

EDICIÓN

251

FEBRERO DE 2022

BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



#CEtrabajaencasa

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Carlos Enrique Moreno Rubio
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate
Hernando Sánchez Sánchez
Sandra Lisset Ibarra Vélez
Jaime Enrique Rodríguez Navas
Myriam Stella Gutiérrez Argüello
Nandy Melissa Roza 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 Rodrigo Bravo](#)

[Natalia Yadira Castilla Caro](#)

[Guillermo León Gómez Moreno](#)

Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

[María Magaly Santos Murillo](#)

Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

[Wadith Rodolfo Corredor Villate](#)

Sala de Consulta y Servicio Civil

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

[Juan Sebastián Solarte Álvarez](#)

Acciones Constitucionales

[Pedro Javier Barrera Varela](#)

[Camilo Augusto Bayona Espejo](#)

[Juan Alejandro Suárez Salamanca](#)

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 251, febrero de 2022
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co

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

CONTENIDO

CONTENIDO	3
EDITORIAL.....	4
I. NORMAS ANULADAS Y SUSPENDIDAS	5
II.LEGALIDAD CONDICIONADA	6
III. EXHORTOS.....	6
IV. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN.....	9
V. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	15
VI. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ..	29
VII. SECCIÓN PRIMERA	38
VIII. SECCIÓN SEGUNDA.....	42
IX. SECCIÓN TERCERA.....	50
X. SECCIÓN CUARTA.....	69
XI SECCIÓN QUINTA.....	91
XII. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.....	98

EDITORIAL

Para la primera versión ordinaria del «Boletín del Consejo de Estado – Jurisprudencia y Conceptos-» en este año, con su edición 251, esta Corporación se enorgullece en presentar una serie de providencias judiciales y conceptos de trascendencia sobre temas del derecho administrativo, constitucional y en su rol como cuerpo consultivo del Gobierno Nacional.

Con la finalidad de aumentar su difusión y atraer más lectores, se han afianzado alianzas y estrategias con diferentes entidades, organizaciones y universidades, con el objetivo de que la comunidad académica y jurídica se enriquezca de la jurisprudencia y de los conceptos relevantes emitidos por la Corporación, dentro del ámbito de sus competencias.

Este nuevo número contiene, por citar alguna, en primer lugar, una sentencia de unificación en la cual se establecen los parámetros para el reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales por privación injusta de la libertad y, a partir de qué momento, debe darse aplicación a las reglas jurisprudenciales contenidas en ella.

En segundo lugar, en asuntos constitucionales se encuentra una decisión que acoge la tesis adoptada por el precedente vinculante de la Corte Constitucional, en materia de estabilidad laboral de la madre cabeza de hogar, cuando media justa causa para su desvinculación.

En tercer lugar, en asuntos de la misma naturaleza, clarifica las reglas establecidas por el Decreto Legislativo 806 de 2020, en relación con la notificación de las providencias judiciales y la obligatoriedad del juez de procurar la comunicación virtual con los usuarios de la administración de Justicia, con el fin de que puedan conocer las decisiones y ejercer sus derechos.

En cuarto lugar en asuntos conocidos por las Salas Especiales de Pérdida de Investidura, se presentan dos asuntos de connotación nacional, como son los que deciden sobre las demandas presentadas en contra de los senadores Roy Leonardo Barreras Montealegre y Armando Alberto Benedetti Villaneda, por la configuración de un presunto conflicto de intereses de tipo moral y aquella que se resolvió a favor del congresista Gustavo Bolívar Moreno, por supuesta violación al régimen jurídico de conflicto de intereses.

Por otro lado, la Sección Segunda, profirió sentencia que contiene las directrices para la revocatoria de los actos administrativos cuando no se ha notificado el titular del derecho, de conformidad con el artículo 93 del CPACA.

Con esta nueva edición del Boletín Jurisprudencia y Concepto, el Consejo de Estado espera mantener su contribución en la divulgación del conocimiento jurídico a toda la comunidad.

I. NORMAS ANULADAS Y SUSPENDIDAS

Normas anuladas

SECCIÓN PRIMERA

El Decreto 3066 de 2007, “*Por el cual se profieren disposiciones necesarias para la transición institucional originada por la nueva estructura legal bajo la cual funcionará el Sector Agrícola, Pecuario, Forestal y Pesquero en los términos de la Ley 1152 de 2007, Estatuto de Desarrollo Rural.*”, expedido por el Gobierno Nacional.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 2 de diciembre de 2021; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2007-00356-00 \(Acumulado 11001-03-24-000-2007-00357-00\). \(ver página 37 de este boletín\).](#)

SECCIÓN CUARTA

1. 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 “*es decir cuatrocientos veinte (420) Unidades de Valor Tributario - UVT mensuales*”, del parágrafo 3 del artículo 1.2.4.1.6.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de octubre de 2021, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2018-00041-00 \(24047\) \(ver página 83 de este boletín\).](#)

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: el numeral 3 del artículo 1.5.7.5, adicionado por el artículo 1 del Decreto 874 de 2019.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 18 de noviembre de 2021, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2020-00001-00 \(25115\) \(ver página 88 de este boletín\).](#)

3. La Ordenanza 000253 de 2015, expedida por la Asamblea del departamento del Atlántico: La expresión “*las empresas de servicios públicos domiciliarios en las que el Distrito tenga participación en su capital*” del literal a.2) del artículo 132.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de noviembre de 2021, C. P. Milton Chaves García, radicación: 08001-23-33-000-2015-00073-02 \(25452\) \(ver página 72 de este boletín\).](#)

Normas suspendidas

SECCIÓN QUINTA

La expresión “*en cualquier tiempo*” contenida en el numeral 1 del artículo séptimo de la Resolución 10592 de 28 de septiembre de 2021 expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante la cual se adoptan “*medidas especiales para la actualización y vigilancia del censo electoral, la inscripción de candidatos y se establece el procedimiento para la organización y dirección de la elección de los representantes adicionales a la Cámara por las dieciséis (16) Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz en los períodos 2022-2026 y 2026-2030*”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 6 de diciembre de 2021, C. P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 11001-03-28-000-2021-00072-00](#)

II. LEGALIDAD CONDICIONADA

La Ordenanza 000253 de 2015 expedida por la Asamblea del departamento del Atlántico: el literal a.4) del artículo 132, en el entendido de que la estampilla ProHospital departamental de primer y segundo nivel de atención solo se causa en actos en los que intervenga un funcionario departamental o municipal.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de noviembre de 2021, C. P. Milton Chaves García, radicación: 08001-23-33-000-2015-00073-02 \(25452\) \(ver página 72 de este boletín\).](#)

III. EXHORTOS

1. La Sección Quinta exhortó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para que excluya del medio de control de nulidad electoral los actos de trámite que se pretendan demandar de manera autónoma.

Sobre el particular dispuso en la parte considerativa lo siguiente: “Por ello, el juicio de legalidad que emprende la Sala debe entenderse circunscrito, únicamente, al Formulario E-26AL, para lo cual **exhorta** al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca a atender esta exigencia procesal y, en lo sucesivo, desde la etapa inicial del proceso, proceda a excluir todo acto de trámite que se pretenda demandar, autónomamente, a través de este medio de control, como ocurrió en el presente caso, con el Formulario E-6 de inscripción del candidato.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 18 de noviembre de 2021, C. P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 76001-23-33-000-2019-01223-01.](#)

2. La Sección Quinta exhortó al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que implementen los mecanismos necesarios para (i) que haya una depuración real y efectiva del censo electoral y (ii) evitar que los parientes de los candidatos en una misma contienda electoral se desempeñen como jurados de votación.

Sobre el particular dispuso en la parte resolutive lo siguiente: “**EXHORTAR** al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que de manera mancomunada implemente los mecanismos necesarios para que: (I) La depuración de censo sea real y efectiva, en especial, que las decisiones relativas a la existencia de trashumancia puedan materializarse el día de los comicios, por ende, que los jurados de votación de manera eficiente y eficaz cuenten con las herramientas para identificar a los ciudadanos que se consideren trashumantes. (II) Evitar que los parientes de los candidatos en una misma contienda electoral según ordena la ley se desempeñen como jurados de votación.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 27 de enero de 2022, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 54001-23-33-000-2020-00010-02.](#)

3. La Sección Quinta exhortó al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que implementen los mecanismos necesarios para (i) que haya una depuración real y efectiva del censo electoral y (ii) evitar que los jurados de votación ejerzan su derecho al voto en la mesa en que desempeñan sus funciones y también en la que está registrado su documento de identidad.

Sobre el particular dispuso en la parte considerativa lo siguiente: “ (...) se **exhortará** al CNE y a la RNEC para que de manera mancomunada implementen los

mecanismos necesarios que para que la depuración de censo sea real y efectiva, en especial, que las decisiones relativas a la existencia de trashumancia puedan masterizarse el día de los comicios, por ende, que los jurados de votación de manera eficiente y eficaz, cuenten con las herramientas para identificar a los ciudadanos que se consideren trashumantes. Asimismo, resulta pertinente que las autoridades electorales antes señaladas adopten las medidas pertinentes para evitar que los jurados de votación ejerzan frente a una misma elección, su derecho al voto en la mesa en que desempeñan sus funciones y también en la que está registrado su documento de identidad.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 18 de noviembre de 2021, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 76001-23-33-000-2019-01223-01.](#)

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN



1. La Sala Plena de la Sección Tercera profirió sentencia de unificación en donde establece los parámetros para el reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales por privación injusta de la libertad.

Síntesis del caso: *En zona rural del municipio La Montañita, Caquetá, un grupo de ciudadanos fueron capturados por miembros del Ejército Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, acusados del delito de rebelión. Después de ser oídos en indagatoria, fueron cobijados con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación. Meses después, a una de las detenidas se le sustituyó la medida de aseguramiento por detención domiciliaria. Posteriormente, los detenidos que aparecen en este proceso como demandantes, fueron absueltos en primera y segunda instancia debido a que las pruebas existentes no demostraban su vinculación con las FARC.*

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL

Problema jurídico 1: *¿En qué casos existe presunción jurisprudencial de perjuicio moral por privación injusta de la libertad?*

Tesis 1: “[L]os perjuicios morales pueden inferirse, para la víctima directa, de la prueba de la privación de la libertad; y para su cónyuge o compañero (a) permanente, así como para sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, con la prueba de tal condición. La presunción jurisprudencial de perjuicios morales solo se refiere a dichas víctimas. En relación con las demás víctimas indirectas, aunque la prueba del parentesco puede ser apreciada en cada caso concreto como indicio de la existencia de relaciones estrechas con el detenido, se concluye que dicha prueba no es suficiente para demostrar la existencia de perjuicios morales indemnizables; en este caso, los perjuicios morales deben ser acreditados por la parte demandante con otros medios de prueba. Por último, se reitera que las presunciones jurisprudenciales admiten prueba en contrario.”

Problema jurídico 2: *¿Cómo se liquida la indemnización de perjuicios morales por privación injusta de la libertad?*

Tesis 2: “[L]a Sala adoptará los siguientes topes para cuantificar los perjuicios morales de la víctima directa: Si la privación de la libertad tiene una duración igual o inferior a un mes, una suma fija equivalente a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV). Si la privación de la libertad tiene una duración superior a un mes: Por cada mes adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV). Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a 0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual se obtiene de dividir cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV) por 30 días. La cuantía se incrementará hasta cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV), indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por 20 meses o más tiempo, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada. [...] El tope de indemnización de perjuicios morales de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa solamente podrá ser superado en casos excepcionales, evento en el cual deberá motivarse detalladamente

esta decisión y las razones que justifican tal determinación, hasta un monto máximo de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...] Estima la Sala que, también como regla general, la intensidad del perjuicio es sustancialmente inferior cuando se trata de detención domiciliaria, caso en el cual la persona no se ve privada del entorno material de su hogar ni de la compañía de su familia. Esta circunstancia incide en la determinación de la intensidad de los perjuicios morales que sufren la víctima directa y sus familiares. Por lo tanto, en casos de detención domiciliaria, la reparación deberá disminuirse en un cincuenta por ciento (50%). [...] [S]e establecen los topes de perjuicios morales para las víctimas indirectas así: para los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente el cincuenta por ciento (50%) de lo que le corresponda a la víctima directa. Y para los demás demandantes, cuando acrediten los perjuicios morales, el tope máximo es del treinta por ciento (30%) de lo que le corresponda a la víctima directa.”

Problema jurídico 3: *¿A partir de qué momento se deben aplicar las reglas jurisprudenciales establecidas en la presente sentencia de unificación?*

Tesis 3: “[C]omo a partir de la sentencia del 28 de agosto de 2013 puede deducirse que, en relación con los hermanos de la víctima directa era suficiente acreditar el parentesco para tener por demostrado el perjuicio moral, y en la gran mayoría de los fallos tal presunción viene aplicándose, la Sala estima procedente establecer la siguiente regla: en relación con las demandas presentadas desde el 28 de agosto de 2013 y hasta la fecha de expedición de la presente sentencia, en las cuales el juez advierta que se presentaron fundándose en la jurisprudencia existente y no se solicitaron pruebas para acreditar los perjuicios morales de los parientes en segundo grado de consanguinidad, podrá hacer uso de las facultades probatorias que le otorga la ley para garantizar su derecho al debido proceso. Esta determinación se adoptará sin importar la instancia en la que se encuentre el proceso. En relación con la determinación de los topes máximos por perjuicios morales y la forma de calcularlos, la sentencia será aplicada de inmediato. [...] El hecho de que los demandantes no conocieran estos topes en el momento en que interpusieron sus demandas no afecta la <<confianza legítima>>. El derecho a la reparación de perjuicios sufridos como consecuencia de la privación de la libertad no es un derecho patrimonial que nazca de un acto jurídico (unilateral o bilateral) en el cual la parte se acoge a determinada regla que no puede ser modificada posteriormente. Tampoco puede considerarse que la demanda fue presentada pensando en obtener determinado monto de perjuicios y que la confianza en ese resultado se alteró al establecerse otro monto.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los antiguos parámetros jurisprudenciales para el reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales por privación injusta de la libertad, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, rad. 25022, C. P. Enrique Gil Botero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 29 de noviembre de 2021, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 18001-23-31-000-2006-00178-01\(46681\).](#)

Salvamento parcial de voto de la consejera María Adriana Marín

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / TASACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL

Tesis: “Comparto el criterio expuesto en la sentencia, en relación con la exigencia que se hace a los parientes que se hallen en el tercero y cuarto grados de consanguinidad con la víctima directa del daño, con pruebas adicionales a las de su estado civil, porque en tal caso, no hay lugar a inferir la existencia del dolor moral, con la sola demostración del vínculo de consanguinidad. [...] No obstante, me aparto de la nueva regla de unificación en relación con los parientes que se hallen en el segundo grado de consanguinidad con la persona que hubiera sido injustamente privada de la libertad, porque no encuentro -ni se expusieron en el fallo- las razones de orden sociológico, histórico o doctrinal que lleven a negar la generalización a la que durante décadas ha acudido la jurisprudencia para establecer la presunción de daño en relación con los hermanos, abuelos y nietos. [...] Aunque no comparto, podría aceptar el criterio de que en relación con los parientes debe hacerse una reducción de la indemnización por el dolor moral, pero en todo caso esa reducción debe ser mucho menor a la que se adoptó en la sentencia y sólo cuando

se prueben circunstancias muy particulares. [...] Comparto el criterio de reducir la indemnización en los casos de detención domiciliaria, porque, por desfavorables que sean las condiciones de vida de una persona, sigue gozando de su entorno familiar, pero considero que la reducción de la proporción señalada en la sentencia de unificación es muy elevada, porque, en todo caso, la persona ha perdido el derecho a la libertad. [...] ¿Por qué se considera que el daño y su reparación tienen un límite arbitrario de 100 SMLMV? Como si la persona que sigue detenida por un tiempo posterior a los 20 meses ya no sufriera daños por la restricción de su derecho. Si en esta sentencia se trató de corregir el defecto advertido en la de unificación de 2014, que establecía una indemnización diferente por períodos, para formular una indemnización progresiva, en función del tiempo de detención, la solución se desnaturaliza cuando se llega a los 20 meses de detención. ”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 29 de noviembre de 2021, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 18001-23-31-000-2006-00178-01\(46681\).](#)

Salvamento parcial de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD / MODULACIÓN DE EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL TIEMPO

Tesis: “[C]onsidero, respetuosamente, que la sentencia de la referencia parte de una premisa no acertada cuando se sostiene que no son equiparables la restricción de la libertad a la pérdida de la vida o a una lesión a la integridad psicofísica y que, por consiguiente, es necesario reevaluar los baremos indemnizatorios otorgados por concepto de perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad. [...] [N]o puedo compartir la conclusión según la cual frente a los abuelos y los hermanos no opera la presunción de perjuicio moral porque desconoce una realidad de la sociedad colombiana que evidencia que los vínculos familiares entre la víctima directa y sus abuelos, nietos y hermanos son, especialmente y por regla general, fuertes, estrechos y solidarios, lo contrario es la excepción y es esta la que debe probarse, no al revés. [...] [D]isiento de los porcentajes de disminución establecidos en los literales a) y b) del párrafo 65.6 ibidem que determinan una reducción de la condena por concepto de perjuicio moral para los parientes en el primer grado de consanguinidad, cónyuge o compañero (a) permanente del 50% de la condena, y para los demás familiares o demandantes un porcentaje de 70% de los perjuicios morales otorgados en favor de la víctima directa, es decir, un reconocimiento de solo el 30%. Estas reglas de reducción indemnizatoria desconocen igualmente la realidad social y la normalidad de las relaciones familiares que la vida práctica indican en forma palmaria. [A]demás de la disminución en los porcentajes para las víctimas indirectas impone, por una parte, una carga probatoria que razonable y válidamente se había flexibilizado para los actores y, por otra, a los jueces, un deber de motivación especial para el reconocimiento del perjuicio moral. Por último, no comparto los efectos temporales de la unificación jurisprudencial aprobada, toda vez que, si la nueva jurisprudencia elimina la presunción de aflicción para los familiares de la víctima directa a partir del segundo grado de consanguinidad aquellos han debido modularse frente al factor tiempo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 29 de noviembre de 2021, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 18001-23-31-000-2006-00178-01\(46681\).](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / TASACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Tesis: “Primero, no creo que exista una condición de “gravedad” del daño para que se pueda imputar la responsabilidad al Estado, entre otras razones porque el concepto de gravedad siempre es relativo, es decir, necesita una condición que sirva de referente de normalidad o levedad, y ello no hace parte del juicio de responsabilidad. Segundo, si bien

considero que la nueva fórmula de liquidación corrige varios errores que presentaba aquella adoptada en la anterior sentencia de unificación (Exp. 36.149), aún presenta ciertas inconsistencias que pudieron ser corregidas. El mecanismo propuesto de cálculo alude al “número de meses”, lo que traería dificultades con aquellos meses que son menores o mayores a 30 días.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la tasación de perjuicios morales en caso de privación injusta de la libertad, cita: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, rad. 36149, C. P. Hernán Andrade Rincón (e).

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 29 de noviembre de 2021, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 18001-23-31-000-2006-00178-01\(46681\).](#)

Salvamento parcial de voto del consejero Nicolás Yepes Corrales

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / DETENCIÓN PREVENTIVA DE LA LIBERTAD / PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / FINALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Tesis: “[E]s importante resaltar que, tal y como lo establece artículo 356 de la Ley 600 de 2000 previamente mencionado, la medida de aseguramiento exige para su imposición la existencia de por lo menos dos indicios graves de responsabilidad. Por otra parte, con fundamento en los artículos 7 y 232 de la Ley 600 de 2000, la declaratoria de responsabilidad penal exige que el juez tenga certeza más allá de toda duda razonable de la conducta punible y la responsabilidad del procesado. Es así como se trata de dos etapas procesales distintas, que exigen estándares probatorios diferenciados, lo que conlleva a la imposibilidad de juzgar en sede reparación directa y para efectos de declarar la responsabilidad de la Administración, una etapa procesal previa, como lo es la imposición de la medida de aseguramiento, bajo la óptica y exigencias probatorias necesarias para la declaratoria de responsabilidad penal del procesado. Lo anterior implica no solo la inobservancia de las exigencias del ordenamiento procesal penal, sino, en últimas, el reemplazo y desconocimiento en materia contencioso administrativa de la autoridad judicial que decidió la imposición de la medida de aseguramiento. [...] [E]stimó que, contrario a lo considerado en la sentencia, la medida de aseguramiento decretada en contra de los dos procesados estuvo soportada en más de dos indicios graves de responsabilidad penal que permitían inferir, a priori, que los señores [...] podían ser autores del delito de rebelión.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 29 de noviembre de 2021, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 18001-23-31-000-2006-00178-01\(46681\).](#)

Salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

SALVAMENTO DE VOTO / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / FINALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / SENTENCIA ABSOLUTORIA

Tesis: “Como la sentencia se limitó a reproducir las consideraciones de la decisión penal absolutoria, frente a la que se exige certeza sobre la responsabilidad, y no analizó la existencia de los indicios exigidos por la ley al momento de imponer la medida de aseguramiento, no se acreditó una falla del servicio que justificara una condena.[...] [L]a Sala insistió en la “presunción” de daño moral, derivada del parentesco, para los familiares en primer grado de consanguinidad. Dada la naturaleza misma del perjuicio moral, no resulta posible su prueba directa. Por ello, se suele acreditar mediante indicios que lleven al fallador a la convicción de su existencia e intensidad. Más que genuinas “presunciones” en realidad se está delante de hechos que se prueban mediante indicios. [...] Las “presunciones” en materia de indemnización de perjuicios implican, por ello, una alteración de la carga de la prueba que resulta desproporcionada en perjuicio del patrimonio público. El demandante es quien corresponde probar los perjuicios, incluyendo su cuantía, conforme a los artículos 177 CPC y 167 CGP. [...] No desconozco la importancia que ha jugado la fijación de topes y tablas que contiene montos indemnizatorios. Sin embargo, tal vez si volvemos a la esencia del proceso, la prueba, ¿no deberíamos optar por un margen de libertad del fallador, para que -caso a caso y según la juiciosa actividad probatoria de quien

pide la responsabilidad del Estado- se tase la indemnización? [...] Frente a las sentencias de unificación, reitero el voto disidente a la sentencia de 16 de septiembre de 2021 (rad. 66091), en el que cuestioné si el pretendido efecto “obligatorio” de este “tipo” de sentencias es coherente con el artículo 230 CN que en forma clara dispone que la jurisprudencia no es fuente formal de derecho, sino tan solo -como es lo propio de nuestro sistema jurídico- criterio auxiliar de la actividad judicial.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 29 de noviembre de 2021, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 18001-23-31-000-2006-00178-01\(46681\).](#)

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

ACCIONES DE TUTELA

1. No se vulneran los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso en aquellos eventos en que no se remite el expediente digital en el acto de notificación de la sentencia.

Síntesis del caso: *El juez de tutela de segunda instancia confirmó la decisión adoptada que negó el amparo de los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso, en relación con la omisión de remitir el expediente digital en el acto de notificación de la sentencia. De la normativa que regula la notificación de la sentencia no se desprende un deber para el juez, según el cual deba acompañar el expediente digital del proceso para que la notificación se entienda válida. Por lo tanto, la notificación se realizó en debida forma.*

ACCIÓN DE TUTELA / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES / CONCURSO DE MÉRITOS DE LA RAMA JUDICIAL / ESTABILIDAD LABORAL DE MADRE CABEZA DE HOGAR NO ES ABSOLUTA / PROVISIÓN DE CARGO POR CONCURSO DE MÉRITOS / JUSTA CAUSA PARA LA DESVINCULACIÓN DEL CARGO OCUPADO EN PROVISIONALIDAD

Problema Jurídico: *[¿Se vulneró el debido proceso del accionante, por parte de la autoridad judicial accionada, al no hacer entrega formal del expediente digital junto con la notificación electrónica del fallo de 19 de octubre de 2021, proferido en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 05001333303320170012800?]*

Tesis: “La Sala confirmará la decisión de negar la acción de tutela porque no se advierte que la autoridad judicial haya dejado de observar un deber legal al momento de notificar la sentencia de primera instancia y, por lo tanto, no se advierte la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del accionante. Al igual que el a quo, la Sala considera que la notificación de la sentencia se surtió en debida forma. De lo dispuesto en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, no es posible interpretar que se deba acompañar el expediente digital del proceso, pues establece que las sentencias se notificarán “mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales”. Por su parte, el párrafo 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo 806 de 2020 impone el deber a las autoridades judiciales de procurar la comunicación virtual con los usuarios de la administración de justicia y adoptar las medidas para que puedan conocer las decisiones y ejercer sus derechos. De esta disposición tampoco se desprende el deber concreto de acompañar el expediente digital con la notificación de las decisiones judiciales. En cambio, el juzgado sí garantizó el uso de las tecnologías de la información para notificar la decisión judicial proferida, cuyo contenido fue conocido por el accionante, frente a lo cual no eleva ningún reparo. La Sala advierte que el apoderado judicial del municipio, con el conocimiento del contenido de la sentencia estaba en capacidad de formular el escrito de apelación y si le era menester estudiar una pieza del mismo que no se encontraba en su poder para formular sus alegatos, podía hacer tal petición con posterioridad. En consecuencia, no es posible acceder al amparo con la pretensión de endilgar al juzgado un deber inexistente, con la finalidad de reabrir el término para presentar el recurso de apelación”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 17 de enero de 2022, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 05001-23-33-000-2021-01925-01\(AC\).](#)

2. Se deja sin efecto la sentencia que declaró la nulidad de la elección del gobernador de la

Guajira, por haber incurrido presuntamente en doble militancia para candidatos de coalición.

Síntesis del caso: *Un ciudadano presentó demanda de nulidad electoral, con fundamento en que el gobernador de la Guajira fue elegido en contravía de la prohibición de doble militancia. La Sección Quinta del Consejo de Estado profirió sentencia el 1° de julio de 2021, en la que declaró, con efectos ex nunc, la nulidad del acto de elección del gobernador del departamento de La Guajira, para el periodo 2020-2023. El Consejo de Estado, en sede de tutela, consideró que la autoridad judicial accionada incurrió en violación directa de la Constitución, al desconocer los principios de confianza legítima y buena fe, por imponerle un criterio jurisprudencial que no se encontraba vigente para la época en que se adelantaron las campañas electorales para las alcaldías de Uribia y de Riohacha, para el periodo 2020-2023.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VIOLACIÓN DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / DOBLE MILITANCIA POLÍTICA / COALICIÓN POLÍTICA / VACÍO EN LA NORMA / INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA LEY / INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA LEY / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD / PRINCIPIO DE LA BUENA FE / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

Problema jurídico 1: *¿La Sección Quinta del Consejo de Estado, al dictar la sentencia del 1° de julio de 2021 en el proceso adelantado bajo el medio de control de nulidad electoral con el radicado 11001-03-28-000-2020-00018-00, incurrió en defecto por violación directa de la Constitución, por transgresión a los principios de confianza legítima y de buena fe, al imponerle un criterio jurisprudencial que no se encontraba vigente para la época en que ocurrieron los hechos objeto de la demanda de nulidad electoral?*

Tesis 1: “El señor [R.G.] reclama que la Sección Quinta del Consejo de Estado atentó contra los principios de buena fe y de confianza legítima, al exigirle un estándar jurisprudencial del año 2020 que no se encontraba vigente para el momento de la campaña electoral que dio lugar a su elección como Gobernador del departamento de La Guajira. El accionante considera que lo correcto era acudir al instituto conocido como “jurisprudencia anunciada”, para así establecer que el precedente judicial, en relación con la prohibición de doble militancia para candidatos de coalición, tiene aplicación hacia elecciones futuras y se encuentra desprovisto de efectos retroactivos.(...) [L]a Sala colige que, para el momento de ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la presentación de la demanda de nulidad electoral (entre julio y octubre de 2019), la regulación normativa que rige la prohibición de doble militancia (inciso 2 del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011) sí presentaba un vacío normativo, en relación con los candidatos respaldados por una coalición de partidos y movimientos políticos, pues no tenía previsto tal supuesto de hecho. Lo anterior, al punto que fue necesaria una interpretación del juez electoral en la que, a partir de una lectura sistemática del ordenamiento jurídico, logró armonizar la referida norma con otras disposiciones normativas (artículos 107 de la Constitución y 29 de la Ley 1475 de 2011), para así superar el escenario de indeterminación, es decir, predicar la mentada conducta prohibitiva sobre los candidatos de partidos políticos coaligados. Así las cosas, el señor [R.G.], durante la época de los comicios electorales del 2019 realizados en el departamento de La Guajira, no tenía a su disposición una norma jurídica que desde una lectura literal le permitiera comprender que también podía estar incurso en una situación de doble militancia, en su condición de candidato por coalición política. Ahora, hay que entender que la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el fallo del 1 de julio de 2021, fundamentó su decisión de anular el acto de elección del señor [R.G.], con base en unas decisiones judiciales adoptadas por esa misma autoridad judicial en 2020, que corresponden precisamente a la línea jurisprudencial en la que, a partir de la comentada interpretación sistemática de los artículos 107 de la Constitución y 2 y 29 de la Ley 1475 de 2011, el fallador electoral ha establecido que la prohibición de doble militancia cobija a los candidatos promovidos por una coalición de colectividades políticas. Entonces, lo que corresponde definir es, si la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la sentencia del 1 de julio de 2021 podía exigir al señor [R.G.] que, al momento de participar en las

candidaturas de los señores [C.M.] y [R.P.], tuviera conocimiento del citado criterio jurisprudencial del año 2020, o, en concreto, que se hubiera anticipado a la interpretación sistemática de los artículos 107 de la Constitución y 2 y 29 de la Ley 1475 de 2011, para así reconocer que su conducta podía implicar una violación a la prohibición de doble militancia, sin consideración a la naturaleza prohibitiva de sus disposiciones. A juicio de esta Subsección (...) resulta una carga excesiva exigir a los ciudadanos que adelanten interpretaciones sistemáticas de las normas, si precisamente es una labor que está en cabeza de los jueces, como intérpretes de las normas. (...) Visto lo anterior, la Sección Quinta del Consejo de Estado no podía pretender, como así lo hizo en la sentencia del 1° de julio de 2021, que el señor [R.G.] pudiera reconocer la regla derivada del precedente proferido en 2020, si ella parte de una interpretación sistemática de las normas, que, para ser conocida por los ciudadanos, requiere del pronunciamiento judicial. De igual manera, al tratarse de una norma prohibitiva, resulta desproporcionado imponer al ciudadano interpretaciones extensivas de una ley, dado el carácter restrictivo que ostenta ese tipo de disposiciones en su aplicación. En ese orden, resulta razonable suponer que el señor [R.G.], bajo el principio de buena fe, actuó de acuerdo al alcance que el texto normativo que se le brindaba en el año 2019. Así las cosas, esta Subsección considera que la Sección Quinta del Consejo de Estado violó el principio de confianza legítima, al modificar el escenario normativo con el que disponía el señor [R.G.], al momento de que se llevaran campañas electorales a las alcaldías de Uribia y de Riohacha, para el periodo 2020-2023, por medio de un criterio jurisprudencial que no estaba presente en el anterior suceso. (...) [L]a Sala confirmará la sentencia del 9 de septiembre de 2021 proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que concedió el amparo del principio de confianza legítima y de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia (...)."

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / AUSENCIA DE DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL / AUSENCIA DE DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / NULIDAD ELECTORAL / DOBLE MILITANCIA POLÍTICA / COALICIÓN POLÍTICA

Problema jurídico 2: *¿La Sección Quinta del Consejo de Estado, al dictar la sentencia del 1° de julio de 2021 en el medio de control de nulidad electoral con el radicado 11001-03-28-000-2020-00018-00, incurrió en defecto por desconocimiento del precedente constitucional contenido en la sentencia C-334 de 2014 que, al interpretar el numeral 8° del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, definió cuáles eran las conductas constitutivas de doble militancia, así como en la sentencia del 31 de enero de 2019, proferida por esa misma sección, en el proceso electoral con número de radicado 11001-03-28-000-2018-00008-00?*

Tesis 2: "El señor [R.G.] protesta que la Sección Quinta del Consejo de Estado desconoció el precedente contenido en la sentencia C-334 de 2014 proferida por la Corte Constitucional, específicamente en (...) las conductas para que se configure la causal de anulación de los actos de elección o de nombramiento electoral (...) en el supuesto en el que el candidato incurre en doble militancia política, al momento de la elección por voto popular. (...) [L]a Sala no encuentra acreditado el defecto por desconocimiento del precedente constitucional, en razón a que, tal y como lo destacó el juez de primera instancia, el accionante tiene la intención de descontextualizar el examen realizado por la Corte Constitucional en la sentencia invocada, a partir de unas suposiciones a las que esa Corporación no hizo referencia. (...) El señor [R.G.] indica que la Sección Quinta del Consejo de Estado desconoció el precedente contenido en la sentencia del 31 de enero de 2019 proferida por esa misma sección, en el proceso adelantado bajo el medio de control de nulidad electoral con n de radicado 11001-03-28-000-2018-00008-00, que estableció que "la demostración del presunto apoyo de un candidato a otro que pertenece a una colectividad política distinta, debe aflorar de manera evidente o de bulto", a tal punto que el juez cuente con los elementos de juicio suficientes para encontrar, más allá de toda duda razonable, que la causal de anulación electoral, establecida en el numeral 8° del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, se configuró. Como resulta evidente, la citada decisión judicial no es una sentencia con la vocación de unificar jurisprudencia sobre un punto específico de derecho, sino que, por el contrario, corresponde a un pronunciamiento con efectos inter partes. De igual manera, la controversia suscitada en el fallo invocado no es un caso análogo con el que es objeto de estudio en este trámite, desde su perspectiva jurídica y fáctica, en razón a que el debate del primero no se centró en la presunta violación de la prohibición de doble militancia cometida por un candidato de coalición, como sí ocurre en el sub lite, sino en el apoyo de un aspirante a la Cámara de Representantes por el departamento de Santander, afiliado al partido político "Centro Democrático", a un

candidato para el Senado de la República, inscrito por el partido político “Cambio Radical”. Por las razones expuestas, en este caso no se encuentra acreditado el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial (...). El señor [R.G.], además, reclama que la valoración de las pruebas incorporadas al expediente del proceso ordinario, que realizó la Sección Quinta del Consejo de Estado en el fallo del 1° de julio de 2021, desconoce su propio precedente contenido en la sentencia del 3 de diciembre de 2020 (11001-03-28-000-2020-00016-00), al efectuar un examen probatorio más flexible al momento de verificar la violación de la prohibición de doble militancia. (...) [S]alta a la vista que la sentencia invocada por el accionante no resultaba vinculante para la Sección Quinta del Consejo de Estado al dictar el fallo del 1° de julio de 2021; por un lado, en la medida en que no es un caso comparable con el que es objeto de estudio en este trámite constitucional, al no involucrar como eje de la controversia la prohibición de doble militancia para candidatos de coalición; y, por el otro, conforme a los criterios jurisprudenciales descritos, no es una decisión judicial que tenga la vocación de unificar un punto de derecho, específicamente en lo que tiene que ver con la valoración probatoria de las circunstancias constitutivas de doble militancia.”

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / DOBLE MILITANCIA POLÍTICA / COALICIÓN POLÍTICA / PRINCIPIO DE LA INCIDENCIA / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / CRITERIO DE INCIDENCIA

Problema jurídico 3: *¿La autoridad judicial incurrió en defecto sustantivo por inaplicación de los artículos 8.1. y 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos y 29 de la Constitución, por no analizar el dolo y la culpa cometida por el señor [R.G.]; y del artículo 287 de la Ley 1437 de 2011, que alude al criterio de incidencia como presupuesto para la anulación del acto de elección popular?*

Tesis 3: “[E]l accionante también reclama la inaplicación del artículo 287 de la Ley 1437 de 2011, que dispone: “Para garantizar el respeto de la voluntad legítima mayoritaria de los electores habrá lugar a declarar la nulidad de la elección por voto popular, cuando el juez establezca que las irregularidades en la votación o en los escrutinios son de tal incidencia que de practicarse nuevos escrutinios serían otros los elegidos”. (...) La Sección Quinta del Consejo de Estado efectivamente ha indicado que el criterio de incidencia real en el resultado de la elección no tiene aplicación en las controversias cuyo objeto de debate sea la violación de la prohibición de doble militancia, toda vez que, por un lado, la Ley 1475 de 2011, que regula tal prohibición, no sujeta la configuración de la doble militancia a que el favorecido por el apoyo llegue al cargo de elección popular, sino que parte del hecho de que el sujeto activo acompañe la aspiración de otro candidato, en contra de la lealtad que debe guardar con la colectividad política a la que pertenece. (...) [L]a Sala no encuentra configurado el defecto sustantivo por inaplicación del artículo 287 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que la normatividad no prevé, como condición para configuración de la violación de la prohibición de doble militancia, el resultado en la votación o en los escrutinios; y, por ende, al juez no le asiste el deber de tener en cuenta aquel criterio de incidencia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de enero de 2022; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 11001-03-15-000-2021-05205-01 \(AC\) \(AC\).](#)

3. Configuración del defecto procedimental absoluto en la providencia judicial por decretar la terminación del proceso al prosperar la excepción de inepta demanda respecto de una de las pretensiones formuladas e impedir el estudio de fondo de las demás.

Síntesis del caso: *La parte actora solicitó que se dejen sin efecto las providencias de 5 de marzo de 2020 y 17 de junio de 2021, proferidas por la Sección Segunda, por medio de la cual se confirmó la decisión dictada por en primera instancia que,*

mediante auto de 21 de agosto de 2018, declaró probada la excepción de inepta demanda respecto de la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento y pago de los puntos salariales por el año 2003, dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. A las citadas providencias la parte actora le atribuye la vulneración de derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, habida cuenta que, la Sección Segunda incurrió en defecto sustantivo, toda vez que declaró la terminación del proceso pese a que el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 21 de agosto de 2018 que resolvió sobre la excepción de inepta demanda, no versaba sobre todas las pretensiones de la demanda. La acción de tutela fue resuelta en primera instancia por la Sección Tercera, mediante sentencia de 2 de noviembre de 2021, denegó el amparo, por considerar que no se encontraba demostrado dentro del proceso que se hubiera decretado la terminación del medio de control objeto de la acción. Asimismo, sostuvo que de la lectura de las providencias objeto de la solicitud se desprende que la terminación del proceso versaba únicamente respecto de la pretensión discutida en la decisión que resolvió sobre la excepción de inepta demanda.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / EXCEPCIÓN DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA / TERMINACIÓN DEL PROCESO / PRETENSIONES DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema Jurídico: *¿Se configura el defecto procedimental absoluto al dar por terminado el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y ordenar su archivo con ocasión de la declaración de la excepción de inepta demanda respecto de una de las pretensiones?*

Tesis: “De la lectura de la providencia de 21 de agosto de 2018, se observa que el Tribunal declaró probada la excepción de inepta demanda respecto de la pretensión relacionada con el reconocimiento y pago de los puntos salariales por concepto de experiencia calificada y productividad académica únicamente del año 2003 y ordenó que el proceso continuara sobre las pretensiones relacionadas con los años 2004 a 2012. Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que la SECCIÓN SEGUNDA, en providencia de 5 de marzo de 2020, resolvió confirmar en su integridad la decisión del Tribunal, circunstancia de la cual se desprende que, en principio no había lugar a declarar la terminación del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, comoquiera que, como ya se dijo, el Tribunal había ordenado se continuara con este respecto de las pretensiones de la demanda sobre el reconocimiento y pago de los puntos salariales por concepto de experiencia calificada y productividad académica de los años 2004 a 2012. Asimismo, la Sala advierte que, no asiste razón a la SECCIÓN SEGUNDA cuando manifiesta que la orden de dar por terminado el proceso se refería únicamente a la pretensión objeto del recurso de apelación interpuesto y que dicha circunstancia no ofrecía motivo de dudas que pudiera vulnerar los derechos fundamentales invocados por la actora, pues de la revisión del proceso ordinario se advierte que el Tribunal en cumplimiento estricto de lo ordenado en el auto de 5 de marzo de 2020 ordenó el archivo del expediente, cuando lo procedente era continuar con el trámite procesal pertinente. En ese sentido, la Sala en aras de garantizar los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la actora, revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, dejará sin efectos la providencia de 5 de marzo de 2020 en lo que tiene que ver con la decisión de declarar terminado el proceso.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 15 de diciembre de 2021, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación 11001-03-15-000-2021-06552-01\(AC\).](#)

4. La estabilidad laboral de la madre cabeza de hogar no es absoluta, siempre que medie una

justa causa para la desvinculación como lo es el nombramiento producto de un concurso de méritos

Síntesis del caso: *En esta oportunidad, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó la tesis adoptada por el precedente vinculante de la Corte Constitucional, sentencia SU-691 de 2017, según la cual la estabilidad laboral de la madre cabeza de hogar no debe entenderse de manera absoluta. En el caso, el fundamento para desvincular a la funcionaria del cargo ocupado en provisionalidad fue la culminación de un concurso de méritos, por tal razón, prevalece el principio meritocrático. Además, la Sala consideró que no se comprobó que efectivamente se haya efectuado el nombramiento, y la consiguiente desvinculación de la madre cabeza de familia. Por tal razón, se negó el amparo de los derechos fundamentales de la accionante.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / NOMBRAMIENTO DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONCURSO DE MÉRITOS / REVOCATORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE NOMBRAMIENTO / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A CARGO PÚBLICO

Problema Jurídico: *¿El Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca vulneró los derechos fundamentales invocados por la señora [F.A.R.L.], al dejar sin efectos, sin su consentimiento, el Acuerdo No. CSJCUA21-81 del 24 de agosto de 2021 a través del cual se conformó la lista de elegibles ante el Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soacha para proveer por el sistema de concursos el cargo de citador de juzgado municipal grado 03?*

Tesis: “[L]a Sala de Subsección advierte en primer lugar que según el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular”. Ahora bien, el Acuerdo No. CSJCUA21-81 del 24 de agosto de 2021 “Por medio del cual se formula ante el Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soacha, Cundinamarca, Lista de Elegibles para proveer por el Sistema de Concurso el cargo de “Citador de Juzgado Municipal – Grado 03”” en el que resolvió formular como única aspirante a ese cargo a la señora [F.A.R.L.], creó una situación jurídica de carácter particular para la accionante. Es decir, si el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca quería revocar dicho acto administrativo debía contar con el consentimiento de la señora [F.A.R.L.], sin embargo, no consta en el expediente que ello ocurriera, por el contrario, quedó demostrado que expidió el Acuerdo No. CSJCUA21172 del 2 de septiembre de 2021, sin su consentimiento. En ese sentido la actuación de la administración incurrió en una violación del debido proceso, defensa y el principio de confianza legítima de la accionante”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 15 de diciembre de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 11001-03-15-000-2021-05523-01\(AC\).](#)

5. Vulneración de los derechos fundamentales de un participante en un concurso de méritos por exceso ritual manifiesto al ser excluido de éste por no acreditar la calidad de ciudadano,

pese al conocimiento previo por parte de la entidad de esta condición.

Síntesis del caso: *El accionante se inscribió al concurso de méritos convocado por el Consejo Seccional de la Judicatura, por medio del Acuerdo CSJBOA17-609 del 6 de octubre de 2017, destinado a la provisión de cargos de empleados de carrera de tribunales, juzgados y centros de servicios de los distritos judiciales de Cartagena, Bolívar y San Andrés Isla. A través de Resolución No. CSJBOR19-266 del 17 de mayo de 2019, se publicaron los resultados de las pruebas de conocimientos, competencias, aptitudes y/o habilidades, las cuales superó al obtener un puntaje de 824.54, para el cargo de secretario de juzgado municipal. Pese a lo anterior, mediante Resolución No. CSJBOR21-569 del 20 de mayo de 2021, el presidente del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar lo excluyó del proceso de selección, al considerar que no acreditó la condición de ciudadano en ejercicio porque solo adjuntó la parte frontal de la cédula. Contra el acto administrativo anterior, interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos a través de las resoluciones No. CSJBOR21-800 del 6 de julio de 2021 y CJR21-0264 del 17 de agosto de 2021, respectivamente, en el sentido de confirmarlo.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / DEFECTO PROCEDIMENTAL / EXCESO RITUAL MANIFIESTO / EXCLUSIÓN DEL CONCURSO DE MÉRITOS / EXIGENCIA DE LA CÉDULA DE CIUDADANÍA / EXHIBICIÓN DE LA CÉDULA DE CIUDADANÍA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema Jurídico: *¿El Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y la Unidad de Administración de la Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a cargos y funciones públicas e igualdad del actor, al excluirlo del concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo CSJBOA17-609 del 6 de octubre de 2017, por no demostrar la condición de ciudadano en ejercicio?*

Tesis: [L]a Sala de Subsección advierte que, en efecto, según el Acuerdo CSJBOA17-609 del 6 de octubre de 2017, uno de los requisitos para los aspirantes del concurso era ser ciudadano en ejercicio, de acuerdo con lo cual se exigía copia de la cédula de ciudadanía. Que según los actos administrativos que excluyeron al accionante, no aportó completa la cédula de ciudadanía (solo la parte frontal), motivo por el cual no probó la calidad de ciudadano en ejercicio. (...) [L]a Corte Constitucional ha reconocido que si bien la cédula de ciudadanía acredita la calidad de ciudadano en ejercicio, también ha aceptado que no es la única manera de probarlo, puesto que cuando esta de por medio la vulneración de un derecho fundamental las entidades públicas deben acudir a los sistemas tecnológicos a fin de individualizar al titular del derecho con el propósito de evitar que los formalismos socaven el derecho sustancial. En ese línea de ideas, tratándose del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto como causal específica de procedencia de la tutela contra acto administrativo el cual se asimila de la tutela contra providencia judicial, la Corte Constitucional ha dicho que este se configura cuando la autoridad judicial, en este caso administrativa, utiliza o concibe los procedimientos como obstáculo para la eficiencia del derecho sustancial, por ejemplo, al incurrir en un exceso de severidad procedimental en la apreciación de las pruebas. Bajo ese contexto, la Sala de Subsección considera que el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y la Unidad de Administración de la Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a cargos y funciones públicas e igualdad del [actor], al excluirlo del concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo CSJBOA17-609 del 6 de octubre de 2017, al incurrir en un exceso ritual manifiesto porque: (i) desde el momento de la inscripción al concurso debió incluir los datos de la cédula de ciudadanía, (ii) al presentar la prueba de conocimientos debió exhibir la cédula de ciudadanía al empleado asignado de la Unidad de Carrera de la Rama Judicial a fin

de verificar su identidad y acceder al examen, (iii) prestó sus servicios a la Rama Judicial en el cargo de auxiliar ad honorem del Tribunal Administrativo de Bolívar, para lo cual debió anexar copia del documento de identidad según consta en la Resolución No. 015 de 2013, de tal manera que el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar contaba con esta información y podía verificarlo en sus archivos o pedir la colaboración al Tribunal citado para que lo allegara y, (iv) para la inscripción y expedición de su tarjeta profesional de abogado debió aportar copia de su cédula de ciudadanía, en consecuencia, ese documento también reposaba en los archivos de la Unidad de Registro Nacional de Abogados de la Rama Judicial y la Unidad de Administración de la Carrera Judicial podía solicitarlo. Esto es, las entidades accionadas comprometieron las garantías fundamentales del accionante invocadas en protección por una severidad procesal que pudo superar si hubiere considerado los eventos anteriores o consultado en los archivos de la Rama Judicial en los que reposa el documento requerido, como sí lo hizo en el caso de otro de los concursantes, el señor [I.D.G.C.], respecto del cual resolvió que «por haber acreditado experiencia en diferentes cargos de la Rama Judicial no se le debe exigir tal requisito» refiriéndose a la exigencia de ciudadano en ejercicio, por consiguiente, repuso la decisión de exclusión de este participante para que continuara en el proceso de selección, lo que debió suceder con el accionante quien también acreditó experiencia en la Rama Judicial como auxiliar ad honorem. Asimismo, el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y la Unidad de Administración de la Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura desconocieron el principio del mérito dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política por descartar a un concursante que superó las pruebas de conocimientos, aptitudes y/o habilidades al asumir un posición irrestricta en relación con una exigencia que cumplió desde el momento de la inscripción y que fue posible verificar (i) al momento de presentar el examen, (ii) consultar sus archivos o (iii) recurrir a las otras entidades donde prestó sus servicios, el Tribunal Administrativo de Bolívar. Así las cosas, con fundamento en los argumentos precedentes, la Sala revocará la sentencia de primera instancia que declaró la improcedencia de la tutela y en su lugar amparará los derechos del [actor], en consecuencia, se dejarán sin efectos parcialmente las Resoluciones Nos. CSJBOR21-569 del 20 de mayo de 2021 y CSJBOR21-800 del 6 de julio de 2021 proferidas por el presidente del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y la Resolución CJR21-0264 del 17 de agosto de 2021 expedida por la directora de la Unidad de Administración de la Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto excluyeron al accionante del concurso de méritos convocado a través del Acuerdo CSJBOA17-609 del 6 de octubre de 2017, por no acreditar la calidad de ciudadano en ejercicio, al incurrir en un exceso ritual manifiesto. En ese sentido se ordenará al Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia profiera una nueva decisión respecto a la situación jurídica del accionante en el concurso de méritos convocado a través del Acuerdo CSJBOA17-609 del 6 de octubre de 2017, en la que tenga en cuenta las consideraciones aquí expuestas de tal manera que le permita continuar en las siguientes etapas del proceso de selección.”

Salvamento de voto del consejero William Hernández Gómez

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / CONCURSO DE MÉRITOS / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO POR EXISTENCIA DE OTRO MECANISMO DE DEFENSA / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / REGISTRO DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONCURSO DE MÉRITOS / INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA

Problema Jurídico: *¿Se acreditaron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, particularmente, el requisito de subsidiariedad?*

Tesis: “Entre los requisitos generales de procedibilidad, para la prosperidad de la acción de tutela, se encuentra la exigencia de la subsidiariedad, que implica el agotamiento de todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada, el cual no se

cumplió en el presente caso. En efecto, considero que en el sub lite se expidió el registro de elegibles y, en esa medida, el peticionario de la salvaguarda contaba con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para discutir la legalidad de los actos administrativos que consideraba lesionaron sus derechos subjetivos, conforme a lo expuesto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011. En ese orden de ideas, advierto que no había lugar a acceder al amparo, sino que la solicitud de la referencia debió ser rechazada por improcedente, ante el incumplimiento de la exigencia general de la subsidiariedad, como causal de procedibilidad de este mecanismo en contra de providencias judiciales.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 9 de diciembre de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, S.V. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-05927-01\(AC\).](#)

6. Se incurre en defecto sustantivo al no aplicar en sede de acción de tutela las reglas sobre notificación personal contenidas en el Decreto 806 de 2020, para efectos del cómputo del término para impugnar la sentencia.

Síntesis del caso: *Una ciudadana ejerció la acción de tutela ante el Juzgado Cuarenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá, autoridad judicial que, por medio del fallo del 21 de septiembre de 2021, negó el amparo de los derechos invocados. El 15 de septiembre de 2021, el apoderado de la accionante impugnó la anterior decisión, sin embargo, el juzgado precitado, mediante auto del 24 de septiembre de 2021, lo rechazó por extemporáneo.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA PROFERIDA EN ACCIÓN DE TUTELA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DE DEFECTO SUSTANTIVO / AUTO QUE RECHAZA LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / NOTIFICACIÓN PERSONAL / NOTIFICACIÓN POR MEDIO ELECTRÓNICO

Problema jurídico: *“¿El Juzgado Cuarenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá, al expedir el auto del 24 de septiembre de 2021, incurrió en un defecto sustantivo y en un desconocimiento del precedente y, por consiguiente, en la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia de la parte accionante?”*

Tesis: “Si bien la parte accionante no identificó expresamente los defectos contra la decisión reprochada, la Sala de Decisión entiende, de acuerdo con las razones manifestadas en la tutela, que alegó la configuración de (i) un defecto sustantivo por la inaplicación del artículo 8 del Decreto 806 de 2020 y (ii) un desconocimiento del precedente por no tener en cuenta la sentencia STC 11274-2021 del 1 de septiembre de 2021 expedida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. (...) [L]a notificación de la decisión de tutela se puede realizar (i) por telegrama o (ii) por otro medio expedito que asegure la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. (...) [E]l juez de tutela puede ordenar la notificación del fallo a través de cualquier medio que garantice el conocimiento de la decisión judicial y que permita que el interesado pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción, sin embargo, esto no implica que el funcionario judicial pueda seleccionar libremente la manera en que debe efectuarse la notificación (...). Lo expuesto quiere decir que, a pesar de que el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 5 del Decreto 306 de 1992, disponen que el funcionario judicial puede usar cualquier medio expedito y eficaz para notificar la decisión de tutela, lo cierto es que preferiblemente se debe recurrir a la notificación personal y en caso de no ser posible utilizar otro que sea expedito y eficaz. (...) [E]n el marco de la pandemia por el COVID-19, el Gobierno Nacional

expidió el Decreto 806 de 2020, mediante el cual adoptó «medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica» (...) [A]l realizar la notificación personal por correo electrónico, esta se entiende efectuada dos días hábiles después del envío del mensaje, de tal manera que los términos empezarán a contarse el día después lo cual significa, en cuanto a la impugnación del fallo de tutela, que el término de tres días para interponerla iniciará dos días hábiles después de la remisión del mensaje electrónico al correo señalado por las partes. [T]eniendo en cuenta que en el sub examine el despacho judicial accionado notificó la sentencia de tutela a la señora [M.T.Z.R.] a través de correo electrónico remitido el 8 de septiembre de 2021, (...) la interesada contaba hasta el 15 de septiembre de 2021 para presentar la impugnación (...) De acuerdo con las razones precedentes la Sala de Decisión considera que se configuró el defecto sustantivo alegado, porque el despacho judicial accionado no tuvo en cuenta la norma aplicable al asunto al momento de definir si concedía o no la impugnación presentada, esto es, el Decreto 806 de 2020. En consecuencia, se dejará sin efectos el auto (...) a través de la cual el Juzgado Cuarenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Cuarta rechazó por extemporánea la impugnación interpuesta por la señora [M.T.Z.R.] contra el fallo de tutela.”

Salvamento de voto del consejero William Hernández Gómez

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUTO QUE RECHAZA IMPUGNACIÓN / IMPROCEDENCIA POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / REVISIÓN ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Tesis: “En el proveído de tutela de la referencia se analizó el auto dictado por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Cuarta, mediante el cual se rechazó por extemporáneo el recurso de impugnación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia dictada en una acción de tutela. En dicha providencia, de la cual me separo, se indicó que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto sustantivo, al no aplicar el Decreto 806 de 2020 para contabilizar el término con el que se contaba para formular el recurso referido. Al respecto, considero pertinente mencionar que la procedencia general de la acción de tutela en contra de providencias judiciales exige, entre otros requisitos, que se hayan agotado todos los mecanismos judiciales con los que se cuenten y que la sentencia cuestionada no haya sido proferida en otra acción de igual naturaleza. Frente a esta última exigencia debe precisarse que cuando se trata de otra decisión adoptada en ese trámite constitucional distinta a aquella, la Corte Constitucional ha diferenciado si se trata de un proveído proferido con anterioridad o con posterioridad al fallo, para determinar su procedencia. En esa medida, evidencio que en el asunto objeto de análisis se examinó de fondo la decisión adoptada en el auto que resolvió sobre la concesión del recurso de impugnación interpuesto, sin tener en cuenta que la accionante podía solicitar la selección del expediente para revisión ante la Corte Constitucional, con el objetivo de que se analizara la irregularidad que en su criterio aconteció por parte del juez que conoció la primera instancia de la acción.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A; sentencia del 25 de noviembre de 2021; C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000-23-15-000-2021-01306-01\(AC\), S.V. William Hernández Gómez, A.V. Rafael Francisco Suárez Vargas.](#)

7. Se reitera que el plazo razonable, para efectos de determinar si con el ejercicio de la acción de tutela se cumple el presupuesto de inmediatez, no se debe computar desde que se profiere el auto de obedézcase y cúmplase lo resuelto por el superior.

Síntesis del caso: *Un ciudadano presentó una demanda en ejercicio de la acción de tutela, contra el Juzgado 20 Administrativo de Cali y el Tribunal Administrativo*

del Quindío, por la expedición de las providencias del 2 de agosto de 2016 y 20 de junio de 2019, respectivamente, dentro del medio de control de controversias contractuales No. 76001-33-31-014-2009-00066-01. El asunto fue conocido por la Sección Primera del Consejo de Estado, autoridad judicial que en sentencia del 21 de agosto de 2020 negó las pretensiones de la demanda. En segunda instancia, la Sección Quinta de esta Corporación revocó la determinación del a quo, y en su lugar, declaró la improcedencia del amparo al encontrar que no se cumplió con el requisito de inmediatez. Se pretende dejar sin efecto las providencias proferidas en sede constitucional a través de un nuevo ejercicio de la acción de tutela.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE TUTELA / COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL / FALTA DE PRUEBA DEL FRAUDE EN LA RESOLUCIÓN JUDICIAL / INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE INMEDIATEZ / CÓMPUTO DEL TÉRMINO RAZONABLE

Problema jurídico: *¿La Presente solicitud de amparo constitucional, que se dirige a impugnar un fallo de tutela, cumple con los requisitos generales de procedibilidad?*

Tesis: “[E]l amparo impetrado por [A.Z.R.] no cumple el presupuesto del *fraus omnia corrumpit*, pues no se percibe la configuración de la cosa juzgada fraudulenta respecto del fallo del 15 de octubre de 2020 dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado. Así, a pesar de que se hizo mención de unas situaciones que supuestamente permitirían colegir la materialización del presupuesto estudiado, lo cierto es que lo pretendido por el accionante es imponer su visión frente a la presunta vulneración de derechos fundamentales que ocurrió a partir de la realidad fáctica invocada en la acción de tutela de radicado No. 2020-03096-01; y reiterar que el término de inmediatez de la mentada acción se debió contar a partir del 16 de diciembre de 2019, momento en el que quedó ejecutoriado el auto emitido por el Juzgado 20 Administrativo de Cali. Sin embargo, para esta Sala de Subsección, los reclamos que se elevan, son infundados, como se procede a explicar. La providencia con la que finalizó el trámite reprochado a través de la acción de tutela de radicado No. 11001-03-15-000-2020-03096-01, es la dictada el 20 de junio de 2019 por el Tribunal Administrativo del Quindío, que resolvió desfavorablemente las súplicas formuladas a través del medio de control de controversias contractuales No. 76001-33-31-014-2009-00066-01. Ahora bien, se encuentra que la mencionada providencia fue notificada mediante edicto desfijado el 19 de septiembre de 2019, como aparece en la página de Consulta de Procesos de la Rama Judicial. En vista de lo anterior, la sentencia acusada cobró ejecutoria el 24 del mismo mes y año, de modo que el término de los 6 meses que, *prima facie*, se avistaba razonable, estuvo vigente hasta el 24 de marzo de 2020, no obstante, la acción de tutela en cuestión solo fue radicada hasta el 9 de julio de 2020, incumpliendo así el requisito general de inmediatez. (...) [E]l Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020 y posteriores, dispuso la suspensión de términos judiciales a nivel nacional; no obstante, tal regulación exceptuó expresamente el trámite de las acciones de tutela, por lo que el mecanismo constitucional no se vio afectado en forma alguna por las medidas adoptadas por la pandemia del COVID-19. (...) [S]e le aclara al accionante que a pesar de que pretenda justificar el cumplimiento del requisito de inmediatez aduciendo que el plazo razonable para interponer el amparo debe contabilizarse desde el auto de obedécese y cúmplase que data del 9 de diciembre de 2019, lo cierto es que tal argumento no es de recibo, pues el demandante conocía el contenido y sentido de la sentencia reprochada desde su notificación, y por ende, a partir de esa época contaba con la posibilidad de formular la acción constitucional. Pero, además de lo anterior, la sentencia del 15 de octubre de 2020, dictada al interior del asunto 2020-03096-01, que revocó la decisión de primera instancia y en su lugar declaró la improcedencia del amparo, fue excluida de selección por la Corte Constitucional mediante auto del 29 de enero de 2021, notificado a través del estado No. 02 del 12 de febrero de 2021, por lo que quedó configurado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, lo que la hace inmutable e inmodificable.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia del 10 de diciembre de 2021; C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2020-04883-01 \(AC\).](#)

ACCIONES DE GRUPO

1. En el marco de las acciones de grupo, la carga probatoria de los accionantes no se puede limitar a la demostración de la vulneración del derecho colectivo, sino que además deben acreditar los perjuicios individuales recibidos

Síntesis del caso: *Integrantes de la comunidad indígena zenú Cabildo Venado interpusieron acción de grupo contra el municipio de Ciénaga de Oro, la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge y la empresa Coraseo S.A. E.S.P. por considerarse afectados directos de la construcción de un relleno sanitario. El juez constitucional determinó que de la demanda no se desprenden elementos de convicción que permitan concluir que los demandantes sufrieron daños individuales por la construcción del relleno. De esta manera, a juicio del Consejo de Estado al grupo accionante no le basta demostrar la vulneración del derecho colectivo, sino que también es necesaria la acreditación de los perjuicios individuales que se les causó.*

ACCIÓN DE GRUPO / OBRAS DE RELLENO SANITARIO / FALTA DE DEMOSTRACIÓN DE LA AFECTACIÓN / AUSENCIA DE CARÁCTER PROBATORIO DE LAS FOTOGRAFÍAS / REGISTRO DE IMÁGENES / AFECTACIONES ANTERIORES A LAS OBRAS / IMPOSIBILIDAD DE DEMOSTRAR UN MENOSCABO AL PATRIMONIO DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO / CARGA PROBATORIA DEL GRUPO - No se limita a demostrar la vulneración del derecho colectivo / DEBER DE ACREDITACIÓN DE LOS PERJUICIOS INDIVIDUALES – No puede hacerse en abstracto / INACTIVIDAD PROBATORIA DEL GRUPO

Problema Jurídico: *[L]e corresponde a la Sala determinar si los integrantes de la parte actora se encontraban legitimados en la causa por activa, teniendo en cuenta que, según el A-quo, no demostraron la propiedad o su calidad de poseedores sobre los predios que presuntamente resultaron afectados con ocasión de las obras tendientes a la construcción de un relleno sanitario ubicado en la vereda Cantagallo del municipio de Ciénaga de Oro. Si esta colegiatura encuentra que los demandantes están legitimados en la causa por activa, deberá acometer el estudio de fondo para determinar si los entes accionados causaron a los actores un daño antijurídico en virtud de la construcción de un relleno sanitario, y si tal daño debe ser reparado por aquellos.*

Tesis: “[En lo que tiene que ver con el primero de los daños alegados, esto es, la destrucción de cultivos en los predios de los actores en virtud de una avalancha generada por el descapote del material vegetal, producido por la maquinaria de la obra que afectó el flujo ordinario de las aguas de escorrentías, la Sala coincide con el análisis del A-quo, en el sentido que tal afectación no está demostrada en el plenario. En efecto, la parte actora pretende acreditar este daño aportando un registro fotográfico en copia a color de lo que, considera, constituyen las afectaciones a los predios (...) No obstante, teniendo en cuenta el precedente unificado de la Sección Tercera de esta Corporación, las fotografías aportadas con la demanda no serán valoradas, pues, en principio, carecen de mérito probatorio, puesto que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las cuales no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron captadas. (...) En cuanto al segundo daño alegado, es decir, la contaminación y destrucción de diez pozos de aguas subterráneas, como consecuencia de los lixiviados producidos por la acumulación de basuras y la presencia de capas grasosas, la Sala tampoco encuentra demostrada su ocurrencia. (...) Como puede apreciarse, sin dificultad, los análisis fisicoquímicos y microbiológicos que fueron aportados al proceso, demuestran que desde antes de iniciarse las obras del relleno sanitario, las aguas provenientes de los pozos de los demandantes [N.M.], [A.M.] y [C.B.], ya incumplían los criterios de calidad para uso doméstico y humano en los términos de la normativa referenciada, (...) Algo similar concluyó el informe de auditoría de la Contraloría General de la República para la vigencia 2012, en relación con el proyecto de construcción de la primera atapa del relleno sanitario del municipio de

Ciénaga de Oro, en el que refirió, luego de formular algunas recomendaciones para garantizar los derechos de las comunidades aledañas al proyecto. (...) En vista de lo anterior, esta Sala de Subsección no puede asumir que el grupo demandante sufrió un menoscabo en su patrimonio imputable al Estado, ni puede concluir que este tiene el deber de repararlo, pues se trata de un daño respecto del cual no se tiene prueba alguna y, por el contrario, está fundado en afirmaciones desprovistas de elementos de convicción que así lo soporten. En efecto, debe tenerse absoluta claridad de que cuando se pretende la indemnización de esos perjuicios individuales o 'intereses privados', la carga probatoria del grupo demandante no se encuentra limitada a la acreditación de la vulneración del derecho colectivo, en este caso el medio ambiente y la salubridad pública, sino que necesariamente se extiende a la prueba de esos perjuicios propios y particulares. (...) Además de lo anterior, resulta fundamental destacar que la acreditación de los perjuicios individuales, cuya indemnización se pretende, debe hacerse de manera particular y concreta, pues tampoco tiene cabida su valoración en abstracto. (...) Por consiguiente, lo que se evidencia es una inactividad probatoria del apoderado del grupo demandante, sin que pueda el juez alterar la carga probatoria en contra de las entidades demandadas, lo que implicaría premiar la pasividad del extremo activo del litigio”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 31 de agosto de 2021, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 23-001-23-33-000-2012-00060-01\(AG\)](#)

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. La expulsión de un congresista de su partido por desconocer las normas disciplinarias del mismo, no está prevista como causal de pérdida de investidura bajo la modalidad de conflicto de intereses.

Síntesis del caso: *En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra de los congresistas Armando Alberto Benedetti Villaneda y Roy Leonardo Barreras Montealegre, un grupo de ciudadanos solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por la configuración de un presunto conflicto de intereses de tipo moral.*

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA – Naturaleza sancionatoria / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES / CONFLICTO DE INTERESES DE TIPO MORAL – Constituye una causal de pérdida de investidura / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - No es posible extender el alcance de la sanción de pérdida de investidura a los asuntos no previstos como causal

Problema jurídico: *¿La expulsión de los senadores Armando Alberto Benedetti Villaneda y Roy Leonardo Barreras Montealegre del Partido de la U, por la violación de las normas del partido, configura un caso de conflicto de intereses de carácter moral, que deba sancionarse con pérdida de investidura?*

Tesis: “La pérdida de investidura es un valioso mecanismo de control judicial de origen constitucional, que surgió con la finalidad de erradicar las prácticas que resultan contrarias al ejercicio de la función pública legislativa y que minan la legitimidad y la confianza en el Congreso. Ha sido caracterizado como un juicio o proceso jurisdiccional sancionatorio, que hace parte del ius puniendi del Estado, y, además, tiene un claro propósito ético, en tanto las causales son un código positivizado de conducta para orientar el ejercicio de la función y enaltecer el principio de representación democrática. Se trata, en últimas, de castigar las conductas contrarias a la moralidad, la transparencia, la probidad y la imparcialidad. Como proceso sancionatorio que es, la pérdida de investidura exige realizar un juicio de responsabilidad subjetiva, con observancia plena del debido proceso, para establecer si la conducta dolosa o gravemente culposa del acusado merece ser castigada con la pérdida de investidura, sanción que implica no solo que el congresista pierda su condición, sino que queda inhabilitado permanentemente para ser elegido. (...) [L]a jurisprudencia de esta Corporación se ha encargado de delimitar el alcance de la causal de pérdida de investidura, por conflicto de intereses, a partir de la interpretación de las normas originales de la Ley 5ª de 1992 y del estudio de casos concretos. Así, la Sala Plena identificó las siguientes características del conflicto de intereses: a) El artículo 133 de la Constitución prevé que los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y que, por ende, deberán actuar consultando la justicia y el bien común. De modo que, si colisionan los intereses privados del congresista con el interés público propio del ejercicio de la función legislativa, en la decisión o en el voto, habrá un caso de conflicto de intereses. (...) b) El conflicto de intereses que originaría un impedimento se puede presentar por razones de índole moral o económico, conforme lo establecen los artículos 182 CP; 268, numeral 6, y 286 de la Ley 5ª de 1992. El conflicto de intereses de índole económico permite un entendimiento más simple, ya que los artículos 287 y 288 de la Ley 5ª prescriben el deber del congresista de registrar los intereses privados y la participación accionaria. El conflicto de intereses de índole moral, en cambio, no es de fácil configuración, razón por la cual, dada su indeterminación, la Sala Plena los ha asociado a la moralidad administrativa, la protección a la confianza legítima de los electores y el correcto ejercicio de la función pública legislativa. c) El impedimento puede darse por la participación o votación en una decisión o asunto que conozca el Congreso de la República: funciones de control político, administrativas, judiciales y electorales. d) El congresista está en la obligación de manifestar el impedimento cuando advierta la existencia del eventual conflicto de intereses. No es una decisión discrecional, sino un deber del congresista, cuando advierta un interés directo, particular, actual y real en la decisión o asunto sometido al conocimiento del Congreso. (...) A juicio de la Sala, la acusación planteada en la solicitud de pérdida de investidura se sustenta en el desconocimiento de las normas disciplinarias y del régimen de bancadas por

parte de los congresistas Benedetti Villaneda y Barreras Montealegre. Sin embargo, la Sala plena concuerda con el a quo en que estas circunstancias no son asimilables a un conflicto de intereses de índole moral, sino que pueden generar otro tipo de consecuencias jurídicas frente a los acusados, como la expulsión del Partido de la U. La Sala insiste que el [accionante] no denuncia un caso en el que los acusados se hubieran abstenido de manifestar impedimento en el trámite de un asunto sometido a su consideración, por existir un interés actual, directo y cierto, sino que cuestiona las conductas y manifestaciones públicas de los congresistas acusados contra las decisiones de bancada. Esa acusación desborda la competencia del juez de la pérdida de investidura. A la Sala Plena, que actúa como juez de pérdida de investidura de congresistas, no le corresponde hacer ningún juicio de reproche, por la violación del régimen de bancadas y por haberse desconocido la prohibición de doble militancia, pues la competencia está limitada a examinar si se configuró el conflicto de intereses de tipo moral. La interpretación que propone el [accionante] implicaría extender el conflicto de intereses a un supuesto no previsto por la causal, en detrimento del principio de tipicidad. La expulsión de los senadores acusados del Partido de la U, por desconocer normas disciplinarias, no está prevista como causal de pérdida de investidura, bajo la modalidad de conflicto de intereses”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza de la acción de pérdida de investidura, ver: Corte Constitucional, SU-424 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de septiembre de 2016, expediente 11001-03-15-000- 2014-03886-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de inhabilidad e incompatibilidad del conflicto de intereses, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1 de noviembre de 2016, C.P. María Elizabeth García González. Expediente 2015-01571-00.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 20 de octubre de 2021; C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-15-000-2020-04535-01\(PI\)](#)

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

1. No puede considerarse que las decisiones proferidas en vigencia de un criterio jurisprudencial vigente, en lo que atañe a la manera de aplicar el IBL en los regímenes especiales de transición, fueron proferidas con abuso del derecho o con desconocimiento del debido proceso, no obstante, el desconocimiento de los topes pensionales sí genera un beneficio desproporcionado que desconoce que los parámetros fijados por el constituyente, el legislador y la jurisprudencia de las altas cortes.

Síntesis del caso: *En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social, instauró demanda contra la sentencia del 5 de junio de 2014, mediante la cual la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado confirmó en su integridad el fallo de primera instancia de 25 de octubre de 2012, proferido por el Tribunal*

Administrativo del Cesar, en la que se determinó que la pensión del señor Adalberto Márquez Fuentes debía ser liquidada conforme lo establece el Decreto 546 de 1971, es decir, reconociéndole el 75% de la asignación mensual más elevada en el último año de servicios y no sobre el promedio más elevado de los salarios devengados por este durante el último año de servicios.

RECURSO EXTRAORDINARIO ESPECIAL DE REVISIÓN / CARACTERÍSTICAS – Para controvertir providencias judiciales que reconocen la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza con cargo al tesoro público o a fondos de naturaleza pública / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN - No constituye una tercera instancia para subsanar las falencias de las partes / CAUSAL DE REVISIÓN CONTENIDA EN EL LITERAL A) DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 793 DE 2003 / VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO - Falta de legitimación en la causa por pasiva / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSAL DE REVISIÓN CONTENIDA EN EL LITERAL B) DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 793 DE 2003 / DESCONOCIMIENTO DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN - No puede considerarse que las decisiones proferidas en vigencia de un criterio jurisprudencial vigente fueron proferidas con abuso del derecho o con desconocimiento del debido proceso / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSAL DE REVISIÓN CONTENIDA EN EL LITERAL B) DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 793 DE 2003 / DESCONOCIMIENTO DE LOS TOPES PENSIONALES - Materializan los mandatos constitucionales relacionados con la equidad, igualdad, solidaridad y universalidad del Sistema de Seguridad Social

Problema jurídico: *¿En el caso bajo estudio se configuran las causales de revisión previstas en los literales a) y b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, esto es, si las sumas prestacionales reconocidas en la sentencia objeto del recurso extraordinario de revisión se obtuvieron con vulneración del debido proceso y en exceso de lo debido de acuerdo al ordenamiento jurídico?*

Tesis: “Comoquiera que en el presente proceso se invocan las causales de revisión previstas en la Ley 797 de 2003, es menester indicar que dicha ley previó dos causales calificadas de revisión para controvertir providencias judiciales que reconocen la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza con cargo al tesoro público o a fondos de naturaleza pública. (...) La Corte Constitucional, en la sentencia C-835 de 2003, señaló que la transcrita norma estableció una acción de revisión sui generis, cuyo ejercicio tiene las siguientes características: (i) está restringido a una parte activa calificada, es decir, son determinadas entidades las llamadas a instaurarla; ii) procede únicamente por dos causales específicas que tienen por finalidad la protección y recuperación del patrimonio público, y iii) su objeto es delimitado y el análisis se dirige a establecer la legalidad de las sumas periódicas que han sido reconocidas. Esta Sala recuerda que en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 56 de 2002 – Senado, que dio origen a la promulgación de la Ley 797 de 2003, específicamente en lo referente a la enunciación de las causales de procedencia del recurso extraordinario de revisión, se destacó que el objeto de la regulación no es otro que afrontar los graves casos de corrupción en materia de reconocimiento pensional y evitar la continuidad del pago de pensiones que hayan sido reconocidas por montos superiores a aquellos determinados por la ley. (...) Conforme con la jurisprudencia de esta corporación, la causal de revisión contenida en el literal a) del artículo 20 de la Ley 793 de 2003 es procedente cuando la sentencia atacada reconoce, reajusta o reliquida -con violación al debido proceso- una pensión con cargo al tesoro público o los fondos de naturaleza pública. (...) [L]a Sala no observa que los argumentos de la entidad demandante se encuentran dirigidos a evidenciar la vulneración directa de alguna de las garantías del debido proceso antes señaladas, sino a controvertir la legitimación en la causa la entidad que fungió como demandada dentro del proceso ordinario que dio origen a la sentencia objeto de análisis. (...) En relación con la falta de legitimación alegada en esta oportunidad, es menester resaltar que, durante el curso del proceso ordinario, la parte recurrente no alegó dicha inconformidad, no obstante de haber contado con la posibilidad de utilizar los mecanismos procesales que la legislación procesal instituye cuando se trata de corregir irregularidades asociadas a la planteada por la UGPP -carencia de legitimación en la causa- entre los que se destacan: la proposición de excepciones previas; el incidente de nulidad o el recurso de reposición en contra del auto que admitió la demanda y ordenó la vinculación de la referida entidad al proceso. (...) Así las cosas, la Sala recuerda que el recurso extraordinario de revisión no puede ser

instituido como una tercera instancia para subsanar las eventuales falencias de las partes en el ejercicio de sus derechos, sino para enmendar aquellos vicios que afectan sustancialmente el orden legal, de allí que, si los argumentos expuestos en sede de revisión nunca fueron objeto de debate dentro del proceso ordinario, estos se tornan improcedentes para efectos de infirmar los efectos de una sentencia que está amparada por el principio de cosa juzgada. (...) [L]a aplicación del IBL a los regímenes especiales de transición, previstos en la Ley 100 de 1993, fue objeto de un largo desarrollo jurisprudencial que, en materia de lo contencioso administrativo, solo fue objeto unificación con el fallo de la Sala Plena del Consejo de Estado del año 2018, es decir, que resulta totalmente lógico que los efectos de dicha sentencia apliquen con efectos hacia el futuro y no de manera retroactiva o retrospectiva, porque con ello se protegen principios, derechos y valores constitucionales como la seguridad jurídica, la igualdad, la buena fe, la confianza legítima, entre otros. Es por ello que, en sede del recurso extraordinario de revisión, no puede considerarse que las decisiones proferidas en vigencia de un criterio jurisprudencial vigente, en lo que atañe a la manera de aplicar el IBL en los regímenes especiales de transición, fueron proferidas con abuso del derecho o con desconocimiento del debido proceso, con el único argumento de que son contrarias a la interpretación vigente en esta oportunidad. (...) [L]a orden contenida en el ordinal cuarto de la providencia de primera instancia, la cual fue confirmada íntegramente en la sentencia objeto de estudio, si bien no fue obtenida con abuso del derecho o con desconocimiento del debido proceso, sí genera un beneficio desproporcionado en cabeza del aquí demandado y desconoce que los topes pensionales fijados por el constituyente, el legislador y la jurisprudencia de las altas cortes propenden por la estabilidad del sistema pensional y por garantizar que todos los trabajadores, que tienen la expectativa legítima de acceder a una mesada pensional, puedan acceder a la misma en condiciones de igualdad y equidad y con la certeza económica de que ello será económicamente posible. La Sala no encuentra que la decisión de someter la mesada pensional del [beneficiario] a los topes pensionales fijados en el Acto Legislativo 01 de 2005 desconozca las garantías al debido proceso e igualdad, por cuanto tal pronunciamiento materializaría los mandatos constitucionales relacionados con la equidad, igualdad, solidaridad y universalidad del Sistema de Seguridad Social que inspiraron la reforma constitucional y que son protegidos el ordenamiento jurídico. Pensar lo contrario sería vaciar de contenido el Acto Legislativo No. 01 de 2005 y las decisiones de la Corte Constitucional, reabriendo innecesariamente la discusión sobre el ajuste de los topes de las pensiones a los límites constitucionales razonables”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre las causales del recurso extraordinario de revisión previstas en la Ley 797 de 2003, ver: Corte Constitucional, sentencia C-835 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la causal de revisión del literal a) del artículo 20 de la Ley 793 de 2003, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veintidós Especial de Decisión. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Radicación: 11001 03 15 000 2018 01884 00. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales de transición previstos en la Ley 100 de 1993, ver: Corte Constitucional, sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-395 de 2017y SU-023 de 2018; y Consejo de Estado, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009), M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Sección Segunda, sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016, radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01. M.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Accionante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón; Sección Segunda. Sentencia de 9 de febrero de 2017. Expediente 25000-23-42-000-2013-01541-01. C.P. César Palomino Cortés y Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, C.P. César Palomino Cortés, número único de radicación 52001 23 33 000 2012 00143 01.

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre los topes pensionales fijados en el Sistema General de Pensiones, ver: Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Cuarta Especial de Decisión; sentencia del 30 de noviembre de 2021; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-15-000-2017-01538-00\(REV\)](#)

2. Se configura la causal de revisión del numeral quinto del artículo 250 del C.P.A.C.A. cuando no se profiere una sentencia razonada en la que se indiquen los motivos que llevaron

a desestimar los argumentos primordiales de la demanda.

Síntesis del caso: *En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, el señor Carlos Augusto Caicedo Gardeazabal, instauró demanda contra la sentencia del 16 de agosto de 2018, mediante la cual la Subsección Primera del Consejo de Estado negó las pretensiones de la acción de nulidad presentada en contra de los artículos 23 y 24 del Decreto 393 de 4 de marzo de 2002 «por el cual se modifican parcialmente los Decretos 856 de 1994 y 92 de 1998, por medio de los cuales se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio y se fijan las relativas a los registros de proponentes y mercantil».*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / ALCANCE DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / OBJETO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO – Se configura cuando la sentencia carece de una motivación razonada

Problema jurídico: *¿La sentencia de 16 de agosto de 2018, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, incurrió en la causal de revisión señalada en el numeral 5 del artículo 250 del C.P.A.C.A., esto es, por haberse presentado una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación?*

Tesis: “El recurso extraordinario de revisión es un medio que permite impugnar una providencia judicial ya ejecutoriada, siempre y cuando se configuren, de manera expresa, las causales señaladas en el artículo 250 del CPACA (antes artículo 188 del CCA), situación que es posible entenderse como una de las excepciones al principio de la cosa juzgada, que se aplica exclusivamente a aquellas situaciones «críticas» en las que a pesar de la presunción de legalidad que cobija a las sentencias, ellas no pueden subsistir por el grave desconocimiento de los principios fundamentales del proceso. No obstante, es indispensable delimitar el ámbito del recurso de revisión, pues tal medio de impugnación no ha de tomarse como nueva instancia, en la que se pueda intentar una nueva valoración de la prueba o provocar una interpretación adicional de las normas aplicables al caso. Por el contrario, los errores de apreciación probatoria en que se haya podido incurrir, son ajenos al recurso de revisión, pues éste no es una instancia más en la que pueda replantearse el litigio que dio lugar a una sentencia. En este sentido, puede concluirse que este recurso no constituye un escenario que permita, luego de la existencia de un fallo debidamente ejecutoriado, debatir la litis propuesta a lo largo del correspondiente proceso ordinario, en tanto que su naturaleza excepcional exige el cumplimiento de unos requisitos o presupuestos señalados por la ley, es decir, el acatamiento de lo descrito en el artículo 288 CPACA, por lo que para que el juez pueda entrar a examinar la controversia materia del recurso, es necesario que la causal invocada por el recurrente se encuentre debidamente acreditada dentro de las contempladas por el artículo en mención. (...) Sobre esta causal, el Consejo de Estado, en sentencia de 3 de febrero de 2015 acogió la tesis del respeto a la taxatividad y legalidad de las nulidades, de ahí que las causales de nulidad de la sentencia son las previstas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, hoy 133 del Código General del Proceso, y las que se originan en la sentencia a partir del artículo 29 de la Constitución Política. Esta Corporación ha precisado que se configura por situaciones originadas, o bien en la misma sentencia recurrida, en hechos que sobrevengan con posterioridad a ella y que deben tener una influencia tal que la decisión a adoptar sea distinta. (...) En lo que se refiere a la nulidad originada en la sentencia por ausencia de motivación, esta Corporación ha diferenciado (i) la falta absoluta de motivación y (ii) la deficiente o errada motivación; y ha dicho que es únicamente motivo de revisión la primera de ellas, es decir, la carencia total de pronunciamiento del juez sobre las razones de hecho o de derecho que le permiten arribar a una decisión. Por esto, se ha precisado que es improcedente, con fundamento en dicha causal, alegar situaciones relacionadas con deficiencias en la motivación, con la estimación errada de los hechos por parte del juez, con las pruebas o las normas jurídicas aplicadas, con la falta de consideración de alguna de las pruebas, etc., porque de admitir tales reclamaciones se desconocería, abiertamente, el carácter extraordinario del recurso, convirtiéndolo en otra instancia. (...) [P]ese que el

demandante indicó los sujetos que debían ser comparados frente al tratamiento establecido en el listado de tarifas señaladas en los artículos 23 y 24 del Decreto 393 de 2002, la sentencia recurrida no efectuó el correspondiente test que debía realizarse para determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad y determinar «si ante situaciones iguales se otorga un trato diferente sin justificación alguna; o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual pese a que debe prohibirse un diferenciado acorde con el mandato constitucional». Como se indicó en precedencia, el mencionado test se encuentra compuesto por tres etapas: (i) La determinación de los criterios de comparación, esto es, si se trata de sujetos de la misma naturaleza, (ii) Definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales, (iii) Concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente. Empero, el razonamiento plasmando en la sentencia recurrida solo se refirió a la misma tarifa establecida en los artículos cuestionados sobre la cual concluyó que era «proporcional» sin realizar el citado análisis frente a cada grupo de comerciantes para poder determinar si se presentó la vulneración del principio de igualdad y si el sistema de cobro de tarifas de registro y renovación de la matrícula mercantil era regresivo e inequitativo. Aunado a lo anterior, la sentencia recurrida tampoco realizó el análisis de los artículos 23 y 24 del Decreto 393 de 2002 frente a la posible vulneración de los artículos 333 y 338 de la Constitución Política, tema que es transversal para el caso como lo expusieron los salvamentos de voto citados en precedencia. (...) Así pues, por las razones que anteceden es evidente que la sentencia recurrida se encuentra incurso en la causal 5ª del artículo 250 del CPACA, consistente en «Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación», atendiendo a que el a quo no emitió una decisión razonada acerca de por qué negó los argumentos primordiales de la demanda, consistentes en la presunta vulneración de los artículos 13, 333 y 338 constitucionales, por parte de los artículos 23 y 24 del Decreto 393 de 2002, esto en virtud el sistema para fijar las tarifas de inscripción en la matrícula mercantil y su renovación, que en consideración del accionante, conduce a un sistema más gravoso para los pequeños comerciantes, en contradicción de los principios de justicia, equidad y progresividad”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Novena Especial de Decisión; sentencia del 14 de diciembre de 2021; C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-15-000-2019-03823-00\(REV\)](#)

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / TAXATIVIDAD DE LAS CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Problema jurídico: *¿Es posible declarar fundado el recurso extraordinario de revisión por la causal del numeral 5 del artículo 250 del C.P.A.C.A. por la presunta violación del artículo 29 de la Constitución Política?*

Tesis: “Aunque compartí la sentencia proferida el pasado 14 de diciembre de 2021, en cuanto declaró fundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto en el asunto de la referencia, ello obedeció a la aplicación de la postura -que no comparto pero que desde luego respeto y acato- sentada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, según la cual, la causal de revisión prevista en el numeral 5 del artículo 250 del CPACA -Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación- también puede configurarse por evidenciarse una violación del artículo 29 de la Constitución Política, que en últimas fue lo que en este caso encontró configurado la Sala -por considerar que hubo una decisión sin motivación-, dado que hubo unos cargos que no se resolvieron en el proceso ordinario. Como lo he señalado, en nuestro procedimiento civil no es de recibo la teoría de las “nulidades constitucionales” con carácter indeterminado, por considerar que tal teoría genera inseguridad jurídica. Lo anterior, por cuanto ello puede repercutir indirectamente en la definición de las nulidades procesales que se presentan antes de dictarse sentencia, pues con el entendimiento que le ha dado la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, puede estimarse que se desmonta el régimen taxativo de las nulidades procesales y se abre la puerta para que, por vía de principalística constitucional, se derrumbe la estabilidad de los procesos por circunstancias que quedarán al arbitrio de los juzgadores”.

3. Los beneficios tributarios previstos en la Ley 2010 de 2019 son de alcance general, por lo que no resulta válido afirmar que, con su aplicación, los congresistas, sus familiares cercanos y sus socios obtendrían un beneficio, privilegio o ganancia en su favor de las que no gozarían los demás ciudadanos que cumplan los requisitos previstos en la citada disposición.

Síntesis del caso: *En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del congresista Gustavo Bolívar Moreno, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por la presunta violación al régimen de conflicto de intereses.*

MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / FINALIDAD DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / EFECTOS DEL MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CONFLICTO DE INTERESES DEL CONGRESISTA – El beneficio predicado como causal de conflicto de intereses del congresista debe ser particular, directo y actual

Problema jurídico: *¿El senador Gustavo Bolívar Moreno incurrió o no en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183.1 de la Constitución Política de Colombia, por «violación al régimen de conflicto de intereses» al haber participado en el trámite del proyecto de Ley 278/19 Cámara – 227/19 Senado, en el que se discutió un mecanismo para facilitar la terminación por mutuo acuerdo de los procesos administrativos tributarios, aduaneros y cambiarios adelantados ante la DIAN?*

Tesis: “La pérdida de investidura, es un instituto jurídico de raigambre constitucional, que tiene como propósito asegurar la participación ciudadana en el ejercicio del control político de los congresistas, para hacer prevalecer el interés general, los principios de representatividad, moralidad e imparcialidad y velar por la credibilidad de las instituciones democráticas. (...) Las disposiciones que regulan la materia, instituyeron la acción de pérdida de investidura como una acción jurisdiccional pública y autónoma de carácter especial, a través de la cual se puede despojar de su investidura a los miembros del Congreso de la República que han incurrido en la violación del código de conducta de los congresistas y más concretamente del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, el ejercicio de dicha acción comporta un juicio de carácter jurídico, subjetivo, sancionatorio, ético y político, basado en las causales previstas en los artículos 110, 122 inciso final y 183 de la Constitución, los cuales se encuentran desarrollados por las disposiciones de la Leyes 5ª de 1992, 1881 de 2018 y 2003 de 2019. (...) [E]s necesario poner de relieve que, según las voces del inciso primero del artículo 1º de la Ley 1881 de 2018, que “El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva” y que la acción “se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución”. (...) La causal de pérdida de investidura invocada en este caso, tal como quedó dicho al exponer los antecedentes del proceso, es la prevista en el artículo 183.1 de la Constitución Política (...). El Artículo 1º de la Ley 2003 del 19 de noviembre de 2019, “Por la cual se modifica parcialmente la Ley 5ª de 1992 y se dictan otras disposiciones”, al modificar el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, definió el conflicto de intereses como “...una situación donde la discusión o votación de un proyecto de ley o acto legislativo o artículo, pueda resultar en un beneficio particular, actual y directo a favor del congresista.” A partir de lo previsto en esa misma disposición, el conflicto de intereses se configura cuando concurren los siguientes elementos: a) Que el congresista tenga un interés particular en la deliberación o decisión de un asunto específico a cargo del

Congreso. (...) b) Que el congresista participe efectivamente en la deliberación o decisión de ese asunto especial a cargo del Congreso. (...) c) Que el interés del congresista sea directo, es decir, que su participación en el trámite le reporte beneficios o provechos en forma personal o respecto de su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. d) Que el interés sea actual, dicho en otras palabras, que no se trate de un interés eventual, estocástico o hipotético (...). e) Que el beneficio recibido no sea general sino de carácter particular. (...) A juicio de la Sala, no está demostrado en el plenario que el senador Bolívar Moreno al participar en el trámite de discusión y votación de la Ley 2010 de 2019 tuviese el propósito de reportar algún provecho personal y menos aún que ese supuesto beneficio fuese particular, directo y actual que se predique en forma específica respecto del congresista, de su cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o de sus socios, como lo exige el artículo 1º de la Ley 2003 de 2019, pues no se acreditó la existencia previa de procesos administrativos, en materias tributaria, aduanera y cambiaria, en los cuales él o las personas de su entorno estuviesen involucrados y respecto de los cuales él tuviese el interés personal de darlos por terminados de mutuo acuerdo. El contenido mismo del artículo 119 de la Ley 2010 de 2019, lleva a la Sala a señalar que, dada la amplitud de los términos en que aparece redactado, los beneficios tributarios allí previstos son de alcance general, pues tienen como destinatarios a sectores amplios de la población, sin que sea válido afirmar que, con su aplicación, los congresistas, sus familiares cercanos y sus socios obtendrían un beneficio, privilegio o ganancia en su favor, de las que no gozarían los demás ciudadanos que cumplan los requisitos previstos en la citada disposición. Bajo tales circunstancias, no es dable señalar que la ley haya consagrado beneficios particulares para el senador Bolívar. (...) Por otra parte, no puede soslayarse que durante el trámite del proyecto de Ley, el congresista manifestó estar impedido para participar en la deliberación y votación por las razones mencionadas en esta providencia, impedimentos que fueron improbados por la Comisión Tercera y la Plenaria del Senado. Sobre este punto, es importante destacar que la omisión de declarar un impedimento no constituye causal de pérdida de investidura, porque el artículo 181 de la Constitución Política no sanciona la omisión de ese deber, sino la participación en una decisión en la cual se configure un genuino conflicto de intereses. (...) En este punto es indispensable dejar en claro que al negarse los impedimentos, el senador Bolívar Moreno no podía sustraerse de la obligación de participar en el trámite del proyecto de ley, pues de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 263 de la Ley 5ª de 1992, los congresistas "Son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura", dentro de las cuales se destaca el deber de participar en la formación de las leyes, que es inherente a su función parlamentaria. Tanto es así, que el mismo artículo 183.2 de nuestra Carta Política sanciona con pérdida de investidura a los congresistas que dejen de asistir, en una misma legislatura, a seis (6) sesiones plenarias en las cuales se voten proyectos de ley, de acto legislativo o mociones de censura."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura de los congresistas, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Novena Especial de Decisión, sentencia del 25 de septiembre de 2019, Exp. número 11001-03-15-000-2019-02135-00(PI), C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Novena Especial de Decisión; sentencia del 14 de diciembre de 2021; C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-15-000-2021-05764-00\(PI\)](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. Cuando de forma previa a expedir el acto administrativo no se cumple con el deber de comunicar al interesado el inicio y el objeto de la actuación administrativa, se desconoce el debido proceso y el acto se estima expedido de forma irregular.

Síntesis del caso: *ISAGEN S.A. ESP, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda para obtener la nulidad de los actos expedidos por el Ministerio de Minas y Energía mediante los cuales “[...] se declara una deuda a favor de la Nación - Ministerio de Minas y Energía y se constituye un título ejecutivo [...]”, por ser violatorios de los artículos 6º, 29 y 209 de la Constitución Política; 3º, 28, 34, 35 y 68 del Código Contencioso Administrativo; 112 de la Ley 6ª de 1992; así como de los Decretos 2174 de 1992 y 070 de 2001.*

ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / NOTIFICACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / NOTIFICACIÓN DEL TÍTULO EJECUTIVO / NOTIFICACIÓN A TERCEROS / INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / OMISIÓN DE LA NOTIFICACIÓN / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / GARANTÍAS DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN / EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: *“[D]eterminar si la falta de comunicación sobre la existencia de la actuación administrativa que adelanta el Ministerio y mediante la cual expide de oficio un acto que declara una deuda a favor de la Nación y se constituye un título ejecutivo, que es recurrido por el afectado, viola el derecho de audiencia y de defensa del mismo. Resuelto el anterior problema, la Sala deberá pronunciarse sobre si el acto acusado incurre en causal de nulidad”*

Tesis: “En el presente caso, para la expedición del título ejecutivo contenido en el acto administrativo acusado, el Ministerio de Minas y Energía invocó como normas habilitantes la Ley 6ª de 1992, el Decreto 2174 de 1992 y el Decreto 070 de 2001, normas todas que se refieren a la posibilidad de que tal autoridad ejerza la jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a su favor. Sin embargo, debe recordarse que esta es una facultad reglada, que se refiere únicamente a la posibilidad de recaudar las sumas correspondientes a créditos previamente exigibles, y que en todo caso es una función distinta, además de cronológicamente posterior, a la de determinar y crear nuevas obligaciones a cargo de terceros, con la referida calidad de exigibles. En esta medida, es claro que, contrario a lo pretendido, los actos acusados no son producto de la facultad de cobro coactivo de que goza el Ministerio de Minas y Energía, y por ello, no se rigen por las reglas propias de aquella. Ahora bien, esta última posibilidad, la de establecer nuevos créditos, mediante la creación de títulos ejecutivos, susceptibles de ser cobrados por jurisdicción coactiva, es una función que ciertamente puede estar atribuida a las autoridades en casos específicos, pero, como bien se observa de la lectura del numeral 1º del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo arriba citado, ello solo resulta viable “en los casos previstos en la ley”. En el presente caso, resalta la Sala, las normas citadas como fundamento por el acto acusado habilitan a la autoridad para el cobro de créditos previamente exigibles, más no para determinar nuevas obligaciones con tal virtualidad, bajo la figura de los títulos ejecutivos. De otro lado, la parte accionada tampoco ha precisado cuál norma la habilitaría para generar nuevos títulos ejecutivos, como en este caso lo hizo. Así las cosas, es claro que, en caso de que una autoridad se disponga a crear una nueva obligación que conste en un título ejecutivo a cargo de un particular, que posteriormente buscará cobrar por vía de jurisdicción coactiva, en vista de la gran trascendencia de tal diligencia, debe sin duda dar aviso de su inicio a la persona que con ello resultaría obligada, a efectos de que ésta pueda ejercer su derecho a la defensa y contradicción durante la respectiva actuación. 5.3.4. Ahora bien, al examinar los antecedentes administrativos de los actos acusados, para la Sala está acreditado que la parte accionada no comunicó el inicio de oficio de la actuación administrativa demandada, incumpliendo el deber de

comunicar la existencia del trámite y su objeto. [...] De la disposición en cita [artículo 28 del C.C.A.], la Sala advierte que, cuando la administración inicie actuaciones de oficio y de ellas se desprenda una posible afectación a un particular, como en efecto ocurría en este caso, es obligatorio comunicar a los eventuales afectados de la existencia o inicio del respectivo trámite, así como el objeto del mismo. Adicionalmente, el precepto también indica que, en ese tipo de procedimiento, se aplicará lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35 del mismo código [...] La Sala observa que el artículo 28 del C.C.A. debe aplicarse en armonía con los artículos 14, 34 y 35, a partir de los cuales se colige que la vinculación de los posibles afectados al trámite administrativo tiene el propósito de darles la oportunidad a los administrados de pronunciarse y solicitar pruebas, en otras palabras, de materializar su derecho de defensa y contradicción, así como el derecho al debido proceso. Lo anterior, indefectiblemente, va ligado a los principios de publicidad y contradicción del artículo 3.º del C.C.A. [...] En ese orden, la Sala reitera que, para la administración, resulta ineludible el cumplimiento del deber contenido en el artículo 28 del C.C.A., de comunicar a los eventuales afectados del inicio de oficio de la actuación administrativa y su objeto, para que puedan ejercer su defensa y contradicción y, con ello, se respete su derecho al debido proceso. De otra parte, la omisión de esta necesaria diligencia implica que el acto administrativo que a continuación se emita habría sido expedido en forma irregular, y con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, lo que acarrea su nulidad, en los términos del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 15 de diciembre de 2021; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 25000-23-24-000-2006-00988-02.](#)

2. Se declara la nulidad del Decreto 3066 de 2007 porque al expedirlo el Gobierno Nacional excedió su potestad reglamentaria, al establecer unas medidas transitorias con base en el artículo 24 de la Ley 1152 de 2007, sin que existiera en esta disposición el contenido normativo que le permitiera reglamentarlas y modificar la ley reglamentada.

Síntesis del caso: *Se presentaron demandas para obtener la nulidad del Decreto 3066 del 15 de agosto de 2007 proferido por el Gobierno Nacional, “Por el cual se profieren disposiciones necesarias para la transición institucional originada por la nueva estructura legal bajo la cual funcionará el Sector Agrícola, Pecuario, Forestal y Pesquero en los términos de la Ley 1152 de 2007, Estatuto de Desarrollo Rural”, con fundamento en que el Gobierno Nacional, sin ninguna atribución constitucional y legal, creó un régimen de transición para el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, que no previó la Ley 1152 de 2007.*

AUTORIDADES NACIONALES - Reglamentos / DEMANDA DE NULIDAD – Respecto del decreto por medio del cual se profieren disposiciones necesarias para la transición institucional originada por la nueva estructura legal bajo la cual funcionará el Sector Agrícola Pecuario, Forestal y pesquero en los términos de la Ley 1152 de 2007, Estatuto de Desarrollo Rural / DELIMITACIÓN POR EL LEGISLADOR DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA – Reglamentar la estructura interna del INCODER, sus órganos directivos, composición y funciones / HABILITACIÓN DEL LEGISLADOR AL GOBIERNO NACIONAL – No lo fue para expedir medidas normativas transitorias / DECRETO CON DISPOSICIONES DE TRANSICIÓN – Desconoce la ley de facultades / REGLAMENTACIÓN DEL GOBIERNO NACIONAL – Le dio el sentido, alcance y contenido de una norma de transición al artículo 24 de la Ley 1152 de 2007 que no tiene / POTESTAD

REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO NACIONAL - Desbordamiento / ADOPCIÓN DE MEDIDAS TRANSITORIAS – Es competencia del legislador

Problema jurídico: “[D]eterminar si con la expedición del Decreto 3066 de 2007, el Gobierno Nacional excedió o no la potestad reglamentaria al vulnerar la norma reglamentada, en particular el artículo 24 de la Ley 1152 de 2007, al establecer unas medidas transitorias con fundamento en el artículo ibidem. En este orden de ideas, la Sala determinará si hay lugar a declarar o no la nulidad del acto administrativo acusado expedido por la parte demandada.”

Tesis: “El Decreto 3066 de 2007 se expidió en uso de las facultades conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, en concordancia con el artículo 209 ibidem, y por el artículo 24 transcrito previamente y que delimita el ámbito para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y desde su epígrafe que señala “[...] por el cual se profieren disposiciones necesarias para la transición institucional originada por la nueva estructura legal bajo la cual funcionará el Sector Agrícola, Pecuario, Forestal y Pesquero en los términos de la Ley 1152 de 2007, Estatuto de Desarrollo Rural. [...]”, se evidencia que este acto administrativo contiene disposiciones de transición, sin contar con la base normativa requerida, por cuanto, como se expuso, únicamente se habilitó al Gobierno Nacional para reglamentar la estructura del INCODER, y no para expedir medidas normativas transitorias. En línea con lo anterior, la Sala observa que en uno de los considerandos del Decreto acusado, se ratifica su carácter de medida transitoria, cuando determina que “[...] con el objeto de garantizar el cabal cumplimiento de las nuevas competencias asignadas a otras entidades estatales a través de la Ley 1152 de 2007, se hace necesario adoptar una medida transitoria que les permita, en coordinación con el Incoder, la implementación de los procedimientos administrativos, de recurso humano, financieros y logísticos necesarios para la asunción plena de las mismas, precaviendo y evitando con ello traumatismos que afecten o imposibiliten el desempeño de la función pública en relación con las actividades previstas en la ley y previniendo de esta manera la interrupción del servicio. [...]”. Medidas, régimen o disposiciones transitorias, que no contaban con el requerimiento fundamental de la potestad reglamentaria: desarrollo legal previo al ejercicio de la función reglamentaria. El Gobierno Nacional le dio al artículo 24 de la Ley 1152, el sentido, alcance y contenido de una norma de transición, el cual no tiene, modificando la ley supra, cuya competencia es privativa del legislador, y de esta manera, desbordando el ejercicio de sus funciones con la expedición del Decreto acusado. En efecto, al analizar el alcance de los artículos de la norma demandada, todos se dirigen a regular unas medidas transitorias institucionales, con base en un artículo que únicamente permite al Gobierno Nacional reglamentar la estructura interna del INCODER. [...] La Sala advierte que la expedición de las disposiciones transitorias es competencia del legislador, y si no se incluyen en la ley, no puede el Gobierno Nacional en ejercicio de la potestad reglamentaria, darle un sentido o alcance de régimen, proceso o medida transitoria a una norma que no lo tiene, modificando la ley, y con esto, traspasando los límites de sus facultades y entrando en el entorno de las competencias del Congreso de la República. Tampoco puede el Gobierno Nacional vulnerar la potestad reglamentaria y extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, argumentando que, si no se expedía esta medida transitoria, sin contar con habilitación legal y violando la ley reglamentada, se generaría un caos administrativo, traumatismos en la gestión pública y la interrupción del servicio. [...] En ese orden de ideas, el Gobierno Nacional (Presidente de la República y Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural) al expedir el Decreto 3066 de 2007 excedió su potestad reglamentaria, al establecer unas medidas transitorias con base en el artículo 24 de la Ley 1152, sin que existiera en esta disposición el contenido normativo que le permitiera reglamentarlas y modificar la ley reglamentada en cuanto a la fecha a partir de la cual entraba a regir y las funciones y competencias asignadas a unas entidades públicas según lo dispuesto en la ley supra.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 2 de diciembre de 2021; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2007-00356-00 \(Acumulado 11001-03-24-000-2007-00357-00\).](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. La firma del representante de la entidad beneficiaria no es un requisito de validez del acto de convocatoria a concurso de méritos.

Síntesis del caso: *La Comisión Nacional del Servicio Civil demandó la expresión «y por el jefe de la entidad pública respectiva», contenida en el artículo 3 del Decreto 051 de 2018 por considerar que, al disponer que la convocatoria al concurso debe suscribirse tanto por la CNSC como por el jefe de la entidad correspondiente, desconoció la competencia que la Constitución Política le asignó a aquella de manera privativa, exclusiva y excluyente para adelantar los concursos de mérito destinados a la provisión de los empleos públicos de carrera. El Consejo de Estado declaró que la expresión acusada se ajusta al ordenamiento jurídico, siempre que en su interpretación y aplicación se atienda lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-183 de 2019.*

EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / FIRMA DE LA CONVOCATORIA A CONCURSO DE MÉRITOS / COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Problema jurídico: «¿El Gobierno Nacional, a través de las entidades demandadas, incurrió en las causales de falta de competencia por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria e infracción de las normas superiores en que debía fundarse el acto por, presuntamente, haber desconocido, a través del artículo 3 (parcial) del Decreto 051 de 2018, la atribución que le asiste a la CNSC para elaborar la convocatoria?»

Tesis : “[...] [L]a naturaleza reglamentaria que le asiste al Decreto 051 de 2018 y el hecho de que la expresión acusada constituya un desarrollo de la Ley 909 de 2004, permiten sostener que esta última es el primer referente para juzgar si se presentó un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin desconocer, por supuesto, que la disposición también debe ajustar su contenido a la norma constitucional [...] materialmente, el texto de la ley y de la norma reglamentaria es coincidente, lo que implica concluir que las demandadas no excedieron el ejercicio de la facultad que les asiste para reglamentar las materias que son de su competencia pero, además, que para que el contenido del acto acusado se ajuste a las normas superiores en que debe fundarse resulta necesario que en su interpretación y aplicación se atienda lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-183 de 2019. En ese sentido, es plausible afirmar que, como sucede con el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la lectura del artículo 3 del Decreto 051 de 2018, en cuanto se refiere a la firma de la convocatoria, debe efectuarse con apoyo en las siguientes premisas: La competencia de la CNSC como autor de la convocatoria es exclusiva y excluyente, de manera que al jefe de la entidad no le es dado elaborarla, modificarla u obstaculizarla en modo alguno. No obstante, la realización del concurso público de méritos no puede ser resultado de una decisión unilateral de la CNSC, de manera que, antes de expedir el acto que incorpore las reglas del proceso de selección, se tiene que haber presentado una planeación conjunta [...] En tales condiciones, aunque es factible que, como una manifestación del principio de coordinación, el jefe de la entidad en la que han de proveerse los empleos suscriba el acto de convocatoria, este no es un requisito indispensable para su legalidad. Por consiguiente, la Sala considera que la expresión «y por el jefe de la entidad pública respectiva», contenida en el artículo 3 del Decreto 051 de 2018, se ajusta al ordenamiento jurídico superior siempre y cuando, en su interpretación y aplicación, se sigan los derroteros fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-183 de 2019, entendiéndose así que: “[...] (i) el jefe de la entidad u organismo puede suscribir el acto de convocatoria, como manifestación del principio de colaboración armónica, y (ii) en todo caso la Comisión Nacional de Servicio Civil no puede disponer la realización de un concurso sin que previamente se hayan cumplido en la entidad destinataria los presupuestos de planeación y presupuestales previstos en la ley [...]”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 18 de noviembre de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2019-00039-00 \(0102-19\)](#)

2. La Corte Suprema de Justicia desconoció los principios de objetividad, imparcialidad, mérito y los derechos adquiridos, por no nombrar y confirmar en propiedad como magistrado del Tribunal del Distrito Judicial de Pereira al primero en la lista de elegibles, y designar concursantes que ocuparon un puesto inferior.

Síntesis del caso: *El Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo 117 del 05 de agosto de 1997, convocó a concurso público de méritos con el objeto de conformar el Registro Nacional de Elegibles para la elaboración de las listas de candidatos para proveer los cargos de Magistrado de Tribunal Administrativo y Superior de Distrito Judicial, en el cual participó el demandante. Mediante el Acuerdo 2164 del 30 octubre de 2003, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura envió a la Corte Suprema de Justicia la lista de candidatos elegibles con el fin de proveer la vacante para el cargo de Magistrado de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, lista en la que ocupó el primer puesto el hoy demandante. Sin embargo, fueron designados en propiedad participantes que habían obtenido un puntaje inferior. El 15 de abril de 2005, el demandante fue nombrado Magistrado de la Sala Superior del Distrito Judicial de Cali.*

CONCURSO DE MÉRITOS EN LA RAMA JUDICIAL / LISTA DE ELEGIBLES – Finalidad / NOMBRAMIENTO DEL PRIMERO EN LISTA DE ELEGIBLES – Obligatoriedad / NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR QUE NO OCUPA EL PRIMERO EN LISTA DE ELEGIBLES / PRINCIPIOS DE OBJETIVIDAD, IMPARCIALIDAD Y MÉRITO / DERECHO ADQUIRIDO

Problema jurídico: *¿Si la Corte Suprema de Justicia al expedir las Actas 35 de 4 de diciembre de 2003 y 22 de enero de 2004, por medio de las cuales dejó de nombrar y confirmar como Magistrado en propiedad del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira al concursante que ocupó el primer puesto de la lista, desconoció los principios de objetividad, imparcialidad y mérito, por cuanto fueron designados concursantes que habían ocupado un puesto inferior?*

Tesis: “ Las listas o registros definitivos de elegibles son actos administrativos de carácter particular que tienen por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Es decir, se trata del acto administrativo que enumera las personas que aprobaron el concurso con el mayor puntaje de acuerdo con sus comprobados méritos y capacidades, las cuales deben ser nombradas en los cargos de carrera ofertados en estricto orden numérico. (...) A través de su conformación, la entidad con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta. Entonces, la lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje. (...) La carrera judicial es un mecanismo o instrumento objetivo, eficaz, racional, eficiente y en modernización constante, para el acceso a los cargos públicos, en virtud del cual, las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro, responden al principio del mérito, es decir, a la comprobación de las cualidades, talentos y capacidades de quienes pretendan ser servidores públicos, conforme a criterios objetivos previamente reglados, y no a razones puramente subjetivas, discrecionales, irracionales o arbitrarias para descalificar al funcionario. (...) Esto significa entonces, que el principio del «mérito» constituye el criterio o factor definitorio e imperante, el presupuesto ineludible, la condición esencial y estándar principal, para el acceso, permanencia, ascenso y retiro del empleo público. (...) Resultó desacertado el hecho de que en el sub-lite la Corte Suprema de Justicia hubiese elegido a personas que habían ocupado puestos inferiores en la lista de elegibles, pues con ello, se desconoció no solo el principio del mérito, el cual

busca garantizar la excelencia y el funcionamiento óptimo en la administración pública, para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado Constitucional de Derecho, como es el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución; sino que también, un derecho adquirido, dado que quienes se encuentran en la citada lista y quien ocupe el primer lugar tiene un derecho adquirido, pues superó todas las etapas del concurso público de méritos. (...) Bajo ese contexto, no existe razón para que no sea nombrada la persona que además de superar el concurso de méritos del empleo que se ofertó, ocupó el primer puesto de la lista de elegibles; dicho de otra manera, no se justifica que quien superó todas las etapas del trámite no sea nombrado en aquella oportunidad, en la medida que si ocupó el primer lugar «tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente.[...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 9 de septiembre de 2021, C.P.Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 76001-23-31-000-2004-03075-01\(0544-19\)](#)

3. La nulidad de la declaración de la vacancia por abandono del cargo por vulnerar el debido proceso no conlleva el restablecimiento automático del derecho, reintegro al cargo y pago de prestaciones sociales, cuando el servidor ha hecho dejación de funciones por el término 10 años, sin preocuparse de regularizar su situación laboral.

Síntesis del caso: *Un servidor público de la Universidad del Atlántico, se benefició junto con su grupo familiar, con el Programa de Protección del Ministerio del Interior con aprobación de pasajes internacionales y ayuda humanitaria por el término de 3 meses. El 17 de diciembre de 2001 la administración declaró la vacancia, por abandono del cargo, decisión que no fue notificada. Dicha situación es conocida por el servidor 10 años después, cuando se encuentra adelantando el trámite para el reconocimiento pensional. El acto administrativo se demandó ante la jurisdicción contenciosa y en primera instancia se declaró su nulidad, se ordenó el reintegro sin solución de continuidad y el pago de salarios y prestaciones sociales.*

DECLARATORIA DE VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO / VACANCIA – Requisitos de configuración / DECLARATORIA DE VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO- No requiere el adelantamiento previo de un proceso disciplinario / ADELANTAMIENTO DE PROCESO SUMARIO PARA LA DECLARATORIA DE VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO - Obligatoriedad / DEBIDO PROCESO – Vulneración / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / REINTEGRO Y PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES – Improcedencia frente a la dejación de funciones por más de 10 años

Problema jurídico 1: *¿Si previo a decretar el abandono del cargo del servidor público la entidad requería adelantar un trámite administrativo donde se procurará la comparecencia del interesado?*

Tesis: “Llámesese la atención en el sentido de que el artículo 127 del Decreto 1950 de 1973, dispuso que *la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo, previo los procedimientos legales*, lo cual conduce a concluir que dicha declaratoria deberá ser adoptada con observancia de las formas propias del debido proceso.(...) lo reprochado frente al acto demandado es la falta de notificación en los términos del Código Contencioso Administrativo. De tal suerte que la institución académica debió garantizarle al actor el derecho al debido proceso administrativo. Lo anterior, por cuanto de acuerdo con el acopio probatorio, no figura ninguna actuación desplegada por la Universidad tendiente a

notificarle, ni a darle la oportunidad para aportar o controvertir pruebas, e incluso para interponer recursos previa a la expedición de la mencionada resolución demandada. (...) Son dos escenarios distintos, uno el proceso disciplinario regido por la Ley 734 de 2002 y otro el relativo al ejercicio de la función administrativa. Dice también, que esta Corporación ha dejado claro que en casos de abandono del cargo no es necesario adelantar ningún proceso previo, si se tiene en cuenta que aquél es un hecho realizado autónomamente por el trabajador. Al respecto se precisa que aunque el nominador no estaba obligado adelantar un proceso disciplinario para decretar la vacancia del cargo, ello no implica que estuviera facultado para desconocer las garantías del debido proceso mediante un trámite administrativo sumario. Así pues, ha sido reiterativa la postura de esta Corporación en señalar que, previa la declaratoria de vacancia definitiva por la causal de abandono del cargo, se debe desarrollar un proceso administrativo sumario, por tanto, la Universidad sí estaba obligada a seguir una actuación previa -que en el *sub judice* estaba fundada en el Decreto 1950 de 1973- asunto que no se puede confundir con el proceso disciplinario, cuyo adelantamiento se rige por la Ley 734 de 2002.(...) Si bien es cierto, los centros de educación superior de naturaleza pública -como lo es la Universidad del Atlántico- al gozar del reconocimiento de la autonomía universitaria están excluidos de la Ley 443 de 1998 “*Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones*”, por este hecho, no se le podía desconocer al demandante la garantía del debido proceso antes, durante y después de la expedición del acto acusado, con el fin de tener la oportunidad de ejercer las garantías de contradicción y defensa, según mandato consignado en el artículo 127 del Decreto 1950 de 1973.”

Problema jurídico 2: *¿Es procedente el restablecimiento del derecho, pago de salarios y prestaciones sociales, del empleado público que omitió normalizar su situación durante 10 años?*

Tesis: “(...) El acto enjuiciado no causó la privación del derecho al trabajo del demandante. A esta conclusión se arriba, por cuanto la cesación en las funciones laborales del señor Alejandro De La Hoz, no fue producto del acto administrativo acusado. Justamente, el demandante durante más de diez años no asistió a su lugar de trabajo, aun cuando no conocía de la existencia del acto de declaratoria de vacancia por abandono del cargo que ocupaba. Nótese la negligencia del actor respecto de su situación laboral. Esto en tanto, el accionante se ausentó sin haber previamente solucionado su situación laboral con la Universidad. En su lugar, el interesado mantuvo una actitud pasiva e inactiva durante más de diez años. Sobre el particular debe resaltarse que, en su condición de empleado público, el demandante tenía el conocimiento de las consecuencias jurídicas que su actuación omisiva podría conllevar. Pero, ahora pretende el pago de salarios y prestaciones por 10 años, en contravía del principio general del derecho según el cual nadie puede alegar la propia culpa en su beneficio *nema auditur propiam turpitudinem*. (...) Se pone de presente que, en principio, el empleado De La Hoz Oviedo tenía una justificación para ausentarse del trabajo dada su situación de amenaza personal. Pero, no se puede admitir que se hubiera despreocupado por solucionar su tema laboral con la Universidad del Atlántico, al punto que fue por “casualidad” que se enteró de la existencia del acto administrativo acusado hasta el año 2011, cuando se encontraba gestionando la pensión.(...) De tal manera que, en el presente caso, es improcedente el restablecimiento del derecho pedido en la demanda, ya que la administración de justicia no puede pasar por alto la actitud omisiva y negligente del actor de cara a la regularización de su situación laboral[...].”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 15 de julio de 2021, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 08001-23-31-000-2011-01155-01\(0665-16\).](#)

4. La derogatoria de un nombramiento, por ser un acto condición, no requiere el consentimiento del titular del derecho cuando no se ha comunicado la designación.

Síntesis del caso: *Aduce el demandante que, por medio de Decreto 1613 de 10 de agosto de 2015 fue nombrado en provisionalidad, en el empleo de consejero de relaciones exteriores del Ministerio de Relaciones Exteriores en el consulado de Colombia en Chicago, para ejercer las funciones de cónsul general en esa misión diplomática, acto administrativo que consideró notificado por conducta concluyente*

el 12 de los mismos mes y año. La administración el 17 de mayo de 2016 deja sin efectos el nombramiento sin el consentimiento del beneficiario, ya que no se había surtido su comunicación ni la aceptación de la designación.

DEROGATORIA DE NOMBRAMIENTO / NOMBRAMIENTO COMO ACTO CONDICIÓN - No requiere consentimiento del titular para su revocación cuando no se ha comunicado

Problema jurídico: “¿Al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar la ilegalidad del acto administrativo que derogó su nombramiento en el empleo de consejero de relaciones exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al consulado general de Colombia en Chicago, con funciones de cónsul en esa misión diplomática, pues fue expedido sin obtener su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 72 del CPACA; o si, por el contrario, la Administración no debía colmar tal requisito, comoquiera que tal designación no fue comunicada ni se aceptó por el titular, como lo concluyó el a quo?”

Tesis: “Por regla general los actos administrativos que crean una situación jurídica de carácter particular no podrán ser revocados sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular del derecho, a menos que por disposición legal se autorice la revocación sin esa autorización, con sujeción a las causales previstas en el artículo 93 del CPACA, esto es, cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, no estén conformes al interés público o social, o atenten contra él, y con ellos se cause agravio injustificado a una persona, desde luego, sin perjuicio de las excepciones a esta regla contenidas en otras normas. (...) En virtud de lo anterior, la Administración contaba con un mecanismo para excluir del ordenamiento jurídico un acto de nombramiento, a través de una decisión unilateral que tenía lugar cuando se configurara cualquiera de las causales mencionadas en el citado artículo 2.2.5.6.1, sin requerir el consentimiento previo, expreso y escrito del titular del derecho, puesto que responden a las excepciones legales a que se refiere el artículo 97 del CPACA. (...) De igual forma, ha advertido que el «acto condición» de designación no otorga per se derecho alguno a su destinatario, puesto que para su formalización siempre estará sujeto a la verificación de los requisitos legales para el ingreso a la función pública, precisamente porque no atiende a intereses individuales, sino a la satisfacción de necesidades colectivas. (...) La revocación y la derogatoria del nombramiento autorizan a la Administración a desaparecerlo del espectro legal cuando el beneficiario no satisface las condiciones para desempeñar el cargo por unas causales específicas, tales como la falta de comunicación de esa decisión y la omisión del interesado de aceptar el nombramiento o posesionarse de manera oportuna. De las pruebas adosadas a las presentes diligencias, se observa que la demandada hizo uso específico de la derogatoria, al determinar que el acto acusado no fue comunicado, sin mencionar que este fuera contrario a la Constitución Política o a la ley o al interés público o social o que causara agravio injustificado a una persona, lo que desvirtúa que la demandada hubiera tenido que acudir a la figura de la revocación directa de que tratan los artículos 93 a 97 del CPACA y, en consecuencia, obtener la autorización previa del accionante..[...].”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de noviembre de 2021, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 25000-23-42-000-2016-05421-01\(1116-19\)](#)

5. La asignación previa de una indemnización sustitutiva, no imposibilita el reconocimiento de una pensión, pues la incompatibilidad de esas prestaciones no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérselo a examinar el derecho a una pensión.

Síntesis del caso: *La accionante, en representación del beneficiario de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, a través de apoderado*

demandando la nulidad de los actos administrativos expedidos por la UGPP, con los cuales fue reconocida la prestación mencionada y negado el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

NIVELACIÓN COMPATIBILIDAD ENTRE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE VEJEZ Y PENSIÓN DE VEJEZ / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.

Problema jurídico: *¿Puede ser beneficiario de la pensión de vejez la persona que recibe una pensión de invalidez de origen laboral y le fue reconocida la indemnización sustitutiva?*

Tesis: “[...] La indemnización tiene un carácter subsidiario o residual respecto a la pensión de vejez y, en consecuencia, está sujeta a la incompatibilidad señalada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, según la cual, ningún afiliado puede recibir simultáneamente rentas que cubran los riesgos de vejez e invalidez; «sin embargo, la asignación previa de una indemnización sustitutiva, no imposibilita el reconocimiento de una pensión», pues «la incompatibilidad de esas prestaciones no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérselo a examinar el derecho a una pensión». En consecuencia, «la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución». Lo anterior, por cuanto si bien se «protege a quienes habiendo cumplido la edad para obtener una pensión no cotizaron el mínimo de semanas exigidas y declararon su imposibilidad de continuar haciéndolo, otorgándoles la opción de acceder a una indemnización, lo que no significa que, en caso de establecer que puede ser acreedor de una prestación mejor, como lo es la pensión propiamente, no pueda acceder a la misma, caso en el cual se descontará de las mesadas correspondientes el valor cancelado con anterioridad por dicho concepto.(...) En consecuencia, «aun cuando la indemnización sustitutiva es incompatible con la pensión de vejez, su reconocimiento no impide el eventual acceso a disfrutar de una prestación de jubilación, bajo la condición de devolución de lo ya recibido por dicha indemnización. (...) En efecto, tal y como se indicó en precedencia si el solicitante de una pensión recibió previamente una indemnización sustitutiva, puede acceder a la prestación que más lo favorezca, siempre que se descuente de ésta el valor recibido a título de indemnización. De esta manera, se observa la prohibición de recibir dos erogaciones provenientes del erario y, a la vez, se salvaguarda el principio de favorabilidad laboral establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, según el cual debe priorizarse la «situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 02 de diciembre de 2021, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 25000-23-42-000-2017-06200-01\(0681-21\)](#)

6. Cuando de los hechos y pretensiones señalados en la demanda se concluye que el medio de control invocado no es el de nulidad simple sino el de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral con valor implícito, es necesario señalar la estimación razonable de la cuantía para establecer la competencia.

Síntesis del caso: *Actuando por intermedio de apoderado, participantes en la Convocatoria 20 para la provisión del cargo de jueces civiles del circuito que conocen de procesos laborales, presentaron demanda de nulidad del acto administrativo complejo formado por la decisión adoptada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura el 9 de agosto de 2018 y en el “AVISO DE*

INTERÉS-CONVOCATORIA 20-AVISO IMPORTANTE” y los formularios de opción de sede que incluyen los cargos de Jueces de Restitución de Tierras entre las opciones para ser ocupados por quienes concursaron para los cargos de Jueces Civiles del Circuito que conocen asuntos laborales y de Juez Civil del Circuito, según convocatorias (sic) No. 20 de 2012, Acuerdo No. PSAA12-9135 y (sic) 22 de 2013, acuerdo No. PSAA13-9929.” El despacho de conocimiento, remitió la demanda a la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por considerarlo asunto de su competencia.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ESTIMACIÓN RAZONABLE DE LA CUANTÍA / REMISIÓN POR FALTA DE COMPETENCIA / DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA

Problema jurídico: *¿Procede la remisión por competencia en los eventos donde no se estima por parte del actor ninguna cuantía pero que dentro de las pretensiones se desprende una cuantía implícita?*

Tesis 1: «[...] Otorgar La obligación de estimar razonadamente la cuantía al momento de la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, obedece a la necesidad de evitar que el demandante pueda alterar caprichosamente el factor objetivo de la competencia y se modifique la misma por razón de aquellos emolumentos accesorios que se causen con posterioridad a su presentación o sin tener en cuenta los valores implícitos que se desprenden de las pretensiones de la demanda. (...) En algunas de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho interpuestas contra los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional, también puede desprenderse de la nulidad pretendida un restablecimiento económico, repercute para que los asuntos no deban adelantarse en única instancia, sino que es necesario garantizarles una doble instancia (...) Proceder en contrario, es decir, omitir la remisión de los procesos de la referencia a los juzgados y tribunales administrativos para que gocen de una doble instancia, origina que se configure una nulidad procesal insaneable consistente en pretermitir íntegramente la primera instancia, acorde con lo señalado en el ordinal 2 del artículo 133 del CGP y el parágrafo del artículo 136 ibídem, por lo que con mayor razón es necesario declarar la falta de competencia al respecto. (...) el despacho no puede pasar por alto que en el escenario de decretarse la nulidad del acto administrativo demandado que trae consigo unas repercusiones de índole pecuniario, la competencia no puede recaer en la máxima corporación de lo contencioso administrativo, sino en los juzgados o tribunales, según el caso. En otros términos, la pretensión de restablecimiento del derecho, en la mayoría de los casos, implica un resarcimiento económico, esto es, no obstante que en la demanda se afirme que el asunto carece de cuantía, de esa solicitud judicial sí puede derivarse un valor implícito que puede hacerse realidad o no, el cual resulta relevante a efectos de estimar la cuantía y, en consecuencia, determinar la competencia. (...) En consecuencia, a pesar de que la parte demandante no estimara la cuantía y dirigiera el medio de control a esta corporación, lo cierto es que, analizadas las pretensiones de la demanda, se evidencia la existencia de un restablecimiento automático a favor de esta, el cual se materializa en el beneficio que le generaría la nulidad de la decisión que habilitó a los integrantes del registro de elegibles de la convocatoria 20, la opción de sede para las vacantes de los cargos de la convocatoria 22, los cuales vienen siendo ocupados en provisionalidad por los demandantes, y que se pretenden proveer con aquella, razón por la cual, el medio de control precedente no es el de simple nulidad, sino el de nulidad y restablecimiento con cuantía

[Consejo de Estado, de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, auto del 07 de diciembre de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-25-000-2019 00010-00 \(0071-19\)](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Declarar la ocurrencia del riesgo de “estabilidad de la obra” a partir de hechos ocurridos con anterioridad a la entrega, desconoce los artículos 1054 y 1083 del Código de Comercio porque el riesgo no puede ser un hecho cumplido y conocido por el asegurado.

Síntesis del caso: *En ejercicio de la acción de controversias contractuales, contratista y aseguradora solicitaron que se declarara la nulidad de las resoluciones que hicieron efectiva la póliza de estabilidad de la obra, en cuya ejecución se advirtieron por el contratista y el interventor la existencia de vacíos e inconsistencias en los estudios y diseños desde el inicio de la obra, relacionados especialmente con el uso del relleno fluido como material de nivelación. A pesar de las deficiencias, fue suscrita el acta de recibo final de la obra a entera satisfacción, sin que se observara alguna en relación con el cumplimiento de las obligaciones de parte del Contratista. También se suscribió el acta de liquidación bilateral, en la que tampoco se dejaron observaciones en relación con el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Mediante acto administrativo posterior, la entidad contratante declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra e hizo exigible la póliza de cumplimiento, decisión que fue confirmada por la misma entidad. Se plantearon cargos de falsa motivación, violación de normas en que debía fundarse el acto, desviación de poder y violación al debido proceso.*

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CARACTERÍSTICAS DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / DAÑO CAUSADO POR OBRA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA / CONTRATISTA / HECHO DEL CONTRATISTA / ACTO ADMINISTRATIVO / FALSA MOTIVACIÓN / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / ACTO ADMINISTRATIVO QUE HACE EFECTIVA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO

Problema jurídico: *¿La garantía de estabilidad de la obra garantiza la reparación de los daños advertidos durante la ejecución del contrato?*

Tesis: “El amparo de la póliza de cumplimiento relativo a la estabilidad de la obra tiene como finalidad garantizar la reparación de los daños que se presenten luego de que haya sido recibida a satisfacción, y que no se evidencian en el momento de la entrega. El constructor debe reparar estos daños, y este amparo se incluye precisamente para garantizar el cumplimiento de esta obligación. El amparo se hace efectivo con la sola demostración de la ocurrencia de daños posteriores en la obra y del valor de su reparación. Por esta vía no puede obtenerse la reparación de daños imputables al incumplimiento de las obligaciones del contratista conocidos por la entidad antes de la terminación del contrato. (...) [e]n la medida en que el IDU fundamentó la declaratoria del siniestro de estabilidad de la obra en hechos que ya eran conocidos al momento de su recibo, desconoció lo dispuesto en el numeral 3 artículo 2060 del Código Civil, conforme con el cual la obra se entiende recibida como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, sin que dicho recibo exima al constructor de la responsabilidad por estabilidad. La anterior regla implica que, cuando en ese momento existan daños que son conocidos por el contratante, éste debe realizar la respectiva salvedad o reclamación al constructor. (...) - Declarar la ocurrencia del riesgo de “estabilidad de la obra” a partir de hechos ocurridos con anterioridad a la entrega, que es cuando comienza la cobertura de este amparo, viola los artículos 1054 y 1083 del Código de Comercio porque el riesgo no puede ser un hecho cumplido y conocido por el asegurado.”.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CARACTERÍSTICAS DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / DAÑO CAUSADO POR OBRA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL CONSTRUCTOR / MATERIALES DE

LA OBRA PÚBLICA / FALSA MOTIVACIÓN / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 2: *¿Está facultado el contratista para adoptar decisiones de fondo sobre los materiales o condiciones en que se desarrolla en contrato para garantizar su cumplimiento?*

Tesis 2: “El capítulo sexto del pliego de condiciones establecía que las especificaciones técnicas y el diseño a ejecutar por el Contratista sería el entregado por la entidad, y que el constructor sólo tenía responsabilidad de realizar ajustes al diseño para atender las observaciones de las empresas de servicios públicos. De manera que, conforme con las estipulaciones del pliego de condiciones, al Contratista no le correspondía realizar estudios complementarios como los que se requerían para corroborar el uso del relleno fluido para fines distintos a los previstos en el diseño original los cuales, tal como definió el concepto de la Universidad Nacional, implicaban realizar pruebas especializadas (...) [A]l constructor le corresponde obrar con diligencia en relación con la calidad de los materiales con los que se construye la obra, pero no realizar juicios de fondo ni adoptar determinaciones sobre los mismos. Es suficiente hacer lo que hizo en este caso, que fue solicitar la corroboración sobre su funcionalidad. (...) En el caso del uso del relleno fluido como material de nivelación para la ejecución de la obra de los carriles mixtos de tráfico, el Contratista hizo observaciones relacionadas con el uso del material. (...) Así las cosas contrario a lo determinado en los actos administrativos demandados, el contratista no desconoció sus deberes contractuales y profesionales, por lo que no le eran imputables los daños causados por el uso del relleno fluido en los carriles mixtos, lo que implica que las decisiones fueron falsamente motivadas, en la medida en que no existió el incumplimiento contractual que se le imputó.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 18 de noviembre de 2021; C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 25000-23-26-000-2006-00318-01 \(56085\)](#)

2. Se exime de responsabilidad contractual al Distrito de Bogotá, por construcción de la extensión de la vía Ciudad de Cali por insuficiencia probatoria del contratista

Síntesis del caso: *El IDU contrató a precio global la construcción de un tramo de la Avenida Ciudad de Cali y el contratista reclama el incumplimiento de la entidad, así como el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. La primera instancia negó las pretensiones porque las partes suscribieron contratos adicionales para superar las circunstancias que generaron demoras en la ejecución y la actora los suscribió sin salvedades. Se confirma la sentencia porque no hay prueba de las obligaciones presuntamente incumplidas ni de los desequilibrios alegados.*

DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURÍDICO / PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Presupuestos para la configuración y declaratoria / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Definición / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Eventos de configuración / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Presupuestos / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Presupuestos para probarlo / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – No probado

Problema Jurídico: *¿Es responsable contractualmente el Distrito Capital por el desequilibrio contractual que aparentemente sufrió el contratista en la construcción de la extensión de la Vía Ciudad de Cali?*

Tesis: “El Instituto de Desarrollo Urbano dictó el pliego de condiciones para la contratación de las obras de “construcción de la Avenida Ciudad de Cali desde la Transversal 91 hasta el aproche oriental de los puentes vehiculares sobre el brazo del humedal Juan Amarillo en Bogotá D.C.” con un plazo de ejecución de nueve meses, una fase de preconstrucción de un mes, siete meses de construcción y uno para el recibo final. Sin embargo, surge dificultad para establecer con certeza las obligaciones de cada parte y su forma de cumplimiento toda vez que solo se aportó el capítulo I del pliego de condiciones que estableció las condiciones generales del proceso de selección pero no los anexos y apéndices contentivos de las especificaciones técnicas de los trabajos a desarrollar, en esas condiciones no es posible determinar las obligaciones que cada parte asumió respecto de la ejecución del contrato y, particularmente, confirmar lo alegado por la apelante respecto de algunas de ellas que, según afirma, fueron estipuladas con claridad en el pliego. Esa falencia probatoria es atribuible a la actora quien, para probar el incumplimiento de su contraparte, tenía la carga de demostrar con claridad las obligaciones derivadas del contrato pese a lo cual no aportó el texto completo del pliego de condiciones y anexos; se limitó a pedir que se oficiara al IDU pidiéndole el “pliego de condiciones en lo relacionado con las actividades a cargo del contratista (capítulo de condiciones generales)” (fl. 64 cdno. 1); efectivamente, así se decretó la prueba y el IDU solamente allegó lo solicitado, esto es, el capítulo I del pliego relativo a las condiciones generales de la contratación. Tampoco se trajo la oferta técnica y económica formulada por el contratista, de modo que, aunque la Sala comparte lo afirmado por la apelante respecto de la ineficacia de las obligaciones de extensión ilimitada a cargo del contratista, las pruebas presentadas no permiten establecer con claridad cuáles fueron las reales obligaciones que le correspondían y, en consecuencia, tampoco se hace viable establecer cuáles de las circunstancias invocadas en la demanda pudieron exceder lo que razonablemente correspondía a la contratista o constituir incumplimiento de la demandada. Con la anterior precisión la Sala estima que las evidencias presentadas no permiten establecer el incumplimiento contractual alegado.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 18 de noviembre de 2021, C. P. Freddy Ibarra Martínez, radicación 25000-23-26-000-2011-00579-01\(48815\).](#)

3. Se declaró la nulidad absoluta de un contrato sobre la plaza de mercado de Cúcuta, por no haber surtido el proceso de licitación pública, ya que las partes lo denominaron de arrendamiento, cuando en realidad, se trató de un contrato atípico, en el que se combinaron obligaciones propias de la prestación de servicios, con la explotación de un bien público destinado al servicio público, lo que también le incorporaba rasgos de una concesión.

Síntesis del caso: *En el marco del contrato de arrendamiento del 6 de abril de 2001, cuyo objeto consistía en el arrendamiento de los inmuebles donde funcionaban las plazas de mercado de la ciudad de Cúcuta, la contratista demandante, pretende que se declare el incumplimiento del municipio de Cúcuta por la terminación ilegal de dicho contrato y, en consecuencia, la restitución de los inmuebles arrendados y el reconocimiento de los perjuicios causados.*

PLAZA DE MERCADO / BIEN DE USO PÚBLICO / CONCEPTO DE BIEN DE USO PÚBLICO / DESTINO DEL BIEN DE USO PÚBLICO / NATURALEZA JURÍDICA DEL BIEN DE USO PÚBLICO / TITULARIDAD DEL BIEN DE USO PÚBLICO / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO

Problema jurídico 1: *¿Las plazas de mercado son de bienes de uso público que prestan un servicio público por destinación legal?*

Tesis 1: “[L]as plazas de mercado son de bienes de uso público que prestan un servicio público. En efecto, el artículo 674 del Código Civil define a las plazas como bienes de uso público, género del cual hacen parte las plazas de mercado. Igualmente, conforme al numeral 15 del artículo 169 del Código del Régimen Político Municipal y en atención al uso público al que están afectas, las plazas de mercado corresponden a un servicio público de orden municipal. (...) Vale recordar que la afectación como bien de uso público puede darse de manera formal, a través de un acto jurídico que así lo declare, o materialmente, por abrir el bien al uso del público en general. (...) En este punto, vale precisar que la naturaleza jurídica de la titular de las plazas de mercado, la EIS Cúcuta ESP, como una empresa industrial y comercial del Estado (...), no como sociedad de economía mixta, como se afirma en la alzada, no desvirtúa el carácter de entidad pública de dicha entidad ni tampoco la destinación de uso público. Efectivamente, ni siquiera en un escenario de mixtura de dicha entidad deja de ser pública y las plazas de mercado tienen dicha destinación por definición legal, además de que las partes contractualmente así lo confirmaron. (...)”

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la naturaleza jurídica de las plazas de mercado, consultar providencia de 9 de noviembre de 1979, Exp. 3026, C.P. Jacobo Pérez Escobar; de 14 de octubre de 2010, Exp. 2005-00055-01, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno; de 23 de febrero de 2016, Exp. 76001-23-31-000-2005-02562-01, C.P. Danilo Rojas Betancourth; y de la Corte Constitucional, sentencia T-238 de 1998.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DEL JUEZ / FUNCIÓN INTERPRETATIVA DEL JUEZ / CLASES DE CONTRATACIÓN ESTATAL / CLASES DE CONTRATO ESTATAL / PLAZA DE MERCADO / BIEN DE USO PÚBLICO / ARRENDAMIENTO DE BIEN DE USO PÚBLICO / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE BIEN DE USO PÚBLICO / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / CONCESIÓN DEL BIEN DE USO PÚBLICO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL

Problema jurídico 2: *¿Cuándo el contrato con una entidad estatal sobre un bien de uso público, como lo es una plaza de mercado, combina obligaciones propias de la prestación de servicios, e incorpora rasgos de una concesión, puede denominarse por las partes, arrendamiento?*

Tesis 2: “[C]orresponde al juez indagar por la finalidad de las partes con la celebración del contrato en estudio, con el ánimo de determinar, más allá de la denominación formal que las partes le hayan dado al contrato, la naturaleza del contrato realmente celebrado. (...) Para empezar, la Sala encuentra que las partes le dieron la denominación clara de un contrato de arrendamiento; sin embargo, esa manifestación no es suficiente, por cuanto se debieron satisfacer, al menos, los elementos mínimos de esta modalidad contractual. (...) Mediante el contrato en estudio, el municipio también le entregó la administración directa de las plazas de mercado al contratista (...). Inclusive, le encargó la recuperación extrajudicial y judicial de la cartera morosa, actividad que se pagaría de conformidad con las tablas del Colegio de Abogados (...). Lo expuesto desdice la intención de las partes de celebrar un contrato de arrendamiento, como quiera que los elementos esenciales de este tipo de contratos no están presentes. Efectivamente, el uso y goce exclusivo del arrendatario desapareció cuando se le encomendó la administración total de las plazas de mercado, lo cual implicaba entregar al contratista, no sólo unos inmuebles destinados al uso público, lo cual de suyo impedía este tipo de contratos, como lo tiene definido el pleno de esta Corporación, sino también porque dichos bienes estaban destinados al servicio público. (...) En consecuencia, el uso y el goce de los inmuebles no lo definía el arrendatario ni los subarrendatarios, sin desconocer que se consintió el subarriendo total, lo que es admisible legalmente en los arrendamientos comerciales (artículo 523 del Código de Comercio), como quiera que ninguno de estos podía usar y gozar libremente los inmuebles sin desconocer su condición bienes de uso público y, además, destinados al servicio público, es decir, sin desconocer las normas de orden público. (...) En segundo lugar, no solamente el uso y el goce estaba en entredicho. El precio tampoco correspondía a la tipología del arrendamiento. Si bien el contratista pagaba un supuesto arrendamiento, lo cierto es que este recibía los subarriendos (...). De conformidad con lo expuesto, tampoco había un precio en los términos de un arrendamiento, no sólo por la inexistencia del uso y goce, que sería suficiente para descartar la referida tipología, sino porque además la

contraprestación pactada revelaba el pago de unos derechos por parte del contratista para explotar los inmuebles, a cambio de los cuales, recibía el dinero de la explotación de los locales. En otras palabras, de la explotación de los inmuebles y del servicio público de las plazas de mercado. (...) En los términos anteriores, es claro que al encargar al contratista de la administración de los inmuebles (...), no sólo se le entregaron unos bienes de uso público, sino que también se le trasladó la prestación del servicio público. (...) En esa medida, el municipio trasladó sus funciones respecto de las plazas de mercado al contratista. De tal suerte que también se incorporó en la contratación en estudio un elemento propio de la concesión, es decir, el contratista asumió la explotación de unos bienes destinados al uso y al servicio público; sin embargo, esta explotación, que implicaba la administración y el recibo de los subarriendos, no se hacía por cuenta y riesgo del contratista, al menos de lo acordado en el contrato. (...) De lo hasta aquí expuesto se tiene que el contrato en estudio incorporó una mixtura de obligaciones, que no podían adecuarse de manera precisa en una sola tipología contractual. Se trató de un contrato atípico en el que se combinaron obligaciones propias de la prestación de servicios, con la explotación de un bien público destinado al servicio público, lo que también le incorporaba rasgos de una concesión.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el deber del juez de identificar el tipo contractual celebrado, más allá de la denominación que las partes le dieron al contrato, consultar providencia de 18 de marzo de 2010, Exp. 14390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En relación con la improcedencia del arrendamiento de bienes de uso público, consultar providencia de 14 de agosto de 2018, Exp. 05001-33-31-003-2009-00157-01, C.P. Oswaldo Giraldo López. Acerca de los elementos del contrato de concesión, consultar providencias de 18 de marzo de 2010, Exp. 14390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 27 de marzo de 2014, Exp. 26939, C.P. Hernán Andrade Rincón.

CONTRATACIÓN ESTATAL / CLASES DE CONTRATACIÓN ESTATAL / CLASES DE CONTRATO ESTATAL / CONTRATO ATÍPICO / CONTRATACIÓN DIRECTA / PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DIRECTA / REQUISITOS DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA / LÍMITES DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA / IMPROCEDENCIA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA / DESCONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN DIRECTA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA / VICIOS DEL CONTRATO / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO

Problema jurídico 3: *¿las entidades estatales, en escenarios dudosos de contratación directa, deben decantarse por procesos de selección de participación plural plenos y no por lo contrario, eludiendo la licitación pública al denominar el contrato erróneamente, ya que esto origina la nulidad absoluta del contrato?*

Tesis 3: “La consecuencia jurídica principal de que las partes decidieran recurrir artificialmente a una modalidad de contratación, además del impacto negativo de gran parte de los fundamentos de la apelación, es que abrieron la posibilidad de caminos precontractuales improcedentes, que de acuerdo con lo probado, permitieron eludir el proceso de selección que aquí se imponía, como quiera que la “escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación pública” (numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993), lo que aquí se imponía en atención a que ningún supuesto de contratación directa estaba habilitado. (...) En esa medida, las pruebas allegadas no dan cuenta, como lo dijo el a quo, de la realización de una previa licitación pública, que se imponía en atención a la cuantía y a la imposibilidad de adecuar el contrato atípico celebrado a una tipología que habilitara la contratación directa, en particular un arrendamiento o un contrato de prestación de servicios, con mayor razón si la habilitación de esta modalidad es en extremo excepcional y estricta. De lo contrario, sería suficiente con incorporar, incluso artificialmente, un elemento de una tipología contractual que permite la contratación directa para emplearla, lo que resulta a todas luces inaceptable. (...) En todo caso, las entidades estatales, en escenarios dudosos de contratación directa, deben decantarse por procesos de selección de participación plural plenos y no por lo contrario. Habilitar un comportamiento así, sería tanto como incentivar la elusión de procesos de selección, prohibida por el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y desconocer la excepcionalidad de la contratación directa. (...). Por lo tanto, de acuerdo con el panorama probatorio obrante, bien

hizo el a quo, en declarar la nulidad absoluta del contrato, como quiera que no está probado que la licitación pública se cumpliera, como correspondía en atención a que no se daban los supuestos estrictos para contratar directamente y la cuantía del contrato así lo imponía, omisión que comportaba un vicio de nulidad absoluta, toda vez que daba lugar al desconocimiento de normas de derecho público y con ello un contrato con objeto ilícito, en los términos del artículo 1519 del Código Civil. (...) En esos términos, probada plenamente la omisión de licitación pública y presentes todas las partes del contrato, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, se imponía para el juez de primera instancia declarar la nulidad absoluta atacada (...).”.

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de los requisitos para declarar la nulidad absoluta del contrato, consultar providencia de 8 de marzo de 2007, Exp. 15052, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 4: *¿Al hacerse evidente la nulidad absoluta del contrato, procede la nulidad consecuencial de los actos administrativos contractuales?*

Tesis 4: “[No] se imponía la nulidad consecuencial de los actos administrativos demandados, toda vez que el análisis de legalidad no fue posible abordarlo, precisamente por la nulidad absoluta declarada. Lo anterior sin perjuicio del decaimiento de tales actos administrativos por desaparecer el fundamento jurídico de su expedición, por nulidad del contrato bajo el cual fueron expedidos y para lo cual el artículo 67 del C.C.A. permitía alegar la excepción de pérdida de ejecutoriedad, reproducida en el artículo 92 del C.P.A.C.A. En esos términos, la presunción de legalidad no se desvirtuó de manera automática u oficiosa, toda vez que esta es el fruto del análisis del juez, de acuerdo con los cargos propuestos.”.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / SANEAMIENTO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / LÍMITES DE LA FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / COMPETENCIA DEL JUEZ / COMPETENCIA TEMPORAL / PROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO

Problema jurídico 5: *¿La oportunidad para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, se encuentra atada al cumplimiento del término de prescripción extraordinario por el cual puede ser saneado?*

Tesis 5: “[R]especto de la oportunidad del juez para declarar la nulidad absoluta, la cual la apelante estimó vencida, debe recordarse que el artículo 1742 del Código Civil, aplicable por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 822 del Código de Comercio, señala que la nulidad absoluta “en todo caso” puede sanearse por prescripción extraordinaria, que no por ratificación, al estar expresamente prohibida por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993. (...) [E]n línea con la Corte Constitucional, es claro que en cualquier evento de nulidad absoluta, esta quedará saneada por el paso del tiempo, tal como como lo ha reiterado esta Corporación al señalar que el juez también está atado a esta limitante temporal. (...) Es de precisar, que el término de prescripción extraordinaria es de 20 años para el sub lite, tal como lo disponía el artículo 2532 del Código Civil, en la redacción original del artículo 1º de la Ley 50 de 1936, como quiera que la reducción que impuso la Ley 791 de 2002 tan sólo entró a regir el 27 de diciembre de 2002. Por lo tanto, es claro que para (...) cuando se firmó la última prórroga del contrato aquí en estudio, el término de prescripción extraordinario que inició a correr fue el de 20 años, el cual hasta la fecha no

está vencido. (...) En consecuencia, este argumento de la alzada también debe desestimarse.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la oportunidad para declarar la nulidad absoluta de los contratos, consultar providencias de 6 de julio de 2005, Exp. 12249, C.P. Alier Hernández; de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; de 15 de diciembre de 2017, Exp. 50045, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y de la Corte Constitucional, C-597 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-709 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR OBJETO LÍCITO / DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETO ILÍCITO / OBJETO ILÍCITO DEL CONTRATO ESTATAL / CAUSA ILÍCITA / RESTITUCIONES MUTUAS / LÍMITE DE RESTITUCIONES MUTUAS / NEGACIÓN DE RESTITUCIONES MUTUAS

Problema jurídico 6: *¿Proceden las restituciones mutuas, cuando el contrato adolece de nulidad absoluta en la medida que resulte jurídica y físicamente la restitución en doble vía, lo que no ocurre en este caso concreto?*

Tesis 6: “[Frente a las restituciones mutuas, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 señala que incluso cuando hay objeto o causa ilícita es procedente el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas, siempre que se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto que ésta hubiere obtenido. Dicho beneficio quedó circunscrito a que se pruebe que las prestaciones cumplidas les sirvieron a la entidad estatal para satisfacer un interés general. Igualmente, vale agregar que es preciso que esto será procedente en la medida que resulte jurídica y físicamente la restitución en doble vía y, si así lo es, deberán cumplirse las exigencias del artículo 48 citado. (...) En ese orden, resulta improcedente la devolución de lo pagado por el contratista a título de supuesto arrendamiento, como quiera que era parte de la ecuación económica del contrato, hasta el punto que ello también comportaría que se devolviera el recaudo de los subarrendamientos. En otras palabras, deshacer lo ejecutado y cumplido, resulta en este momento un imposible, toda vez que el contratista recibió los subarriendos y honró el compromiso de pagar por recibir estos dineros o, al menos, nada se alegó ni probó en otra dirección. Tampoco las pruebas permiten hacer este balance, como quiera que los dictámenes se limitaron a calcular los perjuicios causados por la terminación del contrato.”

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / RESTITUCIONES MUTUAS / MEJORAS AL BIEN PÚBLICO / PAGO DE LAS MEJORAS AL BIEN / RECONOCIMIENTO DE MEJORAS AL BIEN / NEGATIVA DEL RECONOCIMIENTO DE MEJORAS AL BIEN / IMPROCEDENCIA DE RESTITUCIONES MUTUAS / NEGACIÓN DE RESTITUCIONES MUTUAS

Problema jurídico 7: *¿Procede la devolución de mejoras que no se realizaron conforme con las condiciones contractuales y tampoco fueron autorizadas por la entidad contratante?*

Tesis 7: “[E]n relación con la devolución de las mejoras, debe señalarse que las partes acordaron que estas serían realizadas de conformidad con la liquidación y el plan de recuperación que realizara la Secretaría (...). Sin que el cumplimiento de estos condicionamientos esté demostrado. (...) Igualmente, el contratista tenía la obligación de devolver los bienes, junto con estas adecuaciones (...), sin que las partes hubieran pactado obligación en cabeza de la entidad estatal contratante sobre su reconocimiento. Además, tampoco está probado que lo recibido por subarrendamientos no hubiera alcanzado para cubrir estos costos. (...) Vale reiterar que el contrato exigía que las mejoras se hicieran con la autorización de la entidad estatal, al imponer que se sometieran al plan y las órdenes de la Secretaría de Gobierno, aspecto que tampoco se encuentra demostrado. Esto era indispensable para la procedibilidad del reconocimiento de estas mejoras, por cuanto si el contratista veía que no le resultaban compensadas con los ingresos de los subarriendos debió abstenerse de adelantarlas, por la carga de diligencia y sagacidad que imponía la contratación, con mayor razón si necesitaba de autorización.”

Salvamento de voto del consejero Jose Roberto Sáchica Méndez

SALVAMENTO DE VOTO / CONTRATACIÓN ESTATAL / CONTRATO ATÍPICO / VICIOS DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE OFICIO DE NULIDAD ABSOLUTA / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / ALCANCE DE LA DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / FALTA DE PRUEBA / LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ / LÍMITES DE LA FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA

Problema jurídico 1: *¿Para que el juez esté habilitado para ejercer la facultad oficiosa de declarar la nulidad absoluta del contrato no es suficiente la falta de prueba del proceso de selección del contratista, sino que el vicio debe ser palmario o manifiesto, apreciable a simple vista, sin necesidad de entrar en esfuerzos analíticos e interpretativos o juicios de valor sofisticados sin los cuales fuera imposible arribar a la nulidad??*

Tesis 1: “[E]n este caso no estaban reunidos los elementos estructurales determinados por la ley para que se habilite la facultad deber del juez declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, porque a partir de la información que obra en el proceso no es posible determinar, de manera manifiesta, palmaria o evidente, la existencia de los supuestos fácticos y jurídicos que soportaron esa decisión. (...) Si bien, en aras de proteger el orden jurídico, la ley confiere al juez el poder inquisitivo de declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos, en la medida que se activa aun sin petición de parte e, incluso, en contra de los intereses de los contratantes, lo cierto es que esa facultad, que a la vez es un deber, debe ejercerse bajo los estrictos lineamientos que la misma ley impone en garantía de la seguridad jurídica. Uno de tales lineamientos consiste en que el vicio debe ser palmario o manifiesto, es decir, que debe ser apreciable a simple vista, sin necesidad de entrar en esfuerzos analíticos e interpretativos o juicios de valor sofisticados sin los cuales fuera imposible arribar a la nulidad. En otras palabras, el vicio debe ser tal palmario que no requiera de un mayor esfuerzo para ser evidenciado. (...) Dejo sentado, con toda claridad, que comparto la conclusión de la Sala en cuanto a que, pese a su denominación, el contrato no era uno arrendamiento, tampoco uno de prestación de servicios y menos uno de concesión, sino que se trataba de un contrato atípico e innominado. Lo que resalto en este salvamento de voto no es que esa fuera una conclusión equivocada, porque no lo es, sino que no surgía de bulto, ni del contrato ni de las pruebas que obraron en el proceso. (...) En la sentencia de la cual me aparto se dedujo esa conclusión, básicamente, con fundamento en que en el hecho de que en el expediente no obraba ninguna prueba que acreditara que para la celebración del contrato se hubiera adelantado un proceso de licitación pública. Es decir, a la conclusión no se arribó porque se hubiere encontrado demostrado fehacientemente que no hubo licitación pública -supuesto en el cual se sustentó la declaratoria oficiosa de nulidad y que, por tanto, debía estar plenamente demostrado-, sino porque no se demostró que ese procedimiento sí se surtió, sobre la base argumentativa de que era una carga procesal que las partes debieron haber cumplido, criterio del cual también me aparto, pues, en mi entender, la ausencia de elementos demostrativos que revelaran los antecedentes del contrato no era reprochable al comportamiento procesal de las partes, en la medida que, como el objeto del proceso no versó sobre la nulidad del negocio jurídico, a ello no se encaminaron sus esfuerzos probatorios. Así, ante la ausencia de pruebas que revelaran de manera fehaciente los aspectos que antecedieron a la celebración del contrato (...) y, específicamente, que demostraran de manera plena que no se surtió el trámite de la licitación pública, no era posible hacer uso de la facultad oficiosa de declarar la nulidad absoluta del contrato, puesto que para ello, como ya lo he mencionado, no basta con que el juez perciba que en su celebración se hubiere podido vulnerar el orden jurídico, sino que esa circunstancia debe estar plenamente acreditada en el proceso, al punto que exista certeza total y definitiva acerca de la configuración de los vicios que afecten la validez de un determinado contrato, cuestión que, a mi juicio, y al margen de las inferencias que se pudieran hacer al respecto, no sucedió en el caso que se estudió en la sentencia de la cual me aparto. Por último, advierto, con toda contundencia, que la razón de mi disenso no supone que advierta la legalidad del contrato, sino tan solo, que, a mi juicio, no estaban acreditados los elementos que, de conformidad con la ley, activan la facultad-deber del juez de declarar oficiosamente la nulidad de cualquier negocio jurídico.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 07 de diciembre de 2021; C.P. María Adriana Marín, radicación: 54001-23-31-000-2004-00936-01\(44237\)](#)

4. El medio de control de controversias contractuales procede cuando estén presentes los elementos probatorios en torno al objeto y a las prestaciones mutuas, en contratos regidos por el derecho privado celebrados para la atención de desastres, su existencia se da por la presencia de la oferta y su correspondiente aceptación por quien tiene la capacidad para contratar.

Síntesis del caso: El actor solicitó declarar la existencia de un contrato de obra pública que habría celebrado con el Municipio. De igual manera, solicitó declarar que el Municipio incumplió el contrato y condenarlo a indemnizar los perjuicios.

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / APLICACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / ATENCIÓN DE DESASTRES / DESASTRE NATURAL / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO CONSENSUAL

Problema jurídico 1: *¿Procede el medio de control de controversias contractuales en relación con un acuerdo, amparado en la declaratoria de desastre o de calamidad pública, ya que no está sometido a la solemnidad del Estatuto General de la Contratación Pública sino al derecho privado?*

Tesis 1: “[E]n este caso concreto, (...), no era procedente el estudio de la demanda bajo la figura de la prohibición del enriquecimiento sin causa, comoquiera que la causa de los perjuicios solicitados por el demandante era, precisamente, la configuración de un contrato, cuya existencia pidió que fuera declarada por el juez. Lo procedente, en consecuencia, era adelantar el análisis bajo el medio de control que fue propuesto por el demandante, esto es, el de controversias contractuales. (...) El presente asunto se trata de aquellos (...) contratos sometidos a las normas del derecho privado, en atención a lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012. En efecto, los contratos que se celebran amparados en la declaratoria de desastre o de calamidad pública no están sometidos a la solemnidad de que tratan los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993. Contrario a lo que ocurre con los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los contratos regidos por el derecho privado pueden ser consensuales, salvo cuando la ley exija una solemnidad especial para su configuración, tal y como se desprende de los artículos 1500 del Código Civil y 824 del Código de Comercio. (...) En el caso concreto, es claro que al contrato no le era aplicable lo dispuesto en los artículos 39 y 41 la Ley 80 de 1993, por la sencilla razón de que la relación contractual no estaba sometida a las disposiciones de esta ley, sino al derecho común. (...) esta Corporación se pronunció sobre la posibilidad de que existieran acuerdos verbales (...) Consideraciones que refuerzan la conclusión de la procedencia del medio de control de controversias contractuales cuando estén presentes los referidos elementos probatorios en torno al objeto y a las prestaciones mutuas. Así las cosas, las pretensiones debieron ser resueltas en la forma indicada en la demanda, por lo que correspondía resolver, en primer término, la pretensión relativa a la declaración de existencia del contrato. (...)”

CONTRATO ESTATAL DE MÍNIMA CUANTÍA / EXISTENCIA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL CONTRATO / OFERTA / ACEPTACIÓN DE LA OFERTA / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / PRESTACIONES

MUTUAS / CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / COMPONENTES DEL CONTRATO ESTATAL / ELABORACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

Problema jurídico 2: *¿Debe declararse la existencia del contrato estatal, de mínima cuantía, regido por el derecho privado, cuando la administración solicita la presentación de ofertas y una de ellas es aceptada por escrito por el alcalde, persona competente para comprometer contractualmente al municipio, donde además se indicó el plazo de ejecución y ambas partes firmaron una autorización de inicio de obra?*

Tesis 2: “En relación con este primer punto,[declaración de existencia del contrato] observa la Sala que entre las partes demandante y demandada existió un contrato. Efectivamente, la administración realizó una solicitud para que le presentaran ofertas, el demandante presentó la suya y la entidad territorial la aceptó, lo cual hizo con un documento firmado por el alcalde, representante legal de la entidad territorial, que era el funcionario con la capacidad para comprometer contractualmente al Municipio. La oferta (que contenía los elementos esenciales del negocio jurídico) y su correspondiente aceptación, conformaron el contrato, en los precisos términos de los artículos 845, 846 y 864 del Código de Comercio. Además, se debe tener presente que el artículo 853 del mismo Código señala que “las partes podrán fijar plazos distintos a la aceptación o rechazo de la propuesta o ésta contenerlos”. En el caso que ocupa la atención de la Sala, justamente, en la aceptación de la oferta, la administración señaló un plazo de ejecución de 4 meses. (...) De esta manera, para todos los efectos, se configuró un contrato con la oferta presentada por el demandante y con la respectiva aceptación de la entidad demandada. Negocio jurídico que, por demás, no se trató de un contrato verbal, sino de un contrato conformado por la oferta, contentiva de los elementos esenciales de un negocio jurídico, que fue comunicada a la administración destinataria, y su respectiva aceptación por parte de la entidad territorial, en cabeza de su representante legal. La Sala recuerda que las partes del contrato firmaron, también, la autorización de inicio de obra. (...) La posibilidad de que el contrato esté constituido por dos documentos es, por demás, una realidad propia de los acuerdos celebrados a través de la modalidad de mínima cuantía, contratación cuyas reglas establecidas por el legislador, en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 (...)”

DEBER DE INFORMACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / FALTA AL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / COMPULSA DE COPIAS / ORGANISMOS DE CONTROL / EXISTENCIA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL CONTRATO / MALA CONDUCTA DEL EMPLEADO PÚBLICO

Problema jurídico 3: *¿La falta de envío de la información al ente de control fiscal, sobre un contrato originado en medio de una urgencia, desvirtúa la existencia del contrato?*

Tesis 3: “los contratos originados en medio de la urgencia deben ser enviados, “inmediatamente”, junto con el acto administrativo que la declaró, y el resto de antecedentes administrativos, al organismo que ejerza el control fiscal de la respectiva entidad. Normativa que además establece, como causal de mala conducta, el uso indebido de la urgencia. (...) La falta del envío de la información al respectivo ente de control fiscal configura una omisión de la entidad territorial que debe ser evaluada por las autoridades competentes, pero que, a diferencia del entendimiento del juzgador de primer grado, no desvirtúa la existencia del contrato, pues el mismo no estaba sometido a esa específica formalidad. Esta Sala, al advertir que se pudo haber omitido la obligación de enviar la información respectiva al órgano de control, compulsará copias del presente proceso a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que, en el marco de sus competencias, estudien la posible comisión de una falta disciplinaria o la configuración de una eventual responsabilidad fiscal.”

CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / RECURSOS PÚBLICOS / ETAPA CONTRACTUAL / LEGALIDAD DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Problema jurídico 4: *¿En un contrato sometido al derecho privado dónde se pactó el pago del anticipo sometido a la condición de “previa legalización del contrato” y no se probó el*

cumplimiento de dicha condición, debe rechazarse la solicitud de incumplimiento del pago de dicho anticipo?

Tesis 4: “En un contrato sometido al derecho privado, como el que ahora ocupa la atención de la Sala, las partes pueden acordar someter el negocio jurídico a una etapa posterior de legalización (que cobra aún más sentido cuando se advierte que el contrato se ejecutaría con recursos públicos). Legalización que deberá ser cumplida en los precisos términos por ellas pactados, pues su cumplimiento guarda relación directa con lo que las partes acuerden; no obstante, en el expediente no reposan los elementos que permitan identificar y verificar el cumplimiento de la forma en la que se debía efectuar dicha legalización. (...) se observa que, en la aceptación de la oferta, se señaló que el anticipo se pagaría “previa legalización del contrato”; no obstante, ello no ocurrió, entre otras razones porque, como se señaló, no se conocen las condiciones que debían atenderse para materializar la referida legalización. Como no se demostró el cumplimiento de la condición a la que estaba sometido el pago del anticipo, este no resultaba exigible, consideración suficiente para rechazar la solicitud de declaratoria de su incumplimiento.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 18 de noviembre de 2021; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 47001-23-33-000-2017-00084-01\(64399\)](#)

5. No existe falsa motivación del acto administrativo que ordena el inicio del proceso de clarificación de propiedad de un predio cuando de las actuaciones anteriores y de los títulos esgrimidos no se puede establecer plenamente la propiedad del bien.

Síntesis del caso: *Una sociedad interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución mediante la cual, el desaparecido Instituto Colombiano para la Reforma Agraria (Incora), ordenó iniciar diligencias administrativas tendientes a clarificar la situación jurídica del predio denominado Isla Palma, ubicado en el archipiélago de San Bernardo, municipio de Cartagena. Argumenta la accionante que, en una decisión anterior, el Incora ya había reconocido la propiedad privada del predio y su consecuente salida del dominio del Estado.*

PROCESO DE CLARIFICACIÓN Y DESLINDE DE TIERRAS DE LA NACIÓN / BIEN BALDÍO / RECUPERACIÓN DE BIEN BALDÍO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / TÍTULO ORIGINARIO DEL ESTADO / ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO DE TRÁMITE / REVOCATORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE LA REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 1: *¿El INCORA era competente para dar inicio al procedimiento de aclaración de propiedad de la Isla de Palma con la Resolución 718 de 2002, pese a haber proferido previamente la Resolución 64 de 1995, con la que se abstuvo de iniciar un proceso análogo?*

Tesis 1: “La resolución de inicio del procedimiento administrativo de aclaración de la propiedad, como las Resoluciones 2444 de 1992, 64 de 1995 y 718 de 2002 y la que de forma cierta o presunta la confirmó, no son pues más que unos actos con los que se da el primer impulso a este trámite, disponiendo la vinculación de los interesados y del Ministerio Público, para ejercitar su derecho de defensa y pronunciarse en favor del interés público, respectivamente. Luego, conforme a las pruebas solicitadas, decretadas y debidamente practicadas, y lo argumentado en el proceso, la Administración decide sobre la existencia de un título originario del Estado, la propiedad privada o posesión de un inmueble, o la insuficiencia de los títulos presentados por particulares. La formación de la voluntad administrativa, que da lugar a su declaración unilateral vinculante, se produce así a través de un procedimiento de conocimiento, del que los actos demandados no son más que el punto de partida. Es pues el acto definitivo, para cuya revisión el legislador dispuso también

una acción contencioso- administrativa específica, el que, en caso de que no sea demanda o la demanda sea desestimada, declara, crea, modifica o extingue situaciones jurídicas o derechos, no la resolución con la que el trámite inicia en Colombia. La Resoluciones 2444 de 1992, 64 de 1995 y 718 de 2002 no son, en definitiva, actos con los que se reconozca un derecho, ni que creen, modifiquen o supriman una situación jurídica, con carácter ejecutorio. No se aplican, pues, a tales resoluciones, los requisitos de la revocación — invocados por los demandantes—para los actos que tienen efectos de cosa juzgada administrativa, por lo que la Administración estaba facultada para iniciar un nuevo trámite de aclaración, atendiendo a la orden general de ejercer su competencia de clarificación que esta Corporación impartió en la sentencia del 5 de julio de 2001, tras haberse verificado el incumplimiento generalizado del deber del INCORA de clarificar la propiedad de la Nación, el deslinde y la recuperación de baldíos indebidamente ocupados, presuntamente, del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo. Significa lo anterior, que la representación mental que tuvo el servidor público al proferir la Resolución 64 de 1995 sobre la claridad de los títulos no refleja nada distinto que la falta de motivo para iniciar en ese momento bajo el mismo punto de vista una actuación administrativa, pero en modo alguno cierra, con ello, la competencia del Estado que es permanente o indeclinable, en cuanto, claro está, concurren las circunstancias que dan lugar al proceso de clarificación de la propiedad de Estado que es inalienable, imprescriptible e inembargable, lo que más adelante será estudiado en esta providencia.”

Problema jurídico 2: *¿Al omitir hacer referencia al proceso de clarificación que concluyó con la Resolución 64 de 1995 y a la propiedad ejercida sobre la Isla de Palma desde 1615, con lo que no había duda sobre la propiedad privada, la Resolución 718 de 2002 incurrió en falsa motivación?*

Tesis 2: “Para la Sala es claro, en primer lugar, que la referencia a la Resolución 64 de 1995 y a los títulos que sobre la Isla de Palma existían desde 1615 fue omitida en la Resolución 718 de 2002. En la visita previa que —conforme al artículo 2.2 del Decreto 2663 de 1994 debía realizarse — la apoderada del señor Arango Duque solicitó que fueran tenidas en cuenta las pruebas aportadas en el trámite del recurso resuelto con la Resolución 64 de 1995, de las que —atendiendo a lo dispuesto en el oficio del 12 de septiembre de 2001— aportó documentos que, en su entender, permitían establecer la propiedad privada sobre el predio Isla de la Palma. Al resolver, sin embargo, no tuvo en cuenta el INCORA el procedimiento adelantado previamente, ni documentación diferente al certificado de libertad y tradición del inmueble que diera cuenta de su propiedad desde 1615. Si bien, tal referencia fue omitida, no cabe afirmar que de haberse tomado en consideración, hubiera dado lugar a una decisión contraria —como lo aducen los accionantes— por no estar plenamente establecido el derecho de propiedad privada sobre el inmueble. [...] En definitiva, en la documentación para la acreditación de la propiedad de la Isla de Palma que se tuvo en cuenta para dar inicio al trámite de adjudicación, por medio del acto demandado, se presentan múltiples circunstancias fácticas y jurídicas que impiden establecer plenamente la propiedad del bien, contrario a lo aducido por los demandantes. Por lo tanto, este cargo tampoco está llamado a prosperar. En conclusión, (i) el INCORA no agotó la competencia estatal de aclaración de la propiedad con las Resoluciones 2444 de 1992 y 64 de 1995, ni creó, modificó o suprimió en ellas una situación jurídica o la definió como cosa juzgada administrativa, que diera lugar a la nulidad absoluta o a la aplicación de los artículos 73 y 74 del CCA, para la expedición de la Resolución 718 de 2002; y (ii) pese a que las primeras dos resoluciones y la documentación presentada por quien se reputaba propietario de la Isla Palma fue pretermitida al ordenar el inicio del trámite de aclaración con la Resolución 718 de 2002, no se presentó una falsa motivación, porque los títulos esgrimidos no permitían establecer plenamente la propiedad del bien, a la luz de las normas vigentes al momento de su suscripción.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 4 de agosto de 2021, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 11001-03-26- 000-2008-00063-00 \(35563\).](#)

6. El acceso a la administración de justicia constituye una garantía constitucional y convencionalmente protegida por el Sistema Interamericano cuando la autoridad la desconoce en el ámbito jurisdiccional.

Síntesis del caso: *El demandante alegó haber prestado sus servicios a la Embajada de Indonesia, específicamente, como conductor; formuló una demanda laboral ante la Corte Suprema de Justicia, la que fue rechazada por ese Tribunal en virtud de la interpretación jurisprudencial vigente frente al alcance de la inmunidad de jurisdicción en asuntos originados en litigios laborales de los cuerpos diplomáticos acreditados en Colombia, al tenor de la cual no cabía la posibilidad de demandarlos.*

TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / PRUEBA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / EMBAJADA / CONDUCTOR DE VEHÍCULO / RECHAZO DE PLANO DE LA DEMANDA / DEMANDA LABORAL / JUEZ LABORAL / FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / INTERPRETACIÓN DE DERECHOS CON ARREGLO A TRATADOS INTERNACIONALES / CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMÁTICAS / INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN / VIOLACIÓN DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RECLAMO DE LAS ACREENCIAS LABORALES

Problema jurídico: *¿Es procedente analizar la responsabilidad de la Rama Judicial frente a la decisión de rechazo de la demanda laboral que concierne a este asunto, bajo el título de imputación de error judicial?*

Tesis: “Como se ha indicado, la Sala estima necesario precisar que no se está frente a un caso de error jurisdiccional, en virtud del cual se profiere una providencia contraria a la ley, esto último, “bien porque surja de una inadecuada valoración de las pruebas (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde al caso concreto o de la indebida aplicación de esta (error de derecho)”, en tanto el daño antijurídico se deriva de una interpretación jurídicamente válida y legítima adoptada por la Corte Suprema de Justicia, frente a la cual ni el actor, ni los intervinientes, ni la Sala, formula cuestionamiento alguno. (...) no procede como lo pretende el recurrente, la definición sobre la certeza de los incumplimientos que se imputan al empleador respecto del impago de sus acreencias laborales y prestacionales, puesto que, como lo precisó el Tribunal *a quo*, el daño irrogado que es objeto de reclamación, reside en la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia y no en la falta de reconocimiento y pago de las prestaciones laborales que en el campo de lo hipotético le habría adeudado la Embajada de Indonesia en Colombia.”.

EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN / PROCESO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CARGA PROCESAL / INTERÉS PÚBLICO / CONCEPTO DE CONDENA EN COSTAS / CONCEPTO DE COSTAS PROCESALES / NATURALEZA DE LAS COSTAS PROCESALES / ELEMENTOS DE LA CONDENA EN COSTAS / FINALIDAD DE LA CONDENA EN COSTAS / IMPOSICIÓN DE COSTAS PROCESALES / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / FUNCIÓN JURISDICCIONAL / BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / PRUEBA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / VIOLACIÓN DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHOS CONSTITUCIONALES / AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / REPARACIÓN INTEGRAL / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DERECHO A LA VERDAD / DERECHO A LA JUSTICIA / RESTITUCIÓN / REHABILITACIÓN / MEDIDAS DE SATISFACCIÓN / GARANTÍA DE NO REPETICIÓN

Problema jurídico 2: *¿El acceso a la administración de justicia constituye una garantía constitucional y convencionalmente protegida por el Sistema Interamericano cuando la autoridad la desconoce en el ámbito jurisdiccional?*

Tesis 2: “[C]uando las autoridades en el ejercicio de sus funciones, y eso incluye a las

judiciales, materialmente generan un bloqueo al ciudadano para comparecer ante la jurisdicción, se presenta un desconocimiento a las garantías judiciales de que trata el artículo 8 de la CADH, que es susceptible de ser protegido por el Sistema Interamericano en caso de que en el ordenamiento interno no se garantice su protección. Por lo que cualquier norma o medida de alguna autoridad de orden interno que dificulte dicho acceso, sin tener por fundamento la satisfacción de una necesidad de la administración de justicia, desconoce lo dispuesto por el artículo 8.1 de la referida Convención. Por lo anterior, la Sala pregona que el derecho de acceso a la administración de justicia es una garantía constitucional y convencionalmente protegida, que se finca como base y condición para la realización de otros derechos, incluidos los fundamentales, por lo que se impone y se hace obligatoria su aplicación efectiva, no solo para la guarda de estos, sino también de aquellos que hacen parte de realidades sociales como son, por ejemplo, los de carácter laboral o prestacional. (...) Con estas precisiones, la Sala considera que el daño antijurídico causado al demandante debe ser resarcido bajo la tipología de perjuicio denominada “afectación a bienes constitucional y convencionalmente amparados”, toda vez que esta tipología de perjuicio contempla el resarcimiento de bienes, derechos o intereses legítimos de orden constitucional, jurídicamente tutelados, merecedores de una protección e indemnización, como también lo son, a manera de ejemplo, los derechos al buen nombre, al honor o a la honra, y en tanto su concreción se encuentre acreditada y se precise su reparación, teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos. En consonancia con lo anotado, como lo ha enseñado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el reconocimiento de la “afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados” busca la reparación integral de la víctima mediante el restablecimiento del ejercicio de sus derechos y la adopción de medidas de garantías de verdad, justicia y reparación, así como, aquellas reconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos, relativas a: i) restituir; ii) indemnizar; iii) rehabilitar; iv) satisfacer; y, v) adoptar garantías de no repetición, atendiendo a la relevancia de los derechos conculcados y a la gravedad de su afectación en cada situación fáctica particular.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la escogencia de la acción en lo contencioso administrativo ver sentencia del 24 de abril de 2013, Exp. 27720, C.P. Enrique Gil Botero, sentencia de 9 de octubre de 2013, Exp. 30286, C.P. Hernán Andrade Rincón, y sentencia del 10 de noviembre de 2017, Exp. 44516, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico(E). En relación con el deber del Estado de responder patrimonialmente ante la necesidad de reparar el daño antijurídico de las personas injustamente afectadas con las actuaciones lícitas o legítimas de las autoridades, ver sentencia del 8 de septiembre de 1998, Exp. IJ-002, C.P. Daniel Suárez Hernández, sentencia de agosto 25 de 1998, Exp. IJ-001, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros y sentencia del 9 de octubre de 2013, Exp. 30286, C.P. Hernán Andrade Rincón. Sobre la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia ver sentencia del 30 de agosto de 2018, Exp. 41767, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, ver sentencia de 28 de mayo de 2012, Exp. 2011-01174, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 5 de agosto de 2021, Exp. 2018-02676, C.P. Gabriel Valbuena Hernández. Igualmente ver sentencia de la Corte Constitucional T 553 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, sentencia T 406 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, sentencia T 268 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell; y sentencia T 1051 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Sobre la tipología de perjuicios inmateriales, ver sentencia del 14 de septiembre de 2011 Exps. 19031 y 38222, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sobre las medidas de reparación pecuniarias, ver sentencia del 28 de agosto del 2014, Exp. 32988, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 22 de noviembre de 2021; C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 25000-23-26-000-2004-02458-01\(51522\)](#)

Salvamento de voto. C.P. María Adriana Marín

SALVAMENTO DE VOTO / JUSTICIA RESTAURATIVA / MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA / NATURALEZA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PROTECCIÓN JURÍDICA DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / VIOLACIÓN DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFLICTO EN LA RELACIÓN LABORAL / EXTRALIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

En el análisis del fallo se concluyó que había lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la restricción que tuvo el actor de ejercer su derecho de acción, y, para reparar el perjuicio, la providencia impuso una medida restaurativa que consistió en la

posibilidad de que el demandante iniciara un nuevo proceso laboral en contra de su entonces empleador -Embajada de Indonesia en Colombia-, al tiempo de que prohibió al juez natural decretar la prescripción del derecho y la caducidad de la acción. (...) Considero que la medida restaurativa ordenada supera el ámbito de competencia del operador judicial, porque afecta los derechos de quienes no fueron vinculados al proceso y, por tanto, no pudieron ejercer su derecho de contradicción. (...) [E]n el caso concreto, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia estuvieron ajustadas al ordenamiento legal y a la jurisprudencia de aquella época, es decir, no existió yerro judicial alguno. Así, resultaría injustificado reiniciar un proceso cuyo juez natural no ha cometido un error de derecho y/o de hecho, y mucho menos incurrió en una conducta arbitraria. Igualmente, considero que la orden de reabrir el proceso, como se ordena en la medida restaurativa puede ir en desmedro del principio de autonomía judicial, previsto en el artículo 230 de la Constitución Política, dado que prohíbe al juez natural pronunciarse sobre las excepciones de caducidad y/o prescripción. Aun más, considero que la orden dada en la sentencia no solo puede afectar los derechos fundamentales al debido proceso de quien no fue parte en esta acción de reparación, y a la autonomía judicial, sino que implican el decreto de una medida extra petita, dado que ésta no fue solicitada en la demanda y, si bien es cierto que en aplicación del principio de reparación integral, el juez puede separarse de la causa petendi, también lo es que la principalística y la jurisprudencia han limitado estas declaraciones a los casos de violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 22 de noviembre de 2021; C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 25000-23-26-000-2004-02458-01\(51522\) SV María Adriana Marín](#)

7. El juez del recurso de anulación no está facultado para evaluar la pertinencia del análisis jurídico de las normas de caducidad aplicables al medio de control de controversias contractuales, pues el fallo en conciencia es aquél en el cual el Tribunal Arbitral no lleva a cabo un análisis soportado en el ordenamiento jurídico vigente.

Síntesis del caso: *En virtud de un contrato estatal las partes acordaron pacto arbitral. Suscitadas algunas diferencias se presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio al estimar que se había generado un desequilibrio económico, pues las contratantes habrían incumplido el deber de planeación; solicitaron la nulidad del acta de liquidación del contrato y el reconocimiento de los costos directos y derivados de la mayor permanencia en la obra. El Tribunal de Arbitramento decretó la caducidad, al considerar que el contrato se liquidó bilateralmente con posterioridad al vencimiento del plazo convencional y después de los dos años siguientes al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral. Las convocantes, en el recurso de anulación, propusieron la causal del numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.*

FALLO EN DERECHO / CARACTERÍSTICAS DEL FALLO EN DERECHO / LAUDO ARBITRAL / MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / DERECHO POSITIVO / NORMA SUSTANCIAL / NORMA PROCESAL / PRINCIPIO DEL EFECTO ÚTIL DE LAS NORMAS / ANÁLISIS DE LA PRUEBA POR EL JUEZ / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN CONJUNTO / REQUISITOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA / PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA / SISTEMA DE SANA CRÍTICA / DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ / ERROR IN PROCEDENDO / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FALLO EN CONCIENCIA / LAUDO ARBITRAL / ARBITRAJE EN CONCIENCIA / REQUISITOS DEL FALLO EN CONCIENCIA /

CARACTERÍSTICAS DEL FALLO EN CONCIENCIA / MATERIALIZACIÓN DEL FALLO EN CONCIENCIA / FALLO EN EQUIDAD / DECISIÓN EN EQUIDAD EN LAUDO ARBITRAL / CONCEPTO DE ARBITRAJE EN EQUIDAD / INAPLICACIÓN DE LA LEY / INDEBIDA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Problema jurídico: *¿La decisión del recurso de anulación entraña el estudio de los razonamientos realizados por el Tribunal Arbitral en cuanto a la aplicación de la ley sustancial, y en cuanto a errores de hecho o derecho en materia de valoración probatoria?*

Tesis: “El numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 prevé, como causal de anulación del laudo, haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. El fallo en conciencia no lleva a cabo un razonamiento soportado en el ordenamiento jurídico vigente, sino que se imparte solución al litigio de acuerdo con la convicción personal y el sentido común. Así, el juez sigue las determinaciones de su fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de “verdad sabida y buena fe guardada”. A su vez, el fallo en derecho se apoya en el conjunto de normas sustanciales y procesales, así como en los “principios” que integran el ordenamiento jurídico y que constituyen el marco de referencia de la decisión. El juez debe apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y podrá tener en cuenta en esa libre apreciación de la prueba las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia. (...) No es procedente analizar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas, porque este aspecto es un error *in iudicando* sobre el cual no está edificado este recurso extraordinario. (...) La decisión equivocada no corresponde a un fallo en conciencia, ni el desacuerdo de las partes con las razones esgrimidas en la providencia configura la causal, porque el juicio de anulación no supone una nueva instancia de discusión en relación con el fondo del asunto”.

FALLO EN CONCIENCIA / REQUISITOS DEL FALLO EN CONCIENCIA / INEXISTENCIA DE FALLO EN CONCIENCIA / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA LAUDO ARBITRAL / MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / INTERPRETACIÓN DEL JUEZ / INTERPRETACIÓN DE LA NORMA / FUNCIÓN INTERPRETATIVA DEL JUEZ / INTERPRETACIÓN LEGAL DEL JUEZ / INTERPRETACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / TÉRMINO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / FACULTADES DEL JUEZ EN EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 2: *¿El Tribunal de Arbitramento inaplicó los principios de acceso a la administración de justicia, pro actione, pro damnato y pro homine al declarar la caducidad, porque dio prelación a aspectos formales?*

Tesis 2: “Frente a la inaplicación de los principios de acceso a la administración de justicia, interpretación restrictiva, *pro actione*, *pro homine* y *pro damnato* que dicen las recurrentes fueron ignorados, estos argumentos se dirigen a cuestionar la interpretación que hizo el Tribunal de Arbitramento tanto de las normas que regulan el término para presentar la demanda, como de la decisión de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera frente a la forma de contabilizar el término de caducidad, cuando el contrato se liquida vencido el término para hacerlo de mutuo acuerdo y unilateralmente, pero por fuera de los dos años siguientes al vencimiento de este último plazo. (...) La Sala reitera que el juez del recurso de anulación no está facultado para evaluar la pertinencia del análisis jurídico de las normas de caducidad aplicables al medio de control de controversias contractuales, pues el fallo en conciencia es aquél en el cual el Tribunal Arbitral no lleva a cabo un análisis soportado en el ordenamiento jurídico vigente.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el objeto del recurso de anulación de laudo arbitral ver sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 32398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sobre el fallo en conciencia ver sentencia de 27 de abril de 1999, Exp. 15623. Sobre el fallo en derecho ver sentencia de 30 de abril de 2012, Exp.

42126, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 3 de abril de 1992, Exp. 6695, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, sentencia de 27 de julio de 2000, Exp. 17591, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia de 16 de junio de 2008, Exp. 34543, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 5 de julio de 2006, Exp. 31887, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 22191, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 23 de septiembre de 2021; C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 11001-03-26-000-2020-00132-00\(66315\)](#)

8. Se mantiene incólume la cláusula penal pecuniaria del contrato de obra suscrito con Fonade, como quiera que en la demanda no se solicitó su nulidad.

Síntesis del caso: *En la demanda se afirmó que Fonade incumplió las obligaciones económicas pactadas en el contrato de obra No. 20511750, suscrito con la sociedad Fernando Ramírez Ingenieros Arquitectos Ltda. -contratista-, pues, a juicio de la parte actora, no le pagaron unas sumas de dinero que le correspondían.*

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ALTERACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DEBERES DEL JUEZ / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema Jurídico: *De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala procede a establecer si la afectación patrimonial que dijo haber sufrido con motivo de la providencia expedida en un proceso ejecutivo hipotecario, que ordenó la venta en pública subasta de un inmueble de propiedad del demandante para con su producto pagar una obligación a cargo del anterior dueño, constituyó un daño cierto, que no estaba en el deber de soportar. Si la respuesta es afirmativa, la Sala procederá a examinar los presupuestos de procedibilidad del error jurisdiccional previstos en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia -en adelante LEAJ- y, de ser viable, realizará el análisis de la providencia acusada de yerro para determinar si el daño patrimonial alegado es imputable a la Nación, Rama Judicial.*

Tesis: [E]sta Subsección, al igual como lo hizo el Tribunal a quo en su momento, advierte que no es posible examinar la legalidad de la imposición de la cláusula penal pecuniaria por parte de Fonade al contratista de acuerdo con lo planteado por la parte actora en la apelación y en los alegatos de conclusión, dado que en la demanda no se pidió que se declarara su ilegalidad ni su arbitrariedad y, pronunciarse sobre ello, sería un atentado contra el principio de congruencia y el derecho fundamental al debido proceso, en razón de que con la impugnación no es posible modificar la causa petendi, pues para ello existen unas oportunidades procesales que no fueron aprovechadas en su momento por la demandante. [...] Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dado que con el recurso de apelación no es posible modificar la causa petendi, situación que releva a la Sala de examinar los argumentos allí plasmados.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de agosto de 2021, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 05001-23-31-000-2009-00527-02\(65589\).](#)

9. La declaratoria de responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la

Administración de Justicia siempre se encuentra intrínsecamente ligada a una falla probada en el servicio

Síntesis del caso: *Mediante sentencia del 9 de junio de 2009, el Juzgado 58 Civil Municipal de Bogotá declaró la terminación de un contrato de arriendo sobre un inmueble y ordenó su restitución al propietario. Esta decisión fue confirmada por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de agosto de 2009. El 20 de noviembre de 2009, el Juzgado 58 Civil Municipal de Bogotá libró despacho comisorio a la Inspección de Policía de la localidad de Chapinero para que realizara la diligencia de lanzamiento sobre el inmueble referido. Los días 22 y 27 de enero de 2010 la Inspectora 2ª C Distrital de Policía Localidad de Chapinero realizó la diligencia de lanzamiento que le había sido encomendada. En ella, J. E. G. H., quien afirmó ser arrendatario del inmueble, y un vecino de éste, presentaron oposición y recurso de apelación. Estas solicitudes fueron resueltas desfavorablemente por la inspectora referida. El demandante considera que la Inspectora 2ª C Distrital de Policía Localidad de Chapinero incurrió en defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, porque en la diligencia de lanzamiento del inmueble no aceptó la oposición que presentó y tampoco le concedió el recurso de apelación.*

CARGA DE LA PRUEBA / EXIGENCIA DE CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE CARGA DE LA PRUEBA / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema Jurídico: *¿Corresponde a la Sala determinar si se incurrió en un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en la diligencia de entrega de inmueble que se practicó los días 22 y 27 de enero de 2010?*

Tesis: [L]a Sala encuentra que en el presente caso la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, de donde el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia que se alega requiere de prueba, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal onus, impide establecer la existencia de uno de los elementos estructurales de la responsabilidad, sin el cual, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, no es posible su declaración. Dicho de otra manera, la carga de la prueba asiste a la parte que alega el hecho lesivo y por ello resulta determinante demostrar por los medios legalmente dispuestos para tal fin, las circunstancias fácticas sobre las cuales se fundó la demanda, de modo que su mera afirmación no resulta suficiente para ello. Según lo expuesto, se observa que las pruebas que reposan en el expediente no permiten acreditar una actuación irregular o el anormal del funcionamiento de la administración de justicia de la Inspectora 2ª C Distrital de Policía de la Localidad de Chapinero, por lo que en la parte resolutive se confirmará la sentencia apelada, que negó las pretensiones de la demanda.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 07 de diciembre de 2021, C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 25000-23-26-000-2012-00494-01\(54626\)](#)

SECCIÓN CUARTA

1. Es ilegal la fijación de un límite o tope mensual respecto de las exenciones y deducciones procedentes para depurar la base de cálculo de la retención en la fuente de las rentas laborales.

Síntesis del caso: *Se anuló la expresión “es decir cuatrocientos veinte (420) Unidades de Valor Tributario - UVT mensuales”, contenida en el párrafo 3 del artículo 1.2.4.1.6 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en materia tributaria. La Sala declaró la ilegalidad de la referida expresión, porque consideró que la aplicación del límite de 420 UVT mensuales para retenciones en la fuente sobre eventuales aportes a cuentas AFC y Fondos de Pensiones que superen ese límite restringiría los beneficios asociados a dichos aportes, respecto de la parte que exceda el límite mensual de UVT y, en esa medida, estimó que la norma reglamentaria conllevaría un efecto inequitativo para ese segmento de ahorradores, en contravía del principio constitucional de equidad tributaria, consagrado en el artículo 363 de la constitución Política.*

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS NATURALES – Sistema cedular de la Ley 1819 de 2016 / SISTEMA CEDULAR DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE PERSONAS NATURALES – Finalidad / CÉDULA DE RENTAS DE TRABAJO - Conformación / CÉDULA DE RENTAS DE TRABAJO – Renta líquida cedular / DEPURACIÓN DE LA RENTA CEDULAR – Límite anual de rentas exentas y deducciones / DEPURACIÓN DE LA RENTA CEDULAR DE TRABAJO / DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO EN MATERIA TRIBUTARIA DURT - Finalidad / RETENCIÓN EN LA FUENTE A TÍTULO DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS SOBRE RENTAS DE TRABAJO O INGRESOS LABORALES – Causación mensual / DEPURACIÓN DE LA BASE DE CÁLCULO DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE RENTAS DE TRABAJO O INGRESOS LABORALES - Alcance de la expresión *para todos los fines previstos* del párrafo 3 del artículo 1.2.4.1.6 del Decreto 1625 de 2016 / DEPURACIÓN DE LA BASE DE CÁLCULO DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE RENTAS DE TRABAJO O INGRESOS LABORALES – Límite de rentas exentas y deducciones / TOPE DE UVT MENSUALES LÍMITE DE RENTAS EXENTAS Y DEDUCCIONES PARA LA DEPURACIÓN DE LA BASE DE CÁLCULO DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE RENTAS LABORALES – Ilegalidad. Violación del principio de equidad tributaria por restricción del beneficio respecto de eventuales aportes a Cuentas de Ahorro para el Fomento de la Construcción AFC y Fondos de pensiones que excedan el límite mensual de rentas exentas y deducciones previsto en la norma reglamentaria

Problema Jurídico: *¿Es legal el párrafo 3 del artículo 1.2.4.1.6 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en materia tributaria, en cuanto dispuso que las rentas exentas y deducciones no pueden superar el valor equivalente a 420 Unidades de Valor Tributario - UVT mensuales?*

Tesis: “La reforma tributaria promulgada por la Ley 1819 de 2016, introdujo modificaciones estructurales al impuesto sobre la renta de las personas naturales. Por cuenta de esas modificaciones se adoptó un sistema cedular que, considerando las diferentes fuentes de la renta, introdujo cambios cuantitativos en la depuración de cinco cédulas independientes (*rentas de trabajo; pensiones; rentas de capital; rentas no laborales; dividendos y participaciones*), bajo las reglas del artículo 26 del ET aplicables a cada caso, para determinar en cada uno de ellos una renta líquida más equitativa y ajustada a los propósitos legislativos de turno en materia de progresividad y simplicidad en el impuesto, con tarifas diferenciales por grupos. Para el caso de la cédula correspondiente a rentas de trabajo, integrada por los ingresos señalados en el artículo 103 ib., el artículo 336 *ejusdem* disponía “Para efectos de establecer la renta líquida cedular, del total de los ingresos de esta cédula obtenidos en el periodo gravable, se restarán los ingresos no constitutivos de renta imputables a esta cédula. Podrán restarse todas las rentas exentas y las deducciones imputables a esta cédula, **siempre que no excedan el cuarenta (40%) del resultado del**

inciso anterior, que en todo caso no puede exceder cinco mil cuarenta (5.040) UVT.”

En los anteriores términos el legislador tributario reguló la depuración de la renta cedular de trabajo dentro del marco de las reglas establecidas en el artículo 26 del ET, según previsión del artículo 330 ib., disponiendo un límite de 5.040 UVT anuales por la periodicidad del impuesto de renta, como porcentaje admisible para rentas exentas y deducciones deducibles de la renta líquida cedular. Por su parte y mediante el ejercicio de la facultad reglamentaria en aspectos puntuales, el Decreto 1625 de 2016 compiló las normas reglamentarias preexistentes en el Sector de Hacienda, para actualizar la normativa tributaria vigente, con miras a racionalizar, simplificar y ajustar su contenido material a la realidad institucional del momento, en pro de la eficiencia económica y social del sistema legal y del afianzamiento de la seguridad jurídica. En desarrollo de esa compilación, el título 4 del DUR incorporó la regulación sobre retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta y complementarios, a cargo de los agentes de retención señalados en los artículos 1.2.4.3 y 1.2.4.20, particularizando su aplicación para el caso de los ingresos laborales, a través del capítulo primero del mismo título. Así, el artículo 1.2.4.1.3 del reglamento describió los procedimientos legales para aplicar la retención en la fuente, y el artículo 1.2.4.1.6. indicó la forma de depuración de la base de cálculo sobre los pagos o abonos en cuenta por concepto de rentas de trabajo efectuados a las personas naturales, permitiendo deducir los ingresos taxativamente previstos como no constitutivos de renta ni ganancia ocasional, las deducciones a que se refiere el artículo 387 del ET, los aportes obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud y las rentas legalmente previstas como exentas en razón a su origen y beneficiario; además de precisar que las rentas exentas y las deducciones no podrían superar los límites particulares de cada uno de esos beneficios fiscales, ni el límite porcentual del cuarenta por ciento (40%) o el valor absoluto de cinco mil cuarenta (5.040) Unidades de Valor Tributario (UVT) anuales, **es decir** cuatrocientos veinte (420) Unidades de Valor Tributario (UVT) mensuales, de conformidad con lo previsto en el artículo 336 del ET. Dicha precisión fue hecha por el párrafo 3 del mencionado artículo 1.2.4.1.6, objeto del presente medio de control, cuyo texto comienza con la expresión “*para todos los fines previstos*”, entendiéndose por tales los involucrados en la regulación genérica del artículo como norma principal de la que hace parte el citado párrafo, en tanto fragmento regulador de un aspecto particular de aquella. Así y bajo tal parámetro de estructura normativa, abordado desde la propuesta interpretativa que enfocan los cargos de nulidad, los fines respecto de los cuales opera la limitante de UVT prevista en el párrafo 3, no son otros distintos que los relacionados con la propia regulación del artículo 1.2.4.1.6 sobre depuración de la base de retención en la fuente de las rentas de trabajo que, si bien se relaciona con el impuesto de renta generado por estas, funge de manera autónoma frente a aquel, en tanto que solo constituye el mecanismo anticipado para recaudarlo, con elementos singulares e independientes de ese tributo recaudado y expresamente establecidos en la legislación tributaria, entre ellos, su causación mensual, ante el supuesto de pagos laborales durante el respectivo mes, sin perjuicio de que puedan tener una periodicidad diferente, acorde con los procedimientos establecidos en los artículos 385 y 386 del ET, en concordancia con el artículo 1.2.4.1.3. del DUR. En ese contexto material, en el que la norma legal que se predica violada regula la determinación de la renta líquida cedular de trabajo y el aparte normativo que se acusa como transgresor integra la reglamentación sobre la depuración de la base de retención en la fuente, legalmente establecida en el artículo 388 del ET, se echa de menos la similitud de presupuestos regulatorios entre la norma superior supuestamente transgredida y la norma inferior transgresora para efecto de realizar la confrontación directa que estructura el examen de validez respecto del principio de reserva de ley y exceso de la facultad reglamentaria. Sin perjuicio de esa primera observación, aún en el caso de que la unidad material se cumpliera, lo cierto es que el texto de la norma reglamentaria acusada replicó el parámetro legal techo de UVT anual (5.040) y al aludir a las 420 UVT le antecedió la expresión “**es decir**”, conector gramatical usado para aclarar o explicar con mayor amplitud las palabras, frases o párrafos inmediatamente anteriores, cuyo enlace dota de significación a la idea que quiere presentarse. En el caso, dicha aclaración respondió a la periodicidad de la retención en la fuente reglamentada, en tanto mecanismo de recaudo anticipado del impuesto anual de renta sobre los pagos laborales realizados a lo largo del año y aplicado mensualmente a través de los procedimientos 1 y 2 descritos en los artículos 385 y 386 del ET. Para ello, aplicó una operación matemática básica de división que precisó la proporción de las 5.040 UVT anuales del impuesto de renta correspondiente a cada uno de los doce meses en los que se aplica la retención en la fuente sobre los ingresos laborales percibidos durante el año, arrojando un resultado de 420 UVT por mes. Desde tal perspectiva, la mención del párrafo 3 acusado, respecto del límite de 420 UVT mensuales, constituiría un complemento para la reglamentación de la depuración de la base de retención, porque la armoniza con su propio periodo de causación y con el cometido legal de conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se causa. Sin perjuicio de lo anterior, se evidencia que la aplicación del límite de

420 UVT mensuales para retenciones en la fuente sobre eventuales aportes a cuentas AFC y Fondos de Pensiones que superen ese límite restringiría los beneficios asociados a dichos aportes, respecto de la parte que exceda el límite mensual de UVT y, en esa medida, la Sala estima que la norma reglamentaria acusada conllevaría un efecto inequitativo para ese segmento de ahorradores. En consideración a tal incidencia práctica transgresora del principio de equidad tributaria consagrado en el artículo 363 de la Constitución Política, se anulará el aparte normativo demandado”.

Aclaración de voto de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

ILEGALIDAD PARCIAL DEL PARÁGRAFO 3 DEL ARTÍCULO 1.2.4.1.6 DEL DECRETO 1625 DE 2016 - Fundamento. No es la violación del principio de equidad tributaria, sino de legalidad en materia fiscal / ILEGALIDAD DE LA FIJACIÓN DE UN LÍMITE MENSUAL O TOPE MENSUAL DE UVT DE RENTAS EXENTAS Y DEDUCCIONES PARA LA DEPURACIÓN DE LA BASE DE CÁLCULO DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE RENTAS LABORALES - Violación del principio de legalidad tributaria

Tesis: “[A]claro el voto, porque en mi criterio la razón para declarar la nulidad del aparte demandado es que se reguló un contenido normativo que no tiene sustento en una norma de rango superior, por las siguientes razones: El actor demandó la nulidad parcial del párrafo 3 del artículo 1.2.4.1.6 del Decreto 1625 de 2016, emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por desconocimiento del principio de reserva de ley y exceso de la facultad reglamentaria, en cuanto dispuso un límite mensual de unidades de valor tributario para efecto de rentas exentas y deducciones anuales, no previsto en la ley. De la demanda presentada se establece que el actor invocó como normas violadas los artículos 126-1, 126-4, 336 y 388 del Estatuto Tributario, entre otras. El artículo 336 *ibidem* disponía que “Para efectos de establecer la renta líquida cedular [renta de trabajo], del total de los ingresos de esta cédula obtenidos en el periodo gravable, se restarán los ingresos no constitutivos de renta imputables a esta cédula. Podrán restarse todas las rentas exentas y las deducciones imputables a esta cédula, siempre que no excedan el cuarenta (40%) del resultado del inciso anterior, que en todo caso no puede exceder cinco mil cuarenta (5.040) UVT.” Sobre la base de depuración del cálculo sobre la renta, el artículo 388 del Estatuto Tributario en lo pertinente señala que “En todo caso, la suma total de deducciones y rentas exentas no podrá superar el cuarenta por ciento (40%) del resultado de restar del monto del pago o abono en cuenta los ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional imputables. Esta limitación no aplicará en el caso del pago de pensiones de jubilación, invalidez, vejez, de sobrevivientes y sobre riesgos profesionales, las indemnizaciones sustitutivas de las pensiones y las devoluciones de ahorro pensional.”. Y, los artículos 126-1 y 126-4 *ibidem* establecen que serán deducibles las contribuciones a fondos de pensiones de jubilación e invalidez y fondos de cesantías y que serán renta exenta los aportes en las cuentas de ahorro denominadas Ahorro para el Fomento a la Construcción (AFC), para lo cual precisó unos topes anualizados. De esta manera en este caso se está ante el desconocimiento del principio de legalidad, porque el texto del aparte demandado estableció un límite mensual de 420 UVT contrario lo enunciado por la ley, que dispuso que las rentas exentas y las deducciones imputables a la cédula de la renta de trabajo, se fijan en un máximo anual de cinco mil cuarenta (5.040) UVT (art. 336 del Estatuto Tributario), así mismo la norma de retención señaló un tope del 40%, no hizo una delimitación en UVT mensuales. Igual mención debe hacerse sobre los artículos 126-1 y 126-4 antes citados, que como se indicó determinaron unos máximos anuales.”.

Aclaración de voto del Consejero Milton Chaves García

ILEGALIDAD DEL LÍMITE MENSUAL O TOPE DE UVT MENSUAL DE RENTAS EXENTAS Y DEDUCCIONES PARA LA DEPURACIÓN DE LA BASE DE CÁLCULO DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE RENTAS LABORALES – Fundamento / FIJACIÓN DE LÍMITE MENSUAL O TOPE MENSUAL DE RENTAS EXENTAS Y DEDUCCIONES PARA LA DEPURACIÓN DE LA BASE DE CÁLCULO DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE RENTAS LABORALES – Ilegalidad. Si el legislador fijó límites anuales, no puede el reglamento convertirlos a diarios, semanales o mensuales

Tesis: “Comparto íntegramente la parte resolutive de la sentencia de la referencia, sin embargo, considero oportuno aclarar que más allá de las restricciones que plantea la

sentencia; las razones que me llevaron a votar favorablemente la nulidad de la norma son las planteadas en la demanda. El reglamento estableció, para la retención en la fuente de las rentas de trabajo, un tope diferente del planteado por la Ley, para las exenciones o deducciones de personas naturales. Mientras el artículo 336 del E.T. estableció un límite anual de cinco mil cuarenta (5.040) Unidades de Valor Tributario – UVT, sin establecer un límite mensual para exenciones o deducciones. Es por ello que el reglamento al señalar como equivalente al monto anterior la suma de cuatrocientos veinte (420) Unidades de Valor Tributario - UVT mensuales Al contrario de lo señalado en la norma anulada no son equivalentes. Si el legislador fijó límites anuales, no puede el reglamento convertirlos a diarios, semanales o mensuales.”

Aclaración de voto del Consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

ILEGALIDAD DE LA FIJACIÓN DE UN LÍMITE MENSUAL O TOPE DE UVT MENSUAL DE RENTAS EXENTAS Y DEDUCCIONES APLICABLES PARA LA DEPURACIÓN DE LA BASE DE CÁLCULO DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE RENTAS LABORALES - Fundamento. Es la violación del principio de legalidad tributaria, no del principio de equidad / FIJACIÓN DE LÍMITE MENSUAL O TOPE MENSUAL DE RENTAS EXENTAS Y DEDUCCIONES APLICABLES PARA LA DEPURACIÓN DE LA BASE DE CÁLCULO DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE RENTAS LABORALES – Ilegalidad. Mensualización del límite de 5040 UVT previsto en términos anuales en el ordinal 3 del artículo 336 del Estatuto Tributario / PARÁGRAFO 3 DEL ARTÍCULO 1.2.4.1.6 DEL DECRETO 1625 DE 2016 - La expresión acusada es ilegal, no inicua

Tesis: “En mi criterio, no se da el efecto inicuo que se le atribuye a la norma en el fallo y de ahí mi necesidad de aclarar el voto. La contrariedad de la norma obedece únicamente al hecho de que mensualiza el límite de 5.040 UVT que el ordenamiento contempla en términos anuales en el ordinal 3.º del artículo 336 del Estatuto Tributario. Lo anterior, porque habiendo dispuesto la ley un límite anual, *i.e.* no mensual, para el monto de las rentas exentas y las deducciones aplicables, es ese mismo límite el que tendría que proyectarse sobre la base de cálculo de las retenciones en la fuente y no uno mayor (equivalente a una doceava parte del monto permitido legalmente), pues nada garantiza que los perceptores de ingresos gravados mantengan durante todo el año y en todos los años unas condiciones económicas invariables, que permitan restringir mes a mes en idénticas condiciones los factores de depuración que están previstos para la anualidad. Existiendo un límite anual, este será respetado por todos los contribuyentes, independientemente de las eventuales menores retenciones que se hubieren practicado mensualmente, razón por la que carecía de sentido, ya no solo de fundamento legal, limitar el cálculo de la retención, pues restringía innecesariamente la liquidez que podrían llegar a tener los sujetos pasivos del impuesto. De ahí que apoye la nulidad decidida en la sentencia. No observo en cambio la violación al principio constitucional de equidad que se le atribuye al precepto, dado que el límite ilegal detectado se proyecta de igual manera sobre todos los contribuyentes del impuesto sobre la renta perceptores de rentas del trabajo, no sobre grupos particularizados. No es cierto que solo pueda llegar a afectar a quienes efectúen ahorros mediante aportes voluntarios a fondos de pensiones o cuentas AFC. Así, la norma es ilegal, pero no inicua”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de octubre de 2021, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2018-00041-00 \(24047\).](#)

2. Para acceder al saneamiento de activos no es requisito que el activo se haya poseído por más de dos años.

Síntesis del caso: *Por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del ejecutivo se anuló el numeral 3 del artículo 1.5.7.5 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en materia tributaria, adicionado por el artículo 1 del Decreto 874 de 2019. Lo anterior, porque la Sala concluyó que, al fijar como condición del saneamiento la posesión del activo por más de dos (2) años, la norma anulada estableció un requisito no previsto en la ley, toda vez que del estudio de*

constitucionalidad del impuesto complementario de normalización tributaria, de los elementos estructurales del tributo fijados por la Ley 1943 de 2018 y, en concreto, del contenido del artículo 48 lb., no se evidencia la existencia de un límite temporal de posesión de los activos que son objeto de saneamiento.

IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE NORMALIZACIÓN TRIBUTARIA – Exequibilidad del artículo 48 de la Ley 1943 de 2018. Sentencia C-520 de 2019 de la Corte Constitucional / IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE NORMALIZACIÓN TRIBUTARIA - Elementos estructurales / IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE NORMALIZACIÓN TRIBUTARIA - Características / IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE NORMALIZACIÓN TRIBUTARIA - Causación / ACTIVO OMITIDO PARA EFECTOS DEL IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE NORMALIZACIÓN TRIBUTARIA - Definición / EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE ACTIVOS OMITIDOS O DE PASIVOS INEXISTENTES EN EL IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE NORMALIZACIÓN TRIBUTARIA / CLASIFICACIÓN DE LOS ACTIVOS ENAJENADOS / ACTIVO MOVIBLE - Noción / ACTIVO FIJO O INMOVILIZADO - Noción / CRITERIOS PARA LA CALIFICACIÓN DE ACTIVOS ENAJENADOS - Reiteración de jurisprudencia / IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE NORMALIZACIÓN TRIBUTARIA - Saneamiento de activos / SANEAMIENTO DE ACTIVOS EN EL IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE NORMALIZACIÓN TRIBUTARIA – Requisitos / SANEAMIENTO DE ACTIVOS EN EL IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE NORMALIZACIÓN TRIBUTARIA DE LA LEY 1943 DE 2018 – Exequibilidad / INEXISTENCIA DE LÍMITE TEMPORAL DE POSESIÓN DEL ACTIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL SANEAMIENTO DE ACTIVOS EN EL IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE NORMALIZACIÓN TRIBUTARIA DE LA LEY 1943 DE 2018 / PERMANENCIA O LÍMITE TEMPORAL DE POSESIÓN DEL ACTIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL SANEAMIENTO DE ACTIVOS EN EL IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE NORMALIZACIÓN TRIBUTARIA DE LA LEY 1943 DE 2018 – Ilegalidad del numeral 3 del artículo 1.5.7.5 del Decreto 1625 de 2016 DURT. Exceso de la potestad reglamentaria / INEXEQUIBILIDAD DE LA LEY 1943 DE 2018 - Efectos jurídicos

Problema Jurídico: *¿El numeral 3 del artículo 1.5.7.5 del Decreto 1625 de 2016 (DURT), adicionado por el artículo 1 del Decreto 874 de 2019, modificó los elementos estructurales del impuesto complementario de normalización tributaria e incurrió en exceso de potestad reglamentaria, al reglamentar el artículo 48 de la Ley 1943 de 2018 y establecer que los activos objeto del saneamiento se deben haber poseído por más de dos (2) años?*

Tesis: “[S]e observa que, del estudio de constitucionalidad del impuesto complementario de normalización tributaria y de los elementos estructurales del tributo establecidos por el legislador, no se evidencia la existencia de un límite temporal para la posesión de los activos pasibles de ser objeto de saneamiento, teniendo en cuenta que la normativa señalada es clara al indicar que el impuesto se causa por la posesión de activos omitidos al 1.º de enero de 2019. (...) En el marco del impuesto complementario de normalización tributaria, el artículo 48 de la Ley 1943 de 2018 permite que los activos «*diferentes a inventarios*», que hayan sido declarados por un valor inferior al de mercado, se puedan actualizar en su valor, y dispone que las sumas adicionales que resulten formen parte de la base gravable del tributo. Para determinar la naturaleza de los activos a los que alude la anterior disposición, el artículo 60 del Estatuto Tributario, en la versión prevista por el artículo 40 de la Ley 1819 de 2016, precisó que mientras los activos movibles son los bienes que se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente y que en el caso de los obligados a llevar contabilidad «*corresponden a los inventarios*», los fijos o inmovilizados no se negocian dentro del giro ordinario y para obligados a llevar contabilidad son «*aquellos activos diferentes a los inventarios y se clasificarán de acuerdo con los nuevos marcos técnicos normativos*». En esa misma dirección, el artículo 64 del Decreto 2649 de 1993 indicó que el concepto de activo fijo corresponde a los bienes del ente económico que no están destinados para la venta en el curso normal de los negocios, esto es, que no están dirigidos a ser comercializados, sino para ser utilizados y explotados por la empresa, con el fin de generar ingresos. La Sala ha expresado que para calificar un activo como fijo o movable no basta con verificar la forma en que se contabiliza o el término en que permanece en el patrimonio del contribuyente, sino de la intención o el propósito de su adquisición, de modo tal que si el bien se obtiene para ser vendido dentro del giro ordinario de los negocios tiene el carácter de activo movable, mientras que si dicha intención no es la enajenación

dentro del giro normal de los negocios, sino su incorporación en el patrimonio, se trata de un activo fijo o inmovilizado. En consecuencia, bajo el supuesto de que la norma reglamentada (art. 48 de la Ley 1943 de 2018) recae sobre activos fijos o inmovilizados, esto es, «*diferentes a inventarios*», se precisa que si bien el margen de permanencia del activo en el patrimonio del contribuyente (2 años) sirve para determinar si al momento de su enajenación el ingreso generado constituye renta líquida o ganancia ocasional, o para fijar el costo fiscal del activo enajenado, tal concepto no afecta la determinación de la naturaleza del activo, ni tampoco puede limitar la inclusión de activos en el saneamiento previsto por el artículo 48 de la Ley 1943 de 2018. Por lo demás, se advierte que, contrario a lo aducido por la entidad demandada, no es posible asociar el término de firmeza de las declaraciones al requisito de permanencia del activo fijado por la norma acusada pues, para su fecha de expedición, el artículo 714 del Estatuto Tributario dispuso que el término de firmeza de las declaraciones es de tres (3) años, y no de dos años (2). Así las cosas, la Sala considera que como del estudio de constitucionalidad del impuesto complementario de normalización tributaria, de los elementos estructurales del tributo establecidos por la Ley 1943 de 2018, y en concreto, del contenido del artículo 48 *lb.*, **no se evidencia la existencia de límite temporal de posesión de los activos que son objeto de saneamiento**, el numeral 3 del artículo 1.5.7.5 del Decreto 1625 de 2016 Único Reglamentario en Materia Tributaria, adicionado por el artículo 1 del Decreto 874 de 2019, estableció un requisito no previsto, al fijar como condición del saneamiento la posesión del activo por más de dos (2) años, ello apareja exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Por lo anterior, la Sala declarará la nulidad del numeral 3 del artículo 1.5.7.5 del Decreto 1625 de 2016 Único Reglamentario en Materia Tributaria, adicionado por el artículo 1 del Decreto 874 de 2019. Finalmente, cabe anotar que la Corte Constitucional, en sentencia C-481 del 16 de octubre de 2019, declaró inexecutable por vicios en su formación a la Ley 1943 de 2018, y dispuso que dicha medida surtirá efectos hacia futuro, esto es, desde el 1.º de enero de 2020, con lo cual limitó en el tiempo los efectos jurídicos de la norma entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 2019.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 18 de noviembre de 2021, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2020-00001-00 \(25115\).](#)

3. Se anuló parcialmente el literal a.2) y se condicionó la legalidad del literal a.4), ambos del artículo 132 de la Ordenanza 000253 de 2015, Estatuto Tributario del Departamento del Atlántico.

Síntesis del caso: *En el artículo 132 de la Ordenanza 000253 de 2015, la Asamblea del Atlántico reguló el hecho generador de las estampillas Ciudadela Universitaria del Atlántico y Prodesarrollo departamental (literal a.2) y Prohospital departamental de primer y segundo nivel de atención (literal a.4). La Sala confirmó la anulación de la expresión “las empresas de servicios públicos domiciliarios en las que el Distrito tenga participación en su capital” del literal a.2), porque concluyó que es contraria a la Ley 3 de 1986 y al Decreto Ley 1222 de 1986, pues, en el otorgamiento del acto o contrato no interviene un funcionario departamental, como lo exige la ley de creación de la estampilla Prodesarrollo para que se configure el hecho generador. En cuanto a la estampilla Ciudadela Universitaria señaló que la asamblea se extralimitó en sus funciones al extender su imposición a los contratos de orden distrital en los que el Distrito tuviera participación de capital, dado que ello es una competencia restrictiva del concejo distrital, quien tiene la libertad de adoptar las estampillas y fijar su regulación conforme con la ley de creación (artículo 5 de la Ley 77 de 1981). De otra parte, comoquiera que en el literal a.4) del referido artículo 132, la asamblea estableció la configuración del hecho generador de la estampilla Prohospital departamental de primer y segundo nivel de atención sin tener en cuenta la intervención del funcionario departamental y/o municipal en el acto sujeto a gravamen, como lo exige la Ley 663 de 2001, la Sala condicionó la legalidad de dicho literal, en el entendido de que la estampilla solo se causa en los actos en los que intervenga un funcionario departamental o municipal.*

ESTAMPILLA PRODESARROLLO DEPARTAMENTAL - Autorización legal / RENTAS DE LA ESTAMPILLA PRODESARROLLO DEPARTAMENTAL - Destinación / ESTAMPILLA PRODESARROLLO DEPARTAMENTAL - Hecho generador / OBLIGACIÓN DE ADHERIR Y ANULAR LA ESTAMPILLA PRODESARROLLO DEPARTAMENTAL - Competencia / ESTAMPILLA PRODESARROLLO DEPARTAMENTAL - Objeto imponible / HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA PRODESARROLLO DEPARTAMENTAL - Presupuestos. Reiteración de jurisprudencia / INTERVENCIÓN DE FUNCIONARIO DEL ORDEN DEPARTAMENTAL EN ACTOS O INSTRUMENTOS GRAVADOS CON LA ESTAMPILLA PRODESARROLLO DEPARTAMENTAL - Obligatoriedad. Reiteración de jurisprudencia / ESTAMPILLA PRODESARROLLO DEPARTAMENTAL SOBRE CONTRATOS Y SUS ADICIONES SUSCRITOS POR EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN LAS QUE EL DISTRITO DE BARRANQUILLA TENGA PARTICIPACIÓN EN SU CAPITAL - Ilegalidad / ESTAMPILLA PRODESARROLLO DEPARTAMENTAL SOBRE CONTRATOS Y SUS ADICIONES SUSCRITOS POR EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN LAS QUE EL DISTRITO DE BARRANQUILLA TENGA PARTICIPACIÓN EN SU CAPITAL - Ilegalidad parcial del literal a.2) del artículo 132 de la Ordenanza 000253 de 2015 de la Asamblea del Atlántico. Falta de competencia de la asamblea para gravar operaciones en la que intervienen funcionarios del distrito, sin tener facultad para ejercer su poder impositivo / ESTAMPILLA CIUDADELA UNIVERSITARIA DEL ATLÁNTICO - Autorización legal / ESTAMPILLA CIUDADELA UNIVERSITARIA DEL ATLÁNTICO - Objeto imponible / ESTAMPILLA CIUDADELA UNIVERSITARIA DEL ATLÁNTICO - Hecho generador / OBLIGACIÓN DE ADHERIR Y ANULAR LA ESTAMPILLA CIUDADELA UNIVERSITARIA DEL ATLÁNTICO - Competencia / ESTAMPILLA CIUDADELA UNIVERSITARIA DEL ATLÁNTICO SOBRE CONTRATOS Y SUS ADICIONES SUSCRITOS POR EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN LAS QUE EL DISTRITO DE BARRANQUILLA TENGA PARTICIPACIÓN EN SU CAPITAL - Ilegalidad parcial del literal a.2) del artículo 132 de la Ordenanza 000253 de 2015 de la Asamblea del Atlántico. Violación de la facultad, autonomía o potestad fiscal, impositiva o tributaria del concejo distrital por extralimitación de funciones de la asamblea al extender el gravamen de estampillas sobre operaciones en la que intervienen funcionarios del distrito / FACULTAD, PODER, POTESTAD O AUTONOMÍA IMPOSITIVA O FISCAL DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Alcance y límites. Reiteración de jurisprudencia / ADOPCIÓN DE IMPUESTOS POR ENTIDADES TERRITORIALES - Sujeción al principio de legalidad. Reiteración de jurisprudencia / ESTAMPILLAS PRODESARROLLO DEPARTAMENTAL Y CIUDADELA UNIVERSITARIA DEL ATLÁNTICO - Facultad, poder, potestad o autonomía impositiva o fiscal del concejo distrital. Reiteración de jurisprudencia / HECHO GENERADOR DE LAS ESTAMPILLAS CIUDADELA UNIVERSITARIA Y PRODESARROLLO DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO SOBRE CONTRATOS Y SUS ADICIONES SUSCRITOS POR EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN LAS QUE EL DISTRITO DE BARRANQUILLA TENGA PARTICIPACIÓN EN SU CAPITAL - Ilegalidad parcial del literal a.2) del artículo 132 de la Ordenanza 000253 de 2015 de la Asamblea del Atlántico

Problema Jurídico 1: *¿La expresión “las empresas de servicios públicos domiciliarios en las que el Distrito tenga participación en su capital” contenida en el literal a.2) del artículo 132 de la Ordenanza 000253 de 2015, expedida por la Asamblea del departamento del Atlántico, infringe las normas superiores?*

Tesis 1: “El artículo 170 del Decreto Ley 1222 de 1986, *Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental*, autorizó a las asambleas departamentales para crear la estampilla ProDesarrollo departamental en su jurisdicción, destinada a la construcción de infraestructura educativa, sanitaria y deportiva. Además, en su artículo 175, se dispuso que la obligación de adherir y anular la estampilla queda a cargo de los funcionarios departamentales que intervengan en el acto. De acuerdo con la norma que autorizó la

creación de la estampilla ProDesarrollo departamental, solo pueden gravarse con esta, las actividades y operaciones realizadas en el departamento, no las realizadas por los municipios, distritos ni las entidades municipales o distritales. Por su parte, el artículo 4 de la Ley 77 de 1981, autorizó a la asamblea departamental del Atlántico para determinar el empleo, la tarifa discriminatoria y los demás asuntos inherentes al uso obligatorio de la estampilla "Ciudadela Universitaria del Atlántico", en todas las operaciones que se lleven a cabo en aquel Departamento y sobre las cuales tenga jurisdicción la referida Corporación. El artículo 5 del mismo cuerpo normativo, autorizó a los Concejos Municipales del Atlántico para hacer obligatorio el uso de la estampilla en los actos municipales, y el artículo 6, dispuso que la obligación de adherir y anular la estampilla quedaba a cargo de los funcionarios nacionales, departamentales y municipales que intervinieran en el acto. Respecto al hecho generador de la estampilla ProDesarrollo, es criterio reiterado de la Sala que, para que se configure el hecho generador es necesario que los actos gravados se realicen en el territorio del departamento y que el funcionario departamental intervenga directamente en la operación gravada con la estampilla. De manera que, la intervención de la autoridad departamental no obedece a su calidad de sujeto activo de la relación jurídica tributaria, sino de su intervención real y efectiva en la operación gravada, pues, de lo contrario, "se gravaría cualquier actividad generada dentro del departamento sin distinción del sujeto, finalidad que no posee el presente tributo". En sentencia del 23 de julio de 2015, esta Sección, en un caso similar al que se discute, confirmó la sentencia de primera instancia que anuló parcialmente el artículo 135 literal a.2. de la Ordenanza 0823 de 2003, en los siguientes términos: "Ahora bien, tratándose de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, el literal a.3) del artículo 135 de la Ordenanza 041 de 2002 dispone que sean aquellas en las que el Distrito de Barraquilla y/o los municipios o sus entidades tengan participación, es decir que tengan el carácter de mixtas, en los términos previstos en el artículo 14 numeral 6 de la Ley 142 de 1994, que las define como aquellas "... en cuyo capital, la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquélla o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%." La Sala considera que, independientemente del régimen laboral de los trabajadores de las empresas de servicios públicos domiciliarios, sí es nula la expresión "las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios –EPS- en las que el Distrito de Barraquilla y/o los municipios o sus entidades tengan participación en su capital", contenida en el **literal a.3) del artículo 135 de la Ordenanza 041 de 2002** y el mismo artículo y numeral del Decreto Ordenanzal 823 de 2003, por cuanto, la imposición del gravamen de las estampillas sobre los contratos suscritos por las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios en las que el Distrito de Barraquilla y/o los municipios o sus entidades tengan participación en su capital, cuando estas actúen como contratantes no cumple la exigencia prevista en los artículos 170 y 175 del Decreto Ley 1222 de 1986, en el sentido de que "...en el otorgamiento del acto, documento o instrumento intervenga el funcionario departamental". En efecto, por la composición misma de la empresa, esto es, distrital o municipal, los empleados tendrían la condición de empleado del distrito o del municipio, pero no del departamento". Del análisis del literal a.2). del artículo 135 del Estatuto Tributario Departamental -Ordenanza 0253 de 2015-, para la Sala, la asamblea departamental gravó, sin tener competencia para ello, operaciones en las que intervienen funcionarios del distrito, sobre el cual no puede ejercer su poder impositivo. Así, la expresión "*las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios –EPS- en las que el Distrito de Barraquilla tenga participación en su capital*", contenida en el literal a.2) del artículo 132 de la Ordenanza 0253 de 2015, es contraria a lo dispuesto en la Ley 3 de 1986 y el Decreto Ley 1222 de 1986, pues, en el otorgamiento del acto o contrato no interviene un funcionario departamental como lo exige la ley de creación de la estampilla. Aunado a lo anterior, la asamblea departamental del Atlántico se extralimitó en sus funciones al extender la imposición de la estampilla ProCiudadela a los contratos de orden distrital en las que el Distrito tuviera participación de capital, dado que ello es una competencia restrictiva del respectivo concejo distrital que tienen la libertad de adoptar las estampillas y fijar su regulación conforme con la ley de creación en virtud del artículo 5 de la Ley 77 de 1981. Respecto de la autonomía territorial, los artículos 287-3, 300-4 y 338 de la Constitución Política, dispone que las asambleas departamentales y los concejos municipales gozan de autonomía para establecer los elementos de los tributos del orden departamental, distrital y municipal, de acuerdo con la ley. De manera que, aun cuando la normativa constitucional reconoce a las entidades territoriales su autonomía impositiva para definir directamente los elementos esenciales del tributo, esta facultad se debe llevar a cabo dentro de los parámetros fijados por el legislador, por lo que en el presente caso, tratándose de la estampilla ProDesarrollo Departamental, requiere la necesaria intervención del funcionario departamental en el hecho generador de esta. Mientras que, la estampilla ProCiudadela que recae sobre actos de orden municipal o distrital requiere que el ente territorial en ejercicio de la potestad tributaria conferida por ley, adopte y fije su regulación dentro del ámbito de su jurisdicción."

ESTAMPILLA PRO HOSPITALES DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO - Autorización legal / ESTAMPILLA PRO HOSPITALES DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO - Sujetos activos / ESTAMPILLA PRO HOSPITALES DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO - Exequibilidad de la Ley 663 de 2001. Sentencia C-538 de 2002 de la Corte Constitucional / HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA PRO HOSPITALES DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO - Presupuestos / ELEMENTOS DE LA ESTAMPILLA PRO HOSPITALES DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO - Alcance y efectos de la facultad, potestad o autonomía impositiva o fiscal de la asamblea departamental del Atlántico / COBRO DE LA ESTAMPILLA PRO HOSPITALES DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO POR EL CONCEJO DISTRITAL DE BARRANQUILLA - Requiere autorización previa de la asamblea departamental / ESTAMPILLA PRO HOSPITALES DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO SOBRE CONTRATOS SUSCRITOS POR EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN LAS QUE EL DISTRITO DE BARRANQUILLA O EL DEPARTAMENTO TENGAN PARTICIPACIÓN EN SU CAPITAL - Legalidad de la expresión *distrito* del literal a.4) del artículo 132 de la Ordenanza 000253 de 2015 de la Asamblea del Atlántico / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Clasificación / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS – Naturaleza jurídica. Sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADAS / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS - Naturaleza jurídica / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS - Régimen jurídico / TRABAJADORES Y O EMPLEADOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS - Naturaleza jurídica / TRABAJADORES Y O EMPLEADOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS - Régimen legal / HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA PRO HOSPITALES DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO - Legalidad condicionada del literal a.4) del artículo 132 de la Ordenanza 000253 de 2015 de la Asamblea del Atlántico. Solo se realiza el hecho generador cuando en los actos, documentos o contratos gravados interviene un funcionario departamental o municipal / ESTAMPILLA PRO HOSPITALES DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO SOBRE CONTRATOS SUSCRITOS POR EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN LAS QUE EL DISTRITO DE BARRANQUILLA O EL DEPARTAMENTO TENGAN PARTICIPACIÓN EN SU CAPITAL – Legalidad. Independientemente de cuál sea el porcentaje de participación estatal en el capital de la empresa y de su régimen jurídico se trata de entidades públicas cuyos empleados son servidores públicos / INTERVENCIÓN DE FUNCIONARIO DEL ORDEN DEPARTAMENTAL O MUNICIPAL EN ACTOS O INSTRUMENTOS GRAVADOS CON LA ESTAMPILLA PRO HOSPITALES DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO – Obligatoriedad

Problema Jurídico 2: *¿La expresión “el Distrito” contenida en el literal a.4) del artículo 132 de la Ordenanza 000253 de 2015, expedida por la Asamblea del departamento del Atlántico, infringe las normas superiores?*

Tesis 2: “Mediante la Ley 663 de 2001, se autorizó la emisión de la estampilla ProHospital de primer y segundo nivel de atención del departamento del Atlántico, se estableció los parámetros legales que debía cumplir el departamento para imponer el tributo en sus respectivas jurisdicciones, y facultó a los concejos municipales del departamento para que hicieran obligatorio el uso de la estampilla. Al examinar la Ley 663 de 2001, la Corte Constitucional en la sentencia C-538 de 2002, señaló que la norma contenía los elementos suficientes para garantizar el principio de legalidad, toda vez que fijó el sujeto activo de la estampilla, facultó a la asamblea para establecer el hecho generador y estipuló el tope máximo de la tarifa, siendo competencia de la Asamblea del Atlántico la determinación del sujeto pasivo, las características de la estampilla y la tarifa concreta en el marco del límite

señalado. Igualmente dispuso sobre el destino que se le debe dar al recaudo de la estampilla. La estampilla ProHospital se causa por las actividades, obras y operaciones que deban realizarse en el departamento y en los municipios de este, en los que intervengan los funcionarios departamentales o municipales. Comoquiera que el artículo 3 de la Ley 663 de 2001, autorizó a la asamblea departamental del Atlántico fijar las características, tarifas y los demás asuntos referentes al uso obligatorio de la estampilla en las actividades, obras y operaciones que deban realizarse en el departamento y en los municipios de este, la ausencia de la autorización al concejo distrital de Barranquilla para que haga uso obligatorio de la estampilla, no hace nula la ordenanza y el aparte demandado, puesto que la ley expresamente señaló como sujetos activos del tributo el departamento y los municipios, aunado a la facultad conferida de regular la estampilla a nivel departamental y municipal. Distinto es que el cobro de la misma no pueda efectuarse por parte del concejo sin previa autorización de la asamblea departamental. Por lo anterior, prospera el cargo de apelación de la entidad demandada frente a la expresión “el Distrito” del literal a.4) del artículo 132 de la Ordenanza No. 000253 de 2015 expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico. Como consecuencia de lo anterior, procede la Sala a pronunciarse frente al cargo planteado por el demandante respecto del aparte demandado al considerar que la norma no distinguió el porcentaje de participación del Distrito en las empresas de servicios públicos, lo que implica que en los contratos o actos que generen la estampilla no intervienen funcionarios del distrito por tratarse de trabajadores particulares en los términos de la Ley 142 de 1994. El artículo 14 de la Ley 142 de 1994, dispone que las empresas de servicios públicos de acuerdo con la conformación de su capital pueden ser: i) oficiales, cuyo capital de la Nación, las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas tienen el 100% de los aportes; ii) mixtas, en la que el capital público sea igual o superior al 50%, y iii) privadas, cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares. Por su parte, el artículo 17 de la citada ley define la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos y dispone que son sociedades constituidas por acciones cuyo objeto es la prestación del servicio público, y en los eventos que no se represente su capital en acciones, deben adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado. Conforme al criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-736-2007, toda empresa de servicios públicos sea oficial, mixta o privada, se constituye como una sociedad por acciones, consideradas “*entidades de naturaleza especial, para responder así al interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial*”. La Corte en la aludida sentencia de constitucionalidad, precisó que las empresas de servicios públicos en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público en concurrencia con cualquier porcentaje de capital privado no deben ser consideradas como sociedades de economía mixta (...) Ahora, conforme con el criterio de la Corte, las empresas de servicios públicos de carácter privado o mixto definidas en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, son consideradas como entidades descentralizadas que conforman también la Rama Ejecutiva del poder público, contenidas en el supuesto del literal g) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución Política, sus empleados y trabajadores son servidores públicos. Contrario a lo aducido por el demandante, el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 prevé el régimen laboral del Código Sustantivo del Trabajo, aplicable a sus trabajadores, sin que con ello se desconozca la naturaleza de las empresas de servicios públicos mixtas y privadas y su condición de servidores públicos dada por ley al tratarse de una entidad descentralizada, cuya categoría el legislador puede señalar distintas calidades jurídicas. Así, independiente de la participación de capital del Distrito en las empresas de servicios públicos, o el régimen especial de derecho privado al que están sometidas, y el régimen laboral de sus trabajadores, dichas condiciones no les hace perder su calidad de entidades públicas. La Sala en sentencia del 29 de abril de 2020, al estudiar la legalidad de la estampilla ProUniversidad de Cartagena, se refirió a la intervención del funcionario departamental o municipal como parte de la estructura del hecho imponible de la estampilla, así: “Por otra parte, advierte la Sala que el artículo 5.º de la Ley 334 de 1996 establece que «*la obligación de adherir y anular la estampilla en referencia, queda a cargo de los funcionarios departamentales, distritales y municipales que intervengan en los actos*», de manera que la estampilla solo se causa si interviene tal funcionario en el acto documental gravado. Una norma jurídica similar se encuentra reproducida en las disposiciones jurídicas de los artículos 5.º de la Ordenanza nro. 12 de 1997 y 77 de la Ordenanza nro. 11 de 2006. Por lo cual, se estima que en este aspecto las ordenanzas controvertidas no infringen la ley de autorización. No obstante, la Sala considera pertinente hacer claridad en que, de acuerdo con la referida norma del artículo 5.º de la Ley 334, la estampilla reglada en los artículos bajo análisis de las ordenanzas censuradas, la intervención de un funcionario departamental, distrital o municipal en el acto, contrato o documento sujeto a gravamen hace parte de la estructura del hecho imponible de la estampilla. Por ello, la Sala declarará la legalidad condicionada de los artículos acusados, en el entendido de que el hecho

generador de la estampilla solo se realiza cuando en los actos, documentos y contratos gravados interviene un funcionario departamental o municipal”.(...) De esa manera, si bien la sentencia citada concierne a otra estampilla a la que es objeto de discusión, se considera que lo allí resuelto es aplicable al presente caso, comoquiera que el numeral a.4) de la Ordenanza demandada, establece la configuración del hecho generador sin tener en cuenta la intervención del funcionario departamental y/o municipal en el acto sujeto a gravamen, como lo exige la Ley 663 de 2001. En consecuencia, la Sala encuentra necesario declarar la legalidad condicionada del literal a.4) del artículo 132 de la Ordenanza nro. 000253 de 2015, en el entendido que el hecho generador de la estampilla solo se realiza cuando en los actos, documentos y contratos gravados interviene un funcionario departamental o municipal”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de noviembre de 2021, C. P. Milton Chaves García, radicación: 08001-23-33-000-2015-00073-02 (25452).

4. Se rectificó la jurisprudencia de la Sección en el sentido de señalar que la norma aplicable para analizar la procedencia de la deducción por el reconocimiento de siniestros por parte de las entidades financieras a sus clientes por pérdidas de dinero en efectivo y canje y por fraudes con tarjetas débito y crédito es el artículo 107 del Estatuto Tributario y no el artículo 148 ib.

*Síntesis del caso: Mediante los actos administrativos acusados, la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2011 de un banco, para desconocer la deducción por concepto de pérdidas por siniestro de fraude que registró e imponer sanción por no informar. Luego de analizar los requisitos previstos en el artículo 107 del Estatuto Tributario para la deducibilidad de las expensas necesarias (gastos), la Sala aceptó la deducción discutida, porque concluyó que la demandante los cumplió. Sobre la norma aplicable para analizar la procedencia de la deducción, la Sala **rectificó** el criterio que sostuvo en la sentencia de 11 de mayo de 2017 (Exp. 20999, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez), en el sentido de precisar que los reembolsos a cargo de las entidades financieras cuando reconocen siniestros por conceptos como efectivo y cartera de tarjetas de crédito - en el caso concreto, reembolsos por fraudes mediante tarjetas débito y fraude con chequeras y tarjetas de crédito-, no son deducibles con fundamento en el artículo 148 del E.T, porque no son pérdidas en activos fijos del banco, sino que tales pagos son deducibles con base en el artículo 107 del E.T, siempre y cuando cumplan los requisitos previstos en esta norma. Lo anterior, en razón de que contablemente tales reembolsos no reciben el tratamiento de pérdida, sino de gasto, por lo que la procedencia de las deducciones solicitadas por las entidades financieras que se sustenten en la cuenta PUC 5217, denominada “pérdida por siniestro – riesgo operativo” se debe analizar con base en los requisitos del citado artículo 107 del E.T.*

DEDUCCIÓN POR PÉRDIDA DE ACTIVOS – Procedencia / DEDUCCIÓN POR PÉRDIDA DE ACTIVOS DE ENTIDADES FINANCIERAS - Procedencia / DEDUCCIÓN POR PÉRDIDA DE ACTIVOS - Requisitos / ACTIVO FIJO – Definición / ACTIVO DISPONIBLE DE ENTIDADES BANCARIAS - Naturaleza jurídica / DEPÓSITOS EN ENTIDADES BANCARIAS - Naturaleza jurídica / NATURALEZA JURÍDICA DEL DINERO / TARJETAS DE CRÉDITO - Tratamiento contable. Activos de cartera de créditos y operaciones de leasing financiero / NATURALEZA JURÍDICA DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO -

Créditos rotativos / DEDUCCIÓN POR PÉRDIDA DE ACTIVOS RESPECTO DE CRÉDITOS OTORGADOS MEDIANTE TARJETA DE CRÉDITO - Improcedencia / DESEMBOLSOS A CARGO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS POR RECONOCIMIENTO DE SINIESTROS A SUS CLIENTES POR FRAUDES CON TARJETAS DÉBITO Y CRÉDITO - Tratamiento contable / DEDUCCIÓN POR DESEMBOLSOS A CARGO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS POR RECONOCIMIENTO DE SINIESTROS A SUS CLIENTES POR PÉRDIDAS DE DINERO EN EFECTIVO Y CANJE Y POR FRAUDES CON TARJETAS DÉBITO Y CRÉDITO – Norma aplicable. Rectificación de jurisprudencia / DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS NECESARIAS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS – Requisitos / DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS NECESARIAS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS – Alcance del artículo 107 del Estatuto Tributario. Reiteración de sentencia de unificación jurisprudencial / DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS NECESARIAS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS – Relación de causalidad entre el gasto y la actividad productora de renta. Reiteración de sentencia de unificación jurisprudencial. Regla 1 de unificación / DEDUCIBILIDAD DE LOS DESEMBOLSOS A CARGO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS POR RECONOCIMIENTO DE SINIESTROS A SUS CLIENTES POR PÉRDIDAS DE DINERO EN EFECTIVO Y CANJE Y POR FRAUDES CON TARJETAS DÉBITO Y CRÉDITO – Existencia de relación de causalidad entre el gasto y la actividad de intermediación financiera efectuada por la entidad bancaria / DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS NECESARIAS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS - Requisito de necesidad de la expensa. Reiteración de sentencia de unificación jurisprudencial. Regla 2 de unificación / DEDUCIBILIDAD DE LAS PÉRDIDAS POR EL USO FRAUDULENTO DE TARJETAS DÉBITO Y CRÉDITO - Procedencia / RIESGO OPERATIVO - Definición / FRAUDE EXTERNO - Origen / RIESGO REPUTACIONAL - Definición / RIESGO LEGAL - Definición / DEDUCIBILIDAD DE LOS DESEMBOLSOS A CARGO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS POR RECONOCIMIENTO DE SINIESTROS A SUS CLIENTES POR PÉRDIDAS DE DINERO EN EFECTIVO Y CANJE Y POR FRAUDES CON TARJETAS DÉBITO Y CRÉDITO - Cumplimiento del requisito de necesidad de la expensa / DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS NECESARIAS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS - Carga de la prueba. Reiteración de sentencia de unificación jurisprudencial. Regla 4 de unificación / DEDUCIBILIDAD DEL GASTO POR PÉRDIDA POR SINIESTRO DE RIESGO OPERATIVO CUENTA 5217 DEL PLAN ÚNICO DE CUENTAS PUC PARA EL SISTEMA FINANCIERO – Procedencia. Cumplimiento de los requisitos para su deducción en el impuesto sobre la renta y complementarios

Problemas Jurídicos: *¿Para el año gravable 2011, el banco demandante podía llevar como deducción los pagos efectuados a los clientes por fraudes a entidades bancarias con tarjetas débito y los pagos a los establecimientos de comercio por fraudes con tarjetas de crédito? ¿La norma aplicable para el efecto es el artículo 148 del E.T, sobre deducción por pérdidas de activos, o el artículo 107 de la misma normativa, sobre la deducibilidad de las expensas necesarias?*

Tesis: “En sentencia de 11 de mayo de 2017, esta Sección manifestó que el dinero depositado por los clientes en las entidades financieras constituye un activo disponible de estas entidades y que con ese activo realizan las operaciones financieras propias de su actividad generadora de renta. (...) En el referido fallo, la Sección concluyó que tanto las deducciones solicitadas por fraudes en las tarjetas débito y crédito como por la pérdida de dinero en efectivo y canje, deben ser analizadas con fundamento en el artículo 148 del E.T, que regula la deducción por pérdida de activos, pues las operaciones en las que se presentan estas pérdidas recaen sobre activos del banco que utiliza en su actividad generadora de renta (intermediación financiera). (...) No obstante, en esa ocasión, no se tuvo en cuenta que la **deducción por pérdida de activos**, prevista en el artículo 148 del E.T. solamente es aplicable cuando las pérdidas recaen sobre **activos fijos**, esto es, los bienes que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente (artículo 60 del E.T), pues, precisamente, se usan en el negocio con carácter de permanencia. Al respecto, al analizar la procedencia del artículo 148 del E.T frente a las

pérdidas en que incurrió un banco por la venta de un bien recibido en pago, en sentencia de 10 de junio de 2010, la Sección concluyó que dicha norma solo se aplica frente a activos fijos. (...) La Sala precisa que los **activos fijos** son bienes adquiridos por la empresa para asegurar el funcionamiento de esta y que tienen vocación de permanencia en su patrimonio, v gr, los edificios, muebles y terrenos. Al respecto, en la clase 1. Activo, **Grupo 18 Propiedades y Equipo**, el PUC Financiero agrupa las cuentas en las que se registran los **activos fijos**. (...) En consecuencia, el artículo 148 del E.T, sobre deducción por pérdidas de activos solo se aplica frente a **activos fijos del contribuyente**, que en el caso de las entidades financieras se registran en la **Clase 1. Activo, Grupo 18- Propiedades y Equipo**. De modo que, si bien el **activo disponible** es usado por el banco para ejercer su actividad productora de renta, esto no lo convierte en activo fijo, pues, el dinero depositado no es un bien usado para la intermediación financiera con carácter de permanencia. Por el contrario, en la actividad de intermediación financiera ese dinero circula en el mercado, dado que se capta de unos clientes para luego ser colocado o prestado a otros, a cambio de un margen de intermediación para el banco. Entonces, en la actividad financiera el dinero depositado por los clientes no es un activo fijo para el banco, sino un activo disponible, como lo aceptan ambas partes. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el dinero tiene carácter de bien fungible (artículo 663 del Código Civil) y, por esa razón, no puede ser catalogado como activo fijo. De otra parte, frente al activo afectado por los créditos otorgados a los clientes mediante tarjeta de crédito, tampoco es aplicable el artículo 148 del E.T, pues esta norma se refiere a **la pérdida de activos fijos** y en este caso el activo pertenece al grupo **cartera de créditos y operaciones de leasing financiero, no a los activos fijos**, pues, precisamente son, en general, créditos rotativos. Además, según la Resolución 3600 de 1988, los desembolsos realizados por las entidades financieras a sus clientes por concepto de siniestros, tales como **efectivo**, canje, **cartera de créditos**, títulos valores, entre otros, deben registrarse en el Grupo 52, cuenta PUC 5217, que corresponde a la cuenta de **gastos** (...) Entonces, los reembolsos efectuados por Colpatria a sus clientes o el pago realizado a establecimientos comerciales por concepto de siniestros por fraudes con tarjetas débito y crédito no reciben el tratamiento de pérdidas, sino que se tratan contablemente como gasto. En consecuencia, las deducciones solicitadas por las entidades financieras que se sustenten en la cuenta PUC 5217, denominada “pérdida por siniestro – riesgo operativo” corresponde a un gasto (expensa necesaria), por lo que debe ser analizada con base en los requisitos del artículo 107 del E.T. De acuerdo con lo expuesto, la Sala **rectifica** el criterio de la sentencia de 11 de mayo de 2017 y precisa que los reembolsos a cargo de las entidades financieras, cuando se reconocen siniestros por conceptos como efectivo y cartera de tarjetas de crédito, que en este caso correspondieron a reembolsos por fraudes mediante tarjetas débito y fraude con chequeras y tarjetas de crédito, no son deducibles con fundamento en el artículo 148 del E.T, porque no son pérdidas en activos fijos del banco. Estos pagos son deducibles con base en el artículo 107 del E.T, siempre y cuando cumplan los requisitos previstos en dicha norma. (...) En sentencia de unificación proferida el 26 de noviembre de 2020, la Sala precisó el alcance y contenido de los requisitos generales de deducibilidad que trata el artículo 107 del ET (...). Para abordar el estudio de la relación de la causalidad, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la regla prevista en la sentencia de unificación de 26 de noviembre de 2020, la generación de ingresos no es determinante al momento de estudiar el nexo causal entre el gasto y la actividad productora de renta, pues cumplen el requisito de causalidad “*todas las expensas realizadas por el contribuyente en desarrollo o ejecución de la actividad productora de renta*”. Siendo así, el dinero que pagó Colpatria S.A. por los siniestros de “canje” y “efectivo y canje” relacionados con fraudes que afectaron las cuentas de ahorro de sus clientes y fraudes con tarjetas de crédito, guardan relación causal con la actividad productora de renta del demandante, esto es, la intermediación financiera, pues obedecen a riesgos inherentemente ligados a la actividad bancaria, y responder por los siniestros derivados de dicha actividad, le permiten la conservación de la actividad productora de renta del banco (intermediación financiera), máxime si se tiene en cuenta que la fuente principal de recursos proviene de los dineros que depositan los clientes. Por tanto, está probada la relación de causalidad. En cuanto al requisito de necesidad, la demandante afirmó que, con el fin de mitigar el riesgo legal que podría acarrear asumir las sanciones impuestas por la Superintendencia Financiera por el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 7 de la Ley 1328 de 2009, entre ellas, la de emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en el suministro de sus productos (literal b) y disponer de los controles idóneos para brindar seguridad a las transacciones (literal q), o la imposición de indemnizaciones por parte del Defensor del Consumidor Financiero, a favor de sus clientes, víctimas de fraudes, decidió asumir las pérdidas por el uso fraudulento de tarjetas débito y crédito. Lo anterior, teniendo en cuenta, además, que las decisiones del Defensor son vinculantes para el banco. (...) Así, para mitigar el riesgo legal y el reputacional, Colpatria S.A reembolsó a sus clientes y asumió frente a terceros las pérdidas por el uso fraudulento de tarjetas débito y crédito por un valor

total de \$5.103.480.425. Es decir, los gastos en los que incurrió Colpatria S.A. no solo guardan relación con la intermediación financiera sino que se dirigen “*de manera real o potencial*” a impedir “*el deterioro de la fuente productiva, ya sea preservándola, adaptándola a una situación de mercado u optimizándola*” (segunda regla de unificación jurisprudencial), porque de no asumir el pago de dichos siniestros se afectarían la “*credibilidad y confianza de la entidad y, por ende, se perjudicaría el desarrollo de la actividad por la pérdida de clientes.*” Igualmente, el banco se vio expuesto al riesgo legal, en razón de las sanciones impuestas por la Superintendencia Financiera por el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 7 de la Ley 1328 de 2009. (...) De otro lado, está probado que el 15 de septiembre de 2016, AXA COLPATRIA SEGUROS expidió un certificado en el que hizo constar que la actora tomó una póliza global cuyo límite de responsabilidad fue de \$9.000.000.000 y que por la vigencia de la póliza (27 de noviembre de 2010 a 27 de mayo de 2012) no había siniestros reportados. Al respecto, los siniestros que Colpatria registró en la cuenta “*pérdida por siniestro – riesgo operativo*”, fueron de \$5.103.480.425, pero decidió cubrirlos con recursos propios y no afectar la póliza global de seguros, porque el siniestro era inferior al valor de dicha póliza y el artículo 1103 del C.Co prohíbe asegurar el deducible si el asegurador no lo permite. Sobre el particular, el demandante cumplió con la carga a la que se refiere la cuarta regla de unificación jurisprudencial, pues explicó que optó por cubrir el riesgo con recursos propios, debido a que eran montos inferiores a la cuantía que, con fundamento en el artículo 1103 del Código de Comercio y en lo pactado con la aseguradora, tendría que asumir en calidad de parte asegurada. Estos argumentos no los consideró ni los desvirtuó la demandada, pues se limitó a plantear, con carácter absoluto, que no hizo uso de la póliza, tesis que no es acorde con las reglas de decisión establecidas en la citada sentencia de unificación. De modo que está probada la necesidad de la erogación. En consecuencia, en el presente caso se encuentran acreditados los requisitos generales exigidos legal y jurisprudencialmente para deducir de la base gravable del impuesto sobre la renta los gastos en que incurrió Colpatria para responder por el siniestro de “*riesgo operativo*”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de octubre de 2021, C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2016-01860-01 \(24828\).](#)

5. Se precisa cuál es el método más apropiado para establecer el precio de libre competencia en el Régimen de Precios de Transferencia.

Síntesis del caso: *Se analizó la legalidad del acto administrativo por el que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2007 de la demandante, en el sentido de disminuir la pérdida líquida del ejercicio e imponer sanción por inexactitud, a partir del cuestionamiento del método (TU) que la contribuyente eligió para establecer el margen de utilidad en la operación de suministro de carbón con su vinculada económica del exterior. La Sala anuló el acto acusado porque concluyó que liquidó oficialmente el impuesto de renta sobre la base de una modificación improcedente del método seleccionado para fijar el precio de transferencia de la actora. Lo anterior, porque se demostró el cumplimiento del principio de plena competencia, así como de los criterios de elección del método requeridos por la normativa aplicable para la época de los hechos. Al respecto, la Sala señaló que, contrario a lo que consideró la DIAN, la actora no estaba obligada a utilizar el método PC (precio comparable no controlado), dado que probó por qué el método de márgenes transaccionales de utilidad (TU) resultaba más apropiado de acuerdo con las características de la transacción analizada, a la par que la DIAN no desvirtuó las razones para aplicar este método, ni cuestionó la información contenida en la documentación comprobatoria de precios de transferencia para soportar la selección del mismo.*

RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Finalidad. Reiteración de jurisprudencia / RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Deberes formales / DEBERES FORMALES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Finalidad / CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PLENA

COMPETENCIA EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Métodos para la determinación del precio o margen de utilidad de las operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas del exterior / MÉTODOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Selección. Ley 788 de 2002 / SELECCIÓN DEL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Requisitos / SELECCIÓN DEL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Documentación comprobatoria / SELECCIÓN DEL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Guías de la OCDE 1999. Alcance / MÉTODO DE PRECIO COMPARABLE NO CONTROLADO PC PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Noción. Guías de la OCDE 1999 / APLICACIÓN DEL MÉTODO DE PRECIO COMPARABLE NO CONTROLADO PC PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Requisitos. Guías de la OCDE 1999 / APLICACIÓN DEL MÉTODO DE PRECIO COMPARABLE NO CONTROLADO PC PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Ajustes de comparabilidad. Procedencia / SELECCIÓN DEL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Procedencia de la aplicación de métodos tradicionales o de los métodos de márgenes transaccionales de utilidad TU. Guías de la OCDE 1999 / MÉTODO DE MÁRGENES TRANSACCIONALES DE UTILIDAD TU PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Procedencia. Guías de la OCDE 1999. En él se hace un especial énfasis en las funciones desarrolladas por las partes y los indicadores de utilidad pueden resultar menos afectados por las diferencias en los bienes y condiciones de la transacción / SELECCIÓN DEL MÉTODO PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Vigencia fiscal 2007. Libertad de elección por parte del contribuyente del método más apropiado, según las características de las transacciones analizadas / APLICACIÓN DEL MÉTODO DE MÁRGENES TRANSACCIONALES DE UTILIDAD TU PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Procedencia según el análisis funcional efectuado por la contribuyente en la documentación comprobatoria de precios de transferencia / APLICACIÓN DEL MÉTODO DE PRECIO COMPARABLE NO CONTROLADO PC PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Improcedencia en el caso concreto / MODIFICACIÓN O CAMBIO DEL MÉTODO SELECCIONADO PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Ilegalidad de la liquidación oficial de revisión

Problema Jurídico: *¿Es procedente la modificación de la declaración de renta, con base en el cambio de método de precios de transferencia propuesto por la demandada?*

Tesis: “[E]l primer problema jurídico planteado está relacionado con la selección del método de precios de transferencia más apropiado a la transacción controlada, esto es, la venta de carbón térmico de la actora a su vinculada del exterior, y no como lo plantea la demandada, en el sentido de entender que entre las partes relacionadas se habría ejecutado una operación de intermediación o agencia comercial, por la cual la actora debería reconocer a su vinculada una comisión del 5%. Lo anterior, llevaría no solo a desvirtuar los contratos y la real ejecución de los mismos, sino también a una incoherencia en la aplicación del

régimen de precios de transferencia, pues se estaría recharacterizando la transacción controlada -una operación de venta- a una intermediación, lo que a su vez llevaría a que el cuestionamiento sobre el método empleado y el precio del bien utilizado en la transacción de venta, hiciera referencia a una operación entre partes independientes, esto es, entre la demandante y los clientes finales, ya que la vinculada quedaría como un comisionista de cara a su relación con la actora, en los términos planteados por el acto demandado. 3. Destaca la Sala que, como se precisó en la sentencia del 22 de febrero de 2018 (exp. 20524, CP. Julio Roberto Piza Rodríguez), el régimen de precios de transferencia tiene por objetivo que, en la determinación del impuesto sobre la renta, el contribuyente que realiza operaciones con vinculados económicos del exterior cuantifique sus ingresos, costos y deducciones, a valores que sean comparables con aquellos determinados entre partes independientes, de forma que se utilicen precios de mercado, habida cuenta de la vinculación existente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 260-1 del ET, vigente para la época de los hechos. Para efectos de demostrar el cumplimiento del principio de plena competencia, el contribuyente debe cumplir el deber formal de presentar la declaración informativa de las operaciones realizadas con vinculados económicos o partes relacionadas del exterior, y de preparar la documentación comprobatoria regulada en el artículo 260-4 *ibídem*, la cual actúa como soporte de la información reportada en la declaración informativa. 3.1. En aras de determinar el cumplimiento del principio de plena competencia, el artículo 260-2 del ET (bajo la redacción de la Ley 788 de 2002), establecía los métodos para la determinación del precio o margen de utilidad de las operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas, dentro de los que listaba: precio comparable no controlado, precio de reventa, costo adicionado, partición de utilidades, residual de partición de utilidades y márgenes transaccionales de utilidad de la operación. Adicionalmente, la misma disposición señalaba que el precio o margen de utilidad en las operaciones celebradas entre vinculados económicos o partes relacionadas se podría determinar por la aplicación de cualquiera de los métodos listados, para lo cual debería tenerse en cuenta el que resultara más apropiado, de acuerdo con las características de las transacciones analizadas. En relación con la información específica que hace parte de la documentación comprobatoria, el artículo 7 del Decreto 4349 de 2004, vigente para la época de los hechos, establecía que la documentación e información a conservar, en cuanto fuere compatible con el tipo de operación objeto de análisis y con el método utilizado, debía incluir lo relativo al método utilizado por el contribuyente para la determinación de los precios, montos de contraprestación o márgenes de utilidad, con indicación del criterio y elementos objetivos considerados para concluir que el método utilizado es el más apropiado de acuerdo con las características del tipo de operación analizada. Adicionalmente, la misma disposición disponía que, para determinar que el método utilizado era el más apropiado, este debía ser el que mejor reflejara la realidad económica del tipo de operación, ser compatible con la estructura empresarial y comercial, contar con la mejor cantidad y calidad de información, contemplar el mayor grado de comparabilidad y requerir el menor nivel de ajustes. 3.2. Por su parte, las Guías de Precios de Transferencia de la OCDE (1999) señalaron sobre la selección de los métodos, que estos permiten determinar si las condiciones de las relaciones comerciales o financieras entre empresas asociadas son compatibles con el principio de plena competencia, que no existe ningún método que resulte útil en todas las circunstancias, ni la aplicación de cualquier método en particular debe ser desestimada (parágrafo 1.68). Estas Guías también señalan que no es posible establecer normas específicas que cubran todos los casos, y que en general, las partes deberían intentar llegar a un acuerdo razonable, teniendo presente la imprecisión de los diversos métodos, la preferencia por grados más altos de comparabilidad y por una relación más directa y cercana a la operación (parágrafo 1.70). En particular, acerca del método PC, que se ubica dentro de los métodos tradicionales, las Guías citadas indicaron que consiste en comparar el precio facturado por activos o servicios transmitidos en una operación controlada, con el precio facturado por activos o servicios transmitidos en una operación no controlada en circunstancias comparables (parágrafo 2.6.). A estos efectos, una operación no controlada es comparable a una operación controlada, a fin de aplicar el método PC, si: (i) ninguna de las diferencias (si las hay) entre las dos operaciones que se comparan o entre las dos empresas involucradas en esas operaciones, es susceptible de afectar materialmente en el precio del libre mercado; o (ii) pueden realizarse ajustes suficientemente precisos para eliminar los efectos de esas diferencias (parágrafo 2.7.). Puede resultar difícil encontrar una operación entre dos empresas independientes suficientemente parecida a una operación controlada, como para que no existan diferencias que tengan un efecto material sobre el precio. Por ejemplo, una diferencia menor en los activos transmitidos podría afectar al precio, aunque la naturaleza de las actividades de negocios pueda asemejarse lo suficiente como para generar el mismo margen de beneficio. Cuando este es el caso, algunos ajustes resultan apropiados, y el alcance y la fiabilidad de los mismos afectarán la confiabilidad del análisis realizado bajo el método PC (parágrafo 2.8). Adicionalmente, al considerar si son comparables las operaciones controladas y las no controladas, debe ponderarse el efecto

que tienen sobre los precios otras funciones más amplias de las empresas y no sólo el grado de comparabilidad del producto. Como sucede con cualquier otro método, la fiabilidad relativa del método PC está condicionada por el grado de precisión con que puedan realizarse ajustes para lograr la comparabilidad (parágrafo 2.9.). En caso de no poderse realizar ajustes precisos, la confiabilidad del método PC se reduciría, y sería necesario complementarlo con otros métodos menos directos, o, en definitiva, utilizar estos otros métodos (parágrafo 2.11). Ahora, si bien los métodos tradicionales pueden ser la forma más directa de establecer si las condiciones en las relaciones comerciales y financieras entre partes relacionadas se llevan bajo el principio de plena competencia; las complejidades de la vida real de los negocios pueden poner dificultades prácticas en la aplicación de los métodos tradicionales. En estas situaciones excepcionales, cuando no hay suficiente información disponible, o la información disponible no es de suficiente calidad para utilizar un método tradicional, puede ser necesario definir si y bajo qué condiciones otros métodos pueden ser utilizados, esto es, los métodos transaccionales de utilidad, dentro de los cuales se ubica el método TU (parágrafo 2.49). En definitiva, aun cuando el método PC puede ser el medio más directo para determinar si el precio fijado en una operación entre vinculadas corresponde al precio de mercado entre partes independientes en transacciones comparables, no siempre es posible hallar medios de contraste que aseguren que no existen diferencias significativas que puedan afectar materialmente la determinación del precio, o que existiendo tales diferencias no puedan ser calculadas y ajustadas con precisión, en lo relativo a las características propias del bien, las funciones desempeñadas por las partes, incluyendo los riesgos asumidos, y los términos de negociación. En estos casos, puede hacerse necesario realizar el análisis de comparabilidad utilizando un método de utilidad transaccional, que permita determinar si la operación analizada garantiza el cumplimiento del principio de plena competencia, caso en el cual el método TU puede resultar más apropiado. Bajo este método, se hace un especial énfasis en las funciones desarrolladas por las partes y los indicadores de utilidad pueden resultar menos afectados por las diferencias en los bienes y condiciones de la transacción. (...) 4.1. [T]eniendo en cuenta que los planteamientos de la apelante se encuentran dirigidos a la demostración de la procedencia del método TU sobre el determinado por la demandada en la liquidación oficial (método PC), con base en el cual esta última realizó el ajuste de la operación de ingreso analizada con la vinculada del exterior, sea lo primero mencionar que la norma vigente en la época de los hechos, no establecía preferencia alguna para la aplicación de uno u otro método de aquellos listados en el artículo 260-2 del ET (vigente para la época de los hechos). De hecho, al tenor literal de la norma se observa que el legislador hizo referencia a que el contribuyente “podría” determinar el precio o margen de utilidad mediante “cualquiera” de los métodos listados en el artículo 260-2, siendo la única orientación, “cuál resulta mas apropiado de acuerdo con las características de las transacciones analizadas”. El legislador no previó un orden de prelación en los métodos, ni tampoco especificó los casos en los que cada uno era aplicable, de modo que para la vigencia fiscal sobre la que versa la discusión, la norma colombiana dejaba en libertad al contribuyente para la elección del método, siempre y cuando demostrara las razones por las que aquel seleccionado era el más apropiado para las particulares circunstancias de la transacción analizada. Por consiguiente, bajo el supuesto de la facultad otorgada por la norma al contribuyente para elegir el método más apropiado, se debe analizar si la demandante demostró las circunstancias por las cuales el método TU era el más apropiado para su particular operación. Al respecto, el contribuyente presentó la siguiente información en su estudio de precios de transferencia (...) 4.4. De conformidad con lo anterior, y de acuerdo con la información suministrada por la actora en la documentación comprobatoria, la Sala encuentra que esta expuso detalladamente la realidad económica de su operación de explotación, producción y venta de carbón a su vinculada del exterior, incluyendo la estructura empresarial y comercial, y las actividades que cada una de las partes involucradas desarrollaba. A partir de esta, se observa que la demandante operaba como un productor con riesgos limitados en la medida que los riesgos asumidos se limitaban a aquellos que tenían relación con sus funciones de explotación, producción y transporte desde la mina a la entrega en puerto, de forma tal que todos aquellos riesgos que relacionados con las funciones de negociación del precio con el cliente final, facturación, recaudo, comercialización, mercadeo, logística y transporte -incluyendo la contratación de embarcaciones y de los seguros respectivos- desde el puerto de embarcación en Santa Marta hasta la entrega al cliente final, eran asumidas por la vinculada del exterior dado que era esta quien contaba con la infraestructura y experticia necesarias para tal labor, como se indica en la documentación comprobatoria. 4.5. Considerando la documentación comprobatoria presentada por la demandante, la Sala observa que esta presentó los criterios utilizados para eliminar posibles comparables a partir de las funciones realizadas. Al efecto, eliminó compañías cuya función además de la extracción de carbón fue la realización de otras actividades como generación y/o distribución de electricidad, o exploración y/o producción de gas, compañías cuya actividad de minería correspondía a

productos diferentes al carbón, compañías que arrendaban minas de carbón, o que se desempeñaban en la industria petrolera sin segmentar sus estados financieros por actividad, compañías que se encontraban en el Capítulo 11 y compañías que no contaban con insuficiente información descriptiva del negocio (...). Lo anterior demuestra que la actora adelantó un análisis a nivel funcional para soportar que, bajo el método TU, la información disponible y que fue utilizada presentaba un alto nivel de comparabilidad que se ajustaba más a su situación particular. En esa misma línea, en su análisis funcional, la demandante presentó aspectos relacionados con la administración de la compañía, planeación de la producción, servicios de contratación de la mina, funcionamiento de la extracción de carbón y manera como transportaba el carbón. Expuso, además, que su responsabilidad era planear la producción de la mina El Tesoro, coordinar el recibo de carbón comprado a proveedores locales y transportarlo a Santa Marta, donde era cargado a buques contratados por su vinculada. Adicionalmente, incluyó información acerca del mercado y ventas, en donde manifestó que no había realizado ninguna actividad de mercadeo, venta o distribución en relación con los productos exportados dado que el 100% de las ventas fueron realizadas a su vinculada del exterior, siendo esta última quien decidió la estrategia de ventas. Añadió que la distribución y logística de la entrega desde el puerto en Santa Marta era responsabilidad de su vinculada y los riesgos relacionados con el carbón se trasladaban a esta una vez el carbón era cargado en las embarcaciones (...). 4.6. Por otra parte, como se ha dicho en el fundamento jurídico nro. 3, bajo el método PC se compara el precio de bienes o servicios que se hubiere pactado entre independientes en operaciones comparables. Su utilización implica que las *características económicas* de las transacciones que están siendo comparadas deben ser analizadas para determinar un alto grado de comparabilidad. De esta forma, el método PC no es el más adecuado cuando las *condiciones del bien* no son suficientemente similares, o cuando las *funciones*, incluyendo los *riesgos* asumidos por las partes, no pueden ser ajustadas en el caso concreto. Cuando se utilizan listas de precios de materias primas -*commodities*- (en mercado de *commodities* reconocido y transparente), se deben considerar circunstancias relevantes como la naturaleza del *commodity*, descuentos por volumen, fecha de las transacciones, términos de aseguramiento, términos de la entrega, y moneda, entre otros. En este caso, los acuerdos y contratos que fijan los términos de estos factores se contrastan con aquellos de terceros, para verificar si coinciden con los que se hubieran acordado en circunstancias comparables. Bajo estas premisas, encuentra la Sala que la demandada mediante la utilización del método PC, aplicó una base de datos en donde el precio, aun cuando referido a un bien similar al transado – carbón térmico – y a las Btus de este, no resultaba suficiente para acreditar que los precios fijados en dicha base de datos atendían a transacciones en donde las partes asumían similares funciones, riesgos y términos de negociación que los de la transacción analizada. Tampoco se analiza la procedencia o no de los ajustes técnicos económicos razonables en la aplicación de dicho método como sería el caso de las diferencias de los términos contractuales, el nivel de la cadena de distribución, el mercado geográfico, la fecha, la propiedad intangible asociada, los riesgos de tasa de cambio, las alternativas realistas de compradores, entre otros, que pudiesen eliminar las diferencias entre las transacciones comparadas, y hacer del método PC el más apropiado. Todos los factores referidos en el párrafo anterior tenían una incidencia directa en el precio determinado en la operación de venta de carbón térmico entre las partes vinculadas, puesto que, de lo contrario, la lista de precios McCloskey terminaría por fijar un precio equivalente al que se habría obtenido en ventas a clientes finales, sin tener en cuenta que la asignación de funciones y riesgos debe atribuir un valor a las funciones desarrolladas por Glencore en la transacción controlada. Ello por cuanto, el análisis debe ser realizado respecto del precio de venta a una entidad que luego revende el carbón al cliente final, la cual asume riesgos importantes, no solo de facturación, cobro y mantenimiento del cliente con un bajo riesgo de cartera como lo afirma la demandada. De hecho, nota la Sala que la demandada parte de la asignación de riesgos en la transacción de venta de carbón, pero al aplicar la lista de precios McCloskey no expone las razones por las que considera que el precio fijado allí es el que efectivamente refleja la asignación de riesgos planteada, y si se identifica con las condiciones fijadas entre CET y su vinculada, sino que se limita a afirmar que como la actora es quien asume la mayor parte de los riesgos debe recibir una mayor remuneración, y que como el precio de venta es inferior al cotizado en un mercado público, debe utilizarse aquel indicado en la base de datos McCloskey. Por demás, la Sala observa que la demandada no expuso en detalle las razones por las cuales consideró que el método seleccionado por la demandante (TU) no era el más apropiado para la transacción controlada, sino que se limitó a plantear que este método sería aplicable si las condiciones del mercado no se ajustaran a la situación del producto vendido, si no existieran precios públicos susceptibles de aplicar al producto vendido, y si el producto vendido difiriera notoriamente del producto con cotización pública. 4.7. En estos términos, considera la Sala que la demandante no estaba obligada a utilizar el método PC debido a que esta demostró las razones por las cuales el método TU resultaba más apropiado de acuerdo con las características de la

transacción analizada, y la demandada no desvirtuó las razones para aplicar el método TU, ni cuestionó la información al respecto contenida en la documentación comprobatoria para soportar el método seleccionado. Por los motivos expuestos, dado que la actora demostró el cumplimiento de los criterios de elección del método requeridos por la normativa aplicable y el cumplimiento del principio de plena competencia, la Sala considera que no es procedente la liquidación oficial del impuesto sobre la renta presentado por el año gravable 2007.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de septiembre de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 08001-23-31-000-2011-01033-01 \(22352\).](#)

6. Se reitera la regla de unificación jurisprudencial según la cual, al tenor del artículo 107 del Estatuto Tributario, el enunciado del objeto social del contribuyente no es determinante para efectos de establecer el nexo causal entre la expensa deducible y la actividad generadora de renta.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta que cierto contribuyente presentó por el año gravable 2010, a fin de desconocer el valor que el mismo registró por concepto de la deducción de pérdidas en la enajenación de títulos valores, lo que ocasionó que el saldo a favor autoliquidado pasara a ser un saldo a pagar y que se le sancionara por inexactitud. Lo anterior, porque a juicio de la DIAN, no existía relación de causalidad entre la actividad generadora de renta del contribuyente, consistente en la intermediación para la adquisición de planes turísticos, y la colocación de títulos valores en la bolsa de valores que generó la pérdida que se solicitaba deducir de la base gravable del tributo. En aplicación de la primera regla de unificación sobre la deducibilidad de las expensas contenida en la sentencia de unificación del 26 de noviembre de 2020 (Exp. 21329), la Sala anuló los actos acusados, en atención a que el listado de actividades económicas que componen el objeto social del sujeto pasivo no es determinante a la hora establecer el nexo causal que demanda el artículo 107 del ET, de modo que concluyó que no venía al caso examinar si el objeto social de la contribuyente abarcaba inversiones efectuadas con fondos captados. Luego de analizar el requisito de la relación de causalidad previsto en el referido artículo para la procedencia de la deducción de expensas necesarias (gastos), la Sala aceptó la deducción discutida, porque concluyó que la demandante satisfizo la carga de probar que las pérdidas ocasionadas por la enajenación de títulos valores por un precio inferior a su costo fiscal estuvieron vinculadas a su actividad lucrativa de captación de ahorros para viajes, autorizada por la Ley 300 de 1996.*

DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS NECESARIAS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS - Alcance del artículo 107 del Estatuto Tributario. Reiteración de sentencia de unificación jurisprudencial / DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS NECESARIAS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS - Alcance del requisito de la relación de causalidad entre la expensa o gasto y la actividad productora de renta. Reiteración de sentencia de unificación jurisprudencial. Regla 1 de unificación / RELACIÓN DE CAUSALIDAD DE LA EXPENSA - Actividad productora de renta respecto del cual se predica el nexo causal. Reiteración de regla 1 de sentencia de unificación jurisprudencial / OBJETO SOCIAL - Alcance. Puede ser cualquier actividad lucrativa lícita / DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS NECESARIAS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS -

Carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario. Reiteración de sentencia de unificación jurisprudencial. Regla 4 de unificación / ACTIVIDAD PRODUCTORA DE RENTA RESPECTO DE LA CUAL SE PREDICA EL NEXO CAUSAL CON LA EXPENSA - Alcance / DEDUCIBILIDAD DE LAS PÉRDIDAS EN LA ENAJENACIÓN DE TÍTULOS VALORES - Existencia de relación de causalidad entre el gasto y la actividad de captación de ahorros para viajes efectuada por la contribuyente / DEDUCIBILIDAD DE LAS PÉRDIDAS EN LA ENAJENACIÓN DE TÍTULOS VALORES - Procedencia. Cumplimiento de los requisitos para su deducción en el impuesto sobre la renta y complementarios

Problema Jurídico: *¿Al tenor del artículo 107 del Estatuto Tributario existe un nexo causal entre la deducción por pérdidas en la enajenación de títulos valores registrada por la actora en su denuncia rentístico de 2010 y su actividad lucrativa?*

Tesis: “[A]dvierde la Sala que es un hecho probado no sujeto a discusión, que durante el año gravable 2010 la demandante realizó inversiones en títulos valores y que, al enajenar algunos de estos, obtuvo una pérdida de \$1.639.872.000. Asimismo, los extremos de la contienda coinciden en que, de cumplirse las exigencias plasmadas en el presupuesto de hecho del artículo 107 del ET, tales erogaciones serían deducibles de la base del impuesto sobre la renta de la actora, sin que sean exigibles los requisitos previstos en normas especiales sobre deducciones (en especial, el artículo 148 del ET). Tampoco hay controversia sobre la licitud de las operaciones que ocasionaron las pérdidas glosadas. Así, observa al Sala que lo que se debate y, por tanto, la decisión que demandan las partes consiste en determinar, en primer lugar, si, a efectos de examinar el vínculo causal exigido por el artículo 107 del ET, solo son admisibles las actividades listadas en el objeto social de la compañía (pues ese es el razonamiento que subyace a la alegación de la Administración); y, en segundo lugar, si está probada la existencia de ese nexo entre la actividad productiva de la actora y las pérdidas sufridas durante el año fiscalizado. 3.1- Dado que los parámetros para decidir sobre la deducibilidad de las expensas fueron sentados por la Sección en la sentencia de unificación nro. 2020CE-SUJ-4-005, del 26 de noviembre de 2020 (exp. 21329, CP: Julio Roberto Piza), la presente controversia se fallará atendiendo a las reglas de unificación dictadas en esa providencia. Al tenor de ellas, *«tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta, todas las expensas realizadas por el contribuyente en desarrollo o ejecución de la actividad productora de renta»*, sin que *«la obtención de ingresos ni el enunciado del objeto social del sujeto pasivo»* sean determinantes a efectos del nexo causal (regla 1.^a). Ahora, sobre la prueba de la satisfacción de ese requisito en casos concretos, la regla 4.^a de unificación *ejusdem* determina que los contribuyentes tienen la carga de poner en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales *«las circunstancias fácticas y de mercado, demostraciones y carga argumentativa, conforme a las cuales una determinada expensa guarda relación causal con su actividad productora de renta, es necesaria y proporcional con un criterio comercial y tomando en consideración lo acostumbrado en la concreta actividad productora de renta»*. En esos términos, esta Sala tiene establecido que la mayor concreción del reproche de la autoridad tributaria, frente a la aplicación y alcance de los requisitos del artículo 107 del ET, tendrá como correlato un mayor despliegue probatorio por parte del administrado, pues ese nivel de especificidad requerirá mayor diligencia, carga argumentativa y demostraciones técnicas por parte del contribuyente. 3.2- El contenido normativo de la primera regla de unificación descrita es suficiente para desestimar el fundamento de la apelación de la demandada, en la medida en que el listado de actividades económicas que componen el objeto social de del sujeto pasivo no es determinante a la hora establecer el nexo causal que demanda el artículo 107 del ET, como lo plantea aquella. De ahí que no venga al caso examinar si el objeto social de la demandante abarcaba inversiones efectuadas con fondos captados. Al respecto, cabe recalcar que el objeto social de una entidad determina su capacidad jurídica para realizar negocios, de modo que no es una limitante para establecer, en el caso concreto, la actividad productora de renta respecto de la cual se exige el nexo causal; máxime cuando la descripción del objeto social puede estar reducida a *«cualquier actividad lícita»*, como ocurre con las sociedades por acciones simplificadas (artículo 5.^o, ordinal 5.^o, de la Ley 1257 de 2008) o con las microempresas creadas en virtud del artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. Lo que interesa a efectos del juicio de causalidad que se debe adelantar para determinar la deducibilidad de un gasto es, en definitiva, que la actividad llevada a cabo por el contribuyente tenga la connotación de *«lucrativa»* (*in abstracto*), aunque no esté enunciada en el objeto social. Tal exigencia se satisface en caso porque la actividad que dio lugar a la pérdida debatida es la inversión en títulos valores. Se trata de una ocupación dirigida al lucro, ya que privilegia el incremento patrimonial, que bien puede generar

rendimientos financieros o utilidades en la enajenación de los títulos; todo sin perjuicio de eventuales resultados negativos. Ahora, en el modelo de negocio construido por la demandante, esa actividad (complementaria a la de captación de ahorros para viajes) le permite mantener el valor de los depósitos hechos por sus clientes y obtener un lucro a partir de las transacciones, que le permitan atender con rentabilidad las obligaciones mercantiles que derivan del régimen disciplinado por la Ley 300 de 1996. (...) A la luz de esos hechos, la Sala encuentra que el extremo activo de la litis satisfizo la carga de probar que las pérdidas ocasionadas por la enajenación de títulos valores por un precio inferior a su costo fiscal estuvieron vinculadas a su actividad lucrativa.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 26 de agosto de 2021, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 25000-23-37-000-2015-01310-01 \(25096\).](#)

SECCIÓN QUINTA

1. Se negó la nulidad de las Resoluciones 215 del 22 de marzo de 2007, 597 del 12 de julio de 2011, 300 de 5 de marzo de 2015, 0333 del 16 de marzo de 2015 y 2857 del 30 de octubre de 2018, expedidas por el Consejo Nacional Electoral, por medio de las cuales se estableció el procedimiento breve y sumario para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas de ciudadanía.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad de las Resoluciones 215 del 22 de marzo de 2007, 597 del 12 de julio de 2011, 300 de 5 de marzo de 2015, 0333 del 16 de marzo de 2015 y 2857 del 30 de octubre de 2018, expedidas por el Consejo Nacional Electoral, por medio de las cuales se estableció el procedimiento breve y sumario para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas de ciudadanía, actos que se acusan bajo los siguientes cargos establecidos en la fijación del litigio, así: “(i) violación a las normas superiores; (ii) expedición irregular por no respetar el procedimiento administrativo común previsto en el CPACA; (iii) vicios de forma, comoquiera que el CNE no podía atribuirse la competencia para regular un procedimiento breve y sumario, en tanto carece de potestad reglamentaria (art. 189 num. 11 Superior); (iv) falsa motivación por cuanto la reglamentación del proceso breve y sumario para dejar sin efecto la inscripción irregular carece de relación con la regulación contenida en los artículos 34 y 66 a 69 del CPACA; (v) violación del debido proceso, el derecho de audiencia y de defensa previstos en el artículo 29 de la Constitución Política y en los artículos 67 a 69 del CPACA, al omitir la notificación personal del acto que declara ineficaz la inscripción de la cédula de ciudadanía.” La Sala negó las pretensiones de la demanda luego de establecer que (i) el Consejo Nacional Electoral tiene la competencia para expedir los actos acusados en la medida que lo reglamentado corresponde a aspectos técnicos y operativos; y, (ii) que, bajo ciertas previsiones normativas, se cumple con el objetivo de dar publicidad a la decisión definitiva.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / INSCRIPCIÓN IRREGULAR DE CÉDULA DE CIUDADANÍA / FACULTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL / PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: *Le corresponde a la Sala determinar si las Resoluciones 215 de 22 de marzo de 2007, 957 de 12 de julio de 2011, 300 de 5 de marzo de 2015, Resolución 0333 de 16 de marzo de 2015 y 2857 de 30 de octubre de 2018 del CNE, resultan contrarias a derecho, con cargo a las censuras de (i) violación a las normas superiores; (ii) expedición irregular por no respetar el procedimiento administrativo común previsto en el CPACA; (iii) vicios de forma, comoquiera que el CNE no podía atribuirse la competencia para regular un procedimiento breve y sumario, en tanto carece de potestad reglamentaria (art. 189 num. 11 Superior); (iv) falsa motivación por cuanto la reglamentación del proceso breve y sumario para dejar sin efecto la inscripción irregular carece de relación con la regulación contenida en los artículos 34 y 66 a 69 del CPACA; (v) violación del debido proceso, el derecho de audiencia y de defensa previstos en el artículo 29 de la Constitución Política y en los artículos 67 a 69 del CPACA, al omitir la notificación personal del acto que declara ineficaz la inscripción de la cédula de ciudadanía, comoquiera que se trata de un acto particular y concreto que finaliza la actuación administrativa.*

Tesis: “Todo lo anterior es indicativo de que las resoluciones demandadas expedidas por el CNE, mediante las cuales se establece el procedimiento breve y sumario para dejar sin efectos la inscripción irregular de la cédula de ciudadanía de un votante, (i) deviene de la jerarquía superior del mandato 316, (ii) en armonía de la ley estatutaria 163 de 1994, norma génesis del trámite que ese mismo legislador calificó de necesariamente célere y pronto y

cuya decisión asignó a dicho ente como suprema autoridad electoral administrativa y (iii) que se nutre, dentro de una interpretación sistemática, de normas de menor rango como aquellas reguladoras de la residencia electoral, la presunción de la misma y las que proscriben y combaten el vicio de la trashumancia. Es por ello que se estima que la reglamentación del CNE en materia de cancelación de cédulas de ciudadanía derivada de la inscripción irregular comprobada, sí es un asunto de su competencia, ante la jerarquía normativa que da cuenta que no estaba reservada de manera exclusiva al Congreso, comoquiera que resulta ser un aspecto técnico y operativo que puede reglamentar el CNE. (...). Además, si la entidad tiene la responsabilidad de verificar la debida inscripción de los documentos de identidad, también tiene la competencia de establecer los parámetros procedimentales para cumplir con dicha tarea, los cuales, en principio, no implica determinar aspectos relativos al alcance de los derechos fundamentales, que sí impondría un desarrollo por vía de ley. (...). Recuérdese que la parte actora demandó las Resoluciones (...) pero en forma concreta todos los cargos específicos mencionados los focalizó en un único aspecto, como lo es la notificación del acto definitivo, que considera debe ser indefectiblemente el enteramiento personal. (...). En efecto, se advierte que con el procedimiento breve y sumario que se lleva a cabo, bajo la previsión que sobre el punto hiciera la ley 163 de 1994, en su artículo 4º, en desarrollo del mandato constitucional 316 y aupado en la normativa reglamentaria como el 78 del Código Electoral y en la connotación del acto registral electoral, se cumple con el objetivo de dar publicidad a la decisión definitiva y la eficacia de la depuración del censo de cara a las elecciones populares. Mientras que para la Resolución 2857 de 2018 demandada, el apoyo se refuerza y complementa con los instrumentos adicionales que la misma norma prevé como la publicación en la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil y el CNE y el envío de mensaje de datos a quien suministre correo electrónico, como con los Decretos 1066 y 1294 de 2015. En consecuencia, los argumentos de la parte actora no tienen la virtualidad de generar la nulidad de las Resoluciones 215 del 22 de marzo de 2007, 597 del 12 de julio de 2011, 300 de 5 de marzo de 2015, 0333 del 16 de marzo de 2015 y 2857 del 30 de octubre de 2018, expedidas por el Consejo Nacional Electoral, lo cual conlleva a denegar su nulidad.”

Salvamento parcial de voto de la magistrada Rocío Araujo Oñate

NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Tesis: “Aunque [se comparte] la mayoría de las razones expuestas en el fallo que negaron las pretensiones de la demanda, me aparto del análisis emprendido para resolver el motivo de inconformidad atinente al desconocimiento del debido proceso por los actos acusados, por el hecho que establecen respecto de la notificación de las decisiones que dejan sin efecto la inscripción de cédulas de ciudadanía, que debe realizarse conforme con lo previsto en los artículos 44 inciso 4º del C.C.A y/o 70 del CPACA , esto es, mediante la anotación en el registro correspondiente y no mediante un mecanismo eficaz, como la notificación personal, que garantice el derecho de audiencia y defensa de las personas afectadas. (...). [E]l fallo respecto del cual [se salva] parcialmente [el] voto, no prestó debida atención frente a los términos en que se estimó ajustado al ordenamiento jurídico colombiano la forma de dar a conocer las decisiones susceptibles de registro. En efecto, en lo que respecta a la validez de una notificación de una decisión susceptible de registro el día en que se realice la inscripción correspondiente, consiste en que el CCA en varias normas establecía como carga de la administración y garantía de los ciudadanos, la vinculación de éstos al trámite administrativo objeto de anotación; es decir, antes de que se adopte la decisión definitiva, de allí que estimara que la referida forma de notificación no es contraria al derecho a la defensa, en tanto el sujeto de la decisión participó en el trámite previo al registro. (...). [F]rente a cada uno de los actos acusados y, no de forma general, debió la Sala analizar si garantizan o no que las personas afectadas antes de la decisión definitiva estén vinculadas al trámite respectivo, y en caso afirmativo, si la comunicación que se hace de la apertura del procedimiento, en realidad, garantiza el conocimiento del asunto oportunamente, que puede afectar sus derechos fundamentales como es el de elegir y ser elegido. (...). La falta de análisis de las anteriores circunstancias y por ende, de la condición para garantizar que las personas destinatarias de una decisión sean vinculadas efectivamente al trámite en el que se discutirán sus derechos, que dentro del mismo tendrán la posibilidad material de ejercer su derecho a la defensa, para estimar que la aludida forma de notificación es válida, [le lleva] a salvar [el] voto parcialmente, en especial cuando en el procedimiento de que tratan los actos cuestionados, se están definiendo aspectos directamente relacionados con el derecho al voto para un momento específico, e inclusive, que algunos electores supuestamente de manera incorrecta registraron su cédula de ciudadanía para incidir en comicios locales en los que no podían participar.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 15 de diciembre de 2021; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2021-00036-00.](#)

2. Se confirmó la sentencia que negó la nulidad del acto de elección del personero municipal de Uribia La Guajira.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del personero municipal de Uribia en La Guajira, alegando que se incurrió en los vicios de expedición irregular e infracción de norma superior, por cuanto (i) no se dio a conocer el aviso de la convocatoria del proceso de elección; (ii) el lapso de inscripciones fue inferior al establecido por el parágrafo del artículo 2.2.6.7 del Decreto 1083 de 2017; hubo (iii) pretermisión en la regulación del procedimiento de custodia de las pruebas y (iv) desproporcionalidad por parte del concejo municipal al exigir que la inscripción fuera personalmente; y, (iv) el convenio celebrado entre el Concejo Municipal de Uribia y la Corporación Universitaria de la Costa CUC mediante contratación directa, debió efectuarse por medio de licitación pública. La Sala confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira que negó las pretensiones de la demanda, luego de establecer que conforme a las pruebas obrantes en el plenario no se observó que se hubiese presentado algún desconocimiento de los principios alegados por la parte apelante y que las cuestiones propias del proceso de contratación no son de competencia del juez electoral.*

NULIDAD ELECTORAL / CONVOCATORIA A CONCURSO DE MÉRITOS / CONVOCATORIA AL CARGO DE PERSONERO MUNICIPAL / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD / IMPROCEDENCIA DE LA ANALOGÍA / CADENA DE CUSTODIA DE LA PRUEBA / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA / ATRIBUCIONES DEL CONCEJO MUNICIPAL / USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS / OBJETO DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL

Problema jurídico: *Se limita a determinar si se incurrió en las casuales de nulidad de expedición irregular e infracción de norma superior con la expedición del acto de elección del señor Carlos Alberto Rangel Camacho como personero municipal de Uribia (La Guajira) para el período 2020-2024, por cuanto (i) no se dio a conocer el aviso de la convocatoria del proceso de elección; (ii) el lapso de inscripciones fue inferior al establecido por el parágrafo del artículo 2.2.6.7 del Decreto 1083 de 2017; hubo (iii) pretermisión en la regulación del procedimiento de custodia de las pruebas y (iv) desproporcionalidad por parte del concejo municipal al exigir que la inscripción fuera personalmente; y, (iv) el convenio celebrado entre el Concejo Municipal de Uribia y la Corporación Universitaria de la Costa CUC mediante contratación directa, debió efectuarse por medio de licitación pública.*

Tesis: “[E]s claro que la mesa directiva del Concejo Municipal de Uribia, estableció que la convocatoria sería objeto de publicación en los medios determinados en (...) la Resolución 060 del 2019, siendo que el aviso, sería el mecanismo a utilizar para la divulgación por medio de las emisoras radiales. (...). [L]a distinción que pretenden efectuar los apelantes, para el caso concreto, no resulta adecuada, en la medida en que las reglas del proceso electoral que culminó con el acto aquí demandado, sí acudieron a la figura del aviso, solamente que la misma se estableció para la difusión radial del proceso de elección. (...). [S]i bien no se observa (...) prueba sobre la publicación en la cartelera de la Secretaría del Concejo Municipal de Uribia, (...) ello no fue óbice para impedir la participación de ciudadana. (...). [E]l título 27 del Decreto 1083 de 2015 regula lo atinente a los parámetros mínimos del proceso eleccionario de personeros municipales, reglamentación que en cuanto términos temporales solo en el parágrafo del artículo 2.2.27.3, estableció un plazo de 10 días que deben mediar entre la publicación de la convocatoria y la fecha de inscripciones. (...). [L]os actores en su reproche pretenden la aplicación del parágrafo del artículo 2.2.6.7 del Decreto 1083 de 2017, disposición que se encuentra en el título 6 del mencionado compendio normativo y que se encarga de regular los procesos de selección y concurso para proveer los empleos de carrera administrativa. Es por ello que la Sala precisa en que ello no es aplicable al caso objeto de debate, en la medida en que el asunto

que se aborda, (...) respeta el mérito, tiene un carácter especial, en la medida en que la normatividad solamente, regula unos aspectos mínimos y lo demás lo deja a cargo de nominador que para el caso es el concejo municipal o distrital. (...). En conclusión, no es posible aplicar por medio de la analogía, el parágrafo del artículo 2.2.6.7 del Decreto 1083 de 2017, teniendo en cuenta que se previó un proceso especial para proveer los cargos de personeros municipales y distritales, que si bien se adelantan a través de concurso público de méritos, ello no cambia su naturaleza a uno de carrera administrativa. (...). [L]a Sala observa que no se encuentra acreditado el reproche de los impugnantes sobre la pretermisión de implementar la cadena de custodia en las pruebas de conocimientos y competencias laborales, toda vez que es claro que quedó en obligación de la CUC custodiar y conservar la integridad de las mismas, dado que no se demostró que se hubiera presentado alguna irregularidad en la realización de los (...) exámenes. [A]unque los recurrentes aducen como obligatorio el uso de medios electrónicos, lo cierto es que dependerá de las realidades de cada entidad su implementación, además, (...) en el marco de competencias autónoma del concejo, podía establecer si las inscripciones se debían hacer de forma presencial, y de considerarlo por medio de las tecnologías de la información. En conclusión, el hecho de haber considerado por parte del cabildo municipal que las inscripciones se hicieran de manera presencial no crea una irregularidad en el proceso de designación, en la medida en que el uso de los medios electrónicos es potestativo y se implementarán de acuerdo con las posibilidades de cada entidad. [E]n el expediente obra prueba de que el concejo de Uribia, realizó una invitación a tres instituciones, de las cuales una presentó su interés y la cual resultó favorecida para la realización de las pruebas de conocimientos y competencias laborales. Así mismo, se recuerda que (...) los cabildos municipales, pueden acudir de forma individual a una institución de educación superior pública o privada o terceros especializados en procesos de selección de personal. Ahora, sin perjuicio de lo anterior, conviene precisar que los asuntos relacionados con el contrato, el cumplimiento de requisitos, forma de adjudicación, tipo de vinculación, etc., escapan del ámbito del juez del medio de control de nulidad electoral, quien para el caso objeto de controversia, tiene la facultad de valorar si existió una presunta expedición irregular del acto de elección, pero sin que le sea dable adentrarse a las competencias del juez de controversias contractuales.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 15 de diciembre de 2021; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 44001-23-40-000-2020-00029-01.](#)

3. Se confirmó la sentencia que negó la nulidad del acto de elección del personero municipal de Fusagasugá.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del personero municipal de Fusagasugá, aduciendo conforme a lo que es objeto de estudio en sede de apelación, (i) que debía darse aplicación a lo previsto en el artículo 2.2.6.1 del Decreto 1083 de 2015 en el proceso de elección del acto demandado; (ii) que hubo omisión de la mesa directiva del concejo municipal de Fusagasugá al no someter a la plenaria de la corporación el trámite de celebración del convenio con la Corporación Universitaria de Colombia, IDEAS, para el adelantamiento del proceso de selección del personero; y, (iii) que se presentó sabotaje en la verificación dactiloscópica en las prueba de conocimientos. La Sala confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que (i) el artículo 2.2.6.1 del Decreto 1083 de 2015 se refiere a los procesos de selección adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil para empleados de carrera que no aplican en los procesos de selección de personeros; (ii) no es necesario someter a la plenaria del concejo municipal, la aprobación de la institución educativa que adelantará el proceso de selección; y, (iii) que en la convocatoria no es estableció la especificidad del personal que llevaría a cabo la verificación dactiloscópica, sumado al hecho de que las irregularidades mencionadas no encuadran en la causal de nulidad de sabotaje.*

NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala resolver, con ocasión del recurso de apelación, lo que tiene que ver con la aplicación del artículo 2.2.6.1 del Decreto 1083 de 2015 en el proceso de elección del personero de Fusagasugá, Cundinamarca, período 2020-2023; la omisión de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Fusagasugá al no someter a la plenaria de la corporación el trámite de celebración del convenio con la Corporación Universitaria de Colombia, IDEAS, para el adelantamiento del proceso de selección del personero de ese municipio y el supuesto sabotaje que se presentó en la verificación dactiloscópica en la prueba de conocimientos aplicada dentro del proceso de selección.*

Tesis: “[E]l demandante, ahora recurrente manifiesta que a pesar de que el concurso para ser personero del Municipio de Fusagasugá se debía regir por lo dispuesto en el precitado artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, tal normativa debe estar en concordancia con lo previsto en el artículo 2.2.6.1. (...). [C]omo el artículo 2.2.6.1 aludido por el (...) recurrente se refiere a los procesos de selección adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil para otro tipo de asuntos, concretamente los de carrera administrativa regulados por la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998. Bien es sabido que, aunque los personeros son elegidos por concurso público de méritos no son empleados de carrera, razón por la cual dichas disposiciones no les resultan aplicables. Por lo tanto, se insiste, el artículo 2.2.27.1 se refiere específicamente al proceso de selección de personeros, el cual, por lo menos en lo que tiene que ver con los requisitos exigidos a las entidades autorizadas para adelantarlos tiene una regulación específica y, por tanto, no es viable ni necesario acudir a la reglamentación de los empleos de carrera administrativa regidos por la Ley 909 de 2004. (...). [E]l mismo reglamento de la corporación invocado por la parte recurrente habilita a la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Fusagasugá, Cundinamarca a adelantar la convocatoria pública para el concurso de méritos para la elección de personero. En manera alguna, la norma establece que se deba someter a la plenaria la aprobación de la institución educativa que adelantará el proceso de selección o la suscripción de los convenios que se adelanten para el efecto. Además, (...) en la Resolución 66 del 3 de octubre de 2019 a través de la cual se convocó el concurso público de méritos para proveer el cargo de personero municipal en Fusagasugá, se puso de presente que mediante Proposición 12 del 1 de octubre de ese mismo año, el Concejo de Fusagasugá, en sesión plenaria, autorizó a la Mesa Directiva para adelantar el proceso de selección. (...). Entonces, como está acreditado que la Mesa Directiva en cuestión sí contó con la autorización expresa de la plenaria del Concejo Municipal de Fusagasugá, según consta en la citada Proposición 12 del 1 de octubre de 2019 no se configura el cargo de expedición irregular. (...). [S]e precisa que en la norma no se estableció la especificidad del personal que llevaría a cabo la verificación dactiloscópica, simplemente que se requería exhibir el documento de identidad para su verificación, con todo, la Universidad (...) demostró que el demandado junto con las demás personas que acudieron a la prueba de conocimientos, registraron sus cédulas de ciudadanía, firmas y huellas. (...). Adicionalmente, se advierte que la parte actora encuadró estas acusaciones en el cargo de sabotaje, que de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 se configura cuando se destruyen documentos, elementos o material electoral o se ejerce violencia contra estos o los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de resultados. Supuestos que en manera alguna se configuran con las acusaciones efectuadas en la demanda y reproducidas en el recurso de apelación bajo estudio. (...). Así las cosas, los argumentos del actor, ahora recurrente, no se encuadran en la causal de sabotaje, por cuanto la supuesta falta de especificidad del personal encargado de adelantar la verificación dactiloscópica en la prueba de conocimientos aludida en nada influye en el deterioro, obstrucción o destrucción del material electoral.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 2 de diciembre de 2021; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 25000-23-41-000-2020-00354-02.](#)

4. Se confirmó la sentencia que declaró la nulidad del acto de elección de un diputado de la asamblea del departamento de Cundinamarca.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de un diputado de la asamblea del departamento de Cundinamarca, aduciendo que el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo. La Sala*

confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la nulidad del acto de elección del diputado demandado, toda vez que se acreditó conforme a las pruebas allegadas al plenario que se estructuraron los elementos de la prohibición de la doble militancia en la modalidad de apoyo.

NULIDAD ELECTORAL / INHABILIDAD DEL DIPUTADO POR DOBLE MILITANCIA EN LA MODALIDAD DE APOYO/ VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA EN VIDEO

Problema jurídico: *Consiste en resolver si hay lugar a revocar, modificar o confirmar el fallo apelado y establecer si el demandado incurrió o no en la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, es decir, en doble militancia y conforme con el recurso de alzada se deberá determinar, por un lado, la validez probatoria del video aportado con la demanda y, por el otro, si se demostró o no un apoyo claro, expreso y contundente, que configure la causal de nulidad de la elección alegada.*

Tesis: “La Sección Quinta del Consejo de Estado ha establecido que la imagen y voz contenida en los videos aportados al proceso pueden ser valorados, mientras los mismos no sean tachados de falsos, por la remisión que hace el artículo 211 del CPACA, al CGP, normativa procesal que regula los distintos tipos de documentos como prueba y su autenticidad. (...). Advierte la Sala Electoral que, en el presente caso, conforme con lo establecido en el artículo 244 del CGP, la reproducción de la voz y la imagen contenidos en el video aportado con la demanda, se presumen auténticos, pues la parte demandada no lo tachó de falso, motivo por el cual, el mismo será valorado en el presente proceso. (...). [S]obre videos como el presente, donde se registró la imagen y voz de un candidato hablando a un número nutrido de ciudadanos, presentando sus propuestas, es decir, se está en un ámbito público de campaña electoral, como se desprende del video aportado como prueba, y permiten tenerlos como sitios semipúblicos y, por lo mismo, no afecta el derecho a la intimidad de aquel. (...). [P]ara la Sala está probado el elemento temporal, pues la fecha de la reunión fue el 6 de octubre de 2019. (...). También ocurre lo mismo con el elemento denominado «una conducta prohibitiva», puesto que, para la Sala una vez revisadas en conjunto las pruebas aportadas, se evidencia el apoyo del demandado a favor de Jaime Torres Suárez, candidato a la alcaldía municipal de Ubaté – Cundinamarca, inscrito por un partido diferente a Cambio Radical, quien avaló al señor Mayorga Mancera, como candidato a la asamblea departamental de Cundinamarca. (...). Para la Sala en el presente caso, valoradas en conjunto las pruebas allegadas al proceso, es lo procedente concluir que se presentó el apoyo a favor de Jaime Torres Suárez, candidato a la alcaldía municipal de Ubaté, Cundinamarca, de parte del demandado en el evento de proselitismo político del 6 de octubre de 2019, por lo que se estructuraron los elementos de la prohibición de la doble militancia en la modalidad de apoyo (inciso segundo del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011), consagrada en el numeral 8º del artículo 275 del CPACA.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 2 de diciembre de 2021; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 25000-23-41-000-2019-01110-01.](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. La Universidad Nacional Abierta y a Distancia sí puede tener una seccional en Estados Unidos entendida esta como un instrumento o mecanismo diseñado para el desarrollo de la política de internacionalización de la educación y no como dependencia propiamente dicha de la UNAD.

Síntesis del caso: *El Ministerio de Educación Nacional presentó una consulta, mediante la cual indagó sobre el funcionamiento de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, sede Florida EEUU -UNAD Florida- en aspectos concernientes a la viabilidad de tener seccional en país extranjero, su personería jurídica y la convalidación de los títulos universitarios otorgados por la seccional.*

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA – Facultades de las universidades en virtud de la aplicación del principio de la autonomía universitaria / UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA (UNAD) – Estatutos / PERSONA JURÍDICA CREADA EN EL EXTERIOR POR UN ENTE UNIVERSITARIO - Es un instrumento o mecanismo diseñado para el desarrollo de la política de internacionalización de la educación, pero no puede entenderse como dependencia / UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA (UNAD) / SECCIONALES DE UNIVERSIDADES ESTATALES - la creación de seccionales en el exterior deben entenderse como un instrumento o mecanismo diseñado para el desarrollo de la política de internacionalización de la educación y no como una dependencia propiamente dicha / UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA (UNAD) / CREACIÓN DE SECCIONAL INTERNACIONAL - No está sujeta a lo señalado en el artículo 59 de la Ley 30 de 1992 / UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA (UNAD) / SECCIONAL INTERNACIONAL – Procedimiento de convalidación de títulos

Problema jurídico: *¿La Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD, puede tener una seccional en un país extranjero y, de ser así, esta seccional cuenta con personería jurídica y con la posibilidad de convalidar los títulos que otorgue?*

Tesis: “Se concluye que las universidades, en virtud de su naturaleza jurídica especial como entes autónomos e independientes, y en aplicación del principio de la autonomía universitaria, están facultadas para (i) expedir y modificar sus estatutos, (ii) regular su organización interna, (iii) crear, organizar y desarrollar sus programas académicos y su ámbito de aplicación, (iv) definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, (v) otorgar los títulos correspondientes, (vi) seleccionar a sus profesores, (vii) admitir a sus alumnos, (viii) adoptar sus correspondientes regímenes, (ix) establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de función institucional, en fin, su naturaleza especial les permite regularse de manera autónoma pero sujetándose a la constitución y a la ley. Adicionalmente, estas no forman parte de la rama ejecutiva del poder público ni están vinculadas, con alcance de tutela administrativa, al Ejecutivo. (...) Como se mencionó anteriormente, de conformidad con el principio de la autonomía reconocida constitucional y legalmente a las universidades, estas pueden darse sus propios estatutos y modificarlos. En ejercicio de tal atribución, el Consejo Superior de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia -UNAD expidió sus diferentes estatutos, entre ellos el Estatuto General y el Estatuto Organizacional. El Gobierno Nacional, en el año 2004, mediante el Decreto 217, reconoció a la National College Open and Distance -CNAD como seccional internacional de la UNAD. Esta seccional, tal como se señaló, está directamente relacionada con la Corporación privada sin ánimo de lucro denominada UNAD OF COLOMBIA, INC. A medida que la Corporación UNAD OF COLOMBIA, INC iba avanzando en la acreditación de nuevos programas ante el Gobierno de los Estados Unidos, y cuando logró acreditar programas de Master obtuvo el reconocimiento como una universidad pasando del status de College al de University, lo

que condujo a la modificación de la razón social de UNAD OF COLOMBIA, INC por UNAD FLORIDA, INC (noviembre 1 de 2007). Con el Acuerdo 021 del 14 de septiembre de 2016 expedido por el Consejo Superior de la UNAD se precisó la naturaleza de la UNAD Florida como una persona jurídica distinta de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia -UNAD pero articulada y subordinada a esta en su gestión organizacional, jurídica, financiera, académica e investigativa. Igualmente en dicho Acuerdo el Consejo Superior de la UNAD le otorgó a la UNAD Florida, pese a ser una persona jurídica diferente, el carácter de seccional indicando que es “de propiedad de la UNAD, la cual hace parte de su estructura orgánica y funcional”. La Sala entiende que la denominación de “seccional” dada a la UNAD Florida se hizo en ejercicio de la autonomía que tienen los entes universitarios para definir su estructura y organización. Si bien dentro de la estructura se conciben las diferentes dependencias, sedes o seccionales creadas para el desarrollo de las funciones propias de los entes universitarios, dentro de su organización se pueden concebir instrumentos para el desarrollo de la política educativa. Una persona jurídica creada en el exterior por un ente universitario es un instrumento o mecanismo diseñado para el desarrollo de la política de internacionalización de la educación, pero no puede entenderse como dependencia precisamente porque la UNAD Florida goza de personería jurídica, se rige por sus propios estatutos y tiene sus propios órganos de dirección, administración y funcionamiento, y las dependencias carecen de personería jurídica. (...) Ahora bien, cabe preguntarse si podía la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD, crear una seccional fuera del territorio colombiano, dado que el artículo 59 de la Ley 30 de 1992 señala que “la creación de universidades estatales u oficiales o de seccionales y demás instituciones de Educación Superior estatales u oficiales debe hacerse previo convenio entre la Nación y la entidad territorial respectiva, en donde se establezca el monto de los aportes permanentes de una y otra. Este convenio formará parte del estudio de factibilidad requerido.” Sobre el particular, la Sala encuentra que la disposición citada regula la creación de Instituciones de Educación Superior estatales u oficiales o de seccionales en el territorio nacional, como desarrollo del precepto constitucional que le impone el deber tanto a la Nación como a las Entidades Territoriales de participar “en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”; sin embargo, no puede entenderse que dicha disposición limite o prohíba la creación de “seccionales” en el exterior pero bajo el entendido de ser un instrumento o mecanismo diseñado para el desarrollo de la política de internacionalización de la educación y no como dependencia propiamente dicha de la UNAD, tal como se indicó en líneas anteriores. La autonomía universitaria otorgada por la Constitución Política a las universidades les permite darse y modificar sus estatutos, definir su organización interna, organizar y desarrollar sus programas académicos, entre muchas otras actividades propias de su funcionamiento. Sin embargo, si bien existen fundamentos constitucionales y legales que respaldan la política de internacionalización de la educación, su desarrollo es precario, por lo que se recomienda al Gobierno Nacional se promueva la expedición de una reglamentación que genere fundamentos más precisos y claros sobre la implementación de estos procesos o, de considerarse pertinente, se promueva una reforma de la Ley 30 de 1992 atendiendo el carácter especial del régimen que tienen las universidades estatales u oficiales. (...) La UNAD FLORIDA, INC, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 021 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la UNAD, es (i) una persona jurídica distinta de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia -UNAD pero articulada y subordinada a esta en su gestión organizacional, jurídica, financiera, académica e investigativa. (ii) Adicional a ello, se le dio la connotación de ser una seccional “de propiedad de la UNAD, la cual hace parte de su estructura orgánica y funcional”, seccional entendida en los términos señalados en este concepto. (iii) está constituida como persona jurídica (corporación) en cumplimiento de la legislación de los Estados Unidos, (iv) se rige por las leyes de Estados Unidos en su condición de persona jurídica constituida para funcionar en dicho país pero también se rige por las normas estatutarias de la UNAD, (v) se encuentra vinculada a la UNAD y, en consecuencia es esta la que define los mecanismos de articulación y los que le permiten ejercer sus potestades de control de tutela, y (vi) es ejecutora de las políticas de la UNAD en el ámbito internacional. La creación de esta seccional internacional no está sujeta a lo señalado en el artículo 59 de la Ley 30 de 1992, pues esta disposición es para creación de Instituciones de Educación Superior estatales u oficiales y/o seccionales en el territorio nacional. No puede entenderse que dicho precepto legal limite o prohíba la creación de seccionales en el exterior, concebidas como quedó expresado, pues la autonomía universitaria reconocida por la Constitución para las universidades les permite darse y modificar sus estatutos, definir su organización interna, organizar y desarrollar sus programas académicos, entre muchas otras actividades propias de su funcionamiento. (...) Para que proceda el trámite de convalidación de títulos, se requiere que (i) se haya otorgado un título de educación superior, (ii) que dicho título lo otorgue una institución legalmente autorizada por la autoridad competente en el país respectivo, (iii) que el Gobierno Colombiano - Ministerio de Educación Nacional haya hecho el reconocimiento del título

otorgado en el exterior. El título convalidado produce los mismos efectos académicos y jurídicos que los títulos otorgados por Instituciones de Educación Superior colombianas”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance de la vinculación que tienen las universidades con el Ministerio de Educación Nacional y las características de la autonomía universitaria, ver: Corte Constitucional, sentencias C-121 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-926 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-299 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2304-2304 AD del 10 de octubre de 2017; C.P. Oscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2016-00124-00\(2304-2304 AD\)](#)

2. La competencia para decidir las conciliaciones, llamamientos en garantía y acciones de repetición que se derivan de las acciones judiciales impetradas contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por razón de los actos de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a su cargo, corresponde al comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional.

Síntesis del caso: *El Ministerio de Educación Nacional presentó una consulta, mediante la cual indagó sobre cuál es el comité de conciliación que debe conocer sobre los casos en que, por vía judicial o extrajudicial, se persiguen pagos con cargo a recursos del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio -FOMAG-.*

CONCEPTO / COMITÉS DE CONCILIACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS – Funciones de los comités de conciliación de las entidades públicas / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) – Naturaleza jurídica y funcionamiento / PRESTACIONES SOCIALES A CARGO DEL FOMAG / DELEGACIÓN DE FUNCIONES – La distribución de funciones entre la Nación y las entidades territoriales para el reconocimiento de prestaciones sociales no significa el desprendimiento de la primera de dicha función / PRESTACIONES SOCIALES A CARGO DEL FOMAG – Procedimiento para su reconocimiento / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – El Ministerio de Educación Nacional es el ente competente para atender las demandas que se presentan con el FOMAG y para estudiar las posibilidades de conciliación, llamamiento en garantía y repetición

Problema jurídico: *¿Corresponde al comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional, o al de la fiduciaria que administra el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio -FOMAG- o al de la entidad territorial que expide el acto que resuelve una solicitud prestacional, conocer sobre los casos en que, por vía judicial o extrajudicial, se persiguen pagos con cargo a recursos del FOMAG?*

Tesis: “De acuerdo con el Decreto 1069 de 2015, Reglamentario Único del Sector Justicia, el comité de conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas de prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad, y que decide, “en cada caso específico”, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, “evitando lesionar el patrimonio público” (artículo 2.2.4.3.1.2.2.). (...) [C]uando existen fallos reiterados que rechazan esa causal de defensa y condenan a la entidad por considerarla legitimada por pasiva, el comité de conciliación de la entidad debe tener en cuenta esos precedentes para replantear su defensa y las posibilidades de conciliación, llamamiento en garantía y repetición en casos similares. Al respecto, el numeral 5º del artículo 2.2.4.3.1.2.5.

anteriormente citado señala expresamente que el Comité de Conciliación “deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada”. (...) [L]a Sala advierte que los comités de conciliación deben analizar el impacto de las decisiones judiciales anteriores que han resuelto casos similares, más aún si han sido proferidas contra la misma entidad, de modo que sean tenidas en cuenta para la adopción de sus decisiones sobre conciliación, llamamiento en garantía y ejercicio de la acción de repetición, así como para cumplir sus funciones de prevención del daño antijurídico y de definición de las políticas de defensa de la entidad. (...) [L]a Sala ha señalado que el FOMAG es un sistema presupuestal de manejo de recursos públicos (conocida como fondo-cuenta), cuya administración debe hacerse de acuerdo con la norma que lo ha creado y las disposiciones presupuestales y de control fiscal aplicables a este tipo de figuras jurídico-administrativas. También ha indicado que en razón de las competencias a su cargo “se encuentra sometido a las reglas del derecho público y a los principios que rigen la función administrativa en su constitución, manejo de recursos, funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones asignadas por ley.” Cabe advertir entonces que no obstante su atipicidad y con independencia de su administración a través de fiducia, el FOMAG, antes que patrimonio autónomo, es un fondo cuenta de la Nación. Esto permite distinguir: (i) La representación del FOMAG como fondo cuenta de la Nación, la cual corresponde al Ministerio de Educación Nacional, tal como se ha expresado; y (ii) La representación del patrimonio autónomo surgido del contrato de fiducia suscrito entre la Nación y la Fiduprevisora, la cual corresponde por regla general a esta última entidad en virtud de las reglas generales que regulan dicha modalidad contractual, salvo en lo relativo a la función de reconocimiento de prestaciones sociales, la cual, como ya se anunció y como se desarrollará más adelante, corresponde a la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional. (...) [L]e asiste razón al organismo consultante cuando recuerda que las Leyes 60 de 1993, 115 de 1994 y 715 de 2001, invirtieron el proceso de nacionalización del servicio público educativo y dispusieron que su prestación se haría de manera descentralizada mediante el traslado de competencias y recursos a las entidades territoriales. En ese sentido es cierto, como lo ha analizado esta Sala en diversas oportunidades y lo advierte la consulta, que dicha descentralización comporta que la vinculación y la competencia para la realización de concursos, nombramiento, remoción, traslado, sanción, estímulos y permisos de los docentes, directivos docentes y personal administrativo, corresponde hoy en día a las entidades territoriales certificadas y no a la Nación-Ministerio de Educación Nacional. Sin embargo, es pertinente indicar que este proceso de descentralización no comprendió la función de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, la cual, sin perjuicio de la colaboración que prestan las entidades territoriales (según se revisa enseguida), ha conservado su carácter centralizado y nacional, en cuanto competencia directa de la Nación (Ministerio de Educación Nacional) que se cumple a través del FOMAG. Es así que las Leyes 60 de 1993, 115 de 1994 y 715 de 2001 no derogaron la Ley 9 de 1989 y, por el contrario, mantuvieron la afiliación del personal educativo al FOMAG y la obligación de enviar a este último y no a las entidades territoriales, los aportes necesarios para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes. (...) [L]a delegación de la función de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes a las entidades territoriales, (i) no comporta el desprendimiento de dicha función por parte de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, ni la pérdida de su competencia general para hacer la vigilancia, orientación y control de la respectiva actividad; y (ii) significa que las entidades territoriales actúan en nombre de la Nación y con cargo al fondo cuenta que esta tiene para atender las respectivas obligaciones prestacionales. En consecuencia, no parecería claro, como lo insinúa la consulta, que las entidades territoriales asuman las condenas derivadas de procesos en que se discuten actos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del FOMAG (así participen en su expedición), ni que decidan en sus comités de conciliación las conciliaciones, llamamientos en garantía o acciones de repetición derivadas de dichos procesos. (...) Según lo anterior: (i) las secretarías de educación de las entidades territoriales reciben las solicitudes presentadas por los interesados y proyectan el acto administrativo que las resuelve; (ii) el proyecto de acto administrativo es enviado a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación; (iii) el administrador del FOMAG verifica la información y da su aval o no para el reconocimiento de la prestación; y, por último, (iv) el expediente vuelve a las secretarías de educación de las entidades territoriales para que expidan y notifiquen el acto definitivo, según el aval o rechazo del administrador del FOMAG. El mismo Decreto 1075 de 2015 establece que este procedimiento se seguirá para la resolución de los recursos (parágrafo 1º del artículo 2.4.4.2.3.2.2.) y que sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria, “carecerán de efectos y no prestarán mérito ejecutivo” (parágrafo 2º, ibídem). (...) [L]a Sala observa que la

jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el Ministerio de Educación Nacional representa a la Nación en los procesos judiciales en que se demandan los actos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del FOMAG, incluso después de la expedición de la Ley 962 de 2005. (...) [L]a Ley 962 de 2005 no modificó la asignación funcional de la Ley 9 de 1989 y, en particular, los dos principios básicos que se han analizado a lo largo de este concepto que las prestaciones sociales de los docentes son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y que la función de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del FOMAG corresponde a la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, sin perjuicio de su “delegación” en las entidades territoriales. En consecuencia, para la Sala es claro que si el Ministerio de Educación Nacional (i) tiene la representación de la Nación en los procesos originados en los actos de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG y (ii) por razón de dicha representación es condenado cuando las pretensiones son falladas en su contra, también le corresponde, necesariamente, llevar a su comité de conciliación las conciliaciones, llamamientos en garantía y acciones de repetición derivadas de tales condenas, conforme a lo dispuesto en la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1069 de 2015 revisados inicialmente (supra, 2). Lo anterior determina a su vez que no podría ser el comité de conciliación de Fiduprevisora el encargado de conocer procesos en que las condenas no lo vinculan, sino que se imponen directamente a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-FOMAG. De este modo, el Ministerio de Educación Nacional tiene el deber de coordinar con Fiduprevisora (su mandataria) y las entidades territoriales (sus delegatarias), la forma en que dicho ministerio podrá acceder a la información necesaria para atender oportunamente las demandas que se presentan con el FOMAG y estudiar las posibilidades de conciliación, llamamiento en garantía y repetición”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la naturaleza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 2227 de 2014, C.P. Álvaro Namén Vargas y 1614 de 2004 C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la competencia del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento de prestaciones sociales, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 5 de abril de 2017, expediente 2012-00135.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la legitimación del Ministerio de Educación Nacional para la representación de la Nación en los procesos originados en los actos de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del FOMAG, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias del del 15 de junio de 2017 (expediente 2013-00156), del 8 de septiembre de 2016 (expediente 2013-00082), del 14 de diciembre de 2015 (expediente 2013-00189), del 12 de julio de 2017 (expediente 2012-00400), del 8 de junio de 2017 (expedientes 2015-00203 y 2013-00575), del 30 de marzo de 2017 (expediente 2013-00946) y del 15 de septiembre de 2016 (expediente 2014-00168).

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2347 del 12 de diciembre de 2017; C.P. Germán Alberto Bula Escobar, radicación: 11001-03-06-000-2017-00099-00\(2347\)](#)

3. Las entidades estatales comprendidas en el ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que sean titulares de derechos de propiedad intelectual u otros bienes intangibles, y decidan negociar su explotación comercial, deben cumplir las disposiciones del derecho privado que resulten aplicables, excepto en aquellas materias expresamente reguladas en el citado Estatuto.

Síntesis del caso: *El Gobierno Nacional, por intermedio de la ministra de Ciencia, Tecnología e Innovación, consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre el*

régimen de contratación aplicable a las entidades públicas interesadas en llevar a cabo la explotación comercial de los derechos de propiedad intelectual y demás bienes intangibles de los que sean titulares.

RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – Ámbito de aplicación / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – Regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993 / BIENES INTANGIBLES / DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL – No todos los activos intangibles se regulan por las normas que regulan la propiedad intelectual / PROPIEDAD INTELECTUAL – Definición y categorías / DERECHOS DE AUTOR / PROPIEDAD INDUSTRIAL – Diferencias / PROPIEDAD INTELECTUAL / BIENES INTANGIBLES / EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL POR PARTE DE ENTIDADES ESTATALES – Inexistencia de regulación por parte de la Ley 1955 de 2019 / ENTIDADES ESTATALES TITULARES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y OTROS BIENES INTANGIBLES – Para su explotación económica se debe determinar si se encuentran exceptuadas de la aplicación del Estatuto de Contratación Pública / EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE LAS ENTIDADES ESTATALES – Las entidades estatales pueden suscribir los contratos regulados por la ley y aquellos otros que habitualmente celebran los particulares para estos fines / EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DEMÁS BIENES INTANGIBLES DE LAS ENTIDADES ESTATALES - Las entidades públicas titulares de estos intangibles pueden celebrar contratos de licencia, cesión, entre otros, atendiendo las formalidades y requisitos previstos en la ley, según el intangible o derecho de que se trate

Problema jurídico: *¿Cuál es el régimen de contratación aplicable a las entidades públicas para que puedan realizar la explotación de bienes intangibles o derechos de propiedad intelectual de los cuales sean titulares, en atención a lo previsto en el artículo 167 de la Ley 1955 de 2019?*

Tesis: “[E]l régimen jurídico de los contratos estatales es el establecido en las normas civiles y comerciales, en ausencia de norma especial en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que la modifiquen o adicionen (artículos 13, 32 y 40). No obstante la coexistencia de derecho público y derecho privado, y la combinación de estos, como herramientas para el desempeño de la labor administrativa y la gestión pública, deben existir límites y fronteras entre uno y otro régimen, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, y en la perspectiva de que finalmente están sujetos a un régimen superior previsto en la Constitución Política. En la actividad contractual del Estado es posible predicar, como se desprende de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, que el régimen jurídico de los contratos estatales no es «unitario y puro, sino variable y mixto, apareciendo siempre mezclados en distintas proporciones el Derecho administrativo y el Derecho privado». (...) [L]a ley permite que algunas entidades del Estado, en atención a precisas necesidades y características de las actividades comerciales, industriales o financieras que realizan, o incluso, también, en algunos casos, por necesidades sociales o públicas, utilicen normas del derecho privado o normas especiales que garanticen la ejecución de sus actividades en condiciones legales que les dé competitividad y agilidad para alcanzar sus fines. (...) En este sentido, la pretendida universalidad de la Ley 80 de 1993 se ha visto frustrada, por la tendencia expansiva a crear exclusiones. Ha sido una constante, durante estos años, la proliferación de excepciones a su aplicación, que han desvirtuado el aludido propósito, pues han dado lugar, en la práctica, a que la Ley 80 de 1993 no se aplique a todas las entidades del Estado, ante la existencia de muchos regímenes especiales que remiten al derecho privado o a normas especiales. No obstante, teniendo en cuenta esa realidad –y quizá los clamores de la jurisprudencia y la doctrina –, el mismo Legislador, en la Ley 1150 de 2007, sin desconocer el carácter de los contratos celebrados por las entidades exceptuadas del régimen general de contratación estatal, estableció límites a las mismas (...). Nótese que, aun cuando la ley excluye a algunas entidades estatales de la aplicación del mencionado estatuto, les impone el deber de dar cumplimiento a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, así como aquellos establecidos para la gestión fiscal en el artículo 267, y las somete al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. (...) Así las cosas,

el régimen legal aplicable a los contratos que celebren las entidades excluidas del Estatuto de la Contratación Pública es mixto y se enmarca en «un régimen especial: el derecho privado combinado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal», y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que es de naturaleza pública, es decir, previsto en normas imperativas, de orden público, indisponibles y de obligatorio cumplimiento. (...) Como corolario de todo lo expuesto, se advierte que ha sido la jurisprudencia la que ha venido conciliando la aplicación del derecho privado con los principios de la función administrativa en los contratos que celebran las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Dicha tarea implica tener en cuenta el régimen especial de la entidad exceptuada, y hacer, además, un ejercicio de adecuación, armonización e interpretación normativas que respete la esencia de cada principio constitucional de la función administrativa y del control fiscal, sin dejar de lado las inhabilidades e incompatibilidades, como ya se indicó. (...) [L]os bienes intangibles son aquellos que consisten principalmente en derechos u otras cosas incorpóreas (aunque puedan ser representadas de forma perceptible), siempre que sean susceptibles de apropiación y alienación. Se denominan activos intangibles, cuando tienen un valor económico y son susceptibles de explotación. El titular de esos bienes puede ejercer las facultades y prerrogativas inherentes a esta clase de propiedad, de acuerdo con lo previsto en la ley. Estos derechos son transmisibles, y su titular puede usarlos y explotarlos con fines económicos. Dentro de tales bienes, se encuentran los derechos de propiedad intelectual. (...) [N]o todos los activos intangibles están regulados por las normas atinentes a la propiedad intelectual (PI). Hay activos intangibles, como por ejemplo el good will, los contratos de licencia y de franquicia, que no están sujetos a las reglas de PI, sino al derecho privado en general, específicamente a las reglas del Código Civil y el Código de Comercio. (...) La propiedad intelectual ha sido definida como aquella que se relaciona con las creaciones de la mente humana: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio. También se ha entendido como la protección legal sobre toda creación del talento o del ingenio humano, dentro del ámbito científico, literario, artístico, industrial o comercial. (...) La propiedad intelectual se divide en dos categorías principales, a saber: i) Los derechos de autor, que comprenden las obras literarias, las películas, la música, los diseños arquitectónicos y las demás obras artísticas, entre otros, y ii) La propiedad industrial, que comprende las patentes de invención, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas, entre otros. La diferencia fundamental entre los derechos de autor y la propiedad industrial consiste en que, mientras los primeros protegen la forma en la que se expresa la creación proveniente del ingenio artístico, científico o intelectual, durante toda la vida del autor y un tiempo adicional (80 años), la segunda protege las creaciones, siempre que tengan una aplicación industrial o comercial, y la protección se concede por un tiempo limitado, para asegurar su explotación económica (20 años, aproximadamente). (...) [E]l Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, en el artículo 167, buscó promover la explotación comercial de los derechos de propiedad intelectual y demás bienes intangibles cuya titularidad recaiga en las entidades públicas, de forma tal que sean aprovechados y generen un beneficio económico para el Estado. La ley también ordenó destinar los beneficios o regalías que se generen por dicha explotación al apoyo e inversión de programas, proyectos, actividades e iniciativas de ciencia, tecnología e innovación de la entidad pública. Y en caso de que la entidad titular no realice ninguno de esos proyectos o actividades, ordenó destinarlos a la promoción de las industrias creativas, a que alude la Ley 1834 de 2017. En consecuencia, los recursos que se obtengan por la explotación de estos bienes y derechos deben destinarse exclusivamente a los proyectos de ciencia, tecnología e innovación que efectúe la entidad titular de los mismos y, en su defecto, a la promoción de las industrias creativas, a que se refiere la Ley Naranja. Sin embargo, la Ley 1955 no aludió a la reglamentación de los instrumentos y mecanismos para llevar a cabo la explotación económica de esos bienes y derechos, como tampoco reguló el mecanismo o procedimiento contractual que deben utilizar las entidades públicas titulares para negociar su explotación, ni señaló si deben aplicar o no, para tal efecto, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (...) [L]as entidades públicas que sean titulares de derechos de propiedad intelectual u otros bienes intangibles, y decidan llevar a cabo su explotación económica, deberán determinar si se encuentran dentro de alguno de los regímenes exceptuados de la aplicación del Estatuto de Contratación Pública, o regímenes especiales, en razón al tipo de entidades, al sector al que pertenecen, o a la naturaleza de las actividades que ejercen. En el evento de estar exceptuadas, deberán dar cumplimiento a los principios contenidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, previsto en la Ley 80 de 1993, con sus adiciones y modificaciones, como lo ordena el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. En caso contrario, es decir, si la entidad pública respectiva no se encuentra exceptuada de la aplicación del citado Estatuto, deberá dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en él para llevar a cabo la contratación de la explotación comercial de los derechos de propiedad industrial y demás intangibles que posea, tanto en la etapa precontractual como

contractual. (...) [N]i la Ley 80 de 1993, con sus modificaciones y adiciones, ni la Ley 1955 de 2019 establecen una tipología contractual especial o distinta a la regulada en el derecho privado, para que los titulares negocien la explotación comercial de sus derechos de propiedad intelectual y demás intangibles. Por tal razón, tanto las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como aquellas que deben aplicarlo, pueden suscribir los contratos regulados por la ley y aquellos otros que habitualmente celebran los particulares, para estos fines, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. (...) [E]n materia de derechos de autor, la ley establece claramente que una de las formas de explotación de los derechos patrimoniales, que el titular de estos puede negociar y convenir con terceros, es la cesión, transferencia o enajenación de tales derechos, la que está sujeta a la formalidad exigida legalmente para su existencia (constar por escrito); a las limitaciones materiales, temporales y territoriales acordadas por las partes o, en su defecto, previstas en la ley, y a su inscripción en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad frente a terceros. En el terreno de la propiedad industrial, la Decisión 486 de 2000 no ofrece tampoco una definición general de explotación, sino que utiliza dicho término en múltiples disposiciones, referentes a cada uno de los tipos de bienes o derechos que son protegidos por esa normativa (patentes de invención, marcas, etc.) y a los contratos y demás negocios jurídicos que el titular de aquellos puede celebrar. [N]o puede afirmarse que la explotación comercial de los derechos de propiedad industrial excluya su venta o enajenación a otro título oneroso (permuta, aporte en sociedad, fiducia mercantil, etc.), pues tales actos pueden constituir una forma de obtener utilidad o provecho económico de estos intangibles. Menos aún puede descartarse que la transferencia o cesión onerosa de tales bienes sea una modalidad de explotación de los derechos de propiedad intelectual, en general (incluyendo los derechos de autor), y mucho menos, de los bienes intangibles o incorporales, en su concepción más genérica. (...) En el caso de los derechos de propiedad intelectual que pertenezcan a entidades públicas, la ley permite expresamente su enajenación, en ciertas condiciones, tal como se puede observar en el artículo 169 de la Ley 1955 de 2019, que pertenece a la misma Sección II, y regula los derechos de propiedad intelectual sobre los resultados de programas y proyectos de ciencia, tecnología e innovación (incluyendo las tecnologías de la información y las comunicaciones), financiados con recursos públicos. (...) [S]i la cesión o transferencia de los derechos de propiedad intelectual de los que sean titulares las entidades públicas puede hacerse, en condiciones excepcionales, a título gratuito, como lo dispone el artículo 10 de la Ley 1753 y lo sostiene la Corte Constitucional, es evidente que, con mayor razón, dicha enajenación podría hacerse a título oneroso, como en un contrato de compraventa, es decir, recibiendo el Estado la justa contraprestación económica que corresponda al valor de los derechos cedidos. Por las razones explicadas, esta también podría considerarse como una forma de explotación comercial de tales intangibles. (...) [A]parte de la cesión onerosa de estos derechos, el régimen legal de los derechos de propiedad intelectual más comunes (incluyendo la propiedad industrial y los derechos de autor) autoriza expresamente a sus titulares para celebrar contratos de licencia, que son aquellos en virtud de los cuales el titular del respectivo derecho patrimonial le otorga a un tercero la facultad, exclusiva o no exclusiva, de usar o explotar el respectivo bien intangible, durante cierto tiempo y en determinada región o país, a cambio de una remuneración o contraprestación económica, denominada generalmente regalía. Es importante destacar que, a diferencia de los contratos de cesión o transferencia de los derechos de propiedad intelectual, los de licencia no conllevan la enajenación (definitiva o temporal, total o parcial) de los respectivos derechos patrimoniales, por lo que el titular de estos, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, los mantiene en su patrimonio y puede seguirlos explotando y licenciando a otros terceros (salvo pacto en contrario), así como disponer de ellos en el futuro, total o parcialmente. El contrato de licencia que celebre la entidad pública titular debe atender los requisitos y formalidades previstos en la ley, según la clase de derecho de propiedad intelectual sobre el cual recaiga, y debe inscribirse en el registro correspondiente, para efectos de publicidad”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los límites aplicables a las entidades públicas exceptuadas de la Ley 80 de 1993, ver: Corte Constitucional, sentencia C-629 de 2003 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de marzo de 2008, rad. n.º 25000-23-26-000-2000-00919-01 (26227).

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2456 del 13 de mayo de 2021; C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación: 11001-03-06-000-2020-00212-00\(2456\)](#)