO / FALTA DE APLICACIÓN INDEBIDA E INTERPRETACIÓN ERRÓNEA / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO

Problema jurídico 3: *¿La sentencia del 20 de septiembre de 2011, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se encuentra incurra en la causal de revisión prevista en el literal a del artículo 17 de la Ley 144 de 1994, esto es, por haberse dictado con vulneración del derecho al debido proceso, específicamente por el presunto "desconocimiento del principio de legalidad y errónea interpretación de la causal de "indebida destinación de dineros públicos"?*

Tesis: "[E]l comportamiento que se reprocha al Congresista, no solo, no le es ajeno, sino que le es reconocible, porque claramente se deriva de las relaciones de sujeción a la cual está supeditado todo servidor público. Así las cosas, mediante una elemental inferencia lógica, el congresista está en la capacidad de prever que su conducta va en contravía de principios como el interés general o la moralidad pública, y que ciertos comportamientos redundan en provecho personal y no son consonantes con la labor legislativa. En la misma línea de pensamiento, se pone de relieve que existe una postura consolidada de la Corporación, de la cual se destaca que la indebida destinación, está atada al desconocimiento concreto de los fines o propósitos que la ley o el reglamento previó para la destinación del dinero público, o cuando versan sobre algo prohibido, ilícito o injusto, o innecesario, circunstancias sobre las cuales el ordenamiento jurídico ofrece una respuesta objetiva. Lo anterior evidencia, que la jurisprudencia sobre la causal no encuentra sustento en categorías morales, subjetivas y discrecionales, sino obedecen a parámetros generales que tienen un sentido y alcance que se conoce en el ámbito jurídico, tal es el caso, de las categorías prohibido, ilícito o injusto, y dinero público. Cabe destacar que, en lo que atañe a la comprensión de la noción de "dinero público", la jurisprudencia ha dispuesto un criterio neutral, vinculado al principio del gasto público regulado en el artículo 345 de la Constitución Política, y sentó entre otros, el criterio conforme al cual "los dineros con que se paga la nómina de los empleados públicos de las Unidades de Trabajo Legislativo son recursos públicos y más concretamente "dineros públicos" por ello se materializa su indebida destinación, cuando se les da un uso indebido, como es el caso, en que el Congresista certifica el cumplimiento de funciones, cuando en la realidad designó otras que son ajenas a la labor legislativa y que redundan en el beneficio personal del parlamentario puesto que desconocen el interés general y el art. 122 de la Constitución Política que indica que todo empleo público tiene unas funciones detalladas en la ley o el reglamento. (...) Es de gran importancia destacar que la definición de la causal se encuentra en consonancia con la finalidad o propósito que se buscó con su establecimiento, y se acompasa con las exigencias de la sociedad orientadas a depurar ciertas prácticas de los congresistas que ponen en riesgo el buen uso de los recursos públicos, dando prevalencia a su interés personal sobre el interés general. (...) [E]s claro para la Sala, que la expresión "dinero público" a la que alude la causal analizada no se circunscribe a su noción de medio de intercambio, como lo analizó la jurisprudencia en su momento, sino que debe interpretarse a la luz de la finalidad perseguida por la misma causal, y en razón de ello, su entendimiento está vinculado al desvío de los recursos públicos cuando estos no cumplen la destinación prevista en la Ley, reglamento o respectivo presupuesto, sin que ello conlleve a una interpretación extensiva de la expresión dinero público, ya que como se ha dicho insistentemente, la interpretación de esta expresión no puede limitarse a su tenor literal, sino que debe entenderse de manera sistemática con las demás disposiciones que integran el ordenamiento jurídico. (...) Si bien la sentencia objeto del recurso de revisión declaró la pérdida de investidura del entonces representante a la Cámara Luis Enrique Salas Moisés por incurrir en la causal de indebida destinación de dineros públicos, la ratio o fundamento de esta decisión, no tuvo lugar en la "indebida destinación de personas" como lo afirma el recurrente, sino en la concepción de la noción de dinero público que había sido definida por la jurisprudencia vigente para la época. De acuerdo con la jurisprudencia reinante, el bien protegido es el "dinero público", no solo cuando es destinado indebidamente por el Congresista como ordenador del gasto, sino también, cuando con su comportamiento destina el dinero público para un uso indebido, esto es, cuando certifica que los miembros de la Unidad de Trabajo Legislativo realizaron labores acordes a su función legislativa y por ello reciben un salario, desconociendo que en la realidad el Congresista les asignó funciones ajenas a la actividad legislativa que redundaron en su favor y provecho personal. Para esta Sala, dicha interpretación lejos de considerarse lesiva de la regla de interpretación restrictiva como lo aduce el apoderado del demandante, corresponde a una intelección razonada de los enunciados que integran la estructura normativa de la causal. En este punto, es importante destacar, que aunque el recurrente alude a la vulneración de dicho criterio restrictivo, lo cierto es que, su alegato está más orientado a considerar que la interpretación que se realizó en el caso concreto, se apartó en su entender, del contenido literal o gramatical del art. 183-4 constitucional, interpretación que como se explicó ampliamente en acápites anteriores de la presente providencia, corresponde a una visión reducida del alcance de la causal, que desconoce la finalidad que la funda, que no es otra, que la protección de los dineros públicos. Realizada la anterior acotación, la Sala Concluye que la decisión analizada, se profirió acatando los lineamientos dados por la jurisprudencia vigente para la época, los cuales como quedó dicho guardan armonía con la finalidad perseguida por la misma causal y con el contenido material de la Constitución".

NOTA DE RELATORÍA 1: En la presente sentencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo discurre sobre el marco conceptual, constitucional, legal y jurisprudencial de la naturaleza constitucional de las causales de pérdida de investidura, los métodos de interpretación de las causales de pérdida de investidura y sobre el principio de legalidad y las normas de textura abierta.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el alcance dado a la causal de “indebida destinación de dineros públicos” por la Jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de mayo de 2000, M.P. Germán Rodríguez Villamizar expediente AC-9877; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 8 de agosto de 2001, radicación Número: AC- 12546. M.P. María Elena Giraldo Gómez; Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de noviembre de 2001, exp. 11001-03-15-000-2001-0101-01(PI), M.P. Ligia López Díaz; Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 28 de marzo de 2017, exp. 11001-03-15-000-2015-00111-00, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 10 de agosto de 2021; M.P. Gabriel Valbuena Hernández, expediente 110010315000202004001-01; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de mayo de 2022, expediente núm. 11001-03-15-000-2019-00771-01. M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 24 de octubre de 2023; C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-15-000-2016-02995-00\(REV-PI\).](#)

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN CONTRA SENTENCIA DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / INDEBIDA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Problema jurídico 1: *¿Es dable señalar en términos absolutos que en sede del recurso extraordinario de revisión no es procedente evaluar el análisis probatorio realizado en la providencia cuestionada?*

Tesis 1: “[C]onsidero que, dado el alcance de las causales del recurso extraordinario de revisión invocadas por el recurrente, entre ellas la relativa a la “falta al debido proceso”, no es dable señalar en términos absolutos que en esta sede no es procedente evaluar el análisis probatorio realizado en la providencia cuestionada, ya que es posible que la causal se sustente, como en este caso, en una supuesta indebida valoración de las pruebas por parte de la Sala Plena Contenciosa, por lo que, en ese contexto, el análisis de fondo implicaría examinar si los yerros invocados en el recurso extraordinario se configuraron o no. Como se expuso en la providencia materia de aclaración, uno de los rasgos distintivos del recurso extraordinario especial de revisión previsto en la Ley 144 de 1994, radica en que admite como causales adicionales a las consagradas en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aquellas originadas en el desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa, causales estas últimas de textura abierta en las que se pueden encuadrar los cuestionamientos a la evaluación de las pruebas”.

ACLARACIÓN DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico 2: *¿La sentencia proferida por la Sala Plena Contenciosa el 10 de mayo de 2022 planteó elementos teóricos en torno a la configuración de la causal de indebida destinación de dineros públicos que constituyen pautas jurisprudenciales con incidencia en la línea trazada por el pleno de la corporación y aplicables a este tipo de casos?*

Tesis 2: “[E]n la providencia materia de aclaración se hizo un recuento muy juicioso sobre los alcances de la causal de pérdida de investidura con fundamento en la “indebida destinación de dineros públicos”; sin embargo, al referirse a la sentencia proferida por la Sala Plena Contenciosa el 10 de mayo de 2022 (...) [A] pesar de los salvamentos y aclaraciones de voto que se presentaron en esa oportunidad, lo cierto es que la sentencia planteó elementos teóricos en torno a la configuración de la causal de indebida destinación de dineros públicos, los cuales hacen parte de la ponencia aprobada por la mayoría reglamentaria, de manera que constituyen pautas jurisprudenciales con incidencia en la línea trazada por el pleno de la corporación y aplicables a este tipo de casos cuando sea pertinente a partir de los supuestos fácticos de

la solicitud. En este orden de ideas, no comparto que se desconozca el alcance de la mencionada sentencia del 10 de mayo de 2022, lo que me obliga a aclarar el sentido del voto emitido para acompañar la decisión. (...) Estimo necesario señalar que la delimitación de los supuestos en los que se configura una causal de textura abierta, como la de indebida destinación de dineros públicos, exige un especial cuidado de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, como juez natural de la pérdida de investidura, pues le corresponde preservar las garantías del debido proceso en favor del congresista denunciado, en particular las relativas al principio de legalidad y la tipicidad de la causal, aspecto sobre el cual me permito referirlas consideraciones efectuadas por la Sala Plena Contenciosa en la mencionada sentencia de 10 de mayo de 2022, en relación con las conductas que llenan de contenido la causal. Como lo expuso la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la mencionada sentencia de 10 de mayo de 2022, con carácter de precedente vinculante, la interpretación de la causal de pérdida de investidura relativa a la indebida destinación de dineros públicos debe ser restrictiva, racional y proporcional, con pleno respeto del debido proceso, dada la severa consecuencia que se deriva de la prosperidad de la solicitud, en tanto restringe en forma permanente el derecho político del sancionado a ser elegido en cargos de elección popular”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de mayo de 2022, proferida en el expediente núm. 11001-03-15-000-2019-00771-01. M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 24 de octubre de 2023; A.V. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-15-000-2016-02995-00\(REV-PI\).](#)

Aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

ACLARACIÓN DE VOTO / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Problema jurídico 1: *¿El Consejo de Estado en los procesos de pérdida de investidura debe garantizar estrictamente el debido proceso, a pesar de no ser un juez penal?*

Tesis 1: “Creo que si con base en el artículo 23 de la Convención Interamericana se estima que el Consejo de Estado puede tramitar un proceso en el que se priva de la investidura a un congresista, debe garantizar en su juzgamiento el debido proceso en la misma forma que lo hace un juez en proceso penal; y ello exige un estricto respeto del principio de legalidad. No basta argumentar que en la medida en que la Corte Constitucional no ha revocado las sentencias en las que el Consejo de Estado ha decretado la pérdida de investidura de congresistas dándole a esta causal de “indebida destinación de dineros públicos” una interpretación extensiva, la corporación puede seguir obrando de ese modo sin considerar que tal interpretación puede ser violatoria del principio de legalidad. (...) Si el Consejo de Estado considera que, a la luz de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, es competente para decretar la desinvestidura de un congresista porque en este juicio garantiza de manera estricta el debido proceso (con la consideración de que ello es viable a pesar de que no pueda considerarse juez en proceso penal), debería reflexionar sobre la pertinencia de los conceptos y argumentos expuestos en relación con el tipo de interpretación que puede dársele a las causales que permiten decretar la pérdida de investidura conforme con la Constitución Política”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las garantías que deben asegurarse en los procesos de pérdida de investidura, ver: Corte Constitucional, sentencias T-055 de 2008, C-030 de 2023 y C-146 de 2021.

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA SANCIÓN / PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA SANCIONATORIA

Problema jurídico 2: *¿La sentencia objeto de aclaración contiene consideraciones que desconocen el principio de legalidad?*

Tesis 2: “El proyecto contiene tres consideraciones que en mi concepto desconocen, de manera muy grave, el principio de legalidad. En ellas se afirma (i) que las causales de pérdida de investidura no se interpretan solo conforme con su tenor literal sino teleológicamente; (ii) que las normas constitucionales son dinámicas, luego no se requiere prever con anterioridad la conducta sancionable; y (iii) que el constituyente delegó en el Consejo de Estado la facultad de determinar el contenido de las causales. (...) [I]nnecesariamente, la sentencia de la que me aparto plantea que (i) las causales de pérdida de investidura

no deben interpretarse literalmente; (ii) que, al estar previstas en la Constitución, son un texto abierto — “una forma abierta”— que permite al operador jurídico “atribuirles nuevos alcances y significados”; y (iii) que el constituyente dejó en manos del operador jurídico un “amplio margen de apreciación” para determinar si la conducta de un congresista se enmarca una causal de pérdida de investidura que no debe ser interpretada como un “cartabón taxativo y ni siquiera enunciativo de comportamientos o conductas que den lugar a la aplicación de causal”. No discuto que la Constitución tiene una fuerza normativa directa; tampoco pretendo debatir que, teniendo en cuenta su supuesta vocación de permanencia (que en nuestro medio es muy discutible), la Carta Política sea un “texto vivo”. Pero, a partir de lo anterior, no puede inferirse que todas las normas constitucionales y, particularmente, las que consagran las causales de pérdida de investidura sean normas abiertas y que sea Consejo de Estado (encargado de aplicarlas) quien deba llenarlas de contenido. Tomar en serio las consideraciones transcritas implica admitir que, en un Estado de derecho, se desconoce el principio de legalidad y el debido proceso en relación con la sanción más grave que puede imponerse a quienes integran el principal órgano deliberativo en Colombia”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de mayo de 2022, proferida en el expediente núm. 11001-03-15-000-2019-00771-01. M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 24 de octubre de 2023; A.V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-15-000-2016-02995-00\(REV-PI\).](#)

Aclaración de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas

ACLARACIÓN DE VOTO / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSAL DE REVISIÓN POR HABERSE DICTADO LA SENTENCIA CON FUNDAMENTO EN DOCUMENTO FALSO O ADULTERADO / DOCUMENTO FALSO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / INTERPRETACIÓN DE LA NORMA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO / FALTA DE APLICACIÓN INDEBIDA E INTERPRETACIÓN ERRÓNEA

Problema jurídico: *¿La sentencia objeto de aclaración dio una respuesta suficiente al recurrente respecto a los argumentos expuestos en el recurso extraordinario (haberse fundado la sentencia en unos “testimonios falsos que adulteraron la realidad” y sin contar con “pruebas documentales bancarias y contables” para comprobar los pagos periódicos realizados por las víctimas e interpretación extensiva de la causal descrita en el art. 183-4 Constitucional)?*

Tesis: “Acompañé con mi voto la decisión proferida por el pleno de la Corporación en sentencia del 24 de octubre de 2023, mediante la cual se declaró infundado el recurso extraordinario de revisión promovido por el señor Luis Enrique Salas Moisés contra la sentencia del 20 de septiembre de 2011, por los siguientes motivos: los dos primeros argumentos del recurrente (haberse fundado la sentencia en unos “testimonios falsos que adulteraron la realidad” y sin contar con “pruebas documentales bancarias y contables” para comprobar los pagos periódicos realizados por las víctimas) venían contradictorios del tenor literal de la causal invocada en su apoyo y estaban claramente orientados a revivir el debate probatorio surtido en el proceso de Pérdida de Investidura al margen del objeto del recurso extraordinario. El tercer motivo (interpretación extensiva de la causal descrita en el art. 183-4 Constitucional) podía ser entendido en línea de propósito de reabrir el debate sobre la validez del empleo de la técnica de los tipos en blanco en la legislación descriptiva de las causales de pérdida de investidura, pero lo cierto es que se estructuró sin la más mínima consideración por la existencia de una decantada jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia. Como el proyecto llevado a sala por el ponente daba holgada respuesta al recurrente, no sólo para desestimar el pretendido retorno a los cánones decimonónicos de la tipicidad en asuntos sancionatorios, sino para recordar el progresivo trazado de la jurisprudencia en la hermenéutica de la causal, una jurisprudencia que encuentro razonable y que ha definido en forma suficiente y segura la naturaleza y las características esenciales de la conducta tipificada, voté favorablemente la decisión de declarar infundado el recurso”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 24 de octubre de 2023; A.V. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 11001-03-15-000-2016-02995-00\(REV-PI\).](#)

Aclaración de voto del consejero César Palomino Cortes

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA SANCIÓN / PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA SANCIONATORIA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS

Problema jurídico: *¿La sentencia objeto de aclaración contiene consideraciones en su parte teórica que resultan contrarias al principio de legalidad de la pena?*

Tesis: “[A] mi juicio, una cosa es que el juez plural de la pérdida de investidura sea el llamado a establecer si la conducta desplegada por el congresista se encuadra o no en esa causal de “indebida destinación de dineros públicos”, como lo señala el fallo de la Sala Plena, pues es lo propio que debe hacer la Corporación, y otra cosa es que se considere, en ejercicio de esa función, que sea el Consejo de Estado el que defina la causal por medio de la sentencia.(...) La interpretación que plantea el fallo en su parte teórica es contraria al principio de legalidad de la pena, núcleo esencial del debido proceso, lo que significa que fue la propia Constitución Política la que definió de manera preexistente las causales de pérdida de investidura. Este principio de legalidad y debido proceso limita la facultad interpretativa del juez, quien no puede aplicar analógicamente ni de manera extensiva el proceder del congresista a supuestos de hecho no previstos por la norma que define el comportamiento reprochable. (...) Precisamente el Consejo de Estado en el proceso de pérdida de investidura, como juez sancionador, debe ser garante de los principios de tipicidad y del debido proceso, por lo tanto, no puede entenderse que goza de la amplia competencia definitoria que señala el fallo para reemplazar o completar la ley que debe describir la conducta sancionable con la pérdida de investidura. Ello significaría que la decisión de la jurisdicción podría tornarse discrecional, y que el Consejo de Estado puede adoptar una decisión conforme a su entender, cuando la conducta no esté descrita previamente por la ley, pero ello no es lo que ocurre con las causales de pérdida de investidura. Este margen de libertad y delegación no lo dio la Constitución Política”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 24 de octubre de 2023; A.V. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-15-000-2016-02995-00\(REV-PI\).](#)

Aclaración de voto del consejero Jorge Iván Duque Gutiérrez

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA SANCIÓN / PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA SANCIONATORIA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS

Problema jurídico: *¿El análisis de las causales de pérdida de investidura debe ser restrictivo puesto que dicha acción hace parte del derecho sancionatorio?*

Tesis: “La consideración de que existen causales de pérdida de investidura abiertas o, tipos en blanco cuyo contenido debe ser completado por el juez, no se corresponde con el principio de legalidad que hace parte del debido proceso conforme al contenido del artículo 29 de la Constitución Política. La labor del Juez respecto de las causales establecidas en los numerales 4° y 5° del artículo 183 de la Carta Política es, determinar si la conducta de que se acusa al congresista encaja en dicha norma; sin que deba existir un catálogo de supuestos específicos o conductas que puedan subsumirse allí. Si bien dichas normas no remiten expresamente a otras codificaciones, los contenidos sí se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico y no tienen que ser definidos por el Consejo de Estado, ni este tiene un amplio margen de apreciación que le permita configurar las causales haciendo interpretaciones analógicas para llenar vacíos al respecto. (...) La interpretación debe ser restrictiva, pues la pérdida de investidura hace parte del derecho sancionatorio y las sanciones implican privación de derechos fundamentales que trascienden al individuo e impactan al conglomerado social; por lo que, una interpretación amplia en esta materia podría degenerar en una aplicación arbitraria de dicha normativa, deslegitimando la labor judicial”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 24 de octubre de 2023; A.V. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 11001-03-15-000-2016-02995-00\(REV-PI\).](#)

Aclaración de voto de la consejera Nubia Margoth Peña Garzón

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN CONTRA SENTENCIA DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / ALCANCE DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Problema jurídico: *¿En el asunto bajo estudio no procedía el análisis de fondo del cargo de vulneración del derecho al debido proceso por desconocimiento del principio de legalidad y errónea interpretación de la causal de “indebida destinación de dineros públicos, al tratarse de un desacuerdo del accionante con la sentencia que profirió el juez de la pérdida de investidura?*

Tesis: “En mi entender, no procedía el examen de fondo que realizó el fallo respecto del tercer cuestionamiento que planteó el recurrente, relativo a la presunta “vulneración del derecho al debido proceso por desconocimiento del principio de legalidad y errónea interpretación de la causal de “indebida destinación de dineros públicos, consagrada en el art. 183-4 de la C.P.” Ello, por cuanto el debate allí planteado se fundó en el desacuerdo del recurrente, -a quien se le decretó la pérdida de investidura-, con la sentencia que profirió el juez respecto de la causal que se le endilgó (...). De modo que al haber identificado este reproche dirigido al análisis interpretativo del juez de pérdida de investidura, el estudio en el que se adentró el fallo para resolver este planteamiento resultaba improcedente en orden a las competencias que le asisten al juez extraordinario. Lo anterior se aprecia de los temas que abordó: i) naturaleza de la causal de pérdida de indebida destinación de dineros públicos, ii) límite interpretativo y restrictivo de ésta y iii) planteamiento de la línea jurisprudencial de la Corporación sobre la misma, cuestiones que son propias del estudio del fallo recurrido. De ahí la improcedencia del examen que se hizo sobre tales aspectos, pues excede la finalidad del recurso extraordinario de carácter especial”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 24 de octubre de 2023; A.V. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-15-000-2016-02995-00\(REV-PI\).](#)

Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS

Tesis: “Con el debido y acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la sentencia de 24 de octubre de 2023, manifiesto que, aunque la comparto, aclaro mi voto remitiéndome a las consideraciones expuestas en la sentencia de 28 de septiembre de 2021, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sobre la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos prevista en el numeral 4.º del artículo 183 de la Constitución Política”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 24 de octubre de 2023; A.V. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-15-000-2016-02995-00\(REV-PI\).](#)

2. No se configuraron las causales de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos y tráfico de influencias en cabeza del congresista demandado, al haberle encomendado a un miembro de su UTL la gestión de una notificación personal de un auto de apertura de una investigación disciplinaria, pues dicha actuación no corresponde a una labor de defensa del congresista.

Síntesis del caso: *La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resuelve en segunda instancia la demanda de pérdida de investidura en contra del senador Jairo Alberto Castellanos Serrano por*

una presunta violación del régimen de inhabilidades, específicamente por haber incurrido en indebida destinación de dineros públicos y tráfico de influencias, al conferirle poder especial a una asesora de su Unidad de Trabajo Legislativo dentro de un proceso disciplinario que se le adelantaba ante la Procuraduría General de la Nación.

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACIÓN DEL APODERADO / NOTIFICACIÓN DEL PROCESO DISCIPLINARIO / UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO DEL CONGRESISTA

Problema jurídico 1: *¿El congresista Jairo Alberto Castellanos Serrano incurrió en la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos al conferirle poder especial a un miembro de su Unidad de Trabajo Legislativo dentro de un proceso disciplinario iniciado por la Procuraduría General de la Nación, con el propósito específico de notificarse del mismo?*

Tesis 1: “Frente a esta causal, la Corporación ha dicho que no está definida en la Constitución ni en las normas legales que regulan el ejercicio de la acción de pérdida de investidura y por ello ha explicado que se configura cuando el elegido destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, la ley y los reglamentos, como ocurre en los siguientes casos: a) cuando destina los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados; b) cuando los destina a objetos, actividades o propósitos autorizados, pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados; c) cuando aplica los dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento; d) cuando esa aplicación se da para materias innecesarias o injustificadas; e) cuando la destinación tiene la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, y f) cuando la destinación tiene la finalidad de derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceros. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación ha señalado que el énfasis interpretativo de la causal no se fija sobre la expresión “dineros públicos”, sino sobre la forma en que puede llevarse a cabo su correcta destinación, por lo que ha sostenido que la indebida utilización de dineros públicos se produce de dos formas, a saber, directa, cuando el congresista actúa como ordenador del gasto y destina indebidamente el dinero, bien sea para obtener finalidades particulares o para destinarlo a fines distintos, e indirecta, cuando la conducta del congresista propicia una destinación distinta a pesar de que el gasto fue debidamente ordenado. Por lo tanto, en esta causal puede incurrir no solo el ordenador del gasto, sino todo congresista cuando cambia la destinación de los recursos públicos. Precisado cuando los congresistas pueden incurrir en indebida destinación de dineros públicos, se recuerda que, para que se configure la causal, deben estar reunidos los siguientes requisitos: (i) Que se ostente la condición de congresista. (ii) Que se esté frente a dineros públicos, es decir, que provengan de una actividad económica del Estado. (iii) Que los dineros públicos sean indebidamente destinados. (...) En cuanto al primer reparo del recurso de apelación, consistente en que la indebida destinación de dineros públicos se configuró porque es indistinto que la funcionaria de la UTL haya hecho una o todas las actuaciones posibles como defensora y que basta con demostrar que actuó como defensora del congresista en la actuación disciplinaria, se advierte que no le asiste razón al recurrente (...). [E]l poder se concedió con un propósito específico y determinado, consistente en notificarse del auto de apertura de la investigación disciplinaria, revisar el expediente y adelantar las actuaciones propias de esa etapa procesal, como fue la solicitud de copias de las diligencias. En ese sentido, del contenido del poder conferido no se desprende que la finalidad haya sido que la abogada [M.C.R.L.] ejerciera la defensa del congresista en la investigación disciplinaria. Por lo señalado, no le asiste razón al recurrente cuando en el recurso de apelación manifestó que la abogada [M.C.R.L.] actuó como defensora del congresista, toda vez que el poder conferido no tenía ese alcance, sino que limitó a que se notificara de manera personal del auto de apertura de la investigación disciplinaria”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance dado a la causal de pérdida de investidura por “indebida destinación de dineros públicos” por la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 3 de octubre de 2000. M.P. Darío Quiñones Pinilla. Expedientes AC 10529 y AC 10968; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de noviembre de 2001. M.P. Ligia López Díaz. Expediente radicación nro. 2001 010101; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de febrero de 2017. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Expediente radicación nro. 11001 03 15 000 2015 01564 00. Acumulado; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de septiembre de 2011. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Expediente radicación nro. 11001 03 15 000 2010 01357 00 y Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de marzo de 2017. M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Expediente radicación 11001 03 15 000 2015 00111 00.

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACIÓN DEL APODERADO / NOTIFICACIÓN DEL PROCESO DISCIPLINARIO

Problema jurídico 2: *¿El congresista Jairo Alberto Castellanos Serrano incurrió en la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos al haber designado a un miembro de su UTL para asuntos distintos de los que le corresponden?*

Tesis 2: “[E]n lo que se relaciona con el segundo reparo, de conformidad con el cual el solicitante adujo que los recursos públicos utilizados para el pago de la UTL de los congresistas no están previstos para que se utilicen en asuntos distintos “solo para ahorrarse honorarios de abogado”, la Sala considera que el hecho de que la funcionaria se haya notificado personalmente del auto de apertura de la investigación disciplinaria que se adelantaba en contra del congresista no tiene la connotación que pretende darle el demandante, ni conduce por lo tanto a una indebida destinación de dineros públicos (...) La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que un congresista puede incurrir de manera indirecta en una indebida destinación de dineros públicos cuando a los funcionarios que conforman su UTL les encarga el desarrollo de actividades que no corresponden a una naturaleza legislativa, y ello es así, porque el pago que recibe el funcionario de la UTL se justifica por el cumplimiento de funciones legislativas. De conformidad con lo dicho, si bien la Sala advierte que es reprochable que el Congresista haya dado poder a una de las funcionarias que conforman su UTL para que se notificara de un asunto personal, también advierte que este hecho no comporta una indebida destinación de dineros públicos, por cuanto, conforme con lo probado en este proceso, no se advierte que a la abogada [M.C.R.L.] se le haya encargado de manera reiterada o periódica el desarrollo de actividades de tipo personal en beneficio del congresista aquí acusado, o designado labores de esta misma naturaleza que ocuparan parte relevante de su horario laboral y, en consecuencia, se evidenciara o acreditara que dicha funcionaria no ha cumplido funciones de tipo legislativo que justificaran su retribución económica como miembro de la UTL”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos cuando a los funcionarios que conforman su UTL les encarga el desarrollo de actividades que no corresponden a una naturaleza legislativa, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de julio de 2015. M.P. Ramiro Pazos Guerrero. Expediente radicación nro. 11001 03 15 000 2012 01350 00.

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / TRÁFICO DE INFLUENCIAS / TRÁFICO DE INFLUENCIAS POR SERVIDOR PÚBLICO / ELEMENTOS DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS / ELEMENTOS DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS POR SERVIDOR PÚBLICO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico 3: *¿El congresista Jairo Alberto Castellanos Serrano incurrió en la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado, al conferirle poder especial a un miembro de su Unidad de Trabajo Legislativo dentro de un proceso disciplinario iniciado por la Procuraduría General de la Nación?*

Tesis 3: “El numeral quinto del artículo 183 de la Constitución Política establece que los congresistas perderán su investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que los requisitos para que se configure esta causal son los siguientes: i) Que la persona que ejerce la influencia ostente la calidad de Congresista. ii) Que se invoque esa calidad o condición ante el servidor público, ejerciéndose en todo caso un influjo síquico sobre éste, sin tener en consideración el orden jerárquico existente entre ambos. (...) iii) Que se reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con las salvedades o excepciones previstas en la Ley 5 de 1992 en cuanto a las gestiones de los congresistas en favor de sus regiones. (...) iv) Que el beneficio pretendido por el congresista provenga de un asunto que el servidor público se encuentre conociendo o haya de conocer (...). La Sala advierte que el solicitante, en el escrito de pérdida de investidura y en el recurso de apelación, omitió sustentar las razones por las cuales los elementos constitutivos de la causal están configurados, dado que el hecho de que el congresista sea el jefe de la UTL y una de las funcionarias se haya notificado del acto de apertura de la investigación disciplinaria conforme al poder conferido no permite tener por acreditados los supuestos de hecho de la causal. En todo caso, de las pruebas obrantes en el proceso y de los supuestos de hecho invocados, tampoco se advierte un tráfico de influencias, dado que no se observa que el congresista, aprovechándose de su calidad, haya acudido ante un servidor público con el propósito de obtener un beneficio respecto de un asunto que por razón de su competencia deba conocer”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tráfico de influencias debidamente comprobado como causal de pérdida de investidura de los congresistas, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de abril de 2018. M.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Expediente nro. 11001 0315 000 2017 01062 00; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 6 de mayo de 2014. M.P. Enrique Gil Botero. Expediente nro. 11001 0315 000 2013 00865 00; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 1 de noviembre de 2016. M.P. María Elizabeth García González. Expediente nro. 11001 0315 000 2015 01571 00.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 31 de octubre de 2023; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-15-000-2023-01705-01\(PI\)](#)

Aclaración de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

ACLARACIÓN DE VOTO / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS

Problema jurídico 1: *¿En la sentencia bajo estudio se debió precisar si la periodicidad o reincidencia es un factor que determina la configuración de la causa de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos?*

Tesis 1: “En primer lugar, estimo que, al momento de establecer las reglas que integran la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, debió precisarse si para su configuración se requiere que la asignación de labores o actividades de tipo personal en beneficio del congresista sean reiteradas o periódicas, o que ocupen parte relevante del horario de la servidora a la que se le encargan. De una parte, porque al ser el numeral 3° del artículo 183 superior una norma de textura abierta o indeterminada le corresponde al operador judicial precisar, con exactitud y detalle, los elementos normativos que estructuran la falta, así como los supuestos de hecho que le dan origen. De otro, porque los criterios o pautas mencionadas no han sido aplicados en la resolución de casos similares, de modo que la incorporación de estos nuevos elementos debió efectuarse de manera expresa dentro de las reglas que orientan la causal de indebida destinación de dineros públicos. Lo anterior, además, materializa el principio de igualdad -por la existencia de criterios comunes para la decisión de los distintos casos-, y brinda seguridad jurídica.”

ACLARACIÓN DE VOTO / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS

Problema jurídico 2: *¿La miembro de la UTL del congresista demandado no tenía facultades de representación o defensa a pesar de que si existió un acto de apoderamiento?*

Tesis 1: “En segundo lugar, considero que aun cuando se acreditó el otorgamiento de poder que el congresista demandado hizo a una integrante de su UTL, lo cierto es que la actuación por ella desempeñada correspondió a la establecida en el artículo 71 del C.P.A.C.A., relativo a la autorización para recibir la notificación de un acto administrativo. Luego, aunque existió un acto de apoderamiento no se ejercieron facultades de representación, defensa o interposición de recursos, sino que se limitaron a una sola diligencia, recibir la notificación.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 31 de octubre de 2023; A.V. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-15-000-2023-01705-01\(PI\)](#)

Aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

ACLARACIÓN DE VOTO / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / ALCANCE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico: *¿El fallo objeto de aclaración desconoció las reglas jurisprudenciales que venía aplicando en casos anteriores con hechos similares o análogos?*

Tesis: “En este fallo se están desconociendo las reglas jurisprudenciales que se invocan en el mismo, sin que ello se advierta expresamente y sin que se justifiquen las excepciones que se introducen. Si el Consejo de Estado hubiese aplicado la línea jurisprudencial (que no comparto), en la cual se estima que la asignación de labores distintas a los miembros de la UTL que impliquen algún provecho para el congresista constituye indebida destinación de dineros públicos, debería haberse declarado la pérdida de investidura en este caso, (...). Advertí en la Sala que si se estaban introduciendo excepciones a la regla jurisprudencial anterior, debían expresarse de manera clara y, sobre todo, debían justificarse. La respuesta del ponente en el debate fue señalar que debíamos partir de los hechos para decidir los casos, sin necesidad de establecer reglas jurisprudenciales y que, en este caso, atendiendo la conducta específica imputada al congresista y a consideraciones de equidad no podía deducirse que había incurrido en “indebida destinación de dineros públicos”. No estoy de acuerdo con esta concepción del derecho a la cual la doctrina se refiere como el “decisionismo” o “justicia del caso”, de acuerdo con la cual “el caso concreto, tal y como se presenta ante el juzgador trae ya consigo unos datos estructurales que pueden guiar la “precompresión” de este y dirigir su mirada hacia una solución normativa que no se hallaría si no estuviera en presencia de él”. Creo que el imperativo constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley reclama la aplicación de reglas claras y similares para todos; por tal razón si el Consejo de Estado considera –en serio– que puede construir jurisprudencialmente causales de pérdida de investidura y con base en ellas imponer esta gravísima sanción a los Congresistas debe enunciarlas de manera clara y aplicarlas de manera uniforme a todos los casos. Del mismo modo, cuando el Consejo de Estado establezca excepciones a una regla jurisprudencial o introduzca condiciones que no había exigido en los casos anteriores debe advertirlo (principio de transparencia) y debe justificarlo. Omitir estos deberes evidencia que el Consejo de Estado está definiendo, en cada caso, cuándo se configura esta causal de pérdida de investidura. Y eso viola el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos en la aplicación de la ley”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance de la causa de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de mayo de 2022, radicación No 11001-03-15-000-2019-00771-01.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 31 de octubre de 2023; A.V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-15-000-2023-01705-01\(PI\)](#)

Aclaración de voto del consejero Luis Alberto Álvarez Parra

ACLARACIÓN DE VOTO / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / ALCANCE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico: *¿La periodicidad o reincidencia es un factor que determina la configuración de la causa de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos?*

Tesis: “[S]egún lo ha decantado la jurisprudencia, el elemento tipificador de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, está en el hecho de que el congresista, en su condición de servidor público, (art. 123 de la Constitución), con su conducta funcional, al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes de aquellos para los cuales se encuentran asignados, o cuando aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas, o cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o cuando pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas. Así entonces, considero que el juez de la pérdida de investidura al estudiar probatoriamente el caso no puede condicionar la demostración de la causal a la concurrencia de conductas repetitivas, continuas o plurales, como lo insinúa la Sala cuando señala que «no se advierte que a la abogada [M.C.R.L.] se le haya encargado de manera reiterada o periódica el desarrollo de actividades de tipo personal en beneficio del congresista aquí acusado». Si bien existe, como ha precisado la jurisprudencia de esta corporación, una gama de conductas que pueden estar comprendidas dentro de esta causal de pérdida de investidura, sin que necesariamente estén tipificadas como delito, la periodicidad o reincidencia en las mismas no es factor que determine su configuración”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el elemento tipificador de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 28 de marzo de 2017, radicado 11001-03-15-000-2015-00111-00, MP. Rafael Francisco Suárez Vargas.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 31 de octubre de 2023; A.V. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-15-000-2023-01705-01\(PI\)](#)

Aclaración de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez

ACLARACIÓN DE VOTO / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / BIEN JURÍDICO TUTELADO / PATRIMONIO PÚBLICO / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACIÓN DEL APODERADO / NOTIFICACIÓN DEL PROCESO DISCIPLINARIO / UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO DEL CONGRESISTA

Problema jurídico: *¿El bien jurídico protegido por la causal de pérdida de investidura de "indebida destinación de dineros públicos" es el patrimonio público, por lo que resulta imprescindible su afectación al momento de invocar dicha causal?*

Tesis: "En este asunto particular, la parte actora no demostró que se hubieran destinado indebidamente los recursos públicos con el solo hecho de que el Senador demandado otorgara un poder a su subalterna para recibir la notificación de la providencia de apertura de la referida investigación de naturaleza disciplinaria y solicitar copias del proceso adelantado por la Procuraduría General de la Nación, pues, por el contrario, quedó probado que esa sola circunstancia no afectó ni alteró las labores propias del cargo que desempeñaba la abogada [M.C.R.L.], ni su horario de trabajo, ni su desempeño funcional, sin perjuicio de la eventual falta de orden disciplinario en que hubiera podido incurrir dicha empleada con su comportamiento en tales hechos, pero, en modo alguno configuran la causal de pérdida de investidura esgrimida en contra del Senador demandado. Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que el bien jurídico protegido por la causal de indebida destinación de dineros públicos es el patrimonio público, de allí que para su configuración es imprescindible que se demuestre que, con el comportamiento del congresista demandado, se alteraron los bienes, dineros o recursos públicos, lo cual no fue acreditado en este caso concreto. De igual manera, debe advertirse que la incompatibilidad contenida en el literal b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 solo es aplicable respecto de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de juntas administradoras locales, motivo por el cual no es posible hacer extensiva su aplicación, por vía de interpretación extensiva a los congresistas, pues, ello supondría contravenir el principio de interpretación restrictiva rector del ius puniendi del Estado. Finalmente, debe también precisarse que el poder otorgado por el Senador demandado a su subalterna se enmarcó en la autorización prevista en el artículo 71 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)".

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el derecho punitivo del Estado y sus características, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de constitucionalidad del 7 de marzo de 1985, exp. 1259, M.P. Manuel Gaona Cruz.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 31 de octubre de 2023; A.V. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 11001-03-15-000-2023-01705-01\(PI\)](#)

Aclaración de voto del consejero César Palomino Cortés

ACLARACIÓN DE VOTO / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / ALCANCE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico: *¿En el caso de la referencia, frente a la causal de indebida destinación de dineros públicos, era absolutamente irrelevante el hecho que se denunció del congresista acusado, esto es, haber otorgado un poder a una persona de su UTL para que se notificara de un asunto personal?*

Tesis: "[C]onsidero que, frente a la causal de indebida destinación de dineros públicos, era absolutamente irrelevante, tanto desde el punto de vista objetivo como desde el subjetivo, el hecho que se denunció del congresista acusado, consistente en haber otorgado un poder a una persona de su UTL para que se notificara de un asunto personal. Si bien desde el punto de vista disciplinario, la conducta de la servidora pública de la UTL del congresista pudiera resultar significativa por el presunto ejercicio irregular de la

abogacía, lo cierto es que dicho proceder es un asunto completamente ajeno al estudio de la causal de indebida destinación de dineros públicos, conforme lo tiene entendido la Sala Plena en la jurisprudencia que cité al inicio de esta aclaración”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance de la causa de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de mayo de 2022, radicación No 11001-03-15-000-2019-00771-01.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 31 de octubre de 2023; A.V. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-15-000-2023-01705-01\(PI\)](#)

Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

ACLARACIÓN DE VOTO / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACIÓN DEL APODERADO / NOTIFICACIÓN DEL PROCESO DISCIPLINARIO / UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO DEL CONGRESISTA

Problema jurídico: *¿Las actuaciones realizadas en el proceso de pérdida de investidura están gobernadas por las reglas del derecho de defensa y por el respeto de las garantías constitucionales, en especial, por la prohibición de la autoincriminación e improcedencia del interrogatorio?*

Tesis: “[A]claro mi voto en el sentido de considerar que, de conformidad con la normativa constitucional y siguiendo los desarrollos jurisprudenciales de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el carácter sancionatorio del proceso de pérdida de investidura se deriva del ejercicio del “ius puniendi” del Estado, por lo que la actuación está gobernada por las reglas del derecho de defensa y por el respeto de las garantías constitucionales, en especial, por la prohibición de la autoincriminación e improcedencia del interrogatorio de parte en los procesos de pérdida de investidura. Asimismo, aclaro mi voto remitiéndome a las consideraciones expuestas en la sentencia de 28 de septiembre de 2021, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sobre la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos prevista en el numeral 4° del artículo 183 de la Constitución Política”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance de la causa de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de mayo de 2022, radicación No 11001-03-15-000-2019-00771-01.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 31 de octubre de 2023; A.V. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-15-000-2023-01705-01\(PI\)](#)

Salvamento de voto del consejero Omar Joaquín Barreto Suarez

SALVAMENTO DE VOTO / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACIÓN DEL APODERADO / UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO DEL CONGRESISTA / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico: *¿La causal por indebida destinación de dineros públicos se encontraba acreditada desde el punto de vista objetivo y esto daba lugar a que se continuara con el estudio de la culpabilidad?*

Tesis: “En lo particular disiento de la decisión dado que con base en las pruebas que obran en expediente, la causal por indebida destinación de dineros públicos se encuentra acreditada desde el punto de vista objetivo y esto daba lugar a que se continuara con el estudio de la culpabilidad. (...) [E]s claro que el señor Jairo Alberto Castellanos Serrano es senador de la República y de acuerdo con la jurisprudencia pacífica del Consejo de Estado, el pago de la nómina de empleados son dineros públicos que hacen parte del ciclo presupuestal en el componente de gastos de funcionamiento. Vale la pena recordar que el congresista otorgó poder el 22 de febrero de 2023 a una de las empleadas de su UTL para que revisara el expediente, se notificara y realizara las actuaciones a que hubiera lugar en esa etapa procesal frente a la investigación que, en su contra, adelanta la Procuraduría General de la Nación. (...) Estimo que esta situación no

corresponde a un simple favor sino a un encargo profesional que fue encomendado por el congresista a una de sus asesoras, quien ostenta la calidad de empleada pública, conforme a la certificación expedida por el jefe de la División de Recursos Humanos del Senado la República, dado que fue nombrada mediante Resolución 684 del 10 de junio de 2022 y posesionada mediante Acta 326 del 24 de julio de 2022. De manera que, al margen de que el poder haya sido revocado con posterioridad, esto es, el 1° de marzo de 2023, y aceptado mediante auto del 16 de marzo de 2023 por la Sala Disciplinaria de Instrucción de la Procuraduría General de la Nación, en el que además se le reconoció personería a un nuevo apoderado de para ejercer la defensa técnica del proceso, lo cierto es que la empleada de la UTL actuó en una causa ajena al cumplimiento de sus funciones para atender asuntos personales y particulares del senador sin importar si lo hizo en una o en varias oportunidades. (...) De acuerdo con lo anterior y con lo previsto en el artículo 388 de la Ley 5 de 1992 el equipo de trabajo cumple funciones exclusivas para el logro efectivo de la labor legislativa, de modo que todo aquello que no tenga como finalidad este objetivo escapa de su competencia y en tal sentido, no es posible contemplar que la actuación de la empleada del senador se encuentre inmersa en este escenario pues, insisto, corresponde a una gestión encaminada a atender necesidades de orden personal del congresista. Adicionalmente, considero que la conducta del parlamentario pasó por la alta posibilidad de notificarse de la apertura de la investigación por medios electrónicos como lo informó la Secretaría de la Sala Disciplinaria de Instrucción de la Procuraduría General de la Nación en el correo electrónico del 6 de febrero de 2023 (...). Esto quiere decir, que el congresista contó con otra alternativa que no tuvo en cuenta para conocer de la investigación disciplinaria, toda vez que pudo remitir una autorización por escrito a las direcciones electrónicas indicadas sin que fuera necesario su representación para notificarse de manera personal del auto de apertura”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 31 de octubre de 2023. M.P. Gabriel Valbuena Hernández. Radicado 11001-03-15-000-2016-02995-00.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 31 de octubre de 2023; S.V. Omar Joaquín Barreto Suárez, radicación: 11001-03-15-000-2023-01705-01\(PI\)](#)

3. No incurre en causal de pérdida de investidura por violación al régimen de incompatibilidades el congresista que de manera simultánea tiene la calidad de presidente de un partido político y ejerce las actividades propias de dirección y gobierno interno del mismo.

Síntesis del caso: *La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resuelve en segunda instancia la demanda de pérdida de investidura en contra de la senadora Sor Berenice Bedoya Pérez por una presunta violación del régimen de incompatibilidades por el ejercicio simultáneo de sus labores como congresista y presidente y representante legal de un partido político.*

PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / PARTIDO POLÍTICO / DIRECTIVAS DEL PARTIDO POLÍTICO / DIRECTIVOS DEL PARTIDO POLÍTICO / ORGANIZACIÓN DEL PARTIDO POLÍTICO / RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES / INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES / INCOMPATIBILIDADES DEL CONGRESISTA / DESEMPEÑO DE EMPLEO PRIVADO / EJERCICIO DEL EMPLEO PÚBLICO

Problema jurídico: *¿Las actividades que la parte accionante señala como realizadas por la senadora Sor Berenice Bedoya Pérez como representante del partido político ASI, pueden considerarse administrativas, no políticas, y en cuanto tales se encuentran sustraídas del ámbito de la excepción al régimen de incompatibilidades previstas en el artículo 283.9 de la Ley 5 de 1992?*

Tesis: “Los partidos políticos, en cuanto organizaciones “garantes de la participación democrática y

pluralista de los ciudadanos, sin distinción alguna, para acceder al poder, a los cargos de elección popular y para influir en las decisiones políticas de la Nación [...] no son entidades públicas, dado que no hacen parte de la estructura del Estado [...]. No resulta válido extrapolar al ámbito de los partidos políticos, los criterios que permiten clasificar las funciones de los órganos de la administración pública, pues tal ejercicio no ha sido realizado por el legislador como supuesto normativo para regular la organización de los partidos políticos, como tampoco para reducir o ampliar el alcance de las incompatibilidades de los congresistas. La jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que “las funciones que cumplen las directivas de los partidos son políticas”, caracterización esta que le ha permitido diferenciarlas de aquellas que son propias de las “sociedades, corporaciones o fundaciones privadas [...], pero que en modo alguno ha de mover a inferir que impliquen inserción de estas colectividades en la estructura del Estado o de la administración pública. Al punto ha dicho también que, los partidos políticos no “implican vínculo jurídico alguno con el Estado ni hacen parte de la estructura del mismo, por lo que no pueden calificarse como públicos”. Sin duda alguna, la dirección y el gobierno interno de los partidos políticos comprende la orientación de las operaciones de la organización, con un cierto grado de autoridad reconocido en sus estatutos, pero también, dependiendo del grado de complejidad que tenga su estructura funcional, puede extenderse a otras labores materiales, de mera ejecución que, aunque puedan guardar simetría con las que desarrollan las entidades privadas para la concreción de sus fines, concurren todas a la realización de los fines políticos que entraña su objeto, cual es el de servir de medio para la expresión de “los intereses y exigencias de inserción en la agenda pública de determinados grupos sociales”, y la canalización de “la voluntad pública de forma que incid[an] inclusive en el contenido concreto de la pluralidad de intenciones”. La diferenciación que sustenta el motivo central de la impugnación, además, introduce una distinción allí donde el legislador no ha distinguido. (...) Sor Berenice Bedoya Pérez, como vicepresidenta en ejercicio de las funciones de presidenta del Partido ASI, ha ejercido roles y desplegado actividades diversas que aluden al funcionamiento interno del partido (comunicaciones internas, convocatorias a órganos colegiados internos, organización de comisiones de trabajo y señalamiento de órganos internos a cargo de tareas específicas), al relacionamiento del partido con el gobierno y el congreso (impartición de directrices frente a proyectos legislativos o direccionamiento de actividades de oposición), al cumplimiento de obligaciones ante las autoridades electorales o ante las autoridades tributarias, o al relacionamiento con otras fuerzas para efectos del establecimiento de coaliciones; funciones que están ordenadas, directa o indirectamente, al logro del objeto de la organización, esto es, a la canalización de intereses y exigencias de inserción en la agenda pública de determinados grupos sociales, y de encausamiento de la voluntad pública con el propósito de incidir en la vida política e institucional del país, vale decir, al logro de los fines políticos que conciernen a un partido político. Todas ellas se hallan comprendidas en la excepción al régimen de incompatibilidades prevista en el artículo 283.9 de la Ley 5 de 1992. (...) Con todo, viene oportuno precisar que la reprochada simultaneidad de funciones o actividades sólo se configuró a partir del 20 de julio de 2022, cuando la señora Bedoya Pérez se posesionó como senadora y ejerció, de forma concomitante, las funciones de presidenta del Partido ASI. Entonces, tomando en consideración dicho hito temporal, únicamente se acreditó en este proceso que, como presidenta del partido, la senadora Bedoya Pérez: (i) informó a su militancia el nombre de las personas autorizadas, en el departamento de Cundinamarca, para realizar gestiones, diligencias y recibir las solicitudes de inscripción de candidaturas para las elecciones de octubre del año 202375; y (ii) dio respuesta a una solicitud presentada, en ejercicio del derecho de petición, sobre la denegación del pago de auxilios al peticionario porque, al estar suspendido en el cargo que desempeñaba, no podría realizar actividad política alguna que los causara. Estas actuaciones, que realizó la senadora Bedoya Pérez como presidenta del Partido ASI, son también connaturales a la dirección y gobierno de esa organización política, pues definen, con un grado de autoridad, sus designios en el proceso electoral del que formaría parte, así como la asignación de recursos para realizar actividades políticas; autoridad que, como tal, fue reconocida en los estatutos del Partido ASI, de acuerdo con los cuales le correspondía a la presidenta llevar la vocería del partido ante la opinión pública, otorgar avales para las corporaciones públicas de elección popular, atender la organización interna del partido, y gestionar auxilios a favor del partido o de las campañas de sus candidatos (...).”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza, dirección y el gobierno interno de los partidos políticos, ver: Corte Constitucional, sentencias C-985 de 2009 y C-490 de 2011; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencias del 23 de febrero de 1994, exp. AC-1386, del 13 de diciembre del mismo año; y del 29 de abril de 1997, exp: AC-4534; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 19 de abril de 2012, rad. 11001-03-15-000-2011-00865-00(PI).

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 8 de noviembre de 2023; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 11001-03-15-000-2022-04507-01\(PI\)](#)

4. Las versiones voluntarias ante la Jurisdicción Especial para la Paz son un espacio para el esclarecimiento de los hechos y la búsqueda de la verdad, por tanto, una confesión en el marco de las versiones voluntarias no es una prueba suficiente de responsabilidad en el proceso de responsabilidad del Estado ni constituye una “prueba sobreviniente”.

Síntesis del caso: *En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, se solicitó infirmar la sentencia del 8 de junio de 2021, mediante la cual la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó el fallo de primera instancia del 19 de agosto de 2008, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, quien declaró administrativamente responsable a la entidad demandada.*

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: *¿La sentencia del 8 de junio de 2021, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera 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 no haberse el precedente jurisprudencia actual y la normativa constitucional vigente, así como por haberse omitido una oportunidad probatoria?*

Tesis: “[E]s importante precisar que, si bien la sentencia recurrida reflexionó que de los deberes estatales no se deriva del Estado la calidad de “asegurador general”, ello no significa que se hubiera dado aplicación a normas derogadas en la solución del caso concreto. La sentencia recurrida, en párrafos posteriores, señala los escenarios en que los cuales es posible predicar la responsabilidad patrimonial del Estado por actos terroristas dirigidos contra instituciones representativas y los precisa como aquellos en los que (i) existían amenazas de la acción terrorista en relación con esa institución y las autoridades, competentes y con capacidad para contener el ataque, omitieron ese deber o brindaron las condiciones de seguridad de forma insuficiente o tardía, o en los eventos en que (ii) los actos eran previsibles y resistibles y, a pesar de ello, no se adoptaron las medidas necesarias e idóneas encaminadas a anticipar, evitar o mitigar el resultado dañoso. Como se observa, el derecho al debido proceso de la parte recurrente no se vulneró por acudir a las fuentes del derecho constitucional; al contrario, estas determinaron el derrotero de la decisión, en el sentido de que vislumbraron que el daño sufrido por la parte recurrente es imputable al hecho exclusivo y determinante de las FARC. (...) [L]a decisión se adoptó conforme a las pruebas legal y oportunamente aportadas al proceso conforme a lo previsto en el artículo 164 CGP, de manera que si solo hasta el día siguiente al registro del proyecto, la parte recurrente allegó por correo electrónico un documento que remite al video de la versión voluntaria rendida el 4 de mayo de 2021 por el excombatiente de las FARC [J.S.] ante la JEP sobre los hechos del 27 de febrero de 1997, era de esperarse que, dada su extemporaneidad, esta pieza audiovisual no haya sido mencionada en la sentencia, porque no hizo parte del acervo probatorio. (...) la parte recurrente pretende invocar a manera de confesión los relatos del exguerrillero de las FARC [J.S.] rendidos en versión voluntaria ante la JEP como un argumento nuevo para reabrir el debate sobre la responsabilidad del Estado por actos terroristas contra instalaciones representativas de la institucionalidad. Sobre este aspecto es importante reiterar que las versiones voluntarias son un espacio para el esclarecimiento de los hechos y la búsqueda de la verdad, por tanto, contrario a lo esperado por la parte recurrente, una confesión en el marco de las versiones voluntarias no es una prueba suficiente de responsabilidad en el proceso de responsabilidad del Estado. La Corte Constitucional señaló que la confesión durante la versión voluntaria contribuye a la búsqueda de la verdad, sin que la agote procedimentalmente. (...) [L]os argumentos utilizados por el juez ordinario para considerar que en los eventos de actos terroristas no es procedente el daño especial o el riesgo excepcional no son constitutivos de circunstancias que generen nulidad de la sentencia en los términos expuestos (...). Recuerda la Sala que el recurso extraordinario de revisión no es una tercera instancia para cuestionar la

actividad interpretativa del juez. El hecho de que la parte recurrente no comparta la decisión no implica que deba hacerse una revisión de fondo de lo decidido en el proceso. Resulta ajeno a la finalidad de este recurso extraordinario el reexamen de asuntos que ya fueron estudiados y decididos en la instancia ordinaria”.

NOTA DE RELATORÍA 1: 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).

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la naturaleza y alcance de la confesión durante la versión voluntaria, ver: Corte Constitucional, sentencia C-348 de 2019,

CONDENA EN COSTAS / COSTAS PROCESALES / IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO / IMPROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / FALTA DE PRUEBA DE LA CAUSACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS

Problema jurídico 2: *¿Resulta improcedente la condena en costas en el componente agencias en derecho en el recurso extraordinario de revisión bajo estudio toda vez que no se acreditaron la causación de las mismas?*

Tesis 2: “El artículo 255 del CPACA, modificado por el artículo 70 de la Ley 2080 de 2021, establece que “[s]i se declara infundado el recurso, se condenará en costas y perjuicios al recurrente”. Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso (aplicable por remisión expresa del art. 188 del CPACA) prevé que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, siempre y cuando se demuestren causadas, y en la medida de su comprobación. Como la Nación- Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, no se hizo parte en el proceso, a pesar de haber sido notificada del auto admisorio del recurso, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte impugnante, toda vez que no se causaron expensas ni gastos que deban liquidarse”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión; sentencia del 30 de octubre de 2023; C.P. José Roberto Sáchica Méndez \(E\), radicación: 11001-03-15-000-2022-02265-00\(REV\).](#)

SECCIÓN SEGUNDA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Las consecuencias de la omisión de Colpensiones de cumplir con la obligación de adelantar acciones para el cobro de las cotizaciones adeudadas al Sistema de Seguridad Social por el empleador, no pueden trasladarse al servidor público y afectar el reconocimiento pensional.

***Síntesis del caso:** Colpensiones reconoció pensión de vejez al demandante, quien solicitó su reliquidación. La entidad negó el reajuste y solicitó autorización al pensionado para proceder a revocar el acto administrativo, al determinar que el reconocimiento se efectuó sin que se contara con las 1000 semanas cotización exigidas en la Ley 100 de 1993, pues al revisar el historial laboral se evidenció que durante el periodo comprendido entre el 13 de julio de 1974 y el 31 de agosto de 1974 realizó aportes simultáneos con los empleadores Ecopetrol y Abonos Colombianos S.A. Se precisó por la administración que, cuando se prestan servicios de manera simultánea a varios empleadores los aportes destinados a adquirir el derecho a pensión solo se tienen en cuenta para fijar el promedio del salario base y el pago de las prestaciones económicas. Por lo anterior, la entidad prestacional demandó el acto de reconocimiento pensional, por considerar que vulnera el principio de la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, establecido por el Acto Legislativo 001 de 2005. El Tribunal Administrativo al proferir la sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, por considerar que, se está frente a un caso de error en la contabilización de las 10 semanas que impiden el reconocimiento de la pensión de vejez, lo que se originó en la omisión de Colpensiones en adelantar el respectivo cobro coactivo de las cotizaciones adeudadas por el empleador, pues de haberse hecho se superaría incluso el tiempo de cotización exigido por ley, lo cual no puede obrar en contra del pensionado.*

PENSIÓN DE VEJEZ / REVOCATORIA DIRECTA / FALTA DE PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL / COBRO DE APORTES / COLPENSIONES / DERECHO AL MÍNIMO VITAL / DERECHO A LA SALUD / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA PERSONA DE LA TERCERA EDAD

***Problema jurídico:** ¿Se ajusta a derecho el reconocimiento de la pensión de vejez de al demandante, al no cumplir con el requisito de las 1000 semanas cotizadas?*

Tesis: “[...] Encuentra la sala que dentro de las consideraciones de la Resolución SUB 5330 del 12 de enero de 2018, con la cual confirmó la decisión del 31 de agosto de 2017 en la que solicitó el consentimiento del demandado para efectos de revocar el acto de reconocimiento pensional, Colpensiones reconoció la existencia de una deuda frente a los «los ciclos 1994/01 a 1994/08», periodo en el cual (...) estuvo vinculado laboralmente con ACA LTDA. Frente a lo anterior, en el referido acto la entidad de previsión explicó las gestiones adelantadas con el fin de exigir el pago de los aportes y concluyó que en la medida en que la matrícula del empleador se encontraba cancelada «tratándose de empleadores Personas Jurídicas liquidados o personas naturales fallecidas, o empleadores localizados y debido a la antigüedad de la deuda; la posibilidad de éxito es baja, por tanto, el afiliado podrá acudir a un proceso de recuperación de semanas». Al respecto, frente al incumplimiento por parte del empleador de sus deberes en relación con las cotizaciones al sistema general de pensiones, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las administradoras de los diferentes regímenes tienen el deber de adelantar acciones de cobro con el fin de recuperar el valor adeudado, en igual sentido se encuentra el artículo 53 de esa norma, que faculta a las entidades pensionales para ejercer fiscalización e investigación respecto del agente retenedor. En este caso, se encuentra que, si bien es cierto, de acuerdo con la información que obra en el expediente, durante el período comprendido entre enero y agosto de 1994 el empleador [ACA LTDA] de (...) omitió su obligación de efectuar las cotizaciones a pensión, también lo es que Colpensiones omitió el deber de adelantar de manera oportuna el cobro de estos; por lo que no es procedente trasladar al demandado las consecuencias desfavorables del incumplimiento del referido deber legal. En ese orden, para la Sala no tiene cabida la afectación a los derechos fundamentales del trabajador tales como la vida digna, el mínimo vital, la salud y la seguridad social, derivada del desconocimiento de las obligaciones legales y reglamentarias por parte del empleador, máxime cuando son las administradoras de fondos pensionales quienes se encuentran facultadas para ejercer mecanismos tendientes a la recuperación de los montos adeudados o el restablecimiento de las irregularidades causadas por parte de los empleadores. De igual

modo, cabe precisar que el yerro que dio lugar al reconocimiento pensional sin las exigencias legales, consistió en el cómputo de las semanas cotizadas por el trabajador, lo cual generó la convicción en el pensionado de la consolidación de su derecho, certeza que fue puesta en tela de juicio por la administradora de pensiones con el requerimiento de la autorización para revocar la decisión mediante la que fue reconocida su prestación (febrero de 2004), 13 años después (febrero de 2017), cuando (...) contaba con 73 años de edad, esto es, cuando no se encontraba en edad laboral productiva. Esta subsección ha resaltado la importancia de tomar en cuenta las condiciones actuales del pensionado cuando se habla de una persona de la tercera edad, la cual requiere especial acompañamiento del Estado para salvaguardar sus derechos y propender por su avance progresivo, dada la condición de vulnerabilidad propia de la población mayor. Para lo cual resulta pertinente mencionar que la Carta de las Naciones Unidas de 1945 destaca el deber de los Estados de promover estándares de vida más elevados para todas las personas (artículo 55), lo que encuentra concordancia con el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que dispone lo siguiente: «Todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar propio y de su familia, incluyendo comida, ropa, hogar y atención médica y servicios sociales necesarios, y el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, edad avanzada o cualquier otra carencia en circunstancias ajenas a su voluntad».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 14 de septiembre de 2023, C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación: 15001-23-33-000-2018-00465-01 \(1709-2022\).](#)

2. La configuración de la relación laboral encubierta frente a entidades estatales cuando aquellas acuden a la intermediación laboral, concretamente, a través de cooperativas de trabajo asociado, no conlleva la terminación de la continuidad del vínculo para efecto del reconocimiento de los derechos laborales y del cómputo de la prescripción para su exigencia.

Síntesis del caso: *La parte demandada interpuso recurso de apelación, en el que expresó que la demandante estuvo vinculada a la entidad en dos períodos que debían diferenciarse, el primero, mediante la contratación a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado, COTRASER y, el segundo, como prestadora de servicios directamente del SENA. Que la vinculación a través de cooperativa finalizó el 3 de julio de 2011; sin embargo, no elevó ninguna solicitud encaminada a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, dentro de los tres años siguientes a la finalización de la prestación, razón por la cual debe declararse la prescripción extintiva de esos derechos salariales, esto es, según dice: «de aquellos que pudieran emanar de esa primera etapa de contratación».*

RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA / DERECHOS DERIVADOS DE LA RELACIÓN LABORAL / PLANTA DE PERSONAL / CONTRATACIÓN MISIONAL / SENA

Problema jurídico: *¿Hay lugar a declarar la prescripción de los derechos laborales reconocidos a la demandante y si el restablecimiento ordenado en el ordinal cuarto de la sentencia da lugar a equipar a la demandante a una funcionaria de planta del SENA, en los términos planteados por la entidad apelante?*

Tesis: «[...] Esta corporación unificó los criterios acerca de la manera en la que debe analizarse la prescripción de los derechos laborales derivados del reconocimiento de una relación laboral con el Estado y, en ese sentido, fijó las siguientes reglas: • El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella. • En los casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización. [...] Posteriormente, en la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021, esta Sección adoptó el término de treinta días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este constituya una ‘camisa de fuerza’ para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó

o no la solución de continuidad del vínculo laboral. [...] Según lo determinó el a quo y, al ser un aspecto que no discutió la entidad en el recurso de apelación, se tiene que la señora (...) estuvo vinculada al SENA como instructora en el área de confecciones, en un primer momento, como trabajadora en misión contratada a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado COTRASER y, luego, de manera directa con la entidad [...] De lo anterior, la Sala denota que si bien la última contratación de la señora (...) al SENA, a través de la COTRASER, acaeció el 3 de julio de 2011, lo cierto es que esto no implica que el vínculo con la entidad demandada haya finalizado en ese momento y, que por esa razón, a partir de allí deba contarse término de prescripción o, que, su análisis deba hacerse de manera fraccionada, como lo pretende el recurrente, pues la relación laboral encubierta se configura respecto del ente estatal y no del intermediador; además, es una sola. Ciertamente, la corporación en múltiples oportunidades ha estudiado la configuración de la relación laboral encubierta frente a entidades estatales cuando aquellas acuden a la intermediación laboral, concretamente, a través de cooperativas de trabajo asociado, entendiendo que el vínculo y el sometimiento subordinado ocurre con el tercero contratante de la labor, sin perjuicio de la posible responsabilidad solidaria que pudiera existir en esos casos; asimismo, que es frente a este beneficiario que deben demostrarse cumplidos los elementos de la relación laboral. En ese sentido, se advierte que la relación entre la señora (...) y el SENA se mantuvo vigente después de la finalización de la contratación a través de la cooperativa intermediadora, inclusive por más de siete años, como se refirió en el cuadro que antecede y, comoquiera que, el último vínculo terminó el 15 de diciembre de 2016 y la reclamación administrativa data del 18 de octubre de 2017, no hay lugar a declarar la prescripción extintiva. [...] De otra parte, la Subsección observa que no le asiste razón al SENA en lo referente a que el a quo le confirió a la demandante la misma condición de la de un empleado de planta, al disponer, en el ordinal cuarto de la decisión recurrida, que la entidad debía tener como referencia el salario de los servidores de la entidad para establecer el valor de la condena, porque lo que el Tribunal Administrativo de Risaralda dispuso fue el pago de las diferencias prestacionales y, que, para ese propósito, la entidad debía tener en cuenta los emolumentos percibidos por los instructores de planta a título de prestaciones sociales. [...] En efecto, el fallador de primera instancia, determinó que la entidad debía asumir el pago de las diferencias prestacionales que resultaren entre los valores reconocidos y pagados a la señora (...) en virtud de la vinculación como trabajadora en misión y aquellos emolumentos percibidos por los instructores de planta del SENA y que no fueron cubiertos por el tercero empleador, por el tiempo comprendido entre el 7 de julio de 1998 al 14 de diciembre de 2010 y el 2 de febrero al 3 de julio de 2011. En ninguno momento, otorga la connotación de servidora pública o homologa a la demandante como una instructora de la planta de personal del SENA. [...] De hecho, se resalta que la decisión recurrida en varios acápite aclara que la declaratoria de la relación laboral entre la demandante y el SENA no daba lugar a reconocerle a la primera de aquellas la calidad de empleada de planta».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de nueve \(9\) de noviembre de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 66001-23-33-000-2018-00099-01\(3651-2021\)](#)

3. Se declaró la nulidad de la Resolución 002975 de 2017 “Por la cual convoca a proceso de selección para el otorgamiento de la distinción de Dragoneantes a Distinguidos en el Cuerpo de Custodia Penitenciaria y Carcelaria”, así como de las Resoluciones 003349 de 2017 y 003732 de 2017, que la adicionan y modifican, en cuanto al cargo ofertado de Dragoneante Distinguido, código 4112, grado 12 de la Planta de Personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por expedirse sin competencia y con desviación de poder de las atribuciones propias del Director General de la entidad.

Síntesis del caso: *El demandante considera que el Director General del Instituto Nacional Penitenciario - INPEC - al expedir los actos administrativos cuestionados, pretende proveer directamente el cargo de Distinguido, código 4112, grado 12, sin tener en cuenta que se trata de un empleo público de carrera de la planta de personal de la entidad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 125 y 130 de la Constitución Política, los artículos 3, 4 y 11 literales a) y c) de la Ley 909 de 2004, en concordancia con la sentencia C-1230 de 2005, razón por la cual debe ser provisto mediante concurso de méritos, realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, y no directamente por la accionada, de lo que se deriva su afectación por la falta de competencia y desviación de poder.*

CARRERA PENITENCIARIA / CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC / ASCENSO EN EL ESCALAFÓN DE LA CARRERA PENITENCIARIA / CONVOCATORIA A CONCURSO DE MÉRITOS / FUNCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / FALTA DE COMPETENCIA EN LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CONFIGURACIÓN DE LA DESVIACIÓN DE PODER

Problema jurídico: *¿La Resolución N° 002975 de 29 de agosto de 2017, expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC – “Por la cual convoca a proceso de selección para el otorgamiento de la distinción de Dragoneantes a Distinguidos en el Cuerpo de Custodia Penitenciaria y Carcelaria”; así como las Resoluciones N° 003349 de 14 de septiembre de 2017 y N° 003732 de 6 de octubre de 2017, que adicionan y modifican, la Resolución N° 002975 de 2017; se encuentran viciadas de nulidad por haberse expedido sin competencia y con desviación de las atribuciones propias de Director General del INPEC?.*

Tesis: “Revisado el contenido de la Resolución 002975 de 29 de agosto de 2017, “Por la cual se convoca a proceso de selección para el otorgamiento de la distinción de Dragoneantes a Distinguidos en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional”, se observa que aunque tiene por objeto otorgar una distinción, tiene la estructura de una típica convocatoria a concurso de méritos de ascenso para el personal escalafonado, conforme lo previsto por el numeral 2 del artículo 86 del Decreto Ley 407 de 1994; en tanto, se compone de tres fases, esto es, i) la convocatoria o invitación, ii) la citación a pruebas (conocimientos, aptitudes y entrevistas), iii) la conformación de lista de elegibles y iv) el curso de actualización. En efecto, se advierte que el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC – expidió el acto administrativo demandado con fundamento en el artículo 134 del Decreto Ley 407 de 1994, considerando que la norma se refiere al “Distinguido”, como una “distinción” que se le otorga a los servidores que ocupan en grado de Dragoneante, pues en el inciso final del párrafo se indica que “Esta distinción no constituye grado en la carrera y será reglamentada por la Dirección General del Instituto”, por lo que estimó que dicho reconocimiento debía realizarse mediante concurso de méritos. Al respecto, es importante señalar que el artículo 134, se encuentra ubicado en el Título III, Libro II, Título IV, del régimen de personal del INPEC (Decreto Ley 407 de 1994), cuyas normas tienen por objeto desarrollar la categoría de “Dragoneantes” como una de las clases de servidores públicos que conforman el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional; empleos que componen la carrera penitenciaria, por ende, el mencionado artículo integra el conjunto de normas que regulan el sistema de carrera penitenciaria, sus empleos, el ingreso, el retiro y otros asuntos relacionados con el régimen de personal de la entidad. En este sentido, cabe recordar que la categoría de Dragoneantes, se subdivide en dos empleos públicos: i) Dragoneantes y ii) Distinguidos; por esta razón, el referido artículo 134, en su inciso inicial describe los requisitos para acceder al cargo de Dragoneante, mientras que en los incisos primero y segundo del párrafo indica las condiciones de tiempo y modo que debe cumplir una persona que ocupa el empleo de Dragoneante para acceder al cargo de Distinguido, por lo que el aparte normativo tiene por objeto regular las circunstancias fácticas para proceder con un ascenso en el escalafón de la carrera penitenciaria, cuyo trámite debe someterse a las reglas propias de los concursos de méritos, tal y como se advirtió en líneas anteriores, pues no se puede desconocer que en el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de las entidades del orden nacional, en la planta de personal de la institución y en el manual específico de funciones y competencias laborales, el “Distinguido” se identifica con un código y grado superior e independiente al del empleo de Dragoneante, lo que implica que el sujeto que está vinculado como Dragoneante y pasa al cargo de Distinguido obtiene una promoción en su carrera. Para la Sala, es evidente que, el artículo 134 del Decreto Ley 407 de 1994 no establece un procedimiento para otorgar un reconocimiento o distinción a un servidor público que ocupa el empleo de Dragoneante dentro del INPEC, toda vez que tales aspectos, para todos los servidores que integran la planta de personal del instituto, se encuentran expresamente regulados en los artículos 109 y 110 del referido estatuto de personal (...) la lectura de las normas transcritas permite inferir que el “Distinguido” no fue un elemento expresamente regulado por el legislador extraordinario como un tipo de estímulo con el que pueda condecorarse o exaltarse la labor de los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Si bien,

los términos “distinción” y “distinguido” guardan relación y pueden catalogarse como sinónimos, lo cierto, es que desde el punto de vista del empleo público, dichas nociones tienen una connotación diferente, pues un análisis sistemático de las normas que regulan el estatuto de personal del INPEC (Decreto Ley 407 de 1994), en concordancia con aquellas que establecen la planta de personal de la entidad y el manual específico de funciones y competencias laborales, se puede deducir con claridad que el “Distinguido” no corresponde a una exaltación o reconocimiento, sino un empleo público que integra el sistema de carrera penitenciaria del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC. Por lo expuesto, la Sala considera que la expresión contenida en el inciso final del párrafo del artículo 134 del Decreto Ley 407 de 1994 que señala *“Esta distinción no constituye grado en la carrera y será reglamentada por la Dirección General del Instituto”*, debe interpretarse conforme con las disposiciones que regulan los estímulos y distinciones para el personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, previstos en los artículos 109 y 110 del régimen de personal del INPEC, por lo que no puede servir de fundamento para desconocer la naturaleza jurídica del cargo de carrera penitenciaria que el mismo legislador extraordinario le ha dado al empleo de “Distinguido” en la categoría de Dragoneantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC. En este orden de ideas, la Sala concluye que el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, utilizó indebidamente las figuras de estímulos y distinciones y expidió la Resolución 002975 de 29 de agosto de 2017, con el único objetivo de convocar a un proceso de selección por méritos, para proveer el empleo de Distinguido, código 4112, grado 12 de la Planta de Personal del INPEC, tal y como se infiere del artículo 2° del referido acto administrativo y de la estructura general del mismo, desconociendo que se trata de un empleo que pertenece al sistema específico de carrera de la entidad, cuya administración y vigilancia está a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como se deriva de lo previsto por el numeral 3 del artículo 4 de la Ley 909 de 2004, cuyo alcance en materia de administración de la carrera administrativa, fue precisado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1230 de 2005, siendo reiterado, posteriormente, en providencias C-471 de 2013 y C- 645 de 2017, entre otras. Así las cosas, se advierte que el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, no estaba facultado para convocar y promover, directamente, un proceso de selección por méritos para proveer el cargo de Distinguido código 4112, grado 12 de la Planta de Personal del INPEC, a través de la Resolución N° 002975 de 29 de agosto de 2017, modificada y adicionada, respectivamente, mediante las Resoluciones N° 003349 de 14 de septiembre de 2017 y N° 003732 de 6 de octubre de 2017.(...) De esta manera, es evidente que la autoridad competente para establecer los lineamientos generales con los que se debía desarrollar el proceso de selección y elaborar la respectiva convocatoria era la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC - en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales de la administración de la carrera administrativa, por lo que el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC – no tenían la potestad legal para expedir directamente la convocatoria dirigida a proveer el cargo de Distinguido código 4112, grado 12 de la Planta de Personal del INPEC. (...) De acuerdo con lo expuesto, se concluye que la Resolución N° 002975 de 29 de agosto de 2017, *“Por la cual convoca a proceso de selección para el otorgamiento de la distinción de Dragoneantes a Distinguidos en el Cuerpo de Custodia Penitenciaria y Carcelaria”*; así como las Resoluciones N° 003349 de 14 de septiembre de 2017 y N° 003732 de 6 de octubre de 2017, que adicionan y modifican, la Resolución N° 002975 de 2017, en cuanto al cargo ofertado, se encuentran viciadas de nulidad por haberse expedido sin competencia y con desviación de las atribuciones propias del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC. [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 6 de julio de 2023, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-00003-00 \(0003-2018\)](#)

4. Se imprueba conciliación judicial celebrada entre diputado de la Asamblea del Atlántico y el ente territorial en relación con la reliquidación de cesantías y pago de la respectiva sanción moratoria por pago tardío de la prestación, por carecer de soporte probatorio y legal.

Síntesis del caso: *En proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se solicitó por parte de un diputado de la Asamblea del Atlántico la reliquidación de las cesantías correspondientes al año 2004, con inclusión de todos los elementos o factores salariales y la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada uno de retardo a partir del 15 de febrero de 2005 y hasta la consignación completa del auxilio de cesantías. Durante el curso del proceso las partes llegaron*

a un acuerdo conciliatorio en relación con las pretensiones referenciadas, la cual fue objeto de estudio por el magistrado ponente para determinar si cumple con los requisitos de ley para su aprobación.

CONCILIACIÓN JUDICIAL / REQUISITOS DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL / IMPROBACIÓN DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL / LIQUIDACIÓN DE LAS CESANTÍAS ANUALIZADAS / DIPUTADO / NORMAS APLICABLES A LAS CESANTÍAS / IMPROCEDENCIA DE LA RELIQUIDACIÓN DE LAS CESANTÍAS.

Problema jurídico 1: *¿El acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes en audiencia celebrada dentro del presente proceso el 15 de febrero de 2017, en relación con la reliquidación de las cesantías del año 2004 del Diputado de la Asamblea del Atlántico se encuentra liquidadas de acuerdo a las partidas reguladas en la ley y debidamente probadas para que ser aprobada en esta sede judicial?*

Tesis 1: “[...] el asunto sub iudice gira en torno a dos aspectos, a saber, el primero, la reliquidación de las cesantías causadas por el año 2004 a favor de la demandante, en su calidad de diputada de la Asamblea del Atlántico, con inclusión de la totalidad de los factores devengados durante esa anualidad, puesto que en el último cálculo efectuado en el acto administrativo acusado (Resolución 131 de 12 de julio de 2005) se le tuvieron en cuenta como base de liquidación el sueldo básico, los gastos de representación y la doceava parte de la prima de navidad; y segundo, la sanción moratoria causada por ese mismo período, al no haber sido consignado ese auxilio en el respectivo fondo de cesantías con anterioridad al 15 de febrero de 2005. En el escrito de demanda y en la liquidación que sustenta el acuerdo conciliatorio objeto de examen, en lo atinente al reajuste de las cesantías, se incluyen, como factores para su liquidación, la asignación mensual, los gastos de representación, la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de vacaciones, de los cuales, según la accionante, no le fueron incluidos los tres últimos. Sin embargo, verificada no solo la certificación de la pagaduría de la Asamblea del Atlántico de 29 de agosto de 2005, que se aportó con el acta 19 de 28 de septiembre de 2016 del comité de conciliación del Departamento del Atlántico, que es la misma allegada con la demanda, obrante en los folios 20 y 21), sino la que se halla visible en los folios 89 y 90 de 13 de noviembre de 2012. Pese a lo anterior, también se evidencia que en la liquidación con radicado 20170510002403 de la gobernación del Atlántico que sirve de soporte a la conciliación judicial, se toman como factores base de liquidación de las cesantías, además de la asignación mensual, los gastos de representación y la prima de navidad, otros emolumentos, tales como la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de vacaciones, pero, se insiste, respecto de la bonificación por servicios prestados y la prima de vacaciones el empleador no certificó pago alguno que le haya realizado a la accionante por esos conceptos, a diferencia de otros diputados a los que sí certificó. De igual modo, se advierte de los rubros tomados para la aludida liquidación que, además de que hay factores no certificados como devengados por la actora, hay otros cuyos valores no coinciden con los establecidos en las mencionadas constancias laborales (...). En efecto, nótese que los únicos valores que coinciden con los certificados por la Asamblea del Atlántico como recibidos por la accionante en el año 2004 son la asignación básica (o sueldo básico) y los gastos de representación. Por lo tanto, el acuerdo conciliatorio en lo que respecta a la reliquidación de las cesantías carece de sustento probatorio. (...) Sin perjuicio de lo anotado, en todo caso, el Despacho estima pertinente precisar que aunque esta sección entre los años 2011 y 2014 falló controversias similares a la presente contra la Asamblea del Atlántico, en el sentido de que «para adelantar la liquidación del auxilio de cesantías de los Diputados de la Asambleas Departamentales debe incluirse lo devengado por concepto de salario y cualquier otro concepto que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, las bonificaciones, vacaciones, gastos de representación etc. (Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946)» 23, lo cierto es que tal criterio ha sido rectificado en cuanto a que «[...] tanto la reciente Ley 1871 de 2017, como las Leyes 6ª de 1945 (artículo 17), 100 de 1993 (régimen prestacional de los Diputados) 344 de 1996 y 362 de 1997 (régimen de cesantías del orden territorial), aplicables hasta tanto se expidiera la ley que desarrollara el artículo 299 Superior, determinan una tesis jurídica que ha sido históricamente clara en señalar que los diputados solo tienen derecho a las prestaciones sociales anotadas (la prima de navidad, las cesantías y los intereses de las cesantías), y que el auxilio de cesantías para estos servidores públicos se liquida teniendo en cuenta como único factor salarial la prima de navidad, por lo tanto, es inviable hacer extensivas disposiciones normativas que rigen a otra clase de servidores públicos, por ejemplo, como las que cita el demandante» (...) Así las cosas, amén de que el reajuste de las cesantías que hace parte de la liquidación que sirve de fundamento al acuerdo conciliatorio que se estudia carece de soporte probatorio en el presente caso, también resulta contrario al ordenamiento jurídico, como quiera que los diputados tienen derecho a las prestaciones contempladas en el artículo 1726 de la Ley 6ª de 1945 (con la inclusión que hizo el artículo 1127 de la Ley 4ª de 1966), entre estas, a las cesantías y a la prima de navidad; por ende, la liquidación del auxilio de cesantías solo podría incluir las partidas efectivamente a las que tendrían derecho, es decir, se reitera, además del salario, a la prima de navidad, en armonía con los

artículos 3º y 4º de la Ley 5ª de 196928 y 1329 de la Ley 344 de 1996 y demás disposiciones modificatorias [...]”

CONCILIACIÓN JUDICIAL / REQUISITOS DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL / IMPROBACIÓN DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL / SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / IMPROCEDENCIA DE LA RELIQUIDACIÓN DE LAS CESANTÍAS / RECLAMACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA / PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA

Problema jurídico 2: *¿El acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes en audiencia celebrada dentro del presente proceso el 15 de febrero de 2017, en relación con el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las de las cesantías del año 2004 a Diputado de la Asamblea del Atlántico, puede ser aprobado en sede judicial?*

Tesis 2: “En lo referente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías causadas durante el año 2004, que debían ser consignadas antes del 15 de febrero de 2005, se advierte que en la liquidación con radicado 20170510002403, visible en el folio 313, se hizo su cálculo desde el 15 de febrero de 2005 hasta el 28 de noviembre de 2012; no obstante, aunque no obra en el expediente constancia de la primera consignación por dicha prestación ordenada por medio de la Resolución 40 de 8 de marzo de 2005 y en el acto administrativo demandado se acepta que hubo un retardo en esa consignación inicial (el cual para su expedición ya se había realizado a Colfondos, aspecto que no desmiente tampoco la actora), no es dable computar esa sanción a la fecha del pago total o íntegro del auxilio de cesantías, es decir, ni a la de la consignación de la diferencia reconocida por la Resolución censurada 131 de 12 de julio de 2005 ni mucho menos a la reliquidación efectuada con ocasión del acuerdo conciliatorio (a la que, como se vio, no tiene derecho), que tomó como fecha de cierre el 28 de noviembre de 2012. Lo anterior, por cuanto, amén de que la demandante carece del derecho al reajuste pretendido, tampoco se puede calcular la sanción moratoria más allá del día de la consignación inicial que se haya hecho de las cesantías de 2004, toda vez que esta Sección, en relación con dicha sanción moratoria respecto del reajuste o reliquidación de las cesantías, también ha sido consistente en su jurisprudencia en el sentido de determinar que «la Ley 50 de 1990, artículo 99, prevé para el empleador la obligación de que cada 31 de diciembre liquide la prestación por cada año o fracción, sin perjuicio de la que deba realizarse a la finalización de la relación contractual, que generará un interés legal del 12% anual o proporcional y deberá consignarse en el respectivo fondo de cesantías a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de verse obligado a pagar al servidor público «un día de salario por cada retardo», de manera que la sanción reclamada solo procede en los casos en que la entidad empleadora no cancele a tiempo la prestación, por lo que concederla frente a la diferencia en la liquidación del derecho deprecado, desconoce el principio de legalidad, fundamento del debido proceso, que enmarca el derecho administrativo sancionador, porque solo la ley puede describir las conductas constitutivas de infracción, así como su respectiva sanción; y dicha norma es clara al estipular que la obligación se cumple con el desembolso del dinero a favor del trabajador». En similar sentido, también se pronunció esta subsección en fallo de 21 de agosto de 2020, expediente 08001-23- 33-000-2015-80076-01 (2155-2019), consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez. En todo caso, por otra parte, cabe anotar que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 rectificó su criterio, en materia de sanción moratoria de cesantías anualizadas, en cuanto a que «los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”, por lo que esa sanción «sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral». Posición que se reforzó en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022 de 6 de marzo de 2020, en la que se precisó, como regla, que «El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva». Por lo tanto, en el caso sub examine, en el acuerdo conciliatorio no solo se calculó la sanción moratoria más allá de la consignación inicial, sino que, además, la demandante no reclamó el pago de la sanción moratoria, pues una vez reajustado su auxilio de cesantías de 2004 a través de la resolución acusada, procedió a interponer demanda, sin que esa sanción haya sido materia de reclamación y estudio en sede administrativa, cuanto más si, según la rectificación de jurisprudencia efectuada por medio de las precitadas sentencias de unificación, se advirtió que carecía de carácter accesorio a las cesantías, por lo que, al ser un derecho independiente a este, debió formularse la respectiva petición, además, con el propósito último de interrumpir el fenómeno prescriptivo, pero como no lo hizo, este tampoco podría analizarse”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto de 20 de noviembre de 2023, C. P. Jorge Edison Portocarrero Banguera, radicación: 08001-23-31-000-2007-](#)

[00398-01 \(1949-2014\).](#)

5. La entidad pública tiene la potestad de elegir cuáles de entre los varios empleados incorpora cuando realiza una supresión de cargos, teniendo en cuenta que en todo caso la decisión se presume encaminada a la «satisfacción del interés público, la consecución de los fines esenciales del Estado y las necesidades del servicio». Es necesario acreditar el mejor derecho alegado para mantener la vinculación con la entidad que modificó la planta de personal.

***Síntesis del caso:** En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el actor formuló demanda en orden a que se declare la nulidad del Oficio sin número del 14 de septiembre de 2001, suscrito por el secretario de relaciones humanas y laborales del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, en el que comunicó la supresión del empleo que ocupaba en la entidad territorial, por considerar que la supresión en comento no existió y le fue desconocido su derecho a ser reincorporado en la nueva planta de personal.*

SUPRESIÓN DE EMPLEO PÚBLICO / REESTRUCTURACIÓN DE LA ENTIDAD PÚBLICA / MODIFICACIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL / DERECHO DE OPTAR POR LA INDEMNIZACIÓN O TENER EL TRATAMIENTO PREFERENCIAL PARA SER INCORPORADO / PRUEBA Y ACREDITACIÓN DE MEJOR DERECHO

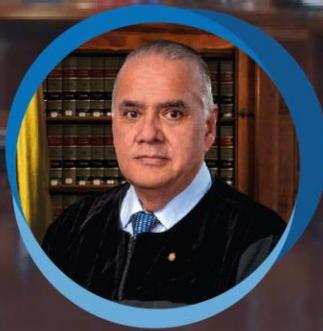
***Problema jurídico:** ¿Se encuentra viciada de nulidad la supresión del cargo de técnico del Departamento de Contaduría en la Secretaría de Hacienda del Distrito de Barranquilla que ocupaba el demandante, le asistía un mejor derecho para seguir vinculado en la nueva planta de personal del referido ente territorial?*

Tesis: «[...] el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, vigente para la época de los hechos, previó que la supresión de un cargo de carrera administrativa podía ocurrir por diferentes razones: la liquidación o fusión de entidades, organismos o dependencias; el traslado de funciones de una entidad a otra o la modificación de las plantas de personal (...) los cuales podrían llevarse a cabo en el marco de las políticas de modernización del Estado con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público. También ordenó que los empleados públicos de carrera a quienes se les suprimiera su cargo del cual eran titulares podrían optar por ser incorporados a empleos equivalentes o a recibir indemnización en los términos y condiciones establecidos por el Gobierno Nacional. [...] el Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, por el cual entre otros se reglamentó la Ley 443 de 1998, se dispuso igualmente en su artículo 135 que los empleados de carrera, a quienes se les suprimieran los cargos de los cuales eran titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra o de modificación de planta, tendrían el derecho a optar por ser incorporados a empleos equivalentes conforme con las reglas de que trata el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, para lo cual debía surtirse el trámite que legalmente se adoptara, o recibir la indemnización que se establecía en el artículo 137 de dicha normativa. [...] la Corte Constitucional ha precisado que la reestructuración de las entidades públicas no pugna con el derecho a la carrera administrativa, pues ello obedece a una medida legítima inspirada en la protección del interés general. [...] se concluye que la carrera administrativa no confiere un derecho de inamovilidad absoluta, pues la estabilidad de los empleados que acceden a dicho sistema debe armonizarse con las necesidades técnicas, económicas y de modernización de la administración en aras de lograr su mayor eficiencia y la consecución de los fines del Estado. Además, los procesos de reestructuración tampoco conducen a un desconocimiento de los derechos laborales de los empleados de carrera, ya que se han previsto medidas tendientes a lograr su incorporación en otro empleo y, en caso de que ello no sea viable, reconocer una indemnización encaminada a resarcir el daño que ocasiona la culminación de su vínculo laboral. A su vez, dichos procesos deben obedecer a razones ciertas y verificables con el objetivo de que no se incurra en un ejercicio ilegítimo o arbitrario de la potestad en comento. [...] el secretario de relaciones humanas y

Laborales del despacho del señor alcalde del Distrito de Barranquilla, expidió el Oficio sin número que es ahora acusado, mediante el cual, le comunicó al demandante la supresión del cargo que ocupaba como técnico en el Departamento de Contaduría de la Secretaría de Hacienda distrital y, en consecuencia, se producía su desvinculación. También, le indicó que le asistía el derecho de optar por la indemnización o tener tratamiento preferencial para ser incorporado a empleos equivalentes [...] no le asiste razón al actor en el sentido de indicar que el cargo que ocupaba no desapareció en la nueva planta de personal e inclusive se incrementaron sus vacantes, pues desde el punto de vista de la denominación sí hubo una reducción de las plazas, en tanto pasaron de 20 a 16. En este orden de ideas, no tiene vocación de prosperidad el argumento del accionante en el sentido de indicar que el empleo que desempeñaba no fue suprimido, pues se encuentra suficientemente acreditado que ello ocurrió con la expedición del Decreto 0218 de 2001. [...] en el marco de la reestructuración que se llevó a cabo en el Distrito de Barranquilla lo procedente era que el secretario de relaciones humanas y laborales de esa entidad territorial le informara al accionante la decisión que se había adoptado en el acto general y las posibilidades con las que contaba para que ejerciera sus derechos de carrera de la manera que estimara más conveniente para sus intereses. [...] el oficio que le comunicó sobre la supresión fue claro, tal como en su momento se transcribió, en señalarle al interesado que le asistía el derecho de optar por la indemnización o tener el tratamiento preferencial para ser incorporado en empleos equivalentes según las reglas del artículo 39 de la Ley 443 de 1998. Al tenor del artículo 45 del Decreto 1568 de 1998, la decisión de optar por la indemnización se tornaba irrevocable y no podía ser variada por el empleado ni por la administración. [...] una entidad pública tiene la potestad de elegir cuáles de entre los varios empleados incorpora cuando realiza una supresión de cargos, teniendo en cuenta que en todo caso la decisión se presume encaminada a la «satisfacción del interés público, la consecución de los fines esenciales del Estado y las necesidades del servicio». Así las cosas, en el plenario tampoco se encuentra acreditado el mejor derecho que alegó el demandante para mantener su vinculación con el Distrito de Barranquilla».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de veintiséis \(26\) de octubre de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 08001-23-31-000-2002-00207-01\(2430-2019\)](#)

SECCIÓN TERCERA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se niegan pretensiones de demandas acumuladas que buscaban indemnización de perjuicios causados por la inclusión de predios dentro de la reserva forestal protectora del Bosque Oriental de Bogotá.

Síntesis del caso: Se trata de tres demandas que se formularon y cuyas pretensiones estaban encaminadas a que se declarara la responsabilidad administrativa, civil y patrimonial de las entidades públicas demandadas, por el daño antijurídico, consistente en la afectación de sus predios por haber sido incluidos dentro de la reserva forestal protectora del Bosque Oriental de Bogotá. Los demandantes solicitaban que se indemnizaran los perjuicios al considerar que se presentaba un desequilibrio frente a las cargas públicas que dañaban de manera especial en el uso, disfrute y disposición del derecho de dominio y propiedad de que son titulares.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / ACUMULACIÓN DE PROCESOS / RESERVA FORESTAL / INCLUSIÓN DE LA ZONA DE RESERVA FORESTAL / DECLARACIÓN DE RESERVA FORESTAL / REDELIMITACIÓN DE LA ZONA DE RESERVA FORESTAL / USO DE ZONA DE RESERVA FORESTAL / BOSQUE ORIENTAL DE BOGOTÁ / CERROS ORIENTALES DE BOGOTÁ / DERECHO A LA PROPIEDAD / DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / LIMITACIONES A LA PROPIEDAD / LIMITACIÓN A LA PROPIEDAD PRIVADA / RUPTURA DEL EQUILIBRIO DE LAS CARGAS PÚBLICAS / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico 1: ¿Las limitaciones a la propiedad impuestas por la afectación de los predios de los demandantes a la reserva forestal protectora del Bosque Oriental de Bogotá, les generó un daño antijurídico que deba ser indemnizado por el Estado, en los términos del artículo 90 de la C.P.?

Tesis 1: “[La Sala] confirmará la decisión de negar las pretensiones de las demandas porque los accionantes no demostraron que la constitución, realinderoamiento, reglamentación e inscripción de la reserva forestal les hubiera causado un daño antijurídico. Estas actuaciones no generaron una afectación total sobre su derecho de propiedad, pues los demandantes pueden usar sus bienes de acuerdo con las circunstancias especiales definidas en la reglamentación de la reserva. Las limitaciones parciales a la propiedad y la imposición de cargas administrativas adicionales para realizar ciertas actividades no constituyen, por sí mismas, un daño antijurídico. Y los accionantes tampoco demostraron, en concreto, cuáles actividades dejaron de realizar por cuenta de la declaratoria de reserva y cómo esta situación generó una ruptura en el equilibrio de las cargas públicas. (...) La Sala precisa que, en los términos del artículo 90 de la C.P., el criterio para determinar si las limitaciones impuestas por afectaciones ambientales como la inscripción en la reserva forestal son indemnizables radica en si estas constituyen un daño antijurídico. En efecto, no todo daño producido por el Estado es antijurídico, como quedó registrado en el informe de ponencia de la Asamblea Nacional Constituyente con el texto que resultó en la actual norma constitucional (...).”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la afectación de predios a la reserva forestal de los Cerros Orientales de Bogotá, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de agosto de 2021, rad. 50502, M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ; Subsección C, sentencia de 22 de septiembre de 2021, rad. 51474, M.P. Guillermo SÁNCHEZ LUQUE; Subsección B, sentencia de 18 de noviembre de 2021, rad. 44670, M.P. Martín BERMÚDEZ MUÑOZ.

DELIMITACIÓN DE ÁREA PROTEGIDA / LIMITACIÓN A LA PROPIEDAD PRIVADA / REDELIMITACIÓN DE LA ZONA DE RESERVA FORESTAL / DECLARACIÓN DE RESERVA FORESTAL / AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD / USO DEL SUELO RESTRINGIDO / USO DE ZONA DE RESERVA FORESTAL / FALTA DE PRUEBA / FALTA DE PRUEBA DEL DAÑO / INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO

Problema jurídico 2: ¿Las limitaciones impuestas por la inscripción en la reserva forestal pueden considerarse como una afectación total de la propiedad?

Tesis 2: “[L]as limitaciones impuestas por la inscripción en la reserva forestal no pueden considerarse

como una afectación total de la propiedad. En efecto, del Plan de Manejo Ambiental se advierten los siguientes usos permitidos y medidas para disminuir la magnitud de la afectación impuesta con la reserva forestal: Tanto en las zonas clasificadas como de conservación, como en aquellas de rehabilitación ecológica, se permiten usos condicionados como el aprovechamiento del paisaje, la educación ambiental, la recreación pasiva y la instalación de infraestructura de servicios y seguridad. En la zona de conservación, además, se permite el “aprovechamiento indirecto de los bosques y, por ende, la obtención de los productos secundarios del mismo”, mientras que en la zona de rehabilitación ecológica es posible el aprovechamiento, bajo ciertas condiciones, de las plantaciones de especies foráneas para ser sustituidas con vegetación nativa (artículos 15 a 20). Otra serie de actividades están sujetas a licencia o autorización de la CAR, mas no prohibidas, como el “aprovechamiento doméstico de bosque plantado” para ser reemplazado por bosque nativo, el “reemplazo de vegetación natural por pastos u otro tipo de cobertura vegetal” y el “uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables existentes en la zona” (artículo 20). Como medidas para mitigar los efectos negativos de las limitaciones a la propiedad se prevé, por ejemplo, que “quedan a salvo los derechos legítimamente adquiridos por los particulares” y que “solamente habrá lugar al reconocimiento y pago de mejoras cuando se demuestre que fueron realizadas antes de la declaratoria como reserva forestal” (artículo 3º). (...) El conjunto de disposiciones antes reseñadas evidencia que no existió un vaciamiento de la propiedad de los demandantes, quienes todavía pueden realizar determinadas actividades sujetas a las condiciones especiales de la reserva. Se advierte que no hay prueba de que los demandantes hayan agotado alguna de las opciones previstas en las normas para mitigar los efectos de la afectación en sus predios y, por el contrario, pretenden que se les indemnice su valor comercial íntegro como si hubieran perdido efectivamente la propiedad. (...) Finalmente, los accionantes no demostraron cuáles fueron las afectaciones concretas a las actividades económicas desarrolladas en sus bienes como consecuencia de la inscripción de la reserva forestal.”

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / RESERVA FORESTAL / INSCRIPCIÓN EN EL FOLIO DE MATRÍCULA INMOBILIARIA

Problema jurídico 3: *¿El término de caducidad de la acción de reparación directa por afectación a predios con la realinderación de una reserva forestal, se empieza a contabilizar desde la inscripción de la afectación en el folio de matrícula inmobiliaria?*

Tesis 3: “[L]a demanda fue presentada dentro del término de dos (2) años previsto en el artículo 136 del CCA. La Sala no comparte el argumento de las demandadas acerca de que la caducidad debe contarse desde la publicación de los actos que constituyeron o realindieron la reserva forestal. Como lo ha señalado en otras ocasiones, el término de caducidad debe contarse a partir de la inscripción de la afectación en el folio de matrícula inmobiliaria, debido a que la limitación sobre el bien se materializó en ese momento. En este caso, la afectación fue inscrita en los folios de matrícula el 26 de abril de 2005, por lo que las demandas presentadas el 20, 24 y 25 de abril de 2007 fueron oportunas.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa de los predios afectados con la realinderación de una reserva forestal, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de noviembre de 2021, rad. 44670, M.P. Martín Bermúdez Muñoz y sentencia de 16 de agosto de 2022, rad. 45586, M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 7 de septiembre de 2023, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 25000-23-26-000-2007-00237-01\(49472\).](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACUMULACIÓN DE PROCESOS / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CLASES DE DAÑO / RESERVA FORESTAL / DECLARACIÓN DE RESERVA FORESTAL / INCLUSIÓN DE LA ZONA DE RESERVA FORESTAL / REDELIMITACIÓN DE LA ZONA DE RESERVA FORESTAL / INSCRIPCIÓN EN EL FOLIO DE MATRÍCULA INMOBILIARIA / AFECTACIÓN A BIEN INMUEBLE / DELIMITACIÓN DE ÁREA PROTEGIDA

Problema jurídico: *¿El término de caducidad de la acción de reparación directa por afectación a predios con la realinderación de una reserva forestal, siempre se empieza a contabilizar desde la inscripción de la afectación en el folio de matrícula inmobiliaria?*

Tesis: “Aclaro mi voto porque advierto que, en los casos de afectación a la propiedad por la creación de áreas protegidas, para efectos de contabilizar el término de caducidad, se debe distinguir con rigurosidad cuál fue el daño alegado: si fue con ocasión de la creación del área protegida, si se derivó de alguna afectación concreta, como la inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria o, incluso, si fue consecuencia de una posterior zonificación del área. (...) En este caso, por tratarse de demandas acumuladas existían grupos de demandantes que se encontraban dentro del segundo supuesto, esto es, aquellos que no tenían una inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria y por lo tanto, las pretensiones fueron presentadas por la inclusión de la propiedad dentro del área de la reserva. Frente a ellos debió declararse la caducidad de la acción, pues como expliqué, dada la red normativa de la Reserva Forestal Protectora del Bosque Oriental de Bogotá, la caducidad debía contarse a partir del acto general, esto es, la Resolución 76 de 1977. No obstante, frente a aquellos demandantes que sí tenían registrada la afectación en el folio de matrícula inmobiliaria se debió analizar si la afectación al derecho de propiedad se acreditó con la inscripción de los actos que constituyeron una afectación que, a mi juicio, son un daño en sí mismos. Sin embargo, esa demostración del daño se encontraba ausente de prueba de la antijuridicidad y de los perjuicios sufridos por las víctimas, de ahí que no fuera suficiente para acceder a las pretensiones.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa de los predios afectados con la realineración de una reserva forestal, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de noviembre de 2021, rad. 44670, M.P. Martín Bermúdez Muñoz y sentencia de 14 de julio de 2023, rad. 60190, M. P. Fredy Ibarra Martínez.

[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: 25000-23-26-000-2007-00237-01\(49472\).](#)

2. En los contratos estatales regidos por el derecho privado, procede la declaración de responsabilidad contractual cuando se ejecutan mayores cantidades de obra con el conocimiento y aval de la entidad contratante.

Síntesis del caso: *Una sociedad comercial demanda al municipio de Arauca y a la Empresa de Servicios Públicos de Arauca (Emserpa SA ESP) para obtener el pago de los valores adeudados por mayores cantidades de obra ejecutadas en virtud de un contrato de obra. El municipio sostiene que existe falta de legitimación en la causa por pasiva; por su parte, la empresa demandada aduce que no ordenó la realización de esas actividades al consorcio contratista y que, por consiguiente, las mismas carecen de soporte contractual.*

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / MAYOR CANTIDAD DE OBRA PÚBLICA / RECONOCIMIENTO DE MAYOR CANTIDAD DE OBRA PÚBLICA / OBRAS ADICIONALES DEL CONTRATO DE OBRA

Problema jurídico: *¿Procede la declaración de responsabilidad contractual cuando se ejecutan mayores cantidades de obra con el conocimiento y aval de la entidad contratante?*

Tesis: “La responsabilidad patrimonial contractual de Emserpa SA ESP puede ser analizada desde la perspectiva del artículo 90 de la Constitución Política en concordancia con las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil, porque el régimen del contrato estatal de obra no. 069 de 2006 es el derecho privado de conformidad con lo previsto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 [...]. [...] A diferencia de lo señalado por el tribunal de primera instancia, la Sala analizará la controversia planteada desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial contractual, esto es, la obligación de reparar integralmente un daño imputable a la entidad demandada, debido a que las mayores cantidades de obra objeto de reclamación judicial no constituyen objetos contractuales adicionales sino, actividades previstas en el contrato inicial y cuya alteración o modificación fue necesaria e indispensable para el cumplimiento del negocio jurídico suscrito entre las partes [...]. Lo anterior por cuanto, si bien el a quo dijo resolver la controversia con fundamento en el enriquecimiento sin causa, lo cierto es que en la práctica declaró la responsabilidad contractual de la empresa demandada y la condenó al pago de perjuicios contractuales, de allí que la Sala no estudiará o analizará los recursos de apelación desde la teoría de la prohibición de

enriquecimiento injustificado, sino a partir de los postulados del artículo 90 de la Constitución Política, en concordancia con las normas establecidas en la Ley 142 de 1994. [...] La Sala confirmará la declaración de responsabilidad contractual adoptada en la sentencia de primera instancia, porque se acreditó que la sociedad demandante y el litisconsorte necesario, en calidad de integrantes del Consorcio Mejoramiento Ambiental, ejecutaron mayores cantidades de obra para el cumplimiento del contrato de obra no. 069 de 2006, sin que su valor hubiera sido pagado por Emserpa SA ESP, a pesar de haber contado con su conocimiento y aval.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 7 de septiembre de 2023, C. P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 81001-23-33-000-2009-00039-01\(52300\).](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / MAYOR CANTIDAD DE OBRA PÚBLICA / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO

Tesis: “Comparto la decisión, porque de la conducta contractual de la empresa de servicios públicos es posible concluir que hubo una modificación del contrato. Sin embargo, considero que el razonamiento no debió hacerse con la figura de mayores cantidades de obra, propia de la Ley 80 de 1993, pues el régimen del contrato es el derecho privado. Como lo ha afirmado esta Subsección respecto de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos: “debe retomarse y dársele valor real al mensaje del legislador de 1994, esto es, debe tomarse en serio el régimen jurídico aplicable”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2019, rad. 39800, M.P. Alberto Montaña Plata.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 7 de septiembre de 2023, A. V. Alberto Montaña Plata, radicación: 81001-23-33-000-2009-00039-01\(52300\).](#)

Salvamento de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

SALVAMENTO DE VOTO / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / FORMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONSORCIO / NATURALEZA DEL CONSORCIO / PERSONA JURÍDICA / PATRIMONIO / PARTES DEL PROCESO / SENTENCIA JUDICIAL / MIEMBROS DEL CONSORCIO / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INAPLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / APLICABILIDAD DE LA REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / REPRESENTACIÓN DEL CONSORCIO / CAPACIDAD PARA SER PARTE DEL CONSORCIO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / REPRESENTANTE LEGAL DEL CONSORCIO / LITISCONSORCIO NECESARIO / UNIÓN TEMPORAL / CAPACIDAD PARA SER PARTE DE LA UNIÓN TEMPORAL

Tesis: “No comparto la decisión adoptada por la mayoría de la subsección en la sentencia del 7 de septiembre de 2023, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda. Considero que debió declararse la falta de legitimación en la causa porque en la demanda se formularon pretensiones relacionadas con el <<consorcio>> Mejoramiento Ambiental. En la medida en que un consorcio no es persona jurídica ni tiene patrimonio propio, no puede obrar como <<parte>> en un proceso, y por medio de una sentencia judicial no se le pueden otorgar derechos ni imponer obligaciones. La condena impuesta en la sentencia a favor de cada uno de los miembros del consorcio es incongruente con las pretensiones de la demanda, porque en ella no se formularon pretensiones a favor de ellos. [...] En el caso fallado en la sentencia de la cual me aparto no se aplicó en realidad la regla de unificación adoptada en la sentencia del 25 de septiembre de 2013. Reitero que la demanda fue presentada por el representante del consorcio, con pretensiones para el consorcio, y las condenas se impusieron a favor de cada uno de los dos miembros del consorcio. Si se hubiera aplicado la sentencia de unificación, tendrían que haberse decretado las condenas a favor del consorcio que, de acuerdo con dicha sentencia, tiene capacidad para ser parte en el proceso porque es titular de derechos; el problema es que una condena en esos términos no podría ser cobrada precisamente porque el consorcio no es persona jurídica. [...] En síntesis, creo que en la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013 se modificó una jurisprudencia clara, de acuerdo con la cual el representante del consorcio previsto en el párrafo primero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 no representa a los integrantes del mismo en los procesos judiciales derivados del contrato, por lo que ellos

deben comparecer al proceso donde tienen la condición de litisconsortes necesarios. Esa jurisprudencia es concordante con las disposiciones legales que establecen que los consorcios y las uniones temporales no son personas jurídicas, con lo cual los derechos y las obligaciones que se otorguen o se impongan en la sentencia recaen sobre los miembros del consorcio. Considerar que los consorcios y uniones temporales tienen capacidad para ser parte en el proceso judicial implicaría otorgarles derechos o imponerles obligaciones, lo que no es posible si no son personas jurídicas con patrimonio propio. Por esta razón, lo que ocurrió en la sentencia objeto del salvamento es que la jurisprudencia del 25 de septiembre de 2013 no pudo aplicarse y las condenas no se impusieron a favor del consorcio (que presentó la demanda) sino a favor de sus miembros”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer como parte en los procesos judiciales, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, rad. 19933, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sobre la autonomía privada de la voluntad como fundamento para que los particulares se sometan a distintas formas contractuales o asociativas, cita: Corte Constitucional, sentencia del 11 de diciembre de 2013, C-934/13, M. P. Nelson Pinilla Pinilla. Sobre la capacidad procesal de los consorcios y uniones temporales para acudir directamente a través de su representante legal a los litigios laborales, cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 10 de febrero de 2021, rad. 57957, M. P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 7 de septiembre de 2023, S. V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 81001-23-33-000-2009-00039-01\(52300\).](#)

3. Consejo de Estado profiere condena extrapatrimonial a particular que participó en accidente de tránsito

Síntesis del caso: *La parte actora solicitó la declaratoria de la responsabilidad patrimonial por los perjuicios sufridos con ocasión del accidente de tránsito que causó la muerte de su familiar con motivo del accidente de tránsito ocasionado por un vehículo de propiedad de Sam Servicios Ambientales que aparentemente transitaba a alta velocidad.*

MUERTE DE MENOR DE EDAD / MUERTE POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO / DAÑO EN EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / CONDUCCIÓN DE VEHÍCULO / TEORÍA DE LA GUARDA DE ACTIVIDAD PELIGROSA / RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD PELIGROSA / RESPONSABILIDAD EN EL ACCIDENTE DE TRÁNSITO / RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL ACCIDENTE DE TRÁNSITO / PERSONA JURÍDICA PRIVADA / CONDUCTOR DE VEHÍCULO / RESPONSABILIDAD DEL CONDUCTOR DE VEHÍCULO / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Problema jurídico 1: *¿Procede la declaratoria de la responsabilidad patrimonial de la sociedad Sam Servicios Ambientales Ltda. por muerte de menor de edad en accidente de tránsito producido por conductor de vehículo de su propiedad?*

Tesis 1: La Sala encuentra probado el daño alegado, consistente en la muerte del menor J. D. A. P. También está demostrada la ocurrencia del accidente en el que perdió la vida la víctima directa, esto, de conformidad con la contestación de la demanda, el “interrogatorio de parte” de D. R. R. A., conductor del vehículo, los testimonios practicados y la historia clínica, que da cuenta de la atención del paciente por el seguro obligatorio de accidentes de tránsito -SOAT- del vehículo de placas FLN315. Está probado que el vehículo que causó el accidente, conducido por D. R. R. A., era propiedad de Sam Servicios Ambientales. Por el contrario, a diferencia de la conclusión a la que llegó el Tribunal, no está probado que Ecopetrol fuera el empleador del conductor del vehículo. (...) A diferencia de lo afirmado por los sujetos demandados, está probada la causa del daño. Se acreditó que el menor fue atropellado por el vehículo que conducía D. R. R. A. Además de los testimonios practicados, en el “interrogatorio de parte”, el señor R. A. señaló que el accidente en el que perdió la vida J. D., en efecto, tuvo lugar, y que ocurrió cuando él conducía el vehículo. (...) El Tribunal Administrativo de Santander centró su atención en la falta de la prueba de la velocidad en la que transitaba el vehículo o en la ausencia de acreditación de la violación de una norma de tránsito. Esto lo llevó a concluir que no existía “información que permit[iera] establecer, con claridad meridiana, la forma en la cual ocurrió el hecho”. Sin embargo, a diferencia de las conclusiones del Tribunal, con fundamento en el análisis probatorio, esta Sala tiene por acreditado que el daño ocurrió mientras que el vehículo

conducido por D. R. R. A., de propiedad de la sociedad Sam Servicios Ambientales Ltda., atropelló a J. D. A. P. (...) Ahora bien, como se advirtió, dado el régimen de imputación que se estudia, no resultaba necesario probar la infracción a las normas de tránsito, como lo echó de menos el juez de primera instancia, pues ello no era indispensable, ni debía exigirse. De conformidad con el régimen objetivo de responsabilidad que se analiza, resultaba irrelevante demostrar si el vehículo transitaba excediendo la velocidad permitida o si se infringieron otras normas de tránsito. Bastaba con que estuviera acreditada la actividad peligrosa y que el daño (que también debe probarse) hubiera sido causado en su desarrollo y fuera el resultado del ejercicio de esa precisa actividad; esto es, bastaba con probar que la parte demandada, en ejercicio de una actividad peligrosa, causó un daño a la parte actora, lo cual se acreditó en el presente caso.

FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DETERMINACIÓN DE COMPETENCIA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / FUERO DE ATRACCIÓN / PERSONA JURÍDICA PRIVADA

Problema jurídico 2: *¿La Sala es competente, en aplicación del fuero de atracción, para decidir la controversia respecto de todas las demandadas, cuando se observa que se trata de entidades tanto públicas como privadas?*

Tesis 2: [L]a responsabilidad del Estado es una responsabilidad directa. De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, tiene lugar por la acción u omisión de las autoridades públicas (sin que sea necesario identificar el sujeto, la persona natural o el funcionario causante del daño). Nada impide que una persona pueda pretender ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la declaratoria de la responsabilidad patrimonial (además de los agentes del Estado) de sujetos de derecho privado, caso en el cual, con fundamento en el fuero de atracción, este juez deberá resolver la pretensión indemnizatoria. Al respecto, la parte actora pretendió, además de la declaratoria de la responsabilidad de Ecopetrol, que fuera declarada la responsabilidad patrimonial de dos sujetos de derecho privado, Sam Servicios Ambientales y del señor D. R. R. A., pretensión que será resuelta con fundamento en las disposiciones civiles pertinentes.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 07 de septiembre de 2023, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación 68001-23-31-000-2008-00578-01\(63453\).](#)

Aclaración de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO / RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA / RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD PELIGROSA / PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD PELIGROSA / DEBERES DEL DEMANDANTE / DAÑO / DEMOSTRACIÓN DEL DAÑO / HECHO DEL TERCERO / FUERZA MAYOR / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / RÉGIMEN OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / MUERTE DE MENOR DE EDAD / MUERTE DE MENOR ATROPELLADA POR VEHÍCULO OFICIAL / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / PROPIETARIO DEL VEHÍCULO / CONDUCTOR DE VEHÍCULO / CONDENA SOLIDARIA

Problema jurídico 1: *¿En este caso es aplicable el régimen objetivo, debido a la naturaleza del hecho: la muerte de un menor en el desarrollo de una actividad peligrosa como la conducción de un vehículo?*

Tesis 1: Comparto la decisión de revocar la sentencia de primera instancia y condenar a la sociedad Sam Servicios Ambientales Ltda. (propietaria del vehículo) y al conductor del mismo, con fundamento en el régimen objetivo aplicable a la actividad de conducción de vehículos. Sin embargo, aclaro mi voto para precisar los siguientes aspectos: 1.- En los eventos de actividades peligrosas existe una presunción de causalidad o una presunción de responsabilidad, en virtud de la cual al demandante le basta acreditar que el daño ocurrió por la acción del agente estatal, en desarrollo de una actividad peligrosa. Por su parte, el demandado, para exonerarse, debe demostrar que no causó el daño que se le imputa, bien porque fue causado por alguien más (hecho de un tercero), por un evento de la naturaleza (fuerza mayor) o por la propia víctima (culpa exclusiva de la víctima). Por lo anterior, en este caso es aplicable el régimen objetivo, debido a la naturaleza del hecho: la muerte de un menor en el desarrollo de una actividad peligrosa como

la conducción de un vehículo. Su aplicación no deviene del principio iura novit curia como se estableció en la providencia objeto de esta aclaración de voto. 2.- En este caso, se trata de una responsabilidad indirecta por cuanto es la propietaria del vehículo quien responde por el conductor, quien es una persona distinta y por eso la condena es solidaria.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 07 de septiembre de 2023, A. V. Fredy Ibarra Martínez, radicación 68001-23-31-000-2008-00578-01\(63453\).](#)

Salvamento de voto consejero Martín Bermúdez Muñoz

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO / FALTA DE PRUEBA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / IMPRUDENCIA / IMPRUDENCIA DEL MENOR DE EDAD / DAÑO / CAUSA GENERADORA DEL DAÑO / CAUSA EFICIENTE DEL DAÑO / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / PRUEBA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CONDUCTA / CONDUCTA DE LA VÍCTIMA / CULPABILIDAD DE LA CONDUCTA / DAÑO A MENOR DE EDAD / MENOR DE EDAD / MUERTE DE MENOR DE EDAD / ACCIDENTE EN CARRETERA / RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES / TUTOR / INEXISTENCIA DE RIESGO PROPIO DEL SERVICIO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / IMPROCEDENCIA DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Problema jurídico 1: *¿En el presente asunto se concretó el riesgo propio de la conducción de vehículos automotores y, en ese sentido, le es aplicable el título de imputación de riesgo excepcional?*

Tesis 1: No comparto la decisión aprobada por la mayoría de la Sala porque considero que las pretensiones de la demanda debían denegarse, debido a que la causa eficiente del daño fue la imprudencia de la víctima en cabeza de los representantes legales o tutores del menor, quien intentó atravesar la vía, de modo que opera la excepción de culpa exclusiva de la víctima propuesta por la parte demandada como causal eximente de responsabilidad. Ciertamente, la conducta del menor sí fue determinante en la ocurrencia del accidente por cuanto las declaraciones, tanto del conductor como de los testigos coinciden en que el niño fue arrollado cuando intentaba cruzar la vía, la cual además era de doble sentido y panamericana que exige mayor precaución para los peatones, aunado al hecho de que no se probó que el paso peatonal en esa zona fuera permitido. Considero que en este caso se reúnen los presupuestos requeridos para que el hecho de la víctima exima de responsabilidad a la entidad accionada y a los otros demandados porque la actuación del menor no le era previsible y resistible, pues, él se apareció de manera intempestiva en una vía de importante flujo vehicular, cuyo actuar era responsabilidad de los adultos que tenían sobre él la custodia o guarda, bien en la condición de representantes legales (los padres) o en la de guardas o tutores (la tía), quien estaba presente en el lugar el día y hora en las que ocurrió el accidente fatal, de manera que en el presente asunto no se concretó el riesgo propio de la conducción de vehículos automotores y, en ese sentido, no le es aplicable el título de imputación de riesgo excepcional.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 07 de septiembre de 2023, S.V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 68001-23-31-000-2008-00578-01\(63453\).](#)

4. La reparación directa no es el medio de control procedente para solicitar la indemnización de un daño causado por el acto administrativo que impuso una sanción disciplinaria.

Síntesis del caso: *Un ciudadano ingresó a laborar en la Secretaría Distrital de Integración Social de la Alcaldía de Bogotá. Con motivo de unas ausencias en su trabajo, la mencionada entidad promovió proceso administrativo en su contra que concluyó con una resolución en la que se decretó la vacancia del empleo por abandono del cargo. En sede de reposición, esta decisión fue*

confirmada. Por los anteriores sucesos, la citada Secretaría inició investigación disciplinaria que culminó con la imposición de una sanción en su contra. Por solicitud del sancionado, la Procuraduría General de la Nación revocó la aludida sanción disciplinaria. La parte actora demanda al Estado, porque considera que las decisiones de la Secretaría le produjeron un daño, consistente en el hecho de que no pueda sufragar los gastos del tratamiento médico que requiere su hijo y su manutención.

ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL / ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR / PERJUICIO POR ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Problema jurídico: *¿Es la reparación directa el medio de control procedente para solicitar la indemnización de un daño causado por el acto administrativo que impuso una sanción disciplinaria?*

Tesis: “Es relevante aclarar que en este caso es cierto que la parte accionante, en su escrito de corrección de la demanda, modificó el acápite de sus pretensiones declarativas, en el sentido de indicar que la fuente del daño se encontraba únicamente en el acto administrativo que impuso una sanción disciplinaria al [demandante], y que así lo entendió el juez de primera instancia al momento de fijar el objeto del litigio en la audiencia inicial. Sin embargo, el acápite de pretensiones condenatorias se mantuvo incólume, a tal punto que allí se solicita la condena en perjuicios por lucro cesante desde el momento en que se declaró la vacancia del cargo, lo que denota una ambigüedad en la demanda que, se supera tanto, con la fijación del litigio que quedó circunscrita al acto administrativo disciplinario, así como con el primero de los reproches de la apelación, en el cual los demandantes expresan que lo que ellos protestan está referido únicamente al acto administrativo que se produjo dentro de la actuación disciplinaria y, por ende, consideran impertinente que se analice el acto administrativo que declaró la vacancia. Por ser así, la Sala prescinde de estudiar lo atinente a esta última decisión administrativa y, todo el debate se concentrará en el acto revocado. [...] [P]ara esta Sala es injustificable que la parte demandante pretenda en sede de reparación directa, la indemnización de un daño causado por un acto administrativo que impuso una sanción disciplinaria, con sustento en una carga argumentativa que, sin ninguna limitación pudo ser puesta de presente a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, vía judicial que también le habilitaba la oportunidad de procurar la satisfacción de las mismas pretensiones indemnizatorias que ha planteado en este contencioso. Además, el hecho de que los motivos que fundamentan la formulación de la causa litigiosa, sean los mismos que acompañaron la petición de revocación directa, demuestra que la parte actora pudo tener conocimiento del daño, con la notificación del acto causante del menoscabo, sin necesidad de un tercero que le pudiera aclarar esa situación, como así lo supone erradamente la parte apelante”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de noviembre de 2023, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 25000-23-36-000-2015-02954-01\(59185\).](#)

5. La variación de la cotización de la tasa representativa del mercado durante la ejecución del contrato estatal, puede causar un desequilibrio económico con afectación grave a la economía del negocio

Síntesis del caso: *“La controversia versa en torno a la reclamación de compensación por desequilibrio contractual, derivado de la variación de la tasa representativa del mercado, en el marco de un negocio estatal donde el demandante vendió al ente territorial demandado, tabletas y tableros digitales destinados a diferentes instituciones públicas”.*

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONTRATO DE COMPRAVENTA / HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / TASA REPRESENTATIVA DEL MERCADO / MERCADO CAMBIARIO / UTILIDAD

PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA / UTILIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / OBTENCIÓN DE UTILIDAD PARA EL CONTRATISTA / CULPA PROPIA / CONDUCTA DE LA PARTE DEMANDANTE / DETERMINACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES / INEXISTENCIA DEL HECHO IMPREVISIBLE / INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA

Problema jurídico 1: *¿La variación de la cotización de la tasa representativa del mercado durante la ejecución del contrato objeto de la controversia, causó un desequilibrio económico, con afectación grave a la economía del negocio, ajena a la responsabilidad del demandante?*

Tesis 1: “[S]i bien una variación de la TRM tuvo injerencia en las negociaciones que realizó la demandante, no fue una circunstancia que hubiera afectado gravemente la economía del contrato en perjuicio del demandante, pues no causó que las obligaciones a su cargo salieran del alea normal del negocio, como tampoco se observa que se hubiese afectado la utilidad esperada al momento de la celebración del negocio, y mucho menos, que hubiese incurrido en pérdidas por esa circunstancia. Por lo tanto, en atención a que: la variación de la TRM fue previsible, la exposición del contrato a esta variable fue por culpa de la parte que la alega y, en todo caso, no se acreditó que tal variación hubiese generado una excesiva onerosidad en las prestaciones a cargo del demandante, no caben los reproches de la apelación y, en su lugar, se impone con razonado juicio confirmar la sentencia de primera instancia”.

CONTRATO ESTATAL / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ESTATAL / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / RIESGOS DEL CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ESTATAL / CONDICIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO ESTATAL / APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE DEL CONTRATO / HECHO SOBREVINIENTE / HECHO IMPREVISIBLE / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / AFECTACIÓN DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL

Problema jurídico 2: *¿En los contratos estatales debe mantenerse la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, por lo que, si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, deben adoptarse las medidas necesarias para su restablecimiento?*

Tesis 2: “De conformidad con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en los contratos estatales debe mantenerse la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, por lo que, si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, deben adoptarse las medidas necesarias para su restablecimiento. Como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, la equivalencia de las prestaciones pactadas puede verse afectada por factores externos a las partes, como ocurre con las aleas que se gobiernan por la teoría de la imprevisión, así como por causas atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su autoridad. Adicionalmente, el restablecimiento del equilibrio del contrato solo es procedente respecto de causas que no deriven de la conducta antijurídica del extremo contratante y en la medida que la afectación sea real, grave y significativa. Por tanto, el desequilibrio económico surge ante una modificación sustancial de la simetría prestacional originalmente pactada por razones ajenas a la conducta del contratista, en tanto tiene génesis en la existencia de circunstancias sobrevenidas, imprevisibles no imputables a las partes (teoría de la imprevisión), o se presenta como consecuencia del ejercicio legítimo de los actos de autoridad de la administración (hecho del príncipe), cuyo impacto es capaz de romper la medida de equivalencia recíproca en que se fundaron las mutuas prestaciones de los contratantes, es decir, la ecuación contractual acordada.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la equivalencia de las prestaciones pactadas y el restablecimiento del equilibrio del contrato, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2016, rad. 50907, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia de 16 de diciembre de 2020, rad. 47997, M.P. José Roberto Sáchica Méndez; sentencia de 22 de octubre de 2021, rad. 55541, M.P. María Adriana Marín.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 17 de octubre de 2023, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 63001-23-33-000-2017-00359-01\(61441\).](#)

6. El departamento del Valle del Cauca, en forma concurrente con el contratista, como guardianes de la actividad peligrosa, deben responder por los perjuicios morales, materiales y daño a la salud, ocasionados en accidente de tránsito a ciclista que transitaba por la berma y fue embestido por detrás por vehículo del contratista.

Síntesis del caso: “El 9 de abril de 2003, [la víctima] fue embestido por detrás, por un vehículo de propiedad del departamento del Valle del Cauca que le dio alcance, cuando se movilizaba en su bicicleta sobre la berma, a la altura de “la variante La Unión”, en la vía que de este municipio conduce hacia Toro (Valle del Cauca). El accidente de tránsito produjo al señor [la víctima] “cojera”, “hemiplejia derecha ostensible” y deformidad física permanente. Los demandantes consideran que el departamento del Valle del Cauca es patrimonialmente responsable por las lesiones físicas que sufrió [la víctima], pues el vehículo que se las ocasionó “violó normas de tránsito” y era de propiedad de la entidad pública”.

ACCIDENTE DE TRÁNSITO / ACCIDENTE DE TRÁNSITO CON VEHÍCULO OFICIAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR LESIONES EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO CON VEHÍCULO OFICIAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO / LESIONES EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO / LESIONES FÍSICAS EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO / LESIONADO EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO / RESPONSABILIDAD EN EL ACCIDENTE DE TRÁNSITO / FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO / ACREDITACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / EXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / NORMAS DE TRÁNSITO / INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE TRÁNSITO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / DAÑO / DESCONOCIMIENTO DE LA NORMA / VEHÍCULO AUTOMOTOR / LESIONES FÍSICAS / SISTEMA DE SANA CRÍTICA / PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA / DECLARACIÓN JURAMENTADA / DEPARTAMENTO / DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA / RESPONSABILIDAD DEL DEPARTAMENTO / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / ENTIDAD PÚBLICA / ENTIDAD TERRITORIAL / TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR RIESGO EXCEPCIONAL / APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / PROCEDENCIA DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / CONFIGURACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA / RÉGIMEN OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE CARÁCTER OBJETIVO / PRODUCCIÓN DEL DAÑO / ACTIVIDAD PELIGROSA / RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD PELIGROSA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / DAÑO EN EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / FALTA DE PRUEBA / CAUSA EXTRAÑA

Problema jurídico 1: ¿Se configuró responsabilidad patrimonial a título de falla del servicio por parte del Departamento del Valle del Cauca, como consecuencia del accidente de tránsito que sufrió el demandante con vehículo oficial, en el cual, se causaron lesiones físicas al mismo?

Tesis 1: “[P]ara determinar si el daño fue ocasionado por una falla del servicio de la Administración, según lo alegado en la demanda, deberá establecerse a continuación si el accidente de tránsito se produjo por el

desconocimiento de una norma legal o reglamentaria del conductor del vehículo de propiedad estatal. (...) [E]n aplicación de las reglas de la sana crítica, se le dará credibilidad a la versión de los hechos esgrimida por el señor (...), pues su dicho se acompasa con la declaración jurada de (...), que es la única que se encuentra libre de sospecha y fue emitida por quien presencié directamente los hechos e indicó que el señor (...) salió de un callejón en su bicicleta y continuó su camino sobre la berma, en línea recta, cuando lo arrolló por detrás el vehículo de propiedad estatal. (...) Lo anterior pone de presente, entonces, que el 9 de abril de 2003 el vehículo de propiedad del departamento del Valle del Cauca arrolló por detrás una bicicleta que se movilizaba sobre la berma, lo que permite establecer que desatendió los artículos 60 y 73 de la Ley 769 de 2002, en tanto dejó de conducir por su respectivo carril, dentro de las líneas de demarcación y se adentró en un espacio donde tenía prohibido el tránsito y el adelantamiento, puesto que está prohibido adelantar a otros vehículos (...). Lo anterior se acompasa con el croquis del accidente allegado al proceso (...) pues la ubicación en la que quedaron los vehículos tras el accidente ocurrido el 9 de abril de 2003, permite evidenciar que el señor (...) transitaba por la berma y quedó ubicado al costado de la vía y en el que se puede determinar igualmente que el vehículo de propiedad del departamento del Valle del Cauca quedó localizado 0,30 mt afuera de la vía. Debe recordarse que la berma es la parte de la estructura de la vía, destinada al soporte lateral de la calzada para el tránsito de peatones, semovientes y ocasionalmente al estacionamiento de vehículos y tránsito de vehículos de emergencia, por lo que no es el lugar para conducir automotores ni mucho menos para realizar adelantamientos en la vía, situación que omitió el vehículo de propiedad estatal y que, sin lugar a dudas, fue la causa eficiente del daño. Además, es importante referir que si la parte delantera de un vehículo impacta la trasera de otro, en principio, lo que se deja en evidencia es que no se tiene el adecuado dominio del automotor y que quien impacta un rodante desde atrás es el responsable de la colisión. Así pues, de conformidad con lo expuesto, se evidencia que el departamento del Valle del Cauca incurrió en una falla del servicio por incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 60 y 73 del Código Nacional de Tránsito; y que ello fue la causa eficiente del daño, en tanto que las lesiones físicas sufridas por (...) acaecieron como consecuencia de una acción realizada por un vehículo de propiedad de la Administración, pues la víctima fue arrollada por alcance, desde atrás, cuando el automóvil de propiedad del departamento del Valle del Cauca se movilizaba por un espacio por el cual no podía transitar. Es decir, como es al departamento a quien le corresponde jurídicamente la guarda de la actividad peligrosa (...) y el conductor del vehículo estatal se siniestró cuando se encontraba transitando sobre la berma, por la cual no debía circular ni adelantar, el daño le resulta atribuible a título de falla del servicio. Y si bien La Previsora S.A. solicitó negar las pretensiones de la demanda, alegando que el daño se ocasionó porque (...) no portaba los elementos de protección y seguridad que requería, lo cierto es que tal situación no se acreditó dentro del proceso, por lo que no puede afirmarse a ciencia cierta que su conducta colaboró en la causación del daño o en la agravación del mismo. En todo caso, los elementos de protección y seguridad, tales como chaleco reflectivo y el casco, son elementos de seguridad pasiva para el conductor de cierta clase de vehículos como es una bicicleta, dirigidos principalmente a minimizar los daños físicos que pueda sufrir una persona en desarrollo la actividad que despliega, en este caso de conducción de una bicicleta, o que se dirige a lograr mayor visibilidad cuando las condiciones de luz lo exijan, pero difícilmente a su ausencia puede atribuirse la causación de un siniestro como el que atañe al proceso en ciernes, pues no se relaciona con la actividad de manejo en sí misma, sino que busca minimizar los riesgos propios de la actividad de conducción de algún tipo de rodante. Por demás, no sobra destacar, que, inclusive, así no se hubiese acreditado la falla del servicio por parte del conductor del vehículo de la Administración, el daño también sería atribuible a ésta en aplicación del régimen objetivo de responsabilidad de riesgo excepcional, pues la jurisprudencia de la Subsección ha indicado que cuando se trata de la producción de daños originados en el despliegue de actividades peligrosas, como lo es la conducción de automotores, quien debe responder por los perjuicios que se ocasionen por la concreción del riesgo creado es aquel a quien corresponde jurídicamente la guarda de la actividad, en este caso la entidad demandada, propietaria del vehículo (...) porque se presume que ella ostenta la guarda material del bien y emprende la actividad que de suyo implica riesgos y, por tanto, debe adoptar las medidas de precaución necesarias para ejercer el control que esa actividad demanda, lo que implica que su vehículo circule a una velocidad prudente, dentro de los límites legales, guarde la distancia debida con otros vehículos, circule por la propia vía dentro de los límites demarcados, entre otros. No obstante, como se expuso anteriormente, la presunción de ser guardián puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, el de comodato, etc., o que fue despojado sin culpa de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada, lo que no ocurrió en el presente caso, pues no existe medio de convicción alguno que permita dilucidar que la entidad accionada transfirió a un tercero la tenencia de su automotor o que fue despojado de él inculpablemente. Entonces, a los efectos del caso sujeto a estudio, como se probó que las lesiones físicas que sufrió (...) se produjeron porque el departamento del Valle del Cauca desplegó una actividad riesgosa, pues el automotor que ocasionó el accidente estaba adscrito a dicha entidad y este invadió la berma por la que circulaba el velocípedo, alcanzándolo desde atrás, que de haber guardado la distancia que las leyes de tránsito y la prudencia exigen y como quiera que estaba ejerciendo el control de la actividad y le correspondía hacerlo, también sería dable concluir que ésta entidad es quien debe responder jurídicamente por tener la guarda de la actividad que generó el riesgo y porque, además, en todo caso,

porque no se probó la ocurrencia de una causa extraña que eximiera de responsabilidad a la parte demandada, ni que el ciclista hubiera efectuado alguna maniobra riesgosa o errática o que intempestivamente hubiera ingresado al carril por el cual circulaba el vehículo que le dio alcance, de manera que pudiere concluirse que su propia actuación contribuyó de alguna forma a la causación del accidente en que se vio envuelto y que pudiera llegar a determinar la existencia de una concausa que disminuyera el quantum indemnizatorio o que liberara de toda responsabilidad a la demandante por el hecho de un agente suyo. En vista de lo expuesto, se evidencia, entonces, que el departamento del Valle del Cauca es patrimonialmente responsable por los perjuicios ocasionados a (...), pues el 9 de abril de 2003 un vehículo de su propiedad lo arrolló por detrás y, por lo tanto, deberá indemnizar los perjuicios que con su conducta negligente causó.”

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, sentencia del 20 de septiembre de 2021, exp. 43409, M.P. Nicolás Yepes Corrales; sentencia del 18 de octubre de 2018, exp. 45661, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 15473, M.P. Alier Eduardo Hernández; sentencia del 4 de diciembre de 2007, exp. 16827, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 2019, exp. 46858, M.P. María Adriana Marín.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA / PROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO / PROPIETARIO DEL BIEN / POSEEDOR / TENEDOR / ACTIVIDAD PELIGROSA / GUARDIÁN DEL BIEN / RESPONSABILIDAD DEL GUARDIÁN DEL BIEN / ACCIDENTE DE TRÁNSITO / ACCIDENTE DE TRÁNSITO CON VEHÍCULO OFICIAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR LESIONES EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO / DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA / VEHÍCULO AUTOMOTOR / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / NEGOCIO JURÍDICO / HECHO GENERADOR DEL DAÑO / SUBORDINACIÓN / RELACIÓN LABORAL / REPARACIÓN DE PERJUICIOS / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA / CONDENA

Problema jurídico 2: *¿Procede el llamamiento en garantía respecto a la Cooperativa de Trabajo Asociado, por lo que, debe responder de forma solidaria al pago de la condena que se imponga por las lesiones causadas con el vehículo de propiedad de la cooperativa que tenía un contrato de prestación de servicios?*

Tesis 2: “Del llamamiento en garantía a La Cooperativa (...). [L]a Jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la calidad de guardián pueden ostentarla en forma concurrente, aquellas personas que tengan la calidad de propietario, poseedor o tenedor del bien utilizado en la actividad peligrosa, por lo cual puede existir una guarda compartida. En ese orden de ideas, en el proceso se demostró que para la fecha del accidente y desde el 28 de febrero de 2003, entre la Cooperativa de Trabajo Asociado (...) y el departamento del Valle del Cauca, dueño del pluricitado vehículo (...), existía un contrato de prestación de servicios, cuyo objeto era que el segundo se obligaba a “prestar los servicios de cuatro (4) motoristas del despacho del Gobernador, (20) motoristas del despacho, doce (12) motoristas de pool, para las diferentes dependencias de la Administración Departamental”, y ésta a su vez se comprometía a pagar un precio por dicho servicio (...). Por ello, en virtud de dicho contrato, a (...) le asistía la obligación de dirección y control efectivo de la actividad peligrosa de conducción del vehículo (...). Además, por ser quien desarrollaba dicha actividad y tenía la tenencia material del bien. Sin embargo, se observa que (...) no ejercía dicha actividad en forma autónoma e independiente, pues, por el contrario, existía un “contrato de trabajo asociado” entre éste y la Cooperativa de Trabajo Asociado (...). Por lo cual, la celebración y existencia de aquel negocio jurídico la convierte en vigilante de la actividad generadora del daño. Y si bien (...) estaba vinculado con la Cooperativa de Trabajo Asociado (...) mediante un “contrato de trabajo asociado”, lo cierto es que la responsabilidad extracontractual que incumbe a dicha Cooperativa por el hecho ocasionado por la persona que está bajo su cuidado o dependencia, no se deriva únicamente de una relación estrictamente laboral. Por el contrario, ésta se desprende de la relación de dependencia con el causante del daño, que surge a partir de una situación de autoridad o de subordinación adecuada, lo cual se configuró en el presente caso. (...) En conclusión, como el vínculo que tenía el departamento del Valle del Cauca con (...) causante del accidente, emerge del “contrato de trabajo asociado” suscrito entre el propietario del vehículo con el que se ocasionó el accidente y la Cooperativa de Trabajo Asociado (...), cabe afirmar que esa relación jurídica es suficiente para exigir con base en ella la reparación de los perjuicios que se derivan del hecho causante del daño. Por ello, el llamamiento en garantía tiene vocación de prosperar y, en tal virtud, la Cooperativa de Trabajo “Empresarios” será condenada de forma solidaria al pago de la condena que aquí se imponga.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, sentencia del 25 de julio de 2019, exp. 52602, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Así mismo, ver, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de marzo de 1996, exp. 463; providencia del 9 junio 1953, LXXV, 289 y providencia del 29 mayo 1959, XC, 600.

DAÑO A LA SALUD / RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA SALUD / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / TASACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / MONTO DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA / DEPARTAMENTO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / LESIONES FÍSICAS / LESIONES FÍSICAS EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO / ACCIDENTE DE TRÁNSITO / ACCIDENTE DE TRÁNSITO CON VEHÍCULO OFICIAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR LESIONES EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO / LESIONES EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO / VÍCTIMA DIRECTA / JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ / MEDIOS DE PRUEBA / DICTAMEN PERICIAL / VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / COMPLEMENTACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN / RECONOCIMIENTO DE DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN / ACREDITACIÓN DEL DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN / DEMENCIA

Problema jurídico 3: *¿Procede el reconocimiento de perjuicios por daño a la salud a favor de la víctima directa del daño, en cuanto, sufrió una afectación neuropsicológica con pérdida de capacidad laboral mayor al 50 por ciento, como consecuencia del accidente de tránsito con vehículo oficial?*

Tesis 3: “[S]e tiene que en la demanda se solicitó condenar al departamento del Valle del Cauca a pagar, por “daño a la vida de relación” hoy daño a la salud , 1000 SMLMV a (...) Sobre el daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, precisó que la indemnización por este concepto está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 SMLMV, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada (...). En el expediente obra como prueba para acreditar la causación de este perjuicio el documento suscrito el 21 de octubre de 2008, mediante el cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 50,20% de la víctima (...). Además, obra el dictamen pericial rendido el 13 de noviembre de 2008¹²⁵ por el psicólogo forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (...) cuyo objeto es realizar una evaluación psicológica (...). Sin embargo, en dicho dictamen el perito indicó que necesitaba exámenes adicionales para concluir el deterioro neuropsicológico de la víctima (...). A su turno, al complementar el aludido dictamen, el psicólogo forense (...) señaló que la víctima sufrió un deterioro cognitivo significativo, consecuencia de un proceso de demencia post trauma. (...) De conformidad con lo anterior, se advierte que el dictamen pericial permite acreditar que la víctima padeció una afectación neuropsicológica debido al trauma que sufrió en el accidente de tránsito que tuvo lugar el 9 de abril de 2003. En consecuencia, teniendo en cuenta que (...) presenta una pérdida de la capacidad laboral del 50,20%, de conformidad con el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, y que además sufre de una afectación neuropsicológica ocasionada por un proceso de demencia post trauma, la Sala le reconocerá por daño a la salud 100 SMLMV.”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el reconocimiento de perjuicios por daño a la salud, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, M.P. Enrique Gil Botero y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 11 de octubre de 2023; C.P. Nicolas Yepes Corrales, radicación: 76001-23-31-000-2004-01516-01\(47015\)](#)

SECCIÓN CUARTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se precisa que la marcación de combustibles líquidos no corresponde a una actividad de servicios gravada con el impuesto sobre las ventas y se explica el alcance, contenido y requisitos del certificado al proveedor, así como los efectos de su expedición extemporánea respecto de la exención del impuesto sobre las ventas prevista en los artículos 479 y 481 del Estatuto Tributario.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre las ventas del quinto bimestre del año gravable 2014, presentada por Ecopetrol, en el sentido de rechazar parte de los ingresos declarados por operaciones excluidas asociadas a la marcación de combustibles líquidos y por ventas a sociedades de comercialización internacional SCI. La Sala confirmó la sentencia apelada que anuló dichos actos y, como restablecimiento del derecho, declaró la firmeza de la citada declaración. Lo anterior, al considerar improcedente el rechazo de los ingresos excluidos por marcación de combustibles líquidos, por no corresponder a una actividad de servicios gravada con el impuesto sobre las ventas, máxime cuando el legislador tampoco incluyó dicho tributo entre los componentes de la estructura de precios de los combustibles. De otra parte, aceptó los ingresos exentos en cuantía de \$7.910.007.000, por ventas a sociedades de comercialización internacional, al encontrar que estaban debidamente soportados. Al respecto precisó que los certificados al proveedor son documentos de soporte de la declaración de exportación, cuando el exportador es una SCI, y que acorde con la reglamentación vigente la obligación de expedirlos se satisface en el momento en que el servicio informático de la DIAN reporta su emisión en debida forma, de modo que el hecho de que tales certificados se expidieran en el bimestre gravable posterior al fiscalizado no afectó el cumplimiento del presupuesto sustancial que originó la exención, en tanto las facturas, como documentos que fundamentan el negocio de venta de los bienes a exportar, y la entrega de estos, se surtieron en el bimestre fiscalizado, lo cual acredita lo requerido para la «efectiva exportación», sin perjuicio de que esta se materialice dentro de los seis meses siguientes a la emisión del certificado, de acuerdo con los artículos 1 y 40-5 [6] del Estatuto Aduanero.

MARCACIÓN DE COMBUSTIBLES / FINALIDAD DE LA MARCACIÓN DE COMBUSTIBLES / RESPONSABILIDAD Y COMPETENCIA DE ECOPETROL EN EL PROCEDIMIENTO DE MARCACIÓN DE COMBUSTIBLES / EXCLUSIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS SOBRE INGRESOS RECIBIDOS POR LA ACTIVIDAD DE MARCACIÓN DE COMBUSTIBLES

Problema jurídico 1: ¿La actividad de marcación de combustibles líquidos configura un servicio gravable para efectos de IVA?

Tesis 1: “El Decreto 1503 de 2002 definió la *Marcación del combustible* como un proceso por el cual se adiciona una sustancia química denominada «*marcador*» que, sin afectar sus propiedades físicas, químicas ni visuales, o sus especificaciones, permite garantizar su procedencia, previa constatación de su presencia y/o concentración a través de una sustancia o equipo detector, aplicable a la gasolina y al ACPM almacenados, manejados, transportados y distribuidos en el territorio nacional, antes de transferirse a los distribuidores mayoristas. Según las consideraciones expuestas en el mencionado Decreto 1503 de 2002, se trata de un método de autenticación que revela cualquier signo de dilución en el combustible y permite identificar la eventual distribución ilícita del mismo por prácticas de contrabando, hurto y mezclado o adulteración, generadoras de pérdidas fiscales, de seguridad y salubridad, así como de daños al sector productivo formal, requirentes de mecanismos del control suficientes para que las autoridades mineras gubernamentales puedan prevenir y controlar las situaciones que propician dichas prácticas ilegales. Y es que ante la naturaleza pública del transporte y distribución de petróleos y sus derivados, las medidas y controles sobre la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución, procesamiento, beneficio, comercialización y exportación de recursos naturales no renovables, se hacen apremiantes; y el debido acatamiento de las normas pertinentes a distribuidores mayoristas, minoristas y transportadores, y de las obligaciones de abastecimiento de combustibles líquidos derivados del petróleo y/o gaseosos mediante personas legalmente autorizadas para hacerlo y frente a productos de lícita procedencia, se torna

prioritario. El reglamento de marcación asignó a ECOPEPETROL la responsabilidad de fijar dicho procedimiento y el marcador utilizable en el país, seleccionando el más conveniente desde el punto de vista técnico, como también adoptando y manteniendo las precauciones y controles necesarios para garantizar su seguridad y exclusividad, sin perjuicio de variar las características de aquel, cuando lo estime necesario. Igualmente, se le responsabilizó de determinar los procedimientos de detección y de marcar la gasolina y el ACPM importados o producidos en Colombia, en los puntos de entrega física del producto del poliducto a las plantas de abastecimiento de los distribuidores mayoristas y, en los muelles y llenaderos de refinería, cuando se vende a distribuidores mayoristas, minoristas y grandes consumidores. Bajo esos cometidos, Ecopetrol implementó dos tecnologías de marcación que apoyan estrategias para el control de la comercialización de productos y manejo tarifario para el combustible nacional y de frontera, por designación directa del Ministerio de Minas y Energía, quien ejerce la regulación del proceso ante la cadena de distribución, a través de la Dirección de Hidrocarburos. De la misma forma, aprueba y supervisa los sistemas de inyección de marcadores en 41 plantas, como distribuidoras mayoristas transportadoras por ducto, refinadores locales y almacenadores en puertos, con varios pasos secuenciales (...) La anterior descripción constata la activa intervención de Ecopetrol en todo el procedimiento de marcación, con la disposición y desarrollo de la estructura y elementos usados en el mismo, el sistema, estrategia y tecnologías aplicables, y la definición de los marcadores y demás recursos requeridos para ejecutar el proceso; en razón a la competencia y las responsabilidades que le asigna la normativa reglamentaria sobre la materia, y de la autoridad con la que fue revestido para realizar la función ejecutiva de precaver y mantener los controles que dotan de seguridad y exclusividad a la marcación y su detección en la cadena de combustibles distribuidos. (...) Así pues, la demandante materializa un instrumento de política minero - energética que garantiza la licitud de los combustibles en su cadena de distribución y, con ello, protege el interés público en la legal comercialización de petróleo y sus derivados, así como en el transporte, procesamiento, exportación y demás procesos. Para cumplir las obligaciones referidas, el artículo 9 del Decreto 1503 de 2012 ordenó al Ministerio de Minas y Energía reconocer un componente dedicado a la marcación y detección de combustibles, dentro de su respectiva estructura de precios. En el contexto del artículo 1 del Decreto 1372 de 1992, se entiende que la marcación de combustibles por la que se percibieron los ingresos declarados como excluidos, corresponde a una actividad, labor o trabajo constitutiva de una «obligación de hacer», ajena a vínculos laborales y en la que predominan factores materiales e intelectuales de la persona jurídica a cuyo cargo se encuentra. Quien ejecuta dicha actividad no lo hace en calidad de deudor de una relación contractual entre partes con prestaciones recíprocas acordadas voluntariamente por aquellas, para su provecho conjunto, sino en cumplimiento del deber legal que le impone la normativa reglamentaria del procedimiento de marcación, el cual opera al margen de un consenso entre partes y en el marco de una función administrativa dirigida a alcanzar fines superiores para controlar, evitar y conjurar prácticas ilícitas sobre el combustible almacenado, manejado, transportado y distribuido en el territorio nacional, antes de transferirse a los distribuidores mayoristas. La fuente legal de la actividad de marcación restringe y se superpone al elemento prestacional identificado en la misma, ya que si bien el Decreto 1503 de 2002 autorizó la contratación con terceros de comprobada idoneidad técnica para ejecutarla, esa tercerización no opera en el marco de un servicio adquirido por ECOPEPETROL por sí [sic] y para sí, en razón de las actividades que le competen como sociedad comercial, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, participe en todos los eslabones de la cadena de hidrocarburos (*exploración, producción, transporte, refinación y comercialización*) y en la infraestructura lineal; sino en el ámbito del cometido legal específicamente impuesto por dicho decreto para autenticar la pureza del combustible distribuido, a través de un control de contenido dirigido a garantizar la licitud de su origen y la consiguiente idoneidad de sus propiedades, así como las condiciones de seguridad apremiantes en el comercio de recursos naturales no renovables, entre ellos, el petróleo. Es así, porque la descripción de la actividad de marcación, expuesta líneas atrás, pone de presente sobre ella un relevante interés público por el que deben precaver tanto las normas rectoras del abastecimiento de combustibles líquidos derivados de los recursos naturales mencionados, como la dinámica de distribución mayorista y minorista en procura de la efectividad y eficiencia de la política minero energética estatal en términos de transparencia y calidad, con directos beneficios sobre el consumidor final. De allí que, por expresa prescripción normativa, en los casos en que lo exige la adecuada realización del procedimiento de marcación, la contratación de la actividad de marcación no relega la responsabilidad de ECOPEPETROL en cuanto a las diferentes actuaciones de control sobre dicho procedimiento, su tercerización y el suministro de insumos que ello requiere (*arts. 8, 10, 11, 12 ib*), sin perjuicio de que parte del precio pagado por el consumidor final del combustible legal se destine a redimir los costos y tareas asociados a la actividad de marcar los combustibles por galón, en tanto el ordenamiento no la estableció con carácter gratuito. En este orden de ideas, la Sala estima que la «*marcación de combustibles líquidos*» de la cual se derivaron los ingresos declarados como excluidos, no corresponde a una actividad de servicios gravada con el impuesto sobre las ventas, máxime cuando el legislador tampoco incluyó dicho tributo entre los componentes de la estructura de precios de los combustibles. Conforme a lo explicado, se estima improcedente el rechazo de \$2.987.447.000 de los ingresos excluidos declarados, así como la determinación oficial de los mismos en \$2.678.592.326.000.”.

EXENCIÓN DEL IVA POR VENTAS A SOCIEDADES DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL / REQUISITOS DE LA EXENCIÓN DEL IVA POR VENTAS A SOCIEDADES DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL / OBJETO DE LAS SOCIEDADES DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL / CONTENIDO Y ALCANCE DEL CERTIFICADO AL PROVEEDOR / PRESUNCIÓN DE EXPORTACIÓN / TÉRMINO DE EXPEDICIÓN DEL CERTIFICADO AL PROVEEDOR / EFECTOS DE LA EXPEDICIÓN EXTEMPORÁNEA DEL CERTIFICADO AL PROVEEDOR

Problema jurídico 2: *¿El certificado al proveedor aportado para respaldar la exención de los ingresos derivados de ventas a sociedades de comercialización internacional es un documento suficiente para acceder a la misma?*

Tesis 2: “Al tenor del artículo 479 del ET, la venta en el país de bienes de exportación a sociedades de comercialización internacional está exenta de impuesto a las ventas, *«siempre que hayan de ser efectivamente exportados»*. Asimismo, el artículo 481 *ib. -modificado por la Ley 1607 de 2012-*, prevé que los bienes corporales muebles vendidos en el país a sociedades de comercialización internacional conservan la calidad de exentos en el impuesto sobre las ventas con derecho a devolución bimestral, *«siempre que hayan de ser efectivamente exportados»* directamente o, una vez transformados, así como los servicios intermedios de la producción prestados a tales sociedades *«cuando el bien final sea efectivamente exportado»*. Acorde con los elementos descritos, las normas citadas establecen una exención respecto de *«bienes de exportación»* vendidos en Colombia a sociedades de comercialización internacional, bajo la exigencia de ser *«efectivamente exportados»*, evento futuro e incierto que el legislador presenta como condición positiva a la que supedita el derecho al tratamiento preferencial desgravatorio, de modo que éste no puede aplicarse mientras dicha condición no se cumpla. Así pues, la *«efectiva exportación»* es un presupuesto jurídico sustancial de procedencia para la exención de impuesto sobre las ventas, que debe demostrarse junto con la venta en Colombia de bienes y la calidad de comprador en cabeza de las sociedades de comercialización internacional, personas jurídicas cuyo objeto social principal es la comercialización y venta de productos colombianos al exterior, adquiridos en el mercado interno o fabricados por productores socios de las mismas, que tengan inscripción vigente en el registro de comercializadoras internacional de la DIAN, y cuyas demás actividades deben relacionarse con la ejecución del objeto social principal y la sostenibilidad económica y financiera de la empresa. Para soportar sus operaciones de exportación, dichas sociedades deben expedir de manera consecutiva y en la oportunidad legal, un *«certificado al proveedor»* a través de los servicios informáticos electrónicos de la DIAN, en la forma, contenido y términos establecidos por esa entidad. Al tenor del artículo 1.º del Decreto 2685 de 1999, adicionado por el Decreto 380 de 2012, dichos certificados hacen constar que las SCI autorizadas reciben de sus proveedores productos colombianos, adquiridos a cualquier título en el mercado interno o fabricados por productores socios de las mismas, y se obligan a exportarlos en su mismo estado o una vez transformados, en los términos previstos en el numeral 6 del artículo 40-5 *ib*, es decir, dentro de los seis meses siguientes a la expedición del correspondiente certificado, y de conformidad con el literal b) del artículo 481 del ET, sin ser válidos para solicitar devolución del impuesto sobre las ventas. Concordantemente, el artículo 40-6 del Decreto 2685 de 1999 estableció la presunción legal de que *«el proveedor efectúa la exportación, desde el momento en que la Sociedad de Comercialización Internacional recibe las mercancías y expide el Certificado al Proveedor»*; y el artículo 3 de la Resolución 107 de 2013 dispuso que esa expedición debe darse cuando se recibe la mercancía y se expide por parte del proveedor la factura o documento equivalente en los términos establecidos en la normativa vigente, siempre que se cumplan ambas condiciones, independiente de cuál de las dos ocurra primero. La Sala ha reconocido en el certificado al proveedor expedido por la sociedad de comercialización internacional, un documento suficiente para demostrar la exención del impuesto sobre las ventas prevista en el literal b) del artículo 481 del ET, precisando, además, que daba cuenta de la venta y exportación de los productos colombianos, así como de la intervención de la SCI en la operación, sin perjuicio de que la DIAN pudiera ejercer su facultad fiscalizadora para verificar la realidad de la transacción, para controvertir la realidad del certificado al proveedor o de cualquier otro documento que el contribuyente aporte como prueba de la exención, independientemente de que sobre el mismo recaiga la presunción legal de exportación de las mercancías que, siendo una presunción de hecho, puede desvirtuarse. Es claro que la obligación de expedir de forma consecutiva y oportuna el certificado al proveedor fue exclusivamente atribuida a las SCI. Independientemente del tipo de infracción aduanera configurada por el incumplimiento de dicha obligación, la expedición extemporánea del certificado apareja una consecuencia fiscal colateral para el proveedor de los bienes vendidos a dichas sociedades y consiguiente titular de la exención prevista en los artículos 479 y 481 del ET, en cuanto afecta la demostración de los requisitos legales para acceder a la misma, pues la función jurídica del certificado es comprobatoria tanto de la recepción de productos colombianos por parte de las SCI, como del suministro de los mismos por los proveedores nacionales y de la obligación de exportarlos dentro de un plazo fijo. En el marco de la normativa referida, se entiende que esa expedición se realiza al momento en que la SIC recibe la mercancía y el proveedor emite la factura o documento equivalente, actos que por disposición de la reglamentación de la DIAN (*Resolución 107 de*

2013) han de concurrir, presumiéndose que el proveedor realiza la exportación en el momento en que se expide el certificado y se reciben las mercancías. Para verificar los aspectos descritos, se allegaron a la actuación los certificados al proveedor correspondientes a las ventas realizadas a las SIC, y las facturas soporte de dichas operaciones, encontrándose que, mientras la fecha de emisión de éstas corresponde al periodo gravable investigado (*septiembre y octubre de 2014*), la de los certificados datan del bimestre gravable siguiente a ese periodo (*noviembre del mismo año*) Entendiendo que los certificados al proveedor son documentos de soporte de la declaración de exportación, cuando el exportador es una SCI, y que acorde con la reglamentación vigente la obligación de expedirlos se satisface en el momento en que el servicio informático de la DIAN reporta su emisión en debida forma, a juicio de la Sala, el hecho de que tales certificados se expidieran en el bimestre gravable posterior al fiscalizado no afecta el cumplimiento del presupuesto sustancial que da origen a la exención, en tanto las facturas, como documentos que fundamentan el negocio de venta de los bienes a exportar, y la entrega de estos, se surtieron en el bimestre fiscalizado, lo cual acredita lo requerido para la «efectiva exportación», sin perjuicio de que esta se materialice dentro de los seis meses siguientes a la emisión del certificado, de acuerdo con los artículos 1 y 40-5 [6] del EA [1] -*aspecto no cuestionado*-. De acuerdo con lo anterior, la Sala acepta los ingresos exentos en cuantía de \$7.910.007.000, por ventas a sociedades de comercialización internacional.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de septiembre de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 25000-23-37-000-2019-00570-01 \(26973\).](#)

2. El concepto de crédito vinculado económicamente al país contenido en el Oficio DIAN 1397 del 29 de octubre de 2020 es ilegal.

Síntesis del caso: *La demandante preguntó a la DIAN el concepto de “crédito vinculado económicamente al país” en una situación en la que un deudor en el exterior le paga intereses a un acreedor en Colombia sin ninguna clase de vinculación y el efecto del crédito fiscal. Para responder tales interrogantes, la DIAN expidió el Oficio 1397 del 29 de octubre de 2020, en el que transcribió apartes de la sentencia del 11 de agosto de 2011 Exp. 17358 C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Se anuló el Oficio 1397 de 2020, por incurrir en falsa motivación al evidenciarse un error de derecho en su justificación, en cuanto se refirió a una sentencia que no desarrolló un caso que le diera respuesta a las preguntas formuladas por la actora. Lo anterior, dado que dicha sentencia no era compatible con la situación planteada en el oficio demandado, porque empleó normas de carácter cambiario en su análisis y realizó un estudio de una situación fáctica particular cuyo centro de discusión fue la necesidad de declarar los ingresos de intereses que tienen como fuente un crédito entre una matriz y una subsidiaria.*

FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA / ALCANCE Y EFECTOS DE LA SENTENCIA PROFERIDA EN PROCESOS DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONCEPTO DE CRÉDITO VINCULADO ECONÓMICAMENTE AL PAÍS / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR ERROR DE DERECHO - Ilegalidad del Oficio DIAN 1397 de 29 de octubre de 2020

Problema jurídico: *¿El Oficio 1397 de 29 de octubre de 2020 expedido por la DIAN, vulnera los artículos 24 y 265 del Estatuto Tributario y fue expedido con falsa motivación?*

Tesis: “[P]ara que se configure falsa motivación se requiere que en el acto demandado se pruebe un error de hecho o un error de derecho, con el fin de determinar su nulidad. En el presente caso, el acto demandado con el fin de dar respuesta a las preguntas que realizó la contribuyente transcribió apartes de la sentencia de esta Sala del 11 de agosto de 2011 Exp. 17358 C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. En dicha sentencia se realizó un análisis del numeral 4 del artículo 24 del Estatuto Tributario, con el fin de definir el concepto de “vinculación económica”. Los fallos judiciales se encuentran estructurados de una forma por medio de la cual sea fácil el entendimiento de la comunidad en general, como son los antecedentes, la parte motiva y la parte resolutive. Sin embargo, en los casos de nulidad y restablecimiento del derecho, como el de la sentencia enunciada, se realizan estudios de casos específicos que afectan a particulares. En la sentencia a la cual hace referencia el acto demandado, se analizó un caso en el que la actora no declaró en

el renglón de “*ingresos por rendimientos financieros*” los intereses que recibió por un préstamo que le hizo a su casa matriz, porque los consideró de fuente extranjera. La DIAN argumentaba que los intereses deben considerarse de fuente nacional principalmente por la Circular Externa 8 del Banco de la República, la cual establecía que la transferencia de divisas entre matriz y sucursal no se consideraban operaciones de endeudamiento externo. De lo anterior se advierte, que la sentencia analizó una situación fáctica específica diferente a la pregunta que realizó la contribuyente en el acto demandado, en el sentido, que estudió el crédito entre una casa matriz y una subordinada y se estudió el efecto cambiario de operaciones de endeudamiento externo. Sin embargo, la contribuyente preguntó el concepto “*crédito vinculado económicamente al país*” en una situación en la que un deudor en el exterior le paga intereses a un acreedor en Colombia sin ninguna clase de vinculación y el efecto del crédito fiscal. El fallo del 11 de agosto de 2011 explicó de forma más completa las razones de su decisión [Exp. 17358] (...) En consecuencia, la sentencia que referenció la DIAN con el fin de dar respuesta a la contribuyente en el acto demandado no responde la situación fáctica que propone la contribuyente de definir el concepto de crédito vinculado económicamente al país, porque analizó un problema jurídico distinto, el cual contenía el análisis de normas cambiarias y el centro de la discusión fue la necesidad de declarar los ingresos de intereses que tienen como fuente un crédito entre una matriz y una subsidiaria. Se advierte, que en la interpretación gramatical y finalista realizada en el fallo la Sala hizo referencia en su estudio a normas que únicamente regulan la relación entre matriz y sucursal, por lo que en su ejercicio de hermenéutica jurídica se limitó a dicha situación, en consecuencia, la definición no se ajusta a la situación fáctica propuesta por la contribuyente, como erradamente lo determina el acto demandado. En este orden de ideas, la sentencia enunciada previamente no era compatible con la situación planteada en el oficio demandado, porque empleó normas de carácter cambiario en su análisis y realizó un estudio de una situación fáctica particular. En consecuencia, el acto demandado fue expedido con falsa motivación al evidenciarse un error de derecho en su justificación, al hacer referencia a una sentencia que no desarrolló un caso que le diera respuesta a las preguntas realizadas por la demandante. De acuerdo con lo expuesto, se declarará la nulidad del acto demandado.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 9 de noviembre de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00050-00 \(25631\).](#)

3. La no sujeción al impuesto sobre la renta y complementarios prevista en el numeral 6 del artículo 23-1 del Estatuto Tributario solo se aplica a los fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros y al Fondo de Promoción Turística.

Síntesis del caso: *Se negó la nulidad de los Oficios 513 del 20 de abril y 2259 del 19 de diciembre, ambos de 2018 y en los que la DIAN determinó que los fondos parafiscales que no están previstos en el artículo 23-1 del Estatuto Tributario son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, salvo que, por norma especial y según su naturaleza jurídica, la ley les dé una calidad o connotación diferente. Para la Sala, los Oficios acusados no infringieron las normas en que han debido fundarse ni su expedición fue irregular, dado que la interpretación efectuada por la DIAN en tales Oficios es acertada en el sentido de limitar la no sujeción del inciso 6 del artículo 23-1 del Estatuto Tributario, vigente para el 2018, únicamente a los fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros del capítulo V de la Ley 101 de 1993 y al Fondo de Promoción Turística de que trata la Ley 300 de 1996. Así, la Sala estimó que la Administración no se alejó de la ley ni de los motivos de la misma, de modo que no es cierto que los citados Oficios produjeron una exclusión errónea de la no sujeción a los fondos parafiscales diferentes de los mencionados. Finalmente, la Sala explicó que tampoco procedía el cargo de falsa motivación, toda vez que la DIAN precisó en los oficios demandados el alcance del referido inciso 6 del artículo 23-1 ib., con sustento en las razones de derecho que permiten concluir a cuáles fondos se refiere esa norma. Ello, precisó la Sala, sin perjuicio de que otras disposiciones prevean tratamientos tributarios específicos para fondos parafiscales diferentes a los ya indicados.*

FONDOS PARAFISCALES NO SUJETOS AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS -Alcance interpretativo del numeral 6 del artículo 23-1 del Estatuto Tributario / USO ORTOGRÁFICO DE LA COMA / NO SUJECIÓN AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Y COMPLEMENTARIOS DE LOS FONDOS PARAFISCALES AGROPECUARIOS Y PESQUEROS Y DEL FONDO DE PROMOCIÓN TURÍSTICA - Ausencia de violación de los derechos a la igualdad, al debido proceso y de audiencia y contradicción y del principio de equidad tributaria / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL CARGO DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE HA DEBIDO FUNDARSE / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL CARGO DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR EXPEDICIÓN IRREGULAR / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL CARGO DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR FALSA MOTIVACIÓN / ALCANCE DE LOS CONCEPTOS DE LA DIAN / NO SUJECCIÓN AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS DE LOS FONDOS PARAFISCALES AGROPECUARIOS Y PESQUEROS Y DEL FONDO DE PROMOCIÓN TURÍSTICA – Legalidad de los Oficios DIAN 513 del 20 de abril y 2259 del 19 de diciembre, ambos de 2018

Problema jurídico: *¿La DIAN infringió las normas en que debía fundarse, incurrió en falsa motivación, expidió actos de forma irregular, y violó los principios de igualdad, equidad y el derecho al debido proceso, al proferir los Oficios 513 y 2259 del 20 de abril y 19 de diciembre del 2018?*

Tesis: “Para resolver el problema jurídico propuesto por las partes, se pone de presente que los actos demandados fueron expedidos en vigencia del artículo 118 de la ley 633 de 2000, que reformó el inciso 6 del artículo 23-1 del Estatuto Tributario, por lo que el análisis debe hacerse a la luz del texto contenido en dicha disposición, el cual establecía: *“Interprétase con autoridad que tampoco se consideran contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios los fondos parafiscales, agropecuarios y pesqueros, de que trata el capítulo V de la Ley 101 de 1993 y el Fondo de Promoción Turística de que trata la Ley 300 de 1996.”* De acuerdo con el anterior texto, si bien es cierto que después de *“fondos parafiscales”* hay una coma, no debe perderse de vista que ese signo ortográfico *“se emplea para delimitar, dentro del enunciado, determinados elementos, como componentes de una enumeración, incisos, vocativos o interjecciones (...)”* (subrayado propio). Es decir, si bien la coma puede usarse para enumerar (tesis del actor), también es cierto que se usa para delimitar incisos, que son parte de una oración y que se intercalan en ella con un sentido explicativo. Este uso de la coma permite entender que, cuando el artículo 118 de la Ley 633 de 2000, que reformó el inciso 6 del artículo 23-1 del Estatuto Tributario, señala expresamente *“de que trata el capítulo V de la Ley 101 de 1993”*, está explicando que los fondos parafiscales mencionados anteriormente y calificados como no contribuyentes, son los fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros, pues sólo a estos fondos se refieren las normas contenidas en el capítulo V de la Ley 101 de 1993. Así las cosas, a partir de una interpretación gramatical de la norma, es posible concluir que, bajo el inciso 6 del artículo 23-1 del Estatuto Tributario, vigente para la fecha de expedición de los Oficios demandados, sólo se consideraban no contribuyente del impuesto sobre la renta los fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros del capítulo V de la Ley 101 de 1993 y el Fondo de Promoción Turística de que trata la Ley 300 de 1996. De manera que, no coincide la Sala con la interpretación de la demandada, en el sentido de que es un error gramatical que *“agropecuarios y pesqueros”* quedara entre dos comas. Ahora bien, la Ley 633 de 2000, dio un alcance restringido a la no sujeción, en lugar de considerar que la misma cubre todos y cualesquiera fondos parafiscales, toda vez que se observa como antecedente del proyecto de ley presentado que *“uno de los propósitos centrales y fundamentales del Proyecto que se presenta ante el Congreso, es el de sanear el sistema tributario colombiano eliminando beneficios concedidos primordialmente en la última década y que tienen relación directa con el poco dinamismo que han reflejado los ingresos corrientes por concepto de impuestos nacionales; esto por cuanto no solo se deja de percibir el tributo cedido, sino que además estas normas son la causa de la erosión del sistema mismo, dado que mediante su manipulación se solaza un alto índice de evasión cuya complejidad de control es evidente.”* Súmese a lo anterior que, en el análisis que realiza la Corte Constitucional en sentencia C 345 de 2022, sobre el artículo 68 de la Ley 2010 de 2019 (que modificó el parágrafo 2º del artículo 23-1 del Estatuto Tributario), norma que elimina la coma que existía en el artículo 118 de la Ley 633 de 2000 después de las palabras fondos parafiscales y reproduce el resto de su contenido, esa corporación concuerda con el hecho de que la no sujeción establecida en el inciso del artículo 23-1 del Estatuto Tributario nunca ha estado prevista para todo tipo de fondos parafiscales. (...) Se observa entonces, que la interpretación de la DIAN realizada en los Oficios Nros. 0513 y 2259 del 20 de abril y 19 de diciembre de 2018 es acertada en el sentido de limitar la no sujeción del inciso 6 del artículo 23-1 del Estatuto Tributario, vigente para el 2018, únicamente a los fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros del capítulo V de la Ley 101 de 1993 y al Fondo de Promoción Turística de que trata la Ley 300 de 1996. En cuanto a la tesis del actor según la cual interpretar la norma de manera restrictiva infringe el derecho a la igualdad y el principio de equidad tributaria, la Sala trae a colación lo señalado en la misma sentencia C 345 de 2022 de la Corte Constitucional sobre estos aspectos, toda vez que la norma allí analizada reproduce el contenido (salvo por la coma) del inciso 6 del artículo 23-1 del Estatuto Tributario objeto de los oficios demandados. Allí se mencionó que: (...) *Al superar el juicio de igualdad, la Sala Plena constató que el Legislador estableció una distinción justificada entre sujetos pasivos del impuesto a la renta, acorde con los principios de igualdad y equidad tributaria. Por consiguiente, no estaba en la obligación de conceder este beneficio tributario a otros*

fondos parafiscales que no se encontraban en la misma situación fáctica y jurídica que los fondos agropecuarios, pesqueros y el Fontur. En particular, destacó que dichos fondos constituyen recursos públicos que se conforman con aportes provenientes de sectores especialmente protegidos, lo que justifica el tratamiento contenido en la disposición acusada. Tampoco se desconoció el principio de generalidad del tributo relacionado con la satisfacción del principio de igualdad en los beneficios tributarios". Tampoco se observa, como lo dijo el demandante, que los Oficios demandados basaron su análisis en la Ley 2010 de 2019, haciendo una supuesta aplicación retroactiva de la ley, pues en todo momento partieron del estudio del inciso 6 del artículo 23-1 del Estatuto Tributario vigente al momento de expedirlos, esto es de acuerdo con el texto indicado en el artículo 118 de la Ley 633 de 2000, que como ya se señaló permite concluir que no estaban sujetos al impuesto sobre la renta y complementarios sólo los fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros del capítulo V de la Ley 101 de 1993 y al Fondo de Promoción Turística de que trata la Ley 300 de 1996. Por lo expuesto es claro que no procede el cargo de nulidad correspondiente a que los Oficios acusados se expidieron infringiendo las normas en que han debido fundarse, y, por las mismas razones, no procede el cargo de nulidad por **expedición irregular**, pues la Administración no se alejó de la ley ni de los motivos de la misma. En ese sentido no es cierto, como lo afirma el demandante, que los pronunciamientos demandados produjeron una exclusión errónea de la no sujeción a los fondos parafiscales diferentes de los agropecuarios, pesqueros y Fondo de Promoción Turística. Ahora bien, en cuanto a que se violó el debido proceso, el derecho de audiencia y contradicción de los fondos parafiscales, considera la Sala que esta argumentación no está llamada a prosperar, no sólo porque la interpretación de la DIAN estuvo ajustada a derecho, sino porque, como lo señala la Administración, los actos administrativos demandados fueron expedidos en aplicación del artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, que consagró la competencia para absolver consultas de carácter general que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias nacionales, y en ese sentido los Oficios demandados no determinaban una situación de carácter particular que exigiera hacer parte del proceso a determinados actores. Debe recordarse además que, para la fecha de expedición de los Oficios se encontraba vigente el artículo 264 de la Ley 223 de 1995 que establecía que los conceptos proferidos por la DIAN sólo constituían interpretación oficial para los funcionarios de la entidad, es decir no eran obligatorios para los contribuyentes, con lo cual no es razonable, como lo menciona el actor, que se tuvieran que hacer parte a los posibles afectados con la posición jurídica expuesta en los Oficios, con el fin de garantizar el debido proceso y derecho de audiencia. Finalmente, por las razones ya expuestas tampoco procede el cargo por **falsa motivación**, toda vez que la DIAN precisó en los oficios demandados el alcance del inciso 6 del artículo 23-1 del Estatuto vigente para el 2018 en el mismo sentido en que se hace en esta sentencia, mencionando las razones de derecho que permiten concluir a cuáles fondos se refiere esa norma. Esto en todo caso no debe olvidarse que, lo indicado en ese inciso se hace sin perjuicio de que otras normas prevean tratamientos tributarios específicos para fondos parafiscales diferentes a los ya mencionados. En consecuencia, se niegan las pretensiones de la demanda."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de septiembre de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-24-000-2022-00093-00 \(26491\).](#)

4. El control de legalidad del acto administrativo que niega el reconocimiento del silencio administrativo positivo en materia tributaria, implica la debida integración de la proposición jurídica de la demanda con los actos respecto de los cuales se invoca la ocurrencia de dicha figura jurídica, lo cual no es viable cuando frente a estos operó la caducidad del medio de control.

Síntesis del caso: *La DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2010 que presentó el actor, decisión que dicha entidad confirmó al resolver el recurso de reconsideración que aquel interpuso contra la liquidación oficial de revisión. La decisión del recurso se notificó por aviso, porque la notificación por correo enviada a la dirección registrada en el Rut del contribuyente fue devuelta en dos ocasiones, por las causales dirección incompleta» y «dirección errada». El actor solicitó a la DIAN que declarara el silencio administrativo positivo*

por la supuesta notificación indebida del acto decisorio del recurso, pero la entidad negó la petición. El contribuyente controvertió tanto la legalidad de los actos modificatorios de la citada declaración del impuesto sobre la renta, como también la del acto que negó la declaratoria del silencio administrativo positivo. El tribunal consideró que operó la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de la liquidación oficial de revisión y el acto que resolvió el recurso, aspecto que no fue controvertido por el actor, quien no recurrió la providencia, ni por la DIAN, quien se favoreció con la decisión oficiosa de la caducidad. La Sala concluyó que tras la declaración de caducidad de los actos de determinación del impuesto, subyace la firmeza y ejecutoria de tales actos, lo que impedía controlar la legalidad del acto que negó la declaratoria del silencio administrativo positivo. Ello, porque el análisis del silencio administrativo implica que la proposición jurídica de la demanda para el juicio de legalidad esté integrada tanto por el acto que niega el silencio administrativo positivo, como por los actos respecto de los cuales se invoca la ocurrencia de dicha figura jurídica, lo cual no era posible en el caso por haber operado sobre estos últimos la caducidad del medio de control.

CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DENEGATORIO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN MATERIA TRIBUTARIA – Integración de la proposición jurídica completa de la demanda / PROPOSICIÓN JURÍDICA COMPLETA DE LA DEMANDA / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO RESPECTO DE LOS ACTOS DE DETERMINACIÓN DEL TRIBUTO / FIRMEZA DE LOS ACTOS DE DETERMINACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA – Efectos jurídicos / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / OBLIGATORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN FIRME / EXCEPCIÓN DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR FALTA DE INTEGRACIÓN DE LA PROPOSICIÓN JURÍDICA COMPLETA

Problemas jurídicos: *¿La Resolución 17201201400002, del 25 de agosto de 2014, fue notificada dentro del año siguiente a la debida interposición del recurso de reconsideración, y de no ser así, deberá determinarse, sí se configuró el silencio administrativo positivo como lo reconoció el a quo, sustentado en que la causal de devolución del correo de citación para la notificación personal fue inválida e igualmente, lo fue la notificación supletiva del edicto fijado un día antes de finalizar los diez días para que comparecería el contribuyente a la notificación personal (artículo 565 del ET)?*

Tesis: “En lo que corresponde al primer problema jurídico, se advierte que, el demandante controvertió tanto la legalidad de los actos de determinación que modificaron su denuncia del impuesto sobre la renta del período 2010, como también la del acto que le negó la declaratoria del silencio administrativo positivo. El tribunal determinó que había operado la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de la liquidación oficial de revisión y la resolución que resolvía el recurso, habida cuenta de que este último acto fue notificado al demandante el día 13 de abril de 2015 con la entrega de la copia de tal acto al apoderado del demandante, de modo que la demanda radicada el 05 de septiembre de 2017 se hizo por fuera de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto (artículo 164, ordinal 2.º, letra d) de la Ley 1437 de 2011), aspecto que no fue controvertido por la actora, quien no recurrió la providencia y, desde luego, tampoco fue impugnado por la demandada, parte que se ve favorecida con la decisión oficiosa de la caducidad. 2.1- El cuestionamiento que presenta la parte apelante en relación con la decisión del tribunal, se dirige contra el reconocimiento del silencio administrativo positivo, a cuyos efectos, aduce que la resolución que resolvió el recurso de reconsideración fue válidamente notificada, porque aunque no se llevó a cabo la notificación personal, se procedió a notificar por edicto, como lo establece el artículo 565 del Estatuto Tributario, y adicionalmente porque la notificación por edicto fue debidamente efectuada, en tanto el edicto se fijó a partir del 09 de septiembre de 2014, día siguiente al vencimiento de los diez días para concurrir a la notificación personal, pues el 26 de agosto de 2014, se había introducido al correo la citación. 2.2- Para la Sala, tras la declaración de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos de determinación del impuesto de renta 2010, subyace la firmeza y ejecutoria de tales actos, lo que impide a esta judicatura controlar la legalidad del acto que negó la declaratoria del silencio administrativo positivo, esto, pese a las alegaciones del demandante en torno a los vicios del procedimiento incurridos por la actora, para la notificación del acto que desató el recurso de reconsideración. Lo anterior por cuanto el análisis del silencio administrativo, implica que la proposición jurídica de la demanda para el juicio de legalidad, esté integrada tanto por el acto que niega el silencio administrativo positivo, como también por los actos respecto de los cuales se invoca la ocurrencia de dicha figura jurídica (sentencia del 16 de julio de 2020, exp. 23864, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto), lo cual no resulta posible en este caso por haber operado sobre estos últimos la caducidad. La existencia

y firmeza de tales actos no puede ser desconocida, vía reconocimiento de un silencio administrativo positivo, porque ello vulneraría las previsiones legales contenidas en la Ley 1437 de 2011 en relación con los actos administrativos, una de ellas la presunción de legalidad mientras no sean anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Art. 88 ibidem), y seguidamente, el carácter obligatorio de los actos en firme (Art. 91 ibidem). Por lo anterior, la Sala precisa reconducir oficiosamente, la decisión proferida en primera instancia, para declarar la improcedencia de controlar la legalidad del acto que negó el silencio administrativo positivo, en tanto, la ineptitud del juicio impide un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad, y ello significará revocar los ordinales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia, a través de los que se declaró la anulación del acto que negó el silencio administrativo positivo y su restablecimiento del derecho, para en su lugar declarar la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda frente a la pretensión de nulidad del acto que negó el silencio administrativo positivo por la falta de integración de la proposición jurídica”.

Salvamento de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

INDEBIDA NOTIFICACIÓN / ACTO ADMINISTRATIVO DECISORIO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN / DEVOLUCIÓN DE CORREO ENVIADO A DIRECCIÓN EN LA QUE SE HAN NOTIFICADO OTRAS ACTUACIONES / PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN DE ACTUACIONES CUANDO MEDIA DEVOLUCIÓN DE CORREO ENVIADO A DIRECCIÓN EN LA QUE SE HAN NOTIFICADO OTRAS ACTUACIONES / NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE DEL ACTO ADMINISTRATIVO DECISORIO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN / CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / INEXISTENCIA DE INEPTA DEMANDA

Tesis: “Con todo respeto por la decisión mayoritaria, salvo el voto en la sentencia del proceso en referencia, en tanto declaró la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda frente a la pretensión de nulidad del acto que negó el silencio administrativo positivo por la falta de integración de la proposición jurídica, al considerar que había operado la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de la liquidación oficial de revisión y la resolución que resolvía el recurso, habida cuenta de que este último acto fue notificado al demandante el día 13 de abril de 2015 con la entrega de la copia de tal acto al apoderado del demandante, de modo que la demanda radicada el 05 de septiembre de 2017 se hizo por fuera de los cuatro meses siguientes a la notificación del actos. Considero que en el presente caso hubo una indebida notificación de la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, toda vez que en situaciones donde es devuelto el correo dirigido a direcciones donde previamente han sido notificadas otras actuaciones, esta Sección se ha pronunciado en el sentido de advertir que, en tales casos, la administración debe verificar diligentemente la situación, en salvaguarda del derecho de defensa y no proceder a notificarse por edicto. En el presente caso la notificación solo se surtió por conducta concluyente el 13 de abril de 2015, fecha para la cual había operado el silencio administrativo positivo, comoquiera que el recurso de reconsideración había sido interpuesto el 11 de diciembre de 2013, de manera que el término para su decisión y notificación había vencido el 11 de diciembre de 2014”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de agosto de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 19001-23-33-000-2017-00407-01 \(26815\).](#)

5. La adecuación del trámite de la solicitud de devolución automática de saldos a favor al procedimiento ordinario de devolución requiere la expedición de un acto administrativo motivado que se notifique al solicitante en forma electrónica.

Síntesis del caso: *Se anuló la expresión «y sin que se requiera de acto administrativo que así lo indique» prevista en el párrafo segundo del artículo 1.6.1.29.3 del DUR, sustituido por el artículo 1° del Decreto 963 de 2020, por el cual se reglamenta el mecanismo de devolución automático de los saldos a favor originados en las autoliquidaciones del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre las ventas. Para adoptar dicha decisión la Sala reiteró la sentencia del 17 de febrero de*

2022 (Exp. 24878, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto), en la que se juzgó la legalidad de la misma expresión del artículo 1.6.1.29.3 del DUR, pero en la versión que, en su día, se adicionó por el artículo 1° del Decreto 1422 de 2019 (reglamentario del mecanismo de devolución «automático» inicialmente adoptado en la Ley 1943 de 2018), i.e. antes de que fuera sustituido por el artículo 1.° del Decreto 963 de 2020. Del análisis de la citada sentencia concluyó que el incumplimiento de requisitos para acceder al mecanismo de reintegro automático de saldos a favor que se originan en las mencionadas declaraciones y, por ende, su trámite en los plazos ordinarios, debe darse a conocer al interesado por acto administrativo motivado que se puede comunicar de manera electrónica, de acuerdo con el procedimiento reglado en el artículo 566-1 del Estatuto Tributario, en concordancia con el inciso primero del artículo 565 ibidem, para garantizar la celeridad de esa forma de devolución y, en el marco de los principios de eficacia, eficiencia y economía procesal, que rigen el ejercicio de la función administrativa.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / TRÁMITE ORDINARIO DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / COMPETENCIA PARA RESOLVER LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / PLAZO PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / TÉRMINO PARA EFECTUAR LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / CAUSALES DE RECHAZO E INADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / MECANISMO DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR GENERADOS EN LOS IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y SOBRE LAS VENTAS / REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR / TÉRMINO PARA LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE ACEPTA LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR / ADECUACIÓN DEL TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR AL TRÁMITE DE LA DEVOLUCIÓN ORDINARIA / PROCEDENCIA DE LA ADECUACIÓN DEL TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR AL TRÁMITE DE LA DEVOLUCIÓN ORDINARIA / EXPEDICIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO MOTIVADO PARA LA ADECUACIÓN DEL TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR AL TRÁMITE DE LA DEVOLUCIÓN ORDINARIA / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / APLICACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS / NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DISPONE LA ADECUACIÓN DEL TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR AL TRÁMITE DE LA DEVOLUCIÓN ORDINARIA / PRINCIPIOS DE EFICACIA, EFICIENCIA Y ECONOMÍA PROCESAL / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / SISTEMA DE GESTIÓN DE RIESGOS DE LA DIAN / FALTA DE EXPEDICIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO MOTIVADO PARA LA ADECUACIÓN AL TRÁMITE ORDINARIO DE DEVOLUCIÓN DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR – Ilegalidad. Violación del derecho al debido proceso

Problema jurídico: ¿La expresión «y sin que se requiera de acto administrativo que así lo indique» contenida en el artículo 1.6.1.29.3 del DUR, sustituido por el artículo 1° del Decreto 963 de 2020, transgrede las garantías constitucionales al debido proceso, a la defensa y a la contradicción al disponer que no se requiere de un acto administrativo que le indique al interesado que su solicitud de devolución incumple los requisitos para acceder al mecanismo de devolución «automático»?

Tesis: “La Sala advierte que ya se pronunció sobre el mismo debate jurídico en la sentencia del 17 de febrero de 2022 (exp. 24878, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto), oportunidad en la que se juzgó la legalidad de la misma expresión contenida en el artículo 1.6.1.29.3 del DUR, aquí demandada, pero en la versión que, en su día, se adicionó por el artículo 1.° del Decreto 1422 de 2019 (reglamentario del mecanismo de devolución «automático» inicialmente adoptado en la Ley 1943 de 2018), i.e. antes de que fuera sustituido por el artículo 1.° del Decreto 963 de 2020, que ocupa la atención de la Sala en este caso. Por ende, para decidir la Sala reiterará, en lo pertinente, el criterio desarrollado en ese precedente, debido a que el asunto guarda identidad jurídica con el *sub lite*. 2.2- El procedimiento para la devolución de saldos a favor está reglado en el título X del ET. Ordena el artículo 850 que el trámite de la devolución se inicie a petición de «los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias», dentro del término de dos años siguiente al vencimiento del plazo para declarar (artículo 854). La competencia para conocer de esas solicitudes se asigna por el artículo 853 al jefe de la unidad de devoluciones o de la unidad de recaudo encargada de dicha función, que deberá «proferir los actos para ordenar, rechazar o negar las devoluciones y las compensaciones de los saldos a favor de las declaraciones tributarias» y, a su vez, autorizar a los funcionarios para «estudiar, verificar las devoluciones y proyectar los fallos, y en general todas las actuaciones preparatorias y necesarias para proferir los actos». Sobre los

plazos para tramitar las devoluciones, el artículo 855 del ET establece que los saldos a favor originados en los impuestos sobre la renta y sobre las ventas, sean compensados o devueltos dentro de los 50 días siguientes a la fecha de la solicitud presentada oportunamente y en debida forma, salvo en el caso de los productores de los bienes exentos del artículo 477 *ibidem*, de los responsables de los bienes y servicios de los artículos 468-1 y 468-3 *ejusdem* y de los responsables del artículo 481 del mismo Estatuto, que ostenten la calidad de operador económico autorizado conforme al Decreto 3568 de 2011, para quienes ese término se reduce a 30 días. Asimismo, el plazo general para la devolución de saldos a favor puede reducirse a 20 días «cuando el contribuyente o responsable presente con la solicitud una garantía a favor de la Nación, otorgada por entidades bancarias o de compañías de seguros, por valor equivalente al monto objeto de devolución» (artículo 860 del ET). En cualquier caso, la solicitud de devolución puede ser rechazada o inadmitida, si concurre alguna de las causales señaladas en el artículo 857 *ibidem*. En este evento, se ordena a la Administración proferir el acto inadmisorio en un término máximo de 15 días o en el plazo para devolver cuando se trate de una petición de devolución con garantía (artículo 858 del ET).

2.3- Con la finalidad declarada de «agilizar la devolución a aquellas empresas con evaluación de confiabilidad», el artículo 98 de la Ley 1943 de 2018, replicado en el artículo 115 de la Ley 2010 de 2019, adoptó un «mecanismo de devolución automático». Al efecto, adicionó el parágrafo 5.º del artículo 855 del ET con la facultad dada a la autoridad tributaria para «devolver, de forma automática, los saldos a favor originados en el impuesto sobre la renta y sobre las ventas» a los contribuyentes y responsables: (i) que no representen un riesgo alto, de conformidad con el sistema de análisis de riesgo, y (ii) que más el 85% de sus costos, gastos o impuestos descontables provengan de proveedores que emitan facturas electrónicas, porcentaje que, con la entrada en vigor de la Ley 2155 de 2021, se incrementó al 100% de los impuestos descontables para los productores de bienes exentos del artículo 477 del ET, con derecho a devolución bimestral en los términos establecidos en el artículo 481 *ibidem*. De la reglamentación del mecanismo de devolución «automático» se ocupó inicialmente el Decreto 1422 de 2019, para lo cual adicionó el capítulo 29 al Título 1.º de la Parte 6.ª del Libro 1.º del DUR y, tras la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 1943 de 2018, se sustituyó mediante el Decreto 963 de 2020. Según el artículo 1.6.1.29.3, esa modalidad de trámite del procedimiento de devolución consiste en «el reconocimiento en forma ágil» de saldos a favor determinados en las declaraciones del impuesto sobre la renta y sobre las ventas a obligados tributarios que cumplan con los presupuestos establecidos en el parágrafo 5.º del artículo 855 del ET y acrediten el cumplimiento de los requisitos generales y especiales establecidos para la presentación de las solicitudes de devolución o compensación. Por consiguiente, el mecanismo automático no se regló como un procedimiento especial para el reintegro de saldos a favor, sino que se concreta en la obtención de la devolución o compensación del saldo a favor de una forma ágil. Al efecto, el artículo 1.6.1.29.3 establece que la autoridad tributaria debe proferir el respectivo acto administrativo que da derecho a la devolución o compensación, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la petición en debida forma. Pero si las solicitudes no cumplen los requisitos «serán resueltas dentro del término establecido en los artículos 855 y 860 del Estatuto Tributario según el caso, sin que sea aplicable el parágrafo 5.º del artículo 855 del Estatuto Tributario y sin que se requiera de acto administrativo que así lo indique». La falta de un acto administrativo que le indique al contribuyente o responsable que, por el incumplimiento de los requisitos la petición de reintegro se decidirá en los plazos ordinarios, es la que se acusa de infringir las garantías constitucionales al debido proceso, a la defensa y a la contradicción.

2.4- Sobre la materia, la Sala concluyó en la sentencia del 17 de febrero de 2022 (exp. 24878, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto), que aquí se reitera, que, como la decisión de inaplicar el mecanismo de devolución «automático» obedece al incumplimiento de los requerimientos establecidos en las disposiciones comentadas, sí que «es necesario que el solicitante conozca la verificación hecha por la Administración», al margen de la automatización del proceso de calificación de las solicitudes mediante herramientas tecnológicas. Esto porque, si bien no se adopta una decisión definitiva relacionada con el derecho a la devolución de los saldos a favor, «se trata de una medida que conlleva un rechazo implícito de la devolución automática y que, por tanto, menoscabaría el derecho a la misma», siendo pertinente que el interesado pueda persuadir a la autoridad tributaria de acceder a ella, demostrando que cumple los requisitos que se tuvieron como no cumplidos. Lo anterior supone que se profiera un acto administrativo con los motivos que conllevan la inaplicación de la medida de reintegro automático pues, de esa forma, se garantiza el principio de publicidad que rige las actuaciones administrativas, conforme al artículo 3.º del CPACA, así como el debido proceso y los derechos de defensa y de contradicción, garantías constitucionales que «deben mantenerse incólumes en los procedimientos administrativos tributarios frente a los actos que los estructuran, incluyendo las expresiones definitivas o de trámite que involucran». Con lo anterior, no se desconoce el principio de reserva que prevé el artículo 130 de la Ley 2010 de 2019 sobre «la información y procedimientos que administra el sistema de gestión de riesgos» de la DIAN, porque, si la calificación del riesgo del contribuyente o responsable se constituye en el motivo que sustenta la decisión de no acceder al reintegro «automático» de los saldos a favor, será suficiente con que así lo indique.

2.5- De conformidad con lo expuesto, la Sala concluye que el incumplimiento de requisitos para acceder al mecanismo de reintegro automático de saldos a favor que se originan en las declaraciones del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre las ventas y, por ende, su trámite en los plazos ordinarios, debe darse a conocer al interesado por acto administrativo motivado. En esta medida, para garantizar la celeridad de

esa forma de devolución y, en el marco de los principios de eficacia, eficiencia y economía procesal, que rigen el ejercicio de la función administrativa, esa comunicación podrá realizarse de manera electrónica, de acuerdo con el procedimiento reglado en el artículo 566-1 del ET, en concordancia con el inciso primero del artículo 565 *ibidem*. En consecuencia, es procedente anular la expresión «y sin que se requiera de acto administrativo que así lo indique» instituida en el párrafo segundo del artículo 1.6.1.29.3 del DUR, que fue sustituido por el artículo 1.º del Decreto 963 de 2020, conforme a lo expuesto en esta sentencia”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 9 de noviembre de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2022-00039-00 \(26662\).](#)

**SECCIÓN
QUINTA**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se negó la declaratoria de nulidad del acto de llamamiento de un senador de la República.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de llamamiento del señor Carlos Julio González Villa como senador de la República, para lo que resta del período constitucional 2022-2026, alegando que se configuró el fenómeno de la silla vacía dado que el acto de llamamiento fue expedido en contra de la prohibición expresa de reemplazar la curul, contenida en el artículo 134 Superior, debido a que el congresista que renunció fue vinculado formalmente a un proceso penal por la comisión de un delito. La Sala negó las pretensiones de la demanda, luego de concluir que no operó el fenómeno de la silla vacía puesto que la renuncia presentada por el congresista no tuvo lugar con ocasión de una vinculación anterior a un proceso penal.

NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL SENADOR / ACTO DE LLAMAMIENTO / SILLA VACÍA EN MATERIA ELECTORAL / VINCULACIÓN AL PROCESO PENAL / RENUNCIA DEL CONGRESISTA

Problema jurídico: Corresponde a la Sala determinar si el acto de llamamiento hecho al señor Carlos Julio González Villa como senador de la República, para lo que resta del período constitucional 2022-2026, que consta en el oficio de 6 de febrero de 2023, es nulo por contrariar lo normado en el artículo 134 de la Constitución Política.

Tesis: “[L]a Sala colige que, por más que se observó diligencia en las actuaciones realizadas por el instructor, la renuncia en efecto no escondió motivos falsos o apócrifos como lo relato el demandante. Opuestamente, al garantizar el legítimo derecho defensa, el juzgador de lo penal encontró con acierto materializar la indagatoria, respetando y resolviendo en término las solicitudes y demás recursos que el investigado presentó. De esa cadena de hechos probados y con base en las consideraciones expuestas (...), la Sala evidencia lo siguiente: (i) La «Silla Vacía» al ser una sanción exclusiva para las organizaciones políticas, no operó, teniendo en cuenta que la renuncia presentada por el corporado no se dio con ocasión de una vinculación anterior a proceso penal, por lo cual permitió el llamamiento a quien tiene derecho según la votación lograda en las urnas. (ii) Dentro de ese contexto, la Sala no encuentra que se hubiera vinculado jurídicamente al excongresista Char para el momento en que renunció al Congreso y con ello haya incurrido en las conductas proscritas por el artículo 134 constitucional, tampoco que por las mismas circunstancias se presente mérito para sancionar a la organización política «Cambio Radical» en los precisos términos de la anterior disposición que exige una circunstancia objetiva, clara y concreta que permitan edificar el reproche contra el proceder o la falta de diligencia de aquella respecto de los candidatos que avaló, ya sea una condena, una orden de captura y/o la vinculación formal del elegido. (iii) En esta oportunidad, y partiendo de las condiciones con las que se desarrolló la instrucción contra el exsenador Arturo Char Chaljub y entendiendo el carácter constitucional y convencional del derecho a elegir y ser elegido del llamado como de la organización política, la Sala no ve procedente limitar bajo la exclusiva interpretación que propone el accionante el artículo 134 superior. (iv). Esta es la hermenéutica que debe aplicarse a las disposiciones normativas y al caso concreto, a partir de los sistemas de interpretación, comoquiera que la exégesis del artículo 134 superior resulta necesario armonizarla con los fundamentos fácticos del caso en el que convergen la figura de la «Silla Vacía» y los postulados penales que ha zanjado la corporación que llevó la instrucción. (...). Al unísono con lo dicho y probado, debe recordarse que en un contexto regular u ordinario de llamamiento a ocupar curul dentro del corporativo nacional, la renuncia en razón de las conductas graves que consagra el dispositivo 134 constitucional conlleva consecuencias jurídicas para la organización que avaló al candidato para la elección directa, sin embargo, sobre la base del principio democrático que es de carácter universal y expansivo, y ante la hermenéutica que la Corte Suprema de Justicia ha aplicado a la expresión, «vinculación formal al proceso penal», la Sala puede resolver el caso bajo la interpretación que mejor se acopla a esta, cual es aquella que haga primar la realización de la participación y los votos obtenidos en la elección.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 12 de octubre de 2023; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2023-00017-00.](#)

Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araújo Oñate

ACLARACIÓN DE VOTO / SILLA VACÍA EN MATERIA ELECTORAL / REDACCIÓN DE NORMA SUPERIOR

Tesis: “Aunque [se comparte] la anterior decisión, toda vez que no se advierte la materialización de la infracción prevista en el artículo 134 constitucional, por el hecho de que el entonces senador Arturo Char Chaljub haya renunciado a la curul a la que fue llamado el demandado, antes que se le vinculara formalmente a un proceso penal por la presunta comisión de delitos contra los mecanismos de participación ciudadana, [se considera] necesario resaltar que tal conclusión obedece a los términos en los que se encuentra redactada la norma superior, que prevé una restricción para los partidos políticos cuando respaldan candidatos que posteriormente son elegidos en corporaciones públicas y se ven involucrados en las conductas delictivas enunciadas en ella. En efecto, [se destaca] que la referida disposición señala tres eventos en los que hay lugar a impedir que las colectividades políticas suplan las vacantes que ocuparon sus candidatos. Ellos son: cuando éstos fueron (I) condenados, (II) vinculados formalmente a un proceso penal en Colombia o (III) contra ellos se dictan órdenes de captura por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática y/o; de lesa humanidad. (...). [L]a referida prohibición, denominada comúnmente como la «silla vacía», constituye una sanción tanto para las agrupaciones políticas como para los elegidos, en la que se reprocha respecto de éstas que no hayan realizado un análisis y seguimiento riguroso de las calidades y antecedentes de sus candidatos y éstos resultan involucrados en conductas que afectan la legitimidad del certamen democrático, por lo que la misma norma estableció que la cuota de responsabilidad que deben asumir las colectividades, que se ve reflejada en la pérdida (temporal o definitiva) de la curul, en manera alguna se supera porque aquellos renunciaron al escaño «habiendo sido vinculados formalmente en Colombia» al respectivo proceso penal. Aunque el artículo 134 superior procuró evitar que la referida renuncia no impidiera la aplicación de la silla vacía, también lo es que por la forma en que fue redactada la norma en que se plantea, permite que los partidos y movimientos políticos se eximan de las responsabilidades que les asiste cuando, como ocurrió en el caso de autos, uno de sus miembros renuncia a la corporación de elección popular antes que se le vincule formalmente al proceso penal con una alta probabilidad de su pronto llamamiento a indagatoria, situación que desde la finalidad y los objetivos que persigue la citada sanción, no parece que se compadece de la finalidad de dicha institución, al menos por dos razones, a saber: La primera, que la renuncia a la curul por el candidato involucrado antes de la vinculación formal al proceso penal, no tiene la virtualidad de eximir al elegido y sujeto del proceso penal de la presunta comisión de los delitos de que trata el artículo 134 constitucional. (...). En segundo lugar, porque la renuncia del elegido, sujeto del proceso penal en los términos descritos, tampoco puede ser la causa, en la lógica de la institución de la silla vacía, para justificar que el partido en la circunstancia de la vinculación de una persona elegida con su aval pueda a través del llamado continuar con una silla en dichas circunstancias en la corporación; en especial, de los que avala como candidatos a cargos de elección popular. En ese orden de ideas, si una de las principales finalidades de la silla vacía es que las agrupaciones políticas asuman la cuota de responsabilidad cuando sus candidatos se ven involucrados en delitos, como los previstos en el artículo 134 superior, en [criterio de quien presenta la aclaración de voto] la renuncia de éstos antes de la vinculación formal al proceso penal, no debería eximir a las colectividades de la responsabilidad que les asiste; en especial, cuando con posterioridad se presentan decisiones judiciales que dan cuenta de una eventual comisión de los punibles previo al acaecimiento del debate electoral. Ello, por sí solo, amerita una reflexión en el Congreso de la República para mejorar la redacción de la norma, de tal manera, que la institución, en realidad y, en lo que hace a la institución que se analiza, cumpla la finalidad respectiva. Ahora bien, no [se desconoce] y por tal motivo [se apoyó] la ponencia, que en virtud de los principios de taxatividad e interpretación restrictiva que rigen en materia sancionatoria, debía ser decidido el caso de autos con apego estricto al tenor literal del artículo 134 de la Constitución Política, como en efecto se hizo. Sin embargo, actualmente solo impide que los partidos políticos dejen de asumir la responsabilidad que les asiste cuando sus candidatos renuncian a la curul antes de la vinculación formal.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 12 de octubre de 2023; A.V. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2023-00017-00.](#)

2. Se declaró la nulidad de la designación de la consejera de relaciones exteriores adscrita al Consulado General de Colombia en Londres, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad de la designación, en provisionalidad, de la señora Marisol Rojas Izquierdo en el cargo de consejera de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado*

General de Colombia en Londres, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, aduciendo que había funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular escalafonados en el cargo de consejeros e incluso en otros cargos que podían ocupar dicho empleo. La Sala revocó la decisión de primera instancia que había negado las pretensiones de la demanda, para en su lugar declarar la nulidad de la designación demandada, teniendo en cuenta que se acreditó que por lo menos había una persona de carrera disponible para la fecha en que se produjo el nombramiento cuestionado y que no fue tenida en cuenta previamente a la designación de la demandada en provisionalidad.

NULIDAD ELECTORAL / CONSEJERA DE RELACIONES EXTERIORES / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD EN LA CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A el 24 de julio de 2023. Para el efecto, se debe determinar si está demostrado o no que la señora Ángela María Estrada Jiménez, o cualquier otro servidor, se encontraba en disponibilidad en el Sistema de Carrera Administrativa y Consular el 14 de febrero de 2023 para ser designada consejera de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11 de la planta global de ese ministerio, adscrito al Consulado General de Colombia en Londres, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y, por tanto, si era inviable la designación en provisionalidad de la demandada en ese cargo.*

Tesis: “Del análisis de las pruebas obrantes en el expediente (...) se advierte que en [la] (...) certificación [expedida por el coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Carrera Diplomática y Administrativa] no se hace alusión alguna a las personas designadas en esa misma categoría, pero se observa que (...) la señora Ángela María Estrada Jiménez tomó posesión del cargo de consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11 de la planta global de ese ministerio el 5 de febrero de 2020, quien cumplía los requisitos para ser nombrada en el cargo que se discute. (...). Con posterioridad, la servidora en mención fue ascendida a la categoría de ministra consejera dentro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, mediante Resolución 2354 del 27 de marzo de 2023. (...). Sin embargo, (...) no se hizo alusión alguna a la fecha en que la señora Estrada Jiménez cumplió el tiempo de alternancia que era el que resultaba determinante, según la normativa que rige la materia y la postura pacífica de esta Sección para determinar si se encontraba o no en disponibilidad para ser nombrada en el cargo para el cual fue designada en provisionalidad la demandada. En ese orden de ideas, está demostrado que la señora Ángela María Estrada Jiménez, para la fecha de expedición del acto demandado, esto es, el 14 de febrero de 2023, se desempeñaba como consejera de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, cargo en el cual tomó posesión el 5 de febrero de 2020, y había cumplido el periodo de alternación el 5 de febrero de 2023, de conformidad con el (...) artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000. A partir de lo anterior, se deduce que para el 14 de febrero siguiente se encontraba en disponibilidad para ser nombrada en el cargo objeto de controversia. (...). [E]n lo que tiene que ver con el argumento de los apoderados de la [demandada] (...) como del Ministerio de Relaciones Exteriores, según el cual la señora Ángela María Estrada Jiménez no podría ser designada en el cargo en cuestión, por cuanto desde el 31 de enero de 2023 había solicitado su ascenso al cargo de ministra consejera, se advierte que dicha circunstancia no impedía su designación el 14 de febrero siguiente, toda vez que para ese momento todavía no había sido avalada su solicitud y su nombramiento en la posición ahora cuestionada no la obligaba a aceptarla ni a renunciar a sus pretensiones de ascenso. Simplemente, la expedición del acto se debía hacer en cumplimiento de las disposiciones legales que rigen la materia. Además, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 los funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular también pueden ser designados para ocupar cargos inferiores o superiores a través de la figura de la comisión para situaciones especiales, por lo que, se insiste, el hecho de que la señora Estrada Jiménez hubiera optado por un ascenso no impedía que fuera tenida en cuenta en la designación bajo estudio, sin que ello signifique una desmejora en su carrera. Finalmente, se resalta que aunque se acreditó que por lo menos había una persona de carrera disponible para la fecha en que se produjo el nombramiento cuestionado y que no fue tenida en cuenta previamente a la designación de la demandada en provisionalidad, situación que deviene irregular y que genera como consecuencia la nulidad del nombramiento, el proceso de nulidad electoral es un juicio objetivo de legalidad ajeno a cualquier pronunciamiento diferente a la conformidad o no del acto acusado con el ordenamiento jurídico, lo que implica que no le corresponde a la Sala analizar situaciones particulares y concretas del personal que se encuentra inscrito en el régimen de carrera diplomática y consular en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Conforme con lo expuesto, es claro que el Decreto 211 del 14 de febrero de 2023 mediante el cual se designó en provisionalidad a la señora Marisol Rojas Izquierdo en el cargo de consejera de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11 de la planta global de ese mismo ministerio adscrito al Consulado General de Colombia en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contraría los presupuestos del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 toda vez que,

para el momento de su expedición, por lo menos existía una persona perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular en disponibilidad para ser designada en ese cargo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 9 de noviembre de 2023; C.P. Omar Joaquín Barreto Suárez, radicación: 25000-23-41-000-2023-00444-01.](#)

3. Se confirmó la decisión que declaró la nulidad del acto de elección de la representante de los usuarios ante la Junta Directiva de la ESE Hospital Malvinas Héctor Orozco Orozco.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de la señora Dora Luz morales Ortiz, como representante de los usuarios en la junta directiva de la ESE Hospital Malvinas Héctor Orozco Orozco, alegando, entre otras cosas, que la demandada incumplió el requisito de haber utilizado los servicios de la E.S.E Hospital Malvinas Héctor Orozco Orozco dentro del último año. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que declaró la nulidad del acto de elección demandado, luego de concluir que, en efecto, se acreditó que la demandada incumplió el requisito mencionado objeto de reclamo.*

NULIDAD ELECTORAL / REPRESENTANTE DE LOS USUARIOS ANTES LA JUNTA DIRECTIVA DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO / REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN A CARGO PÚBLICO DE ELECCIÓN / UTILIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE LA ESE

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala, a partir de los fundamentos del recurso de apelación expuestos para controvertir el fallo del a quo, resolver si Dora Luz Ortiz Morales cumplió con el requisito de haber recibido atención en el hospital MHO0 en el año anterior a la fecha para presentarse como candidata para ser representante de los usuarios ante la junta directiva de la mencionada institución de salud.*

Tesis: “[L]a Sala comparte la conclusión del tribunal cuando afirmó que, según la convocatoria, las personas que querían postularse como candidatos (no para ser elegidos) para representar a los usuarios en la junta, debían acreditar el cumplimiento de los requisitos hasta las 4:00 pm del 18 de abril del 2022, fecha límite para cumplir con las exigencias de la convocatoria. Lo anterior va de la mano con la primera parte del artículo tercero, cuando habla de «requisitos para ser candidato». Así, el año al que se refiere la norma transcurrió desde el 18 de abril del 2021 al 18 de abril del 2022. En la misma resolución [Resolución 008 del 28 de marzo del 2022 expedida por la secretaria de salud de Florencia] se dispuso que el análisis del cumplimiento de los requisitos se llevaría a cabo el 18 de abril del 2022 desde las 4:00 hasta las 6:00 pm. En ese orden, en el expediente obra la historia clínica de la demandada en el hospital, que da cuenta que ella recibió atención el 18 de abril del 2022 a las 4:52 pm, información que coincide plenamente con la certificación expedida por el gerente del hospital, ahora demandante de este proceso. Se pone de presente que el municipio recurrente también alude a esa fecha y a esa hora para que la demandada pudiera cumplir con la exigencia para ser candidata. Bajo ese entendido, es evidente, tal como lo concluyó el tribunal, que, observados los tiempos fijados por la convocatoria, aflora sin ninguna duda que la demandada, para el momento de cierre de la inscripción, esto es, el 18 de abril de 2022 a las 04:00 pm, no acreditó los requisitos legales para presentarse a la convocatoria. Se pone de presente que la representante del municipio de Florencia alega que la [demandada] sí acreditó dicho requisito, pero se refiere a la atención recibida el 18 de abril del 2022 a las 4:52 pm mencionada, lo que, de conformidad con los plazos, fechas y tiempos de la convocatoria, permite concluir que el requisito de haber utilizado los servicios del hospital no se configuró en los tiempos de la convocatoria, y fue allegado de manera extemporánea al trámite de la elección. Ahora, aunque la representante del municipio de Florencia alega que el tribunal solo tuvo en cuenta la certificación dictada por el gerente del hospital (demandante), lo cierto es que esa información coincide con su reproche, en cuanto a que, según la hoja de vida de la demandada que obra en el plenario, la [demandada] recibió atención en el hospital el 18 de abril del 2022 a las 4:52 pm, momento para el cual ya se había vencido el plazo para acreditar los requisitos para ser candidata, aspecto este último (hora en la que finalizó el plazo para la inscripción de los candidatos) frente al cual el recurrente no propuso reparo alguno. Entonces, concluye la Sala que el incumplimiento del requisito mencionado se soporta no solo en la certificación del gerente del hospital, sino también en los anexos que reposan en la hoja de vida de la [demandada] aportados, al proceso de elección y que no fueron

desconocidos por la parte demandada en el proceso. Además, se recalca que la Secretaría de Salud municipal, al ser requerida por el tribunal para que informara el momento en el que la demandada presentó el documento para acreditar la exigencia, no ofreció información que refutara que la hora de atención en el hospital MHOO fue el 18 de abril del 2022 a las 4:52 pm. Bajo esa óptica, es evidente que la demandada incumplió el requisito mencionado, pues no existen otros medios de convicción que desvirtúen esa situación. (...). En ese orden, el fallo del a quo analizó el cumplimiento del requisito al que se ha hecho mención, lo que implica que atendió los argumentos presentados por el municipio. No sobra mencionar que en el auto del tribunal que fijó el litigio, hizo alusión a las excepciones de mérito propuestas por el municipio, que comprendían los argumentos de fondo que presentó en la contestación. Por tanto, la Sala no advierte que estos medios de defensa hayan sido desatendidos por el fallador de primer grado, y, por el contrario, se probó la ilegalidad de la elección. Finalmente, en cuanto a la omisión del tribunal de no haberse pronunciado sobre la causal de nulidad aplicable en este caso, de conformidad con el artículo 275 del CPACA, se debe poner de presente que el demandante, en el escrito inicial, encausó sus pretensiones en el numeral 5° de este artículo, que corresponde a «que se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos (...) o que se hallen incursas en causales de inhabilitación». En ese orden, fue bajo esa óptica que el municipio presentó su defensa, y alegó que la demandada sí acreditó las exigencias para ocupar el cargo, a lo cual, el tribunal fijó el litigio, para determinar si el acto debía ser declarado nulo por el presunto incumplimiento de la demandada de los requisitos para ocupar la posición de representante de los usuarios y, además, por estar presuntamente inhabilitada. Con base en esa precisión, el juzgador de primera instancia dictó la sentencia, en la que se analizaron esos temas. Esto permite concluir que el tribunal hizo un estudio de la causal de inhabilitación mencionada que fue propuesta en la demanda, de lo cual concluyó que como la demandada no acreditó las exigencias para ser candidata en la elección demandada, existía mérito para declarar la nulidad del acto acusado. Por tanto, tampoco se advierte ninguna irregularidad por este aspecto”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 9 de noviembre de 2023; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 18001-23-40-000-2022-00108-01.](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La Sala de Consulta y Servicio Civil señala qué funciones del presidente de la República se realizan en su calidad de jefe de Estado, de jefe de gobierno y como suprema autoridad administrativa.

Síntesis del caso: *El Gobierno nacional, por intermedio del Departamento Administrativo de la Función Pública, consulta a la Sala acerca del alcance del artículo 189 de la Constitución Política. En particular, frente al ejercicio de las funciones del presidente de la República como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa.*

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FUNCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FUNCIÓN DE JEFE DE GOBIERNO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / ACTOS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FIRMA DEL MINISTRO

Problema jurídico 1: *¿Qué actos del presidente de la República, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales como jefe de gobierno, pueden ser expedidos únicamente con su firma?*

Tesis: “Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución Política, los siguientes actos del presidente de la República, expedidos en su calidad de jefe de gobierno y en cumplimiento de las funciones otorgadas por el artículo 189 de la Constitución Política, requieren de la firma del respectivo ministro o director de departamento administrativo: i) Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República. (núm. 3). ii) Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado (núm. 4). iii) Sancionar las leyes (núm. 9). iv) Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento (núm. 10). v) Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes (núm. 11). vi) Presentar un informe al Congreso, al iniciarse cada legislatura, sobre los actos de la Administración, sobre la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social, y sobre los proyectos que el Gobierno se proponga adelantar durante la vigencia de la nueva legislatura (núm. 12). Ahora bien, en lo que respecta a la función de «instalar y clausurar las sesiones del Congreso en cada legislatura» (núm. 8), es importante señalar que, aunque esta corresponde a un acto que el presidente de la República ejecuta en su calidad de jefe de gobierno, no requiere de la concurrencia de los ministros o directores de los departamentos administrativos, en atención a lo consagrado en el artículo 139 de la Constitución Política”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre los conceptos de jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, ver: Corte Constitucional, sentencias C-496 de 1998, C-205 de 2005, C-069 de 2020.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la delegación de las funciones del presidente de la República, ver: Corte Constitucional, sentencias C-205 de 2005, C-851 de 2013 y C-069 de 2020.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la desconcentración de las funciones del presidente de la República, ver: Corte Constitucional, sentencia C-561 de 1999, C-205 de 2005 y C-069 de 2020.

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre el requisito de suscripción de los actos presidenciales por parte de los ministros y directores de departamentos administrativos, ver: Corte Constitucional, sentencias C-370 de 1996, C-174 de 2017; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 4 de julio de 2019, Rad. núm. 11001-03-25-000-2013-00369-00(0793-13).

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FUNCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FUNCIÓN DE JEFE DE ESTADO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / ACTOS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Problema jurídico 2: *¿Qué actos como jefe de Estado puede suscribir el presidente de la República directamente sin la concurrencia de los ministros de despacho o directores de departamento administrativo?*

Tesis: “[L]os siguientes actos del presidente de la República, al expedirse en su calidad de jefe de Estado, no necesitan de la firma del ministro o director del departamento administrativo: i) Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y

celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso (núm. 2). ii) Dirigir las operaciones de guerra cuando lo estime conveniente (núm. 5). iii) Proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso (núm. 6). iv) Permitir, en receso del Senado, previo dictamen del Consejo de Estado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República (núm. 7). Por su parte, aunque la declaratoria del estado de guerra con permiso del Senado (núm. 6) es una actuación que el presidente de la República ejerce como jefe de Estado, sí requiere de la firma de todos los ministros. Lo anterior, por expreso mandato del artículo 212 de la Constitución Política”.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FUNCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DEL PRESIDENTE LA REPÚBLICA / SUPREMA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / ACTOS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Problema jurídico 3: *¿Qué actuaciones del presidente de la República como suprema autoridad administrativa, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, puede firmar de manera directa sin la concurrencia de los ministros de despacho o directores de departamento administrativo?*

Tesis: “Tampoco necesitan de la firma del correspondiente ministro o director del departamento administrativo, las siguientes actuaciones del presidente de la República por tratarse de actos en los que actúa como suprema autoridad administrativa: i) Nombrar y separar libremente a los Ministros del Despacho y a los Directores de Departamentos Administrativos (núm. 1). ii) Nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley (núm. 13). iii) Crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales (núm. 14). iv) Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley (núm. 15). v) Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley (núm. 16). vi) Distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos (núm. 17). vii) Conceder permiso a los empleados públicos nacionales que lo soliciten, para aceptar, con carácter temporal, cargos o mercedes de gobiernos extranjeros (núm. 18). viii) Conferir grados a los miembros de la fuerza pública y someter para aprobación del Senado los que correspondan de acuerdo con el artículo 173 (núm. 19). ix) Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes (núm. 20). x) Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley (núm. 21). xi) Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos (núm. 22). xii) Celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley (núm. 23). xiii) Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles (núm. 24). xiv) Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley (núm. 25). xv) Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores (núm. 26). xvi) Conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley (núm. 27). xvii) Expedir cartas de naturalización, conforme a la ley (núm. 28)”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2501 del 18 de abril de 2023; C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2023-00073-00\(2501\). Levantamiento de reserva mediante auto del 17 de noviembre de 2023.](#)

2. Los gastos procesales y extraprocesales necesarios para cumplir las órdenes judiciales en los procesos de restitución de tierras deben ser asumidos por el Fondo

de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

Síntesis del caso: *El ministro de Justicia y del Derecho consulta a la Sala, a quién corresponde la obligación de asumir los gastos procesales y extraprocesales propios de los procesos de restitución de tierras regulados en la Ley 1448 de 2011.*

GASTOS DEL PROCESO / CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA / PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS / VÍCTIMA / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA / DEFENSORÍA PÚBLICA DE OFICIO / UNIDAD DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS / DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Problema jurídico 1: *¿Los usuarios del servicio del Sistema Nacional de Defensoría Pública son los que de manera directa deben asumir el pago de los gastos procesales y extraprocesales tales como expensas para notificaciones, edictos, publicaciones, vallas, gastos notariales y de registro, dentro de los procesos judiciales y posfallo de restitución de tierras?*

Tesis: “[U]n primer paso para alcanzar la restitución de tierras en favor de las víctimas es facilitarles el acceso al procedimiento establecido por la ley para el efecto (...). i) El Estado debe otorgar asistencia jurídica a las víctimas para lograr la reparación integral, y más concretamente el componente de restitución. ii) Dicha asistencia jurídica especial implica la garantía de acceso a la administración de justicia. iii) Las víctimas gozan del derecho a la tutela judicial efectiva que hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, por lo cual el Estado debe propender por el acceso en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales. iv) La defensa técnica oficiosa es uno de los instrumentos que tiene el Estado para hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia con miras a lograr que las víctimas sean restablecidas a la situación anterior a las violaciones de sus derechos. Y en ese contexto (...) mediante la Ley 1448 de 2011, el legislador creó una jurisdicción especial con el objetivo de lograr la restitución de los predios abandonados o despojados, en favor de las víctimas del conflicto armado. Conforme ello, (...) la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD), se crea «con el propósito de gestionar la restitución jurídica y material de las tierras, para alcanzar que las víctimas sean restablecidas a la situación anterior a las violaciones de sus derechos», lo que significa que el Estado es facilitador de las condiciones para que este grupo vulnerable disfrute del derecho a la restitución y para que éste se haga efectivo. En consideración a las posibilidades económicas de los titulares de la acción y de los intervinientes en los procesos de restitución de tierras, el Estado está en el deber de proveer los servicios de representación judicial procurando una defensa técnica especializada. La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD) y la Defensoría del Pueblo tienen a su cargo tal representación (...). (...) La representación judicial gratuita en el marco de la defensa técnica a cargo del Estado es uno de los instrumentos para hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia con miras a lograr que las víctimas sean restablecidas a la situación anterior a las violaciones de sus derechos. En virtud de lo anterior, las víctimas en tales procesos, que sean representadas judicialmente a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública, no tienen el deber de cubrir los gastos procesales, salvo cuando se acredite dolo, temeridad o mala fe de la parte vencida. Tampoco están llamados a asumir los gastos extraprocesales para el cumplimiento de las órdenes de los jueces y magistrados especializados en restitución de tierras, necesarios para la materialización y efectiva restitución, incluso proferidas en la denominada fase pos fallo. Los titulares o legitimados para ejercer la acción de restitución de tierras que sean representadas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD), tampoco están obligadas a pagar tales gastos, salvo la condena en costas, cuando se pruebe dolo, temeridad o mala fe de la parte vencida”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la naturaleza de la justicia transicional, ver: Corte Constitucional, sentencias C-052 de 2012 y C-579 de 2013

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el derecho a la reparación integral, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 11001-03-06-000-2014-00148-00(2220) del 19 de febrero de 2015 y Corte Constitucional, sentencia C-771 de 2011 y C-579 de 2013.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la naturaleza del procedimiento de restitución de tierras y sus etapas, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 11001-03-06-000-2014-00148-00(2220) del 19 de febrero de 2015 y Corte Constitucional, sentencias C-820 de 2012, C-099 de 2013, T-415 de 2013 y T-347 de 2014.

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre las medidas de reparación integral y al derecho a la defensa técnica como parte del derecho fundamental al debido proceso, ver: Corte Constitucional, sentencia C-166 de 2017, véanse también las

sentencias C-178, C-228, C-578, C-580, C-695 y C-916 de 2002; C-004 y C-228 de 2003; C-014 de 2004; C-928, C-979 y C-1154 de 2005; C-047, C-370, C-454, y C-575 de 2006; C-209 de 2007; C-1199 de 2008; C-715 de 2012, C-694 de 2015 y C-330 de 2016.

NOTA DE RELATORÍA 5: Sobre la naturaleza y objeto del amparo de pobreza, ver: Corte Constitucional, sentencia T-114 de 2007.

NOTA DE RELATORÍA 6: Sobre el concepto de gastos o costas procesales, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 9 de junio de 2011, radicación 68001-23-15-000-2003-00933-01(AP).

NOTA DE RELATORÍA 7: Sobre la obligación del Estado de disponer recursos para que las víctimas de los conflictos violentos puedan obtener una reparación integral de su situación individual, en el contexto de la justicia transicional, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 11001-03-06-000-2011-00087-00(2082) del 24 de abril de 2012.

GASTOS DEL PROCESO / AMPARO DE POBREZA / IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA / UNIDAD DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS

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: “En los procesos judiciales en los que exista amparo de pobreza no hay lugar a condena en costas. Los gastos procesales y extraprocesales necesarios para dar cumplimiento a las órdenes de los jueces en los procesos de restitución de tierras, requeridos para la materialización de la restitución, y exclusivamente orientados a restituir a las víctimas a la situación anterior a la vulneración de sus derechos deben ser asumidos por el Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, en razón a lo previsto en el artículo 111 de la Ley 1448 de 2011, que establece el objetivo de dicho Fondo, y a lo dispuesto en los artículos 3° y 4° de la Resolución 953 de 2012 a través de la cual, la UAEGRTD adoptó el Manual Técnico Operativo de dicho Fondo. Lo anterior, con independencia de la entidad que haya asumido la representación judicial. La aplicación de las disposiciones anteriores encuentra excepción en lo atinente a los impuestos territoriales y nacionales relacionados directamente con los predios restituidos, cuyo pago, en los términos del numeral 9° del artículo 105 de la Ley 1448 de 2011 y del artículo 71 de la Resolución 953 de 2012 se deben efectuar con los subsidios que para tal efecto cree la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD)”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2511 del 18 de octubre de 2023; C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00283-00\(2511\). Levantamiento de reserva mediante auto del 17 de noviembre de 2023.](#)

3. Ante la declaratoria de inexecutable del parágrafo del artículo 6° de la Ley 2197 de 2022, le corresponde al Ministerio de Justicia y del Derecho adelantar los procesos de cobro coactivo derivados de las penas de multa, impuestas por los jueces penales en sus sentencias condenatorias.

Síntesis del caso: *Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para asumir el procedimiento administrativo de cobro coactivo de multas penales.*

COBRO COACTIVO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE COBRO COACTIVO / SENTENCIA PENAL / SENTENCIA PENAL CONDENATORIA / MULTA COMO PENA PRINCIPAL / MULTA COMO PENA ACCESORIA / COMPETENCIA PARA EL COBRO COACTIVO / MINISTERIO DE JUSTICIA

Problema jurídico: *¿El Ministerio de Justicia y del Derecho es la autoridad competente para continuar el proceso de cobro coactivo derivado de una pena de multa, impuesta en una sentencia condenatoria proferida por un juez penal?*

Tesis: “i) Por regla general, la entidad a la cual se deben destinar los recursos derivados de obligaciones insolutas, exigibles «a su favor» (para el cumplimiento de sus funciones), está habilitada para adelantar un procedimiento de cobro coactivo; ii) no existe un vacío normativo en la legislación sobre el cobro coactivo de multas penales, y no resulta aplicable la figura jurídica de «reviviscencia»: después de que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-043 de 2023 declaró la inexecutable de las funciones que en ese sentido le correspondían a la ANDJE (párrafo del artículo 6º de la Ley 2197 de 2022), resultan aplicables las normas generales sobre el cobro coactivo que habilitan al Ministerio de Justicia y del Derecho para adelantar dicho procedimiento de cobro coactivo (artículos 2 y 5 de la Ley 1066 de 2006, y 98 a 100 de la Ley 1437 de 2011); iii) se mantiene vigente la disposición sobre la destinación de esos recursos a la prevención del delito y a asuntos carcelarios y de infraestructura, así como la obligación de consignación de esos recursos al Ministerio de Justicia y del Derecho (inciso primero del artículo 6º de la Ley 2197 de 2022): la Corte no se pronunció sobre esa disposición; y, finalmente, iv) actividades de cobro coactivo las puede realizar el Ministerio dentro de sus atribuciones competenciales y funcionales, entre estas, asegurar la buena gestión de los recursos destinados para el cumplimiento de sus obligaciones, en beneficio de la población carcelaria y del fin constitucional de evitar la propagación del delito; v) Lo anterior sin perjuicio, claro está de la alternativa consagrada en el artículo 98 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido de acudir a los jueces competentes para recaudar las «las obligaciones creadas en su favor». Finalmente, de cara a los artículos 243 de la Constitución Política y 45 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, debe mencionarse que, cuando la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado perdió competencia para continuar con el proceso, este se encontraba en la etapa preliminar, en el marco de la cual, había adelantado algunos trámites en procura de poder adelantar el cobro efectivo del título ejecutivo. Por consiguiente, la competencia reconocida al Ministerio de Justicia y del Derecho será para continuar esa actuación, pues la Agencia no podría continuar en ejercicio de una competencia que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia que produjo efectos a partir del día siguiente a la decisión”.

NOTA DE RELATORÍA 1: En la presente decisión, la Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un análisis sobre el marco normativo que ha regulado la competencia para adelantar el procedimiento administrativo de cobro coactivo. Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 2164 de 2014 y 2459 de 2021.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre los conflictos de competencia administrativa resueltos por la Sala de Consulta y Servicio Civil una vez presentado el cambio normativo dispuesto en el Decreto 272 de 2015 respecto de los procesos de cobro coactivo, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisiones del 3 de julio de 2018 (11001-03-06-000-2018-00049-00(C); 11001-03-06-000-2018-00108-00(C) y 11001-03-06-000-2018-00109-00(C), entre otras.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la inexecutable de la disposición del párrafo del artículo 6º de la Ley 2197 de 2022, ver: Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2023.

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre los efectos de los fallos de constitucionalidad, ver: Corte Constitucional, sentencias C-055 de 2022, C-355 de 2006, C-973 de 2004, T-832 de 2003, C-327 de 2003 y C-551 de 2003.

NOTA DE RELATORÍA 5: Sobre la reviviscencia de las normas, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2243 del 28 de enero de 2015 y Corte Constitucional, sentencia C-237 de 2022.

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 25 de octubre de 2023; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2023-00199-00\(C\).](#)

4. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que la Procuraduría General de la Nación es la autoridad competente para adelantar un proceso disciplinario

derivado de una conducta de acoso laboral, en la modalidad de acoso sexual en un contexto laboral, donde la víctima y el disciplinado son servidores públicos.

Síntesis del caso: *Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría Primera Distrital de Instrucción de Bogotá y la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para conocer de una queja disciplinaria interpuesta en contra de un servidor público de esta última entidad, por los presuntos actos de acoso sexual desplegados en contra de otra servidora pública.*

COMPETENCIA DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA / CONFLICTO DE COMPETENCIA EN MATERIA DISCIPLINARIA / ACOSO LABORAL / PROCESO DE ACOSO LABORAL / CLASES DE ACOSO LABORAL / ACOSO SEXUAL / ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO / SERVIDOR PÚBLICO / COMPETENCIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Problema jurídico: *¿La Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Primera Distrital de Instrucción de Bogotá, es la autoridad competente para conocer de una queja por acoso laboral en la modalidad de acoso sexual, en contra de un servidor público de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales por los presuntos actos de hostigamiento sexual en contra de otra servidora pública de dicha entidad?*

Tesis: “[E]l maltrato sexual en el contexto laboral es una especie del género maltrato laboral. No obstante, el acoso sexual sigue siendo una conducta independiente, objeto de investigación y sanción, incluso, por las autoridades penales. (...) La Corte Constitucional mediante sentencia T-400 de 2022, entre otras, consideró que la violencia contra la mujer, y específicamente el acoso sexual en el ámbito laboral, constituye una forma de violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para la Corte, es posible que una conducta de acoso sexual pueda ser investigada a la luz de procesos como el disciplinario, cuando este se da dentro de un contexto laboral (...). Conforme a lo considerado por la Corte en las anteriores decisiones, el hostigamiento o acoso sexual, cuando se presenta en un ámbito laboral, es una conducta que puede ser investigada en un proceso disciplinario con un enfoque de género. Por tanto, podría entenderse el acoso sexual como una especie, en este caso, del género acoso laboral. Por último, resulta oportuno mencionar que la Procuraduría General de la Nación en el documento Ruta de Atención Integral Para Víctimas de Acoso Sexual, considera que el acoso sexual en el ámbito laboral, es una forma de acoso laboral susceptible de ser investigado disciplinariamente, con fundamento en la ley 1010 de 2006 (...). (...) La Ley 1010 de 2006 consagra las medidas preventivas y correctivas que deben ser adoptadas por todos los empleadores, tanto del sector privado como del público, con el fin de prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. Las medidas preventivas se encuentran contempladas en el artículo 9º ibidem y las sanciones que pueden ser impuestas a quienes incurran en esta clase de conductas, ya sean empleadores, jefes, subalternos o compañeros de trabajo, se encuentran previstas en el artículo 10 de la misma ley. Las medidas preventivas y correctivas que consagra el artículo 9 de la citada ley son de carácter eminentemente administrativo y deben aplicarse por igual en el sector privado y en el público, tal como lo explicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-282 de 2007. Por su parte, las sanciones establecidas en el artículo 10 de la misma ley, así como la competencia y el procedimiento para su imposición, varían dependiendo de si la víctima y el acosador son particulares o servidores públicos. (...) [E]l único criterio diferenciador que establece el citado artículo para determinar la competencia de la autoridad que deba investigar los hechos presuntamente constitutivos de acoso laboral y aplicar las sanciones correspondientes, es el carácter de particular o de servidor público que tenga la víctima al momento de sufrir el acoso. Cuando la víctima es un particular, la autoridad competente es un juez laboral, quien debe aplicar el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 1010 y, en su defecto, lo dispuesto en el Código Procesal del Trabajo. Por el contrario, cuando la víctima es un servidor público, el competente es el Ministerio Público, es decir, la Procuraduría General de la Nación o las personerías municipales o distritales, según el caso. (...) En ese orden de ideas, si la conducta de acoso laboral no se logra superar dentro de la instancia administrativa inicial (preventiva y correctiva) y se hace necesario iniciar una actuación disciplinaria, la Sala considera que se debe establecer si la presunta víctima y sus presuntos acosadores son servidores públicos y si son funcionarios o empleados judiciales, para así determinar qué autoridad debe iniciar o conocer del proceso disciplinario por acoso laboral. (...) [C]uando el hostigamiento sexual se produce dentro del ámbito laboral, la conducta se constituye en acoso laboral. (...) Al revisar la calidad de la víctima y del presunto disciplinado, no cabe

duda que se trata de dos servidores públicos que pertenecen a la planta de personal de la ANLA. En ese sentido, conforme al artículo 12 de la Ley 1010 de 2006, la competencia para conocer de los procesos disciplinarios en el marco de una queja por acoso laboral (y sexual en un contexto laboral) es del Ministerio Público, es decir la Procuraduría General de la Nación, por conducto de la Procuraduría Primera Distrital de Instrucción de Bogotá, por tener, en este caso las dos partes, la calidad de servidores públicos”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la potestad disciplinaria del Estado, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 22 de febrero de 2023, radicación 11001-03-06-000-2022-00283-00; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 13 de diciembre de 2019, radicación núm. 11001-03-06-000-2021-00049-00(C); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Decisión del 23 de septiembre de 2015. Radicación núm. 11001-03-25-000-2010-00162-00; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2046 y Corte Constitucional, sentencia C-028 de 2006.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el acoso sexual en el ámbito laboral, ver: Corte Constitucional, sentencia T-400 de 2022, T-140 de 2021 y T-265 de 2016.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la regla de competencia de la Ley 1010 de 2006 en el marco de un proceso disciplinario por acoso laboral, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación núm. 11001-03-06-000-2022-00294-00. Decisión del 10 de mayo de 2023; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 9 de abril de 2015, radicado núm. 11001-03-06-000-2014-00252-00 y Corte Constitucional, sentencia C-282 de 2007.

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre el concepto de servidor público, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 4 de mayo de 2022, radicado núm. 11001-03-06-000-2022-00031-00.

NOTA DE RELATORÍA 5: Sobre los factores que determinan la competencia en el campo disciplinario, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 11001-03-06-000-2023-00197-00 del 5 de julio de 2023; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 14 de junio de 2022, radicación núm. 11001-03-06-000-2022-00022-00; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 9 de abril de 2015, radicado núm. 11001-03-06-000-2014-00252-00 y decisión de 27 de abril de 2023, expediente núm. 11001-03-06-000-2022-00272-00.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 20 de septiembre de 2023; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2022-00264-00\(C\).](#)

**SENTENCIAS DE
UNIFICACIÓN**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SECCIÓN SEGUNDA

1. Sección Segunda profirió Sentencia de Unificación fijando reglas jurisprudenciales sobre la causación, exigibilidad y prescripción de la sanción moratoria por pago tardío o no pago de cesantías definitivas.

Síntesis del caso: *La parte demandada interpuso recurso de apelación, en el que expresó que la demandante estuvo vinculada a la entidad en dos períodos que debían diferenciarse, el primero, mediante la contratación a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado, COTRASER y, el segundo, como prestadora de servicios directamente del SENA. Que la vinculación a través de cooperativa finalizó el 3 de julio de 2011; sin embargo, no elevó ninguna solicitud encaminada a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, dentro de los tres años siguientes a la finalización de la prestación, razón por la cual debe declararse la prescripción extintiva de esos derechos salariales, esto es, según dice: «de aquellos que pudieran emanar de esa primera etapa de contratación».*

CESANTÍAS / AHORRO DE CESANTÍAS / AUXILIO DE CESANTÍAS / AUXILIO DEFINITIVO DE CESANTÍAS / AUXILIO PARCIAL DE CESANTÍAS / TÉRMINO PARA EL PAGO DE LAS CESANTÍAS / SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS

Problema jurídico 1: *¿Hasta qué momento es exigible de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías?*

Tesis 1: «El legislador instituyó la sanción moratoria como una penalidad al empleador que incumple la obligación de liquidar y pagar en forma oportuna las cesantías a los empleados o trabajadores, siendo esta la sanción económica más severa de cuantas existen en el ordenamiento jurídico colombiano. La sanción moratoria se encuentra en íntima consonancia con el derecho de los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial y prestacional. Precisamente la necesidad de garantizar el derecho al pago oportuno de las prestaciones sociales de los servidores públicos propició en el ordenamiento jurídico colombiano la promulgación de la Ley 244 de 1995, dado que la protección del pago oportuno de las acreencias laborales no sólo se restringe al ámbito de la ejecución de la relación laboral, sino que también se extiende a los actos posteriores a su finalización, esto por cuanto una vez finalizada la relación laboral, se entiende que el individuo queda en una situación de vulnerabilidad, derivada de la carencia de recursos económicos para garantizar su subsistencia futura. [...] En el ordenamiento jurídico colombiano esta penalidad se encuentra establecida en el parágrafo de los artículos 2 y 5 de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, respectivamente, según los cuales corresponde al empleador reconocer y pagar con sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de la prestación. Frente al salario base para calcular el monto de la sanción por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías definitivas, esta Sección precisó en la sentencia de unificación CE-SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, que estará constituido por lo devengado por el empleado o trabajador a la fecha de finalización de la relación laboral, por ser ese el momento en el cual se hace exigible la prestación, como se señaló en la sentencia de unificación CE-SUJ2 004 de 2016. Es del caso destacar que sobre el particular no se ha evidenciado la existencia de contradicciones interpretativas por parte de los jueces y magistrados que componen los tres niveles de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. [...] la exigibilidad de la sanción moratoria se refiere a la capacidad o prerrogativa que tienen los empleados o trabajadores de reclamar la penalidad por incumplimiento por parte del empleador en el pago de las cesantías. En ese orden de ideas, el derecho a reclamar la penalidad aludida se hace exigible al día siguiente en el que vence el plazo del que dispone el empleador para sufragar las cesantías definitivas. A partir de ese momento, el trabajador puede reclamar el pago de la sanción moratoria correspondiente. En la sentencia de unificación CE-SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, este colectivo jurisdiccional se refirió a los distintos eventos en los que puede presentarse una variación del plazo para la exigibilidad de la sanción moratoria, por el pago tardío o no pago de las cesantías parciales y definitivas, estableciendo las siguientes reglas: i) En el evento

en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 [o 65] días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto [si la petición se presentó en vigencia del CPACA, y 5 días si la petición se presentó en vigencia del CCA]; y iii) 45 días para efectuar el pago. ii) El acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA. Una vez se verifica la notificación, se inicia el cómputo del término de ejecutoria. Si el acto no fue notificado, para determinar cuándo empieza a correr la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intente notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste el interesado. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para la sanción moratoria. iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto. Dicho lo anterior, es importante destacar que sobre la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío o no pago de las cesantías parciales o definitivas, no existe controversia al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y tampoco se considera necesario aclarar aspectos en torno a ello. Por lo tanto, deben observarse las reglas fijadas en la mencionada sentencia de unificación CE-SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018».

SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / CÓMPUTO DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS

Problema jurídico 2: *¿Desde cuándo se empieza a contabilizar la prescripción extintiva de la sanción moratoria por el pago tardío o no pago de las cesantías definitivas?*

Tesis 2: «[...] la sanción moratoria no se causa de manera indefinida y, por ello, el legislador en el párrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, dispuso que «En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas [...]». Esta norma se hizo extensiva en el párrafo del artículo 5.° de la Ley 1071 de 2006 para cesantías definitivas y parciales. [...] como la sanción moratoria se genera como consecuencia del incumplimiento del pago oportuno de las cesantías definitivas por parte del empleador y siendo el propósito de dicha penalidad sancionar el retraso injustificado en la cancelación de esta prestación laboral, la sanción se extingue automáticamente y de manera correlativa al momento en que se realiza el pago de las cesantías definitivas correspondientes. [...] si bien en las sentencias de unificación CE SUJ2 004 del 2016 y CE-SUJ-SII-022 del 6 de agosto de 2020, se concluyó que la sanción moratoria de que trata la Ley 50 de 1990, no es accesoria a la prestación social a pesar de que se origina en torno a ella, pues la causación de la penalidad es totalmente independiente de la de las cesantías, al punto de generarse por ministerio de la ley, en un momento único que no requiere ni siquiera de un acto de reconocimiento; lo cierto es que la sanción moratoria por pago tardío o no pago de las cesantías definitivas, prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, difiere de las particularidades de la penalidad contemplada en la aludida Ley 50 de 1990. [...] toda vez que la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, depende de la exigibilidad de las cesantías, de manera que es relevante que exista el reconocimiento oficioso de la prestación o que se reclame el pago de esta, ante el empleador, es decir, que no opera por ministerio de la ley, como ocurre con la sanción de que trata la Ley 50 de 1990 que dispone expresamente a partir de qué momento es exigible la sanción por pago tardío o no pago de las cesantías, esto es, desde el 15 de febrero del respectivo año. En ese orden de ideas, la causación de la sanción moratoria de que tratan las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, depende de que el derecho al auxilio de cesantía sea exigible, entendiéndose que este derecho pueda ser reclamado tanto en sede administrativa como judicial, toda vez que si el interesado pierde la oportunidad de reclamar el reconocimiento y pago de la prestación social por su inactividad, mal podría comprenderse que continúa abierta la posibilidad de conminar el pago de la sanción moratoria, puesto que esta penalidad nace a la vida jurídica con el único propósito de garantizar el pago oportuno de la prestación, de tal suerte que el trabajador pueda aliviar la contingencia de encontrarse cesante laboralmente. Por consiguiente, si el auxilio no se reclama en tiempo y expira la oportunidad de solicitarlo, también se pierde la posibilidad de reclamar el reconocimiento y pago de la sanción. De acuerdo con ello, en el evento en el que el empleador reconozca las cesantías definitivas después de extinguido el derecho, esa circunstancia no revive la oportunidad para reclamar la sanción moratoria. [...] el derecho a reclamar la sanción moratoria radica en que no haya fenecido la posibilidad de exigir la ejecución o la declaración del reconocimiento de esta penalidad, con lo cual se impone considerar que será un deber del beneficiario el actuar proactivamente para que esta penalidad no se pierda. [...] el interesado disipa la

posibilidad de obtener el reconocimiento y pago de la sanción cuando reclama ante la administración de forma extemporánea o acude tardíamente a la administración de justicia, escenario que acarrea la ocurrencia del fenómeno de la prescripción extintiva, tal como se expone a continuación. En suma, la sanción moratoria se extingue automáticamente con el pago de las cesantías definitivas; con la pérdida de exigibilidad de la prestación social y cuando el interesado reclama la penalidad después de estar afectada por prescripción. [...] la prescripción extintiva, que se analiza en este asunto, es un modo de extinguir derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular, dejando salvas las personas. suspensiones determinadas por la ley en favor de ciertas. Esta figura surge de la necesidad de establecer un límite temporal para el ejercicio de los derechos, con el fin de proporcionar un nivel mínimo de certeza y seguridad jurídica a las relaciones interpersonales y se relaciona con el deber que tiene cada persona de reclamar en tiempo sus derechos, bajo el riesgo de perder la oportunidad de ejercerlos. [...] la sanción moratoria por el pago tardío o no pago de las cesantías, que está sometida al fenómeno de prescripción trienal, pues por tratarse de una pena no puede considerarse como un derecho imprescriptible. [...] la sanción moratoria por pago tardío u omisión en la consignación de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990, está sujeta a prescripción y el término aplicable es el regulado en el artículo 151 del CPTSS [...] el criterio reinante en la jurisprudencia de la Sección Segunda es el de aplicar para efectos de la sanción moratoria, el término de prescripción extintiva de tres años consagrado en el artículo 151 del CPTSS. [...] en el presente caso se debe acoger la regla de interpretación según la cual el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por el incumplimiento en el pago de las cesantías definitivas prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, está supeditado a la observancia del término de prescripción consagrado en el mencionado artículo 151 del CPTSS. [...]

PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / RECLAMACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA / LÍMITES DE LA SANCIÓN MORATORIA / TÉRMINO DE LA SANCIÓN MORATORIA

Problema jurídico 3: *¿Una vez se ha hecho exigible la sanción moratoria y su reclamación se presenta después de haber transcurrido los tres años de la prescripción, dicho fenómeno extintivo afecta tan solo los valores causados y no reclamados hasta ese momento (prescripción parcial) o se extiende además a la totalidad de los que se reclamen con posterioridad a esa fecha (prescripción total)?*

Tesis 3: «[...] la contabilización del término trienal de la prescripción de la sanción moratoria inicia desde cuando esta se hace exigible, al vencer el plazo establecido en la ley para el pago de las cesantías definitivas. Si bien la sanción se causa y acumula diariamente, no puede ser considerada como una prestación periódica por tratarse de una penalidad indivisible de ejecución instantánea, por tanto, está sujeta a un plazo de prescripción establecido por la ley. En otras palabras, aunque la penalidad acrecienta con el tiempo, esta acumulación no la convierte en una obligación sin restricciones, ya que el término de prescripción define un límite claro hasta cuándo se puede reclamar. [...] la prescripción opera en aquellos casos en los cuales el reclamo de la penalidad se haya efectuado después de los tres años contados desde la exigibilidad de la sanción y el efecto extintivo se proyecta a todas las sumas causadas y no reclamadas oportunamente por la inacción del interesado (prescripción total), sin que resulte procedente reconocer la sanción moratoria de manera parcial o fraccionada tomando como fecha los tres años anteriores a la reclamación (prescripción parcial). En consecuencia, no resulta admisible que el interesado alegue a su favor su propia negligencia en la reclamación oportuna y pretenda que se extienda en el tiempo la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la penalidad, inobservando que la prescripción trienal de la sanción moratoria derivada del pago tardío o no pago de las cesantías definitivas, comienza a contabilizarse una vez la penalidad esté lista para ser reclamada, esto es, desde que aquella obligación se hace exigible».

PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Problema jurídico 4: *¿Cómo opera la interrupción de la prescripción de la sanción moratoria y cuáles son sus efectos?*

Tesis 4: «[...] ni la Ley 244 de 1995 ni la Ley 1071 de 2006 imponen al empleado expresamente la obligación de presentar una solicitud para obtener el reconocimiento y cancelación de la sanción moratoria por el pago tardío o el no pago de las cesantías definitivas. Sin embargo, resulta imprescindible que el interesado agote la reclamación administrativa ante su empleador de manera específica sobre la sanción, una vez este incurra en el pago extemporáneo o el no pago de la prestación social. [...] Esto se debe a que el medio de control de restablecimiento nulidad y del derecho exige la existencia de un pronunciamiento previo por parte de la administración, que resuelva de fondo sobre la solicitud de reconocimiento y pago de la

penalidad, pues no basta con que ella esté prevista en la ley, requiriéndose, por lo tanto, el agotamiento de ese procedimiento administrativo. Por consiguiente, para reclamar judicialmente el pago de la penalidad aludida, se requiere de la existencia de un acto expreso o presunto que decida sobre esa pretensión en particular, susceptible de control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En aquellos casos en los cuales el empleador ha emitido un acto expreso y el interesado pretenda cuestionarlo en sede judicial a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, aquel deberá acudir en el término de cuatro (4) meses contados a partir de su notificación, conforme con el artículo 164 del CPACA, so pena de verse afectado por el fenómeno de la caducidad de la acción, lo cual daría lugar al rechazo de la demanda, de acuerdo con el artículo 169 ejusdem. Cuando ha operado el fenómeno del silencio administrativo negativo, la demanda puede interponerse en cualquier tiempo, por mandato del numeral 1°, literal d) del artículo 164 del CPACA. No obstante, es fundamental recordar que la prescripción extintiva sigue siendo aplicable [...] Aunado a lo anterior, el segundo contenido del artículo 151 del CPTSS, señala que «El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.» Así entonces, la reclamación tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción, siempre que el interesado reclame ante la administración el reconocimiento y pago de la sanción moratoria dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, evento en el cual la prescripción se interrumpe, por una sola vez y por un lapso igual, en el cual, el beneficiario de la sanción deberá reclamarla judicialmente. La Sala estima necesario aclarar el alcance que tiene el aparte normativo que prevé la posibilidad de interrumpir la prescripción por un lapso igual, que no puede ser entendido como un término que habilita al beneficiario para presentar una nueva solicitud, sin que opere la prescripción».

PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN / REESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS DE LA ENTIDAD TERRITORIAL / ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS / EFECTOS DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS / SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Problema jurídico 5: ¿La negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración de pasivos en aplicación de la Ley 550 de 1999 suspende el término de la prescripción?

Tesis 5: «[...] La Organización Internacional del Trabajo - OIT- a través del Convenio C-173 de 1972, se refirió a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, en virtud de lo cual, en su artículo 5° señaló que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda. De igual manera el artículo 6° consagró que el privilegio deberá cubrir, al menos, los créditos laborales correspondientes a: "d) a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo. Posteriormente, la OIT a través de "La Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992" en su parte II, letra E, estableció que la protección conferida por un privilegio debería cubrir entre otros, las indemnizaciones por fin de servicios, las indemnizaciones por despido injustificado y otras sumas adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo. Adicionalmente dispuso que cuando, en virtud de la legislación nacional, se autorice la continuación de las actividades de una empresa que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, los créditos laborales correspondientes al trabajo efectuado a partir de la fecha en que se decidió esa continuación deberían quedar excluidos del procedimiento y saldarse a sus vencimientos respectivos con los fondos disponibles. En el ámbito nacional la Ley 550 de 1999 estableció algunos instrumentos de intervención del Estado, de conformidad con lo previsto por los artículos 334 y 335 de la Constitución Política [...] la sanción moratoria, dado que no remunera directamente la labor del trabajador, no corresponde a un derecho cierto e irrenunciable, sino que puede ser objeto de acuerdo entre las partes comoquiera que corresponde a una penalidad, que se impone al empleador moroso en el pago de las cesantías definitivas, y es susceptible de ser objeto de negociación en el marco de los citados acuerdos de reestructuración. [...] la norma en cita estableció en los artículos 13, 14 y 58 (numeral 13), una regla según la cual, durante la negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración, se suspende el término de prescripción y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial, y no habrá lugar a la iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad. para que opere la citada suspensión debe probarse que la entidad se encontraba en proceso de reestructuración de pasivos; que la acreencia del beneficiario fue incluida dentro de ese proceso y, finalmente, se deberá certificar cuándo se inició la etapa de negociación del acuerdo, en los términos del artículo 11 de la Ley 550 de 1999, así como el plazo de ejecución del acuerdo. De conformidad con los artículos 13, 14 y 58 numeral 13 de la Ley 550 de 1999, para que opere la cláusula de suspensión de la prescripción y de la caducidad allí establecida frente a los procesos judiciales de reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas, debe probarse que la entidad se encontraba en proceso de reestructuración de pasivos; que la acreencia del beneficiario fue incluida dentro

de ese trámite; y deberá certificarse cuándo se inició la etapa de negociación del Acuerdo, en los términos del artículo 11 de la Ley 550 de 1999, así como el plazo de ejecución del Acuerdo».

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico 6: *Considerando el auto de 7 de febrero de 2019, ¿cuáles fueron las reglas jurisprudenciales de unificación establecidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con la causación, exigibilidad y prescripción de la sanción moratoria por pago tardío o no pago de cesantías definitivas?*

Tesis 6: «[...] (i) El plazo trienal de la prescripción de la sanción moratoria por el incumplimiento en el pago de las cesantías definitivas, regulado por el artículo 151 del CPTSS, se inicia a contabilizar desde que la penalidad se hace exigible, esto es, al vencimiento del plazo legal para el pago de la prestación social. Si el reclamo de la sanción se presenta después de los tres años contados desde su exigibilidad, se configura la prescripción total. (ii) El término de la prescripción extintiva de la sanción moratoria derivada del pago tardío o no pago de las cesantías definitivas se interrumpe por una sola vez con la reclamación oportuna, y por un lapso igual de tres años, que no puede ser entendido como un término que habilita al beneficiario para presentar múltiples solicitudes, sin que opere la prescripción. (iii) Si la administración reconoce y/o paga las cesantías después de extinguido el derecho por prescripción, esa circunstancia no revive la oportunidad para reclamar la sanción moratoria. [...] Las reglas de unificación fijadas en esta sentencia son aplicables retrospectivamente a todos los asuntos que se encuentren en trámite en sede administrativa o judicial y no podrán ser aplicadas retroactivamente a aquellos casos cobijados por el fenómeno de la cosa juzgada».

SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / CÓMPUTO DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS

Problema jurídico 7: *¿Es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías definitivas, cuando la solicitud de la misma se realiza con posterioridad al término de tres años de haber surgido el derecho al auxilio de las cesantías definitivas?*

Tesis 7: «Una vez vence el plazo para pagar las cesantías sin que el empleador lo efectúe, incurre en mora, al tenor de los parágrafos de los artículos 2 de la Ley 244 de 1995 y 5 de la Ley 1071 de 2006. De manera que, como en el caso concreto la administración no pagó el auxilio de cesantías definitivas reconocido mediante Resolución 0987 del 22 de diciembre de 2003 dentro del plazo previsto en la ley, a partir del día siguiente al vencimiento del término, esto es, a partir del 14 de abril de 2004, se inició la causación de la sanción por la mora. [...] es imprescindible que el interesado reclame ante su empleador la sanción moratoria por el pago tardío o no pago de las cesantías definitivas dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad de la penalidad. Significa lo anterior que en este caso concreto la reclamación debió presentarse entre el 14 de abril de 2004 y el 14 de abril de 2007. [...] sólo hasta el 11 de mayo de 2012 el actor reclamó ante el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y la Contraloría Distrital de Barranquilla, el pago de las cesantías definitivas y la sanción moratoria consagrada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 (fls. 14- 15), petición que fue negada mediante acto administrativo ficto y a través del Oficio SG-012-001-0439-12 del 30 de mayo de 2012 (f. 16), respectivamente. [...] aunque la administración omitió pagar la prestación dentro del término indicado en la ley, en el asunto bajo revisión, el demandante no acudió oportunamente a reclamar la sanción moratoria, toda vez que se observa que reclamó el pago del auxilio de cesantías y la sanción moratoria, el 11 de mayo de 2012, es decir, después de 8 años desde su causación, cuando ya estaba afectada por el fenómeno de prescripción extintiva, sin que se hubiese interrumpido con la reclamación, ya que ésta se presentó de manera extemporánea, es decir, fuera del plazo de los 3 años previsto en el artículo 151 del CPT. [...] en el sub lite resulta aplicable la primera regla de unificación fijada en esta sentencia, por lo que se dispondrá que, comoquiera que el reclamo de la sanción moratoria se presentó después de los tres años contados desde su exigibilidad, aproximadamente cuando habían transcurrido más de 8 años, se configuró la prescripción total de la penalidad. [...] aunque a la fecha de la presentación de la reclamación en sede administrativa no se había acreditado el pago de las cesantías definitivas, ello no habilita al interesado a inobservar el termino prescriptivo previsto en el artículo 151 del CPTSS, que claramente dispone que dicho fenómeno se contabiliza desde que la obligación se hace exigible. [...] en cuanto al argumento de que el término de prescripción se suspendió durante la negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración de pasivos, se observa que el demandante desatendió la carga probatoria prevista en el artículo 167 del CGP, que le correspondía, es decir, no trajo al proceso los documentos con los cuales se pudiera establecer la existencia del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos del Distrito de Barranquilla, su duración y la

inclusión de su crédito dentro del inventario de pasivos, y tampoco solicitó la práctica de prueba alguna con tal objeto, por lo tanto, no demostró los supuestos normativos de la suspensión de la prescripción. [...] concluye la Sala que la sanción moratoria de las cesantías definitivas pretendida por el demandante se encuentra afectada por el fenómeno de prescripción extintiva. Bajo estas consideraciones se debe REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 21 de febrero de 2014, y en su lugar, declarar probada la excepción de prescripción extintiva, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación Jurisprudencial de dos \(2\) de noviembre de dos mil veintitrés \(2023\), radicación: 08001-23-33-000-2012-00200-02\(2459-2014\) SUJ-034-CE-S2-2023](#)

2. Sección Segunda profirió Sentencia de Unificación fijando regla jurisprudencial sobre la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de los Tribunales Administrativos.

Síntesis del caso: *El actor demandó a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, inaplicar por “inconstitucional” el artículo 1.º del Acuerdo PSAA 11-8346 del 29 de julio de 2011, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto asignó el “grado 23” al cargo de “abogado asesor” creado en cada despacho de los magistrados del Tribunal Administrativo del Atlántico; consecuencia de lo anterior, declarar la nulidad del Oficio DESAJBA017- 1931 del 28 de junio de 2017, proferido por el director seccional de Administración Judicial de Barranquilla, que le negó el reconocimiento y pago del salario establecido para el cargo de abogado asesor del Tribunal Administrativo del Atlántico, en los términos de los Decretos expedidos por el gobierno nacional.*

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / COMPETENCIA DE LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / CAMBIO DE DENOMINACIÓN DE CARGO PÚBLICO / RÉGIMEN SALARIAL DE LA RAMA JUDICIAL / COMPETENCIA PARA LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL SERVIDOR PÚBLICO / COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL / CONFIGURACIÓN DE LA NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA /

Problema jurídico 1: *¿El Consejo Superior de la Judicatura desbordó sus facultades legales, al fijarle el grado 23 al cargo de “abogado asesor” de Tribunal Administrativo y asignarle una remuneración salarial y prestacional diferente a la establecida por el Gobierno Nacional en el artículo 4.º numeral 2.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014 y demás decretos salariales proferidos por el Gobierno Nacional frente a la Rama Judicial?*

Tesis 1: «[...] la entidad demandada entró en claro desconocimiento de: (i) Las facultades dadas al presidente de la República en la Ley 4ª de 1992, al agregarle el aparte “grado 23” al cargo denominado “abogado asesor”, toda vez que su consecuencia directa e inmediata fue afectar negativamente la remuneración salarial y prestacional del demandante al ignorar las pautas dadas en los Decretos presidenciales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, que ya habían señalado cómo debían remunerarse los cargos de “abogado asesor”. (ii) El límite competencial del Consejo Superior de la Judicatura dado en el artículo 257 de la Ley 270 de 1996. (iii) Los derechos salariales y prestacionales del demandante, al desconocer el salario que le correspondía al tenor de los decretos anuales expedidos por el presidente de la República, el cual, como se vio en los acápite anteriores, constituye un elemento esencial del derecho al trabajo y a percibir. [...] la Corte Constitucional en sentencia SU-539 de 2012 se refirió al principio de interpretación conforme a la Constitución, según el cual, los jueces están llamados a interpretar la ley en atención a los valores, derechos y libertades definidas por el constituyente, a efectos de dar eficacia y sentido al artículo 4.º constitucional y sobre el particular, en la sentencia T-191 de 2009, explicó que “[...] el principio de interpretación conforme encuentra su fundamento en la supremacía y jerarquía normativa máxima de la Constitución Nacional, a partir de cuya premisa se deriva que toda interpretación jurídica debe arrojar un resultado que no solo no debe ser contrario, ni solamente permitido, sino más allá debe estar ajustado a la Constitución Nacional”. [...] no puede mantenerse la legalidad de los actos demandados aceptando la interpretación dada por el Consejo Superior de la Judicatura, según la cual, al agregar “grado 23” al cargo de “abogado asesor” creó una categoría especial de empleo no regulada

por el artículo 4.º de los decretos salariales anuales, con lo cual, debía remunerar ese empleo con la escala del artículo 6.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, y 194 de 2014. Ese razonamiento desconoció que el cargo ya se encontraba dentro del listado de los nominados en los Decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, lo que generó que la labor del accionante, fuese remunerada con un salario inferior al que realmente le corresponde, situación que desconoce los cánones constitucionales y legales que regulan las competencias otorgadas al presidente de la República para determinar el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, así como las mismas competencias del Consejo Superior de la Judicatura y, por ende, los derechos salariales y prestacionales del señor [demandante] [...] se concluye que si bien el Consejo Superior de la Judicatura cuenta con la facultad para crear cargos en la Rama Judicial en atención al artículo 257 de la Ley 270 de 1996, no obstante, no puede desconocer las facultades dadas al presidente de la República en la Ley 4ª de 1992 y con ello las pautas dadas en los Decretos presidenciales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, que ya habían señalado cómo debían remunerarse los cargos de “abogado asesor”. En este entendido, la remuneración de los cargos cuya denominación se encuentre expresamente establecida en los decretos anuales que fijan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, debe atender a las escalas salariales allí señaladas. Frente a los mismos es ilegal, tanto asignarles grados o códigos adicionales, como establecerles otro tipo de remuneración diferente, toda vez que ello va en contra del artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política que autorizó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, siempre y cuando se sujetara a los objetivos y criterios establecidos por el legislativo, que en este caso corresponde a la Ley 4 de 1992, a través de la cual se fijaron los criterios a los que debe ceñirse el Gobierno Nacional al determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, entre ellos, a los de la Rama Judicial. Por tanto, la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de Tribunales Administrativos, se encuentra dentro del listado de los cargos nominados en los Decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, por lo que su labor debe remunerarse de acuerdo con el artículo 4.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, sin que sea aceptable que el Consejo Superior de la Judicatura pueda variar la denominación contemplada en el artículo 3.º, numeral 2.º del Decreto 57 de 1993, lo cual resulta ilegal e inconstitucional, pues al agregar el “grado 23” al cargo denominado “abogado asesor”, afectó negativamente la remuneración salarial y prestacional del mismo. partir del escenario expuesto se extrae la regla de unificación consistente en: “El Consejo Superior de la Judicatura carece de competencia para asignarle a los cargos nominados, grados, códigos y remuneración diferente a lo regulado en el Decreto 57 de 1993 y demás decretos anuales expedidos por el Gobierno Nacional, mediante los cuales se determine el régimen salarial y prestacional de los empleados de la rama judicial. Esta potestad corresponde al presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992. En consecuencia, la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de los Tribunales Administrativos, es la fijada para el «abogado asesor» en los decretos anuales expedidos por el gobierno nacional sobre la materia».

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / CAMBIO DE DENOMINACIÓN DE CARGO PÚBLICO / FALTA DE COMPETENCIA / RÉGIMEN SALARIAL DE LA RAMA JUDICIAL / COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD / INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD / PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LOS DERECHOS LABORALES / IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS APORTES AL FONDO DE PENSIONES

Problema jurídico 2: *¿Al modificarse a través del Acuerdo PCSJA22-11968 de 2022 la denominación del cargo de “abogado asesor grado 23”, se afectó también la determinación del salario y prestaciones sociales que le correspondían frente al cargo de “abogado asesor” de Tribunal Administrativo?*

Tesis 2: «[...] el Consejo Superior de la Judicatura no podía abrogarse una competencia para establecer una remuneración al cargo de “abogado asesor” de Tribunal, que se encontraba dentro del listado de los cargos nominados en los decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, por lo que tampoco podía asignarle grados, códigos adicionales, o determinarle otro tipo de remuneración diferente. [...] los abogados asesores grado 23 de tribunal administrativo deben remunerarse con el salario del cargo de abogado asesor nominado en los términos de los decretos expedidos anualmente por el Ejecutivo. [...] Una de las consecuencias de la especial protección que el Estado debe brindar al trabajo, es la exigencia legal y judicial del respeto por la dignidad y la justicia en la relación laboral (C.P. art. 25); directamente ligada con lo anterior se encuentra la obligación de proporcionar una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo (C.P. art. 53), puesto que el salario es “la causa o el motivo, desde el punto de vista de quien se emplea, para establecer la vinculación laboral”. [...] En el sub lite, no se dan ninguna de las condiciones (...) que permitan concluir que existe un parámetro objetivo, discernible y razonable que justifique la medida adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura [...] quienes venían desempeñándose como abogados asesores grado 23 de

Tribunal Administrativo deben continuar siendo remunerados como abogado asesor nominado de Tribunal, al advertirse que siguen desempeñando las mismas funciones, se les exigen los mismos requisitos, continúan en sus mismos lugares de trabajo y bajo órdenes del mismo empleador, sin que exista una razón objetiva y justificable para que se asuma que cambiaron a un cargo diferente con grado 23 y que merecen ser remunerados de acuerdo con la escala salarial de ese grado. [...] En virtud de lo anterior, se concluye que a partir del 1.º de julio de 2022, el servidor que venía en el cargo de “abogado asesor grado 23”, y que pasó a llamarse profesional especializado grado 23 debe ser remunerado como abogado asesor nominado de Tribunal de acuerdo con los decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, es decir, atendiendo al artículo 4.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014 y siguientes que expida el gobierno nacional. Ese reconocimiento, implica atender a los términos de prescripción establecidos en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador. En razón a que las citadas diferencias salariales y prestacionales se producen mes a mes se aplicará el fenómeno de la prescripción, para lo cual los funcionarios judiciales atenderán a la fecha en que se realizó la solicitud ante la administración, tanto si la relación laboral y desempeño en el citado cargo se encuentra vigente, como si presentó interrupciones o ya finalizó. Situación diferente ocurrirá frente a las diferencias generadas sobre los aportes para pensión a cargo del empleador, que podrán ser reclamadas en cualquier tiempo, dada su clara relación sobre un futuro reconocimiento pensional y en tal sentido pueden solicitarse en cualquier época.»

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / COMPETENCIA DE LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / FALTA DE COMPETENCIA / COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL / CAMBIO DE DENOMINACIÓN DE CARGO PÚBLICO / RÉGIMEN SALARIAL DE LA RAMA JUDICIAL / RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LA RAMA JUDICIAL / DIFERENCIA SALARIAL

Problema jurídico 3: *¿El señor [demandante] tiene derecho al reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales por concepto de la aplicación de la escala salarial señalada en el artículo 4.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014 y demás decretos salariales y, de acuerdo con ello, debe continuar su remuneración como abogado asesor de tribunal a partir del 1º de julio de 2022?*

Tesis 3: «[...] la pauta de unificación vertida en esta providencia, consiste en que la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de Tribunales Administrativos, se encuentra dentro del listado de los cargos nominados en los Decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, por lo que su labor debe remunerarse de acuerdo con el artículo 4.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, sin que sea aceptable que el Consejo Superior de la Judicatura pueda variar la denominación contemplada en el artículo 3.º, numeral 2.º del Decreto 57 de 1993. De acuerdo con ella, en el caso del señor [demandante] se advierte que el salario que se le canceló como “Abogado Asesor Grado 23” fue inferior al establecido anualmente por el presidente de la República para el cargo de “abogado asesor” de Tribunal Judicial, situación que imponía acceder a las pretensiones de la demanda, como en efecto lo hizo el a quo, es decir, con la inaplicación del Acuerdo PSAA11-8419 del 1.º de agosto de 2011, la nulidad de los actos demandados y ordenando a la entidad pagarle las diferencias de sueldo que corresponden a “abogado asesor de Tribunal”, desde la fecha en que ingresó a tal cargo y en lo sucesivo mientras se desempeñe en el mismo, y la respectiva reliquidación de todas las prestaciones sociales devengadas, causadas y que se llegaren a causar, con base en el salario que le corresponda al cargo de abogado asesor de tribunal. Es de precisar que en este caso no ocurrió el fenómeno de la prescripción comoquiera que la primera vinculación del demandante como “abogado asesor grado 23” ocurrió desde el 30 de mayo de 2014 hasta el 31 de diciembre de ese mismo año y la petición ante la administración se realizó el 30 de mayo de 2017. [...] según el análisis de la Sala, los servidores que venían desempeñándose como “abogados asesores grado 23” de Tribunal Administrativo deben continuar siendo remunerados, a partir del 1.º de julio de 2022 como abogados asesores nominados de Tribunal. Esto de acuerdo con el artículo 4.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014 expedidos por el presidente de la República, en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992. Para ello, debe inaplicarse por inconstitucional el Acuerdo PCSJA22-11968 de 2022. En este caso, como el señor [demandante] continúa vinculado a la Rama Judicial en el citado cargo, se impone que, a partir del 1.º de julio de 2022 y mientras permanezca en el mismo, su labor debe continuar siendo remunerada como abogado asesor nominado de Tribunal de acuerdo con los decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, es decir, atendiendo al artículo 4.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014 y siguientes que expida el gobierno nacional. [...]»

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico 4: *¿Cuál es la regla jurisprudencial de unificación establecida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, y sus efectos, en relación con la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de los Tribunales Administrativos?*

Tesis 4: «El Consejo Superior de la Judicatura carece de competencia para asignar a los cargos nominados, grados, códigos y remuneración diferentes a los previstos en el Decreto 57 de 1993 y demás decretos anuales expedidos por el Gobierno Nacional en los que se regule el régimen salarial y prestacional de los empleados de la rama judicial. Esta potestad corresponde al presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992. En consecuencia, la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de los Tribunales Administrativos, es la fijada para el «abogado asesor» en los decretos anuales expedidos por el gobierno nacional sobre la materia”. [...] ADVERTIR a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación constituye precedente vinculante en los términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos. Los casos en los que haya operado la cosa juzgada serán inmodificables».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación Jurisprudencial de dos \(2\) de noviembre de dos mil veintitrés \(2023\), radicación: 08001-23-33-000-2018-00529-01 \(3071-2019\) SUJ-033-CE-S2-2023](#)