

EDICIÓN

227

FEBRERO DE 2020

BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



PUBLICACIÓN MENSUAL

República de Colombia
Consejo de Estado

Álvaro Namén Vargas
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate
Hernando Sánchez Sánchez
Gabriel Valbuena Hernández
Marta Nubia Velásquez Rico
Martín Bermúdez Muñoz
Julio Roberto Piza
Ana Yasmín Torres Torres

RELATORÍAS

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Liliana Marcela Becerra Gámez

Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Gloria Cristina Olmos Leguizamón

Antonio José Sánchez David

Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Jorge Eduardo González Correa

Natalia Rodrigo Bravo

Natalia Yadira Castilla Caro

Guillermo León Gómez Moreno

Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

María Magaly Santos Murillo

Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

Wadith Rodolfo Corredor Villate

Sala de Consulta y Servicio Civil

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Derys Susana Villamizar Reales

Acciones Constitucionales

Pedro Javier Barrera Varela

Camilo Augusto Bayona Espejo

Jacqueline Contreras

DISEÑO

Julián Marcel Toro V.

PUBLICACIÓN

Camilo Ernesto Losada



CONTENIDO

CONTENIDO.....	3
EDITORIAL.....	4
I. NORMAS ANULADAS.....	5
II. NORMAS SUSPENDIDAS.....	6
III. LEGALIDAD CONDICIONADA.....	6
IV. EXHORTO.....	7
V. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN.....	8
VI. AUTO DE UNIFICACIÓN.....	12
VII. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	15
VIII. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	26
IX. SECCIÓN PRIMERA.....	36
X. SECCIÓN SEGUNDA.....	46
XI. SECCIÓN TERCERA.....	55
XII. SECCIÓN CUARTA.....	61
XIII. SECCIÓN QUINTA.....	74
XIV. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.....	90

EDITORIAL

En esta edición se registran 3 decisiones anulatorias de normas y disposición suspendida por la Sección Primera; además, una norma anulada por la Sección Segunda; dos normas anuladas y dos disposiciones con legalidad condicionada por la Sección Cuarta y un exhorto expedido por la Sección Quinta.

Como novedades importantes se incluye la sentencia de unificación de la Sección Tercera, mediante la cual se unificaron los criterios para el cómputo y cálculo de la caducidad en el medio de control de reparación directa, cuyo supuesto fáctico se origina en delitos de lesa humanidad.

La Sección Tercera también unificó, a través de auto, las reglas de competencia en procesos ejecutivos cuyo título de recaudo sean decisiones judiciales o conciliaciones. En esta importante decisión se precisó la regla de competencia por conexidad, según la cual, conocerá de la primera instancia del proceso ejecutivo el juez que conoció de la primera instancia del proceso declarativo, con independencia de si la condena fue proferida o la conciliación aprobada en grado de apelación.

Así mismo, la Sala Plena de lo contencioso administrativo confirmó la sentencia de primera instancia que había declarado la pérdida de investidura del ex representante a la cámara Raymundo Elías Méndez Bechara para el periodo 2014-2018, pues se demostró la inasistencia del parlamentario a seis sesiones plenarias en las que se votaron proyectos de ley o de acto legislativo, evadiendo el cumplimiento de su labor legislativa.

La Sala Veintisiete Especial de Decisión decretó la pérdida de investidura del congresista Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, elegido Representante a la Cámara por el departamento de Nariño para el período 2018-2022, por la causal de indebida destinación de dineros públicos, pues se demostró que autorizó el pago de honorarios a un empleado de su unidad de trabajo legislativo, que no desempeñó las funciones del empleo que le asignaron.

Esperamos que las decisiones que en esta edición se registran contribuyan al conocimiento jurídico de nuestros suscriptores y lectores.

I. NORMAS ANULADAS

1. El Decreto 0102-04-2010 de 2010, "Por medio del cual se modifica y excluye parcialmente algunas Instituciones y Centros Educativos del Decreto 0591 de diciembre 30 de 2009", expedido por el Gobernador del Cauca.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de noviembre de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 19001-23-31-000-2010-00199-01. \(Ver pág. 37 de este Boletín\).](#)

2. El Acuerdo 005 de 2004, "Por medio del cual se establecen directrices parciales en materia de ordenamiento territorial y se dictan otras disposiciones", expedido por el Concejo del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de noviembre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 47001-23-31-000-2004-01980-01. \(Ver pág. 41 de este Boletín\).](#)

3. El Decreto 170 de 2001, "Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros", expedido por el Gobierno Nacional: El numeral 2 del artículo 50 y los numerales 3 y 5 del artículo 51.

El Decreto 172 de 2001, "Por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor de Pasajeros por Carretera", expedido por el Gobierno Nacional: El numeral 1 del artículo 30 y el numeral 2 del artículo 31.

El Decreto 174 de 2001, "Por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Especial", expedido por el Gobierno Nacional: El numeral 2 del artículo 40 y los numerales 3 y 5 del artículo 41.

El Decreto 175 de 2001, "Por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Mixto", expedido por el Gobierno Nacional: El numeral 2 del artículo 41 y los numerales 3 y 5 del artículo 42.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de noviembre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2010-00283-00. \(Ver pág. 42 de este Boletín\).](#)

4. Nulidad parcial del Acuerdo 34 de 1998 "Por el cual se modifican los acuerdos del 11 de enero de 1995 y número 1 del 26 de junio de 1996 sobre el trámite de cesantías parciales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", artículo 5, inciso 1.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 31 de octubre de 2019, C.P. César Palomino Cortés, radicación 11001-03-25-000-2016-00992-00\(4473-16\). \(Ver pág. 50 de este Boletín\).](#)

5. El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, “*Por medio del cual se expide el Decreto único Reglamentario en materia tributaria*”, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: los ordinales 2, 3 y 4 del artículo 1.2.1.5.1.44, incorporados por el Decreto 2150 del 20 de diciembre de 2017 y parcialmente el inciso 1 del artículo 1.2.1.5.1.22, también incorporado por el Decreto 2150 del 20 de diciembre de 2017.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 4 de diciembre de 2019, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2018-00025-00 \(23781\).](#) (Ver pág. 67 de este Boletín).

II. NORMAS SUSPENDIDAS

La Resolución 02466 de 2015 “*Por la cual se modifican y adicionan unos numerales a la Norma RAC 3 de los reglamentos aeronáuticos de Colombia*”, expedida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil: el numeral 3.10.1.8.2. del artículo 1.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 28 de noviembre de 2019, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2017-00239-00.](#) (Ver pág. 43 de este Boletín).

III. LEGALIDAD CONDICIONADA

El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, “*Por medio del cual se expide el Decreto único Reglamentario en materia tributaria*”, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: el parágrafo 4.º del artículo 1.2.1.5.1.24 y el ordinal 2.6 del artículo 1.2.1.5.1.36, incorporados por el Decreto 2150 de 2017, bajo el entendido de que se grava con la tarifa del 20% el mayor beneficio neto o excedente originado en el egreso rechazado por improcedente.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 4 de diciembre de 2019, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2018-00025-00 \(23781\).](#) (Ver pág. 67 de este Boletín).

IV. EXHORTO

La Sección Quinta exhortó al presidente de la república y al ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a fin de que establezcan los parámetros para garantizar la participación equitativa de los alcaldes en los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales.

Sobre el particular señaló: “Las consideraciones que anteceden revelan la imperiosa necesidad que el Gobierno Nacional en ejercicio de su potestad reglamentaria (art. 189.11 de la Constitución), atienda el literal d) del artículo 26 de la Ley 99 de 1993, y por ende, establezca los parámetros para garantizar la participación equitativa de los alcaldes en los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales que tienen presencia en más de un departamento, a fin de que frente a tales elecciones exista claridad, se supla el vacío al que se ha hecho alusión y se atienda la referida disposición. Para tal efecto, en la parte resolutive de esta decisión se exhortará al Presidente de la República y al Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a fin de que adelanten las gestiones pertinentes para que se dicte el reglamento a que hace alusión el literal d) del artículo 26 de la Ley 99 de 1993.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 30 de enero de 2020, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2019-00017-00.](#)

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Sección Tercera mediante sentencia de unificación estableció los eventos en que es inaplicable el término de caducidad del medio de control de reparación directa por delitos de lesa humanidad.

Síntesis del caso: *El 5 de abril de 2007, el señor CCL se encontraba en Nunchía, Casanare, en compañía de dos amigos, lugar en donde habrían sido abordados por miembros del Gaula y, luego, entregados a los soldados del batallón "Llaneros de Rondón" de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional. Al día siguiente, el señor CCL y las otras dos personas aparecieron muertas en el municipio de Hato Corozal, con armas junto a sus cadáveres. El día posterior a la muerte, los cuerpos de las víctimas fueron entregados a sus familiares, momento en el cual el Ejército Nacional les indicó que su fallecimiento fue consecuencia de un combate presentado entre los uniformados y el grupo guerrillero que ellos integraban –Frente 28 de las FARC–.*

IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD / IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL CRIMEN DE GUERRA / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PROCEDENCIA DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN - Sobre caducidad de las pretensiones indemnizatorias formuladas con ocasión de los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA - Eventos en los que procede su inaplicación

Problema Jurídico 1: *¿La imprescriptibilidad en materia penal de los delitos de lesa humanidad tiene o no la suficiencia para alterar el cómputo del término de caducidad de las pretensiones de reparación directa?*

Tesis: “[L]as situaciones que se pretenden salvaguardar con la imprescriptibilidad penal en los casos de lesa humanidad y los crímenes de guerra también se encuentran previstas en el campo de lo contencioso administrativo, bajo la premisa del conocimiento de la participación por acción u omisión del Estado, al margen de que se trate de delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra. Así las cosas, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se unificará en relación con la caducidad de las pretensiones indemnizatorias formuladas con ocasión de los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado, bajo las siguientes premisas: i) en tales eventos resulta exigible el término para de-

mandar establecido por el legislador; ii) este plazo, salvo el caso de la desaparición forzada, que tiene regulación legal expresa, se computa desde cuando los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial, y iii) el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley. Finalmente, se precisa que el término de caducidad para solicitar al Estado la indemnización de un daño es inaplicable en aquellos eventos en los que se adviertan circunstancias que hubiesen impedido, desde el punto de vista material, el ejercicio del derecho de acción, lo que puede ocurrir frente a los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra o cualquier otro asunto en el que se pueda demandar la responsabilidad patrimonial Estado, pues para tales efectos no resulta determinante la situación causante del daño, sino la condición particular de quien acude a la administración de justicia.”

Salvamento de voto del magistrado Alberto Montaña Plata**SALVAMENTO DE VOTO / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VÍCTIMA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS - Sujeto de especial protección constitucional / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FUERZA VINCULANTE DEL FALLO / FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / DERECHO A LA VERDAD / DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA / GARANTÍA DE NO REPETICIÓN**

Tesis: “La Sentencia desconoció el estándar vigente en el ordenamiento jurídico colombiano en materia de acceso a la justicia para las víctimas de crímenes atroces y, a cambio, creó una regla jurisprudencial contra-igualitaria y regresiva y, en consecuencia, contra-convencional e inconstitucional. Para fundamentar su posición recurrió a dos construcciones argumentativas que no comparto. En primer término, desconoció la fuerza vinculante de una Sentencia de la Corte Interamericana mediante la aplicación de una especie de margen de apreciación nacional estricto, que es ajeno al sistema interamericano de

derechos humanos. En segundo lugar, estableció una analogía entre dos normas procesales cuyos presupuestos y fundamentos son disímiles, para derivar una regla jurisprudencial en la que eliminó la diferencia entre las víctimas de crímenes atroces como sujetos de especial protección constitucional y el resto de potenciales demandantes de responsabilidad estatal. La regla unificada neutralizó el estatuto constitucional de estas víctimas y las garantías especiales a sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.”

Salvamento de voto del magistrado Ramiro Pazos Guerrero**APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / INAPLICACIÓN DE LA NORMA / NORMATIVIDAD DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / DELITO DE LESA HUMANIDAD / PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA / DERECHO A LA VERDAD / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA**

Tesis: “En el presente caso estimo que el juez de daños debió acudir al control de convencionalidad para inaplicar la regla de caducidad, toda vez que resulta claro que los contenidos sustanciales de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, regulados en diversas fuentes del derecho internacional y constitucional, prevalecen sobre la

regla procesal de caducidad. (...) en el presente caso considero que se debió ejercer el control de convencionalidad sobre la regla de caducidad para inaplicarla, en orden a permitir que la víctima acceda a la administración de justicia y así garantizar sus derechos fundamentales a la verdad y la reparación por tratarse de un crimen de lesa humanidad.”

Salvamento de voto de la magistrada María Adriana Marín**ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CONFLICTO ARMADO INTERNO / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DISCREPANCIA EN LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS IMPUTABLE A LA FUERZA PÚBLICA / VÍCTIMA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / DERECHO A LA VERDAD / DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA / DERECHO A LA PAZ**

Tesis: “[E]n el contexto colombiano, de un país que ha vivido y continúa viviendo un conflicto armado interno de medio siglo, resulta paradójico que las normas de acceso a la administración de justicia se interpreten y apliquen de forma absoluta y rígida, dando prevalencia a la seguridad jurídica sobre valores esenciales al ser humano como la verdad, la jus-

ticia y la reparación. Estoy convencida de que la regla jurisprudencial que se unificó, con cada una de sus premisas, va a generar un efecto restrictivo en el acceso a la administración de justicia de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, lo que sin lugar a dudas no se acompasa con el contexto histórico que vive Colombia. No es posible admitir

tesis negacionistas del conflicto armado interno y las graves violaciones a derechos humanos que día a día persisten en el país. La paz, como valor supremo, solo será posible una vez se reconozca la necesidad de reparar a las víctimas y reconstruir el tejido social. En esta labor, los jueces son los primeros llamados a

definir el derrotero que habrá de seguirse, no solo para reparar patrimonialmente a las víctimas, sino para juzgar y reprochar las prácticas ilegales y arbitrarias del Estado, que han producido atentados a los intereses y bienes básicos y esenciales del ser humano, especialmente, su dignidad.”

Salvamento de voto del magistrado Guillermo Sánchez Luque

IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD Y CRIMEN DE GUERRA - No puede trasladarse a la caducidad de las acciones civiles contra el Estado

Tesis: “La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, reconocida en instrumento internacionales (artículo 29 del Estatuto de Roma) y nacionales (83 del Código Penal), no puede extenderse a la caducidad de pretensiones exclusivamente civiles, pues aquella figura se refiere a asuntos de índole penal. Una es la responsabilidad penal que se deriva de la comisión de una conducta y otra es la indemnización de carácter patrimonial

que surge para el Estado que, insisto, constituye una obligación de naturaleza civil que, como derecho de crédito, es de libre disposición. Las instituciones, categorías, sujetos, competencias y finalidades de una y otra responsabilidades son distintas y, por ende, las reglas del derecho penal no pueden trasladarse, sin más, al ámbito meramente civil de la responsabilidad patrimonial del Estado (art. 90 CN).”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de 29 de enero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 85001-33-33-002-2014-00144-01\(61033\).](#)

AUTO DE UNIFICACIÓN

Sección Tercera unificó y fijó las reglas de competencia en procesos ejecutivos cuyo título de recaudo sean decisiones judiciales o conciliaciones.

Síntesis del caso: El 6 de marzo de 2019 se interpuso demanda ejecutiva en contra de la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se ejecute el pago de la condena impuesta en fallo de segunda instancia del 26 de noviembre de 2015, proferida por la Subsección B sección Tercera del Consejo de Estado, así mismo se solicitó el embargo de las cuentas bancarias del demandado. El Tribunal Administrativo de Magdalena en auto del 18 de marzo del mismo año libro mandamiento de pago y negó medida cautelar solicitada por el ejecutante. Inconforme con la decisión de no decretar el embargo, el demandante eleva recurso de apelación.

PROCESO EJECUTIVO / PROCESO EJECUTIVO CONTRACTUAL / COMPETENCIA DEL PROCESO EJECUTIVO / TÍTULO EJECUTIVO / TÍTULO EJECUTIVO JUDICIAL / COMPETENCIA POR CONEXIDAD / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

Problema Jurídico 1: *¿Tiene competencia para conocer de la primera instancia del proceso ejecutivo, el juez que conoció de la primera instancia del proceso declarativo, con independencia de si la condena fue proferida o la conciliación aprobada en grado de apelación?*

Tesis 1: “La Sala considera pertinente, por importancia jurídica, unificar su jurisprudencia en punto a la competencia para conocer de los procesos ejecutivos en los que el título de recaudo sea una sentencia proferida por esta jurisdicción o una conciliación objeto de su aprobación (...) resulta necesario unificar la posición de la Sección Tercera sobre la materia para sostener que, la aplicación del artículo 156.9 del CPACA es prevalente frente a las normas generales de cuantía. (...) la Sala considera que la aplicación del artículo 156.9 del CPACA es un criterio de competencia por conexidad que excluye la aplicación de las normas previstas en los artículos 152.7 y 155.7 del mismo código, por las siguientes razones: 1. Es especial y posterior en relación con las segundas. 2. Desde una interpretación gramatical resulta razonable entender la expresión “el juez que profirió la decisión” como referida al juez de conocimiento del proceso declarativo. 3. La lectura armónica de las

demás normas del CPACA y del CGP, en relación con la ejecución de providencias judiciales, permite definir la aplicación del factor de conexidad como prevalente. (...) Conviene precisar que la unificación de la regla de competencia por conexidad deberá entenderse en el siguiente sentido: conocerá de la primera instancia del proceso ejecutivo el juez que conoció de la primera instancia del proceso declarativo, con independencia de si la condena fue proferida o la conciliación aprobada en grado de apelación, (...) el criterio de interpretación unificado se aplicará únicamente a los procesos ejecutivos iniciados con posterioridad a la firmeza de la presente providencia. De (...) todos aquellos procesos ejecutivos en los que se pretenda el cumplimiento de una sentencia proferida o de una conciliación aprobada por esta jurisdicción, y cuya competencia se haya definido según su cuantía, continuarán su trámite hasta su finalización sin modificación de la competencia.”

Nota de Relatoría: Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección cuarta, auto del 15 de noviembre de 2017, exp. 22065 y Consejo de Estado, Sección Segunda, auto de importancia Jurídica de 25 de julio de 2016, exp. 4935-14.

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE NIEGA EL DECRETO DE MEDIDA CAUTELAR / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Problema Jurídico 2: *¿Procede el recurso de apelación en contra del auto que niega el decreto de una medida cautelar cuando el título de recaudo es una sentencia proferida o una conciliación aprobada por esta jurisdicción y debe ser competencia del magistrado ponente?*

Tesis 2: “La Sala advierte que el recurso de apelación en contra del auto que niega el decreto de una medida cautelar es improcedente cuando el título de recaudo sea una sentencia proferida o una conciliación aprobada por esta jurisdicción.(...) en lo relativo a los procesos ejecutivos cuyo título de recaudo sea una sentencia proferida o una conciliación aprobada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...) El auto que decreta una medida cautelar debe ser proferido por el magistrado ponente en el caso de

los jueces colegiados, de conformidad con los artículos 229 y siguientes del CPACA, y es apelable según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 243 del CPACA. (...) El auto que niega una medida cautelar es de competencia del magistrado ponente como lo profirió el juzgador de primera instancia en la decisión impugnada y no es apelable, toda vez que no se encuentra enlistado en los autos susceptibles de ese recurso en el CPACA (...) conviene destacar que, si bien esta providencia debía ser proferida por el magistrado ponente, se dicta por la Sala Plena de la Sección en razón de la unificación de jurisprudencia que se realiza”

Nota de Relatoría: Con aclaración de voto de la Dra. Marta Nubia Velásquez Rico y el Dr. Guillermo Sánchez Luque.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 47001-23-33-000-2019-00075-01 \(63931\).](#)

Aclaración de voto de la magistrada Marta Nubia Velásquez Rico**RECURSO DE APELACIÓN / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE NIEGA MANDAMIENTO EJECUTIVO / LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO / OPOSICIÓN A LA ENTREGA DEL BIEN / RECHAZO DE PLANO DE LA DEMANDA / PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN NORMATIVA**

La razón de mi aclaración parte de considerar que, de manera previa a la mencionada unificación jurisprudencial, en calidad de magistrada sustanciadora de los procesos ejecutivos a mi cargo, he dado aplicación a las normas del Código General del Proceso para determinar la procedencia del recurso de apelación frente a distintos tipos de decisiones, tales como el auto que niega el mandamiento ejecutivo, el que modifica la liquidación del crédito, el que resuelve sobre la oposición a la entrega de bienes y el que la rechaza de plano. En estas condiciones, estimo que en lo relativo a la procedencia del recurso de apelación es viable acudir a la integración normativa que dispone el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en aquellos eventos en los que dicho estatuto no contenga una regulación expresa sobre el tema, por lo que será necesario aplicar lo previsto en el Código General del Proceso, codificación que le otorga naturaleza apelable a ciertas decisiones que solo pueden tener lugar en los procesos ejecutivos.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 47001-23-33-000-2019-00075-01 \(63931\), S.V. consejera Marta Nubia Velásquez Rico.](#)

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

ACCIONES DE TUTELA

1. No hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionado cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es la edad.

Síntesis del caso: *La accionante promovió acción de tutela en contra del municipio Santiago de Cali y de la Comisión Nacional del Servicio Civil, con miras a que se protejan sus derechos fundamentales, con ocasión a la dilación en que ha incurrido dicho ente territorial en retirar del concurso de méritos el cargo que ella viene desempeñando, por tener la condición de prepensionada.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES / CALIDAD DE PREPENSIONADO - No la ostenta quien tiene pendiente el cumplimiento de la edad / FUERO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - La protección procede únicamente cuando al trabajador le falten semanas de cotización / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL - Establecido por la Corte Constitucional en sentencia SU-003 de 2018

Problema Jurídico: *¿El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y estabilidad laboral reforzada del actor al proferir la sentencia de 30 de octubre de 2019?*

Tesis: “La Sala advierte que, a partir de la historia laboral expedida por Colfondos (...) se evidencia que la señora [G] tiene un total de 1226 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (con fecha de corte de 31 de marzo de 2019), y actualmente cuenta con más de 59 años, por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, tiene causado su derecho a la prestación económica de vejez. En ese contexto y poniendo de relieve que la Corte Constitucional, en sentencia SU-003 de 2018, restringió el nivel de protección de las

garantías fundamentales de los prepensionados, al excluir de ese grupo poblacional a aquellas personas que cumplen el requisito de densidad de semanas, la Sala puede colegir que, en el presente asunto, la parte actora no ostenta la calidad de prepensionada, dado que, se reitera, cumple con los presupuestos previstos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 para acceder al reconocimiento de su pensión de vejez. (...) Con fundamento en las anteriores premisas, no está acreditado la calidad de prepensionada y, mucho menos la vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante. (...) Por los razonamientos anteriormente expuestos, la Sala confirmará el fallo impugnado de 30 de octubre de 2019, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó el amparo solicitado por la señora [G].”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 28 de noviembre de 2019, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 76001-23-33-000-2019-00942-01\(AC\).](#)

2. No existe una omisión del legislador en la regulación normativa sobre comisión de servicios para estudios de los empleados de carrera judicial.

Síntesis del caso: *Un empleado de carrera judicial que labora en el Juzgado Primero Laboral del Circuito Judicial de Riohacha, en propiedad, solicitó ante la Unidad Administrativa de Carrera Judicial concepto favorable para acceder a una comisión de servicios para estudio en los términos del artículo 142 de la Ley 270 de 1996, con ocasión de una beca que le fuere adjudicada para cursar una maestría en derecho. La Unidad de Carrera Judicial de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura respondió de manera negativa esta solicitud, pues, en su criterio, el artículo 142 de la Ley 270 de 1996 contempla esta comisión únicamente para los funcionarios de carrera judicial y como quiera que el accionante no ostenta la calidad de funcionario, no es posible otorgar dicho aval. Esta Corporación determinó que se le vulneraron los derechos fundamentales del tutelante a la igualdad, educación y al trabajo, pues, el vacío normativo que existe, frente a la comisión de estudio para empleados de la rama judicial, debe ser llenado con la normativa que rige el sistema general de carrera.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA AUTORIDAD PÚBLICA - Ampara / SOLICITUD DE COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA EMPLEADO DE CARRERA EN LA RAMA JUDICIAL / OMISIÓN DEL LEGISLADOR DE NO RECONOCER EL DERECHO A LICENCIAS NO REMUNERADAS PARA ADELANTAR ESTUDIOS A EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL - No configuración

Problema Jurídico 1: *[La Sala determinará si] ¿[f]ue voluntad del legislador reconocer el derecho a licencias no remuneradas para adelantar estudios especializados, solamente a los funcionarios judiciales de carrera?*

Tesis 1: “[La] Sala concluye que la voluntad del legislador no fue restringir el derecho de las licencias no remuneradas para adelantar cursos de especialización, hasta por dos (2) años, a los empleados de carrera de la Rama Judicial, por lo que es claro, que

lo que existe es un vacío normativo en lo que a ellos se refiere, en tanto en la redacción del párrafo segundo del artículo 142 de la Ley 270 de 1996, solo se hizo alusión a los Funcionarios. (...) De conformidad con lo expuesto, la respuesta al primer problema jurídico planteado es NO, es decir, el espíritu del artículo 142 de la Ley 270 de 1996, no fue negar a los empleados judiciales de carrera el derecho a licencias no remuneradas para adelantar estudios especializados.”

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA AUTORIDAD PÚBLICA / DEBER DE INTEGRACIÓN DE DISPOSICIONES DEL RÉGIMEN GENERAL DE CARRERA SOBRE VACÍOS NORMATIVOS DEL RÉGIMEN ESPECIAL - Ante la ausencia de norma que regule el caso concreto

Problema Jurídico 2: *[La Sala deberá establecer si] ¿[l]a Ley 909 de 2004, aplica para los servidores de la Rama Judicial ante vacíos normativos de la Ley 270 de 1996?*

Tesis 2: “[Para la Sala,] [e]n materia de carrera administrativa, la constitución definió diferentes regímenes especiales como los son: i) la Rama Judicial, que se llama “carrera judicial” ; ii) las Fuerzas Militares ; iii) la Policía Nacional ; iv) la Fiscalía General de la Nación ; v) las universidades estatales ; vi) la Registraduría Nacional del Estado Civil ; vii) la Contraloría General de la República y contralorías territoriales ; y; viii) la Procuraduría General de la Nación ; los cuales

se encuentran regulados a través de diferentes leyes. Ahora, en cuanto a los empleos públicos no definidos en la Carta Constitucional, el legislador expidió como régimen general de carrera la Ley 909 de 2004, en la que reconoció su carácter supletorio frente a vacíos normativos en cuanto a la regulación de los regímenes especiales. (...) [De modo que,] de conformidad con el artículo 142 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con los artículos 18 y 22 del Decreto 2400 de 1968 y el 2.2.5.5.31 del Decreto 1083 de 2015, los servidores judiciales tienen derecho a la concesión de licencias no remuneradas para estudio; quedando así, resuelto el segundo problema jurídico planteado.”

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA AUTORIDAD PÚBLICA / CONCEPTO DESFAVORABLE SOBRE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS A EMPLEADO DE CARRERA DE LA RAMA JUDICIAL - No se fundó en la normativa vigente / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA EDUCACIÓN Y AL TRABAJO

Problema Jurídico 3: *[La Sala deberá analizar si] ¿[e]l concepto desfavorable emitido por la Unidad Administrativa de Carrera Judicial a la solicitud de licencia para estudio en el exterior, en los términos del artículo 142 de la Ley 270 de 1996, elevada por el señor [J.L.O.S.], vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo y educación?*

Tesis 3: “El señor [J.L.O.S.], acudió al Juez de tutela a considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la educación igualdad y trabajo en calidad de empleado de carrera de la Rama Judicial, con ocasión del concepto desfavorable emitido por la Unidad Administrativa de Carrera Judicial, frente a su solicitud de licencia no remunerada para estudio en los términos del artículo 142 de la Ley 270 de 1998, al no tener la calidad de “funcionario”. (...) Teniendo en

cuenta los diferentes puntos de derecho expuestos en los acápites anteriores, es claro que tanto a funcionarios como a servidores judiciales les asisten al derecho a la licencia no remunerada para estudios hasta por dos años, estos últimos de acuerdo con las disposiciones del artículo 142 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con los artículos 18 y 22 del Decreto 2400 de 1968 y el 2.2.5.5.31 del Decreto 1083 de 2015; razón por la cual, el concepto desfavorable del 19 de septiembre de 2019, emitido por la Unidad Administrativa de Carrera Judicial frente a la solicitud del [accionante], en tal sentido, resulta vulneratoria de sus derechos fundamentales a la educación, igualdad y trabajo en relación con los derechos que le asisten como empleado de carrera, puesto que el único fundamento de ello fue no ostentar la calidad de FUNCIONARIO.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 3 de diciembre de 2019, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 11001-03-15-000-2019-04302-00\(AC\).](#)

3. Ante la ausencia de prueba del valor de los aportes económicos en relación con los perjuicios materiales solicitados por los padres de la víctima, debe presumirse una remuneración equivalente al salario mínimo legal vigente.

Síntesis del caso: *Se solicita establecer si el Tribunal incurrió en un desconocimiento del precedente al revocar el reconocimiento de los perjuicios materiales a los padres de la víctima aduciendo que no se demostró el monto que la víctima devengaba, toda vez que, la jurisprudencia del Consejo de Estado indica que, ante la ausencia de prueba, debe presumirse una remuneración equivalente al salario mínimo legal vigente.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Sobre la presunción del salario mínimo cuando se desconoce el valor de los aportes económicos en relación con los perjuicios materiales solicitados por los padres de la víctima / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FACTICO - Deficiencia en la apreciación y valoración de las pruebas testimoniales con respecto a la dependencia económica

Problema Jurídico: *¿Las sentencias de 21 de agosto de 2018 y de 24 de abril de 2019, proferidas por el Juzgado 64 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (...), respectivamente, vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, acceso a la administración de justicia, confianza legítima y reparación integral de los accionantes?*

Tesis: “[E]n cuanto a los perjuicios materiales reclamados por los padres de la víctima, el Tribunal consideró que no estaba demostrado cuál era la ayuda económica que le brindaba a su familia. No obstante, de allí se derivan dos cuestiones separadas que deben analizarse independientemente: (i) si se brindaba ayuda económica a su familia y (ii) cuál era el salario

que devengaba para saber el monto de la ayuda. (...). Frente a la primera cuestión, en el proceso de reparación directa fueron practicadas varias pruebas testimoniales que, según el mismo Tribunal, dieron cuenta de la relación afectiva de la víctima con sus padres y de la ayuda económica que este les prestaba con el dinero que devengaba por los trabajos realizados en el campo. Por tanto, considera la Sala que en el expediente de reparación directa había elementos suficientes para concluir que el joven Camayo Pizo prestaba soporte económico a sus padres, pues como el mismo Tribunal señaló, a ello se refirieron los testigos Juan de Jesús Palomino Aranda y Otilia Medina Álvarez. [...]. [E]sta Sala de Subsección considera que las pruebas testimoniales practicadas, analizadas a la luz del contexto social del joven Camayo Pizo y sus padres, permiten concluir que este aportaba económicamente al sostenimiento de su familia. Por tanto, resulta extraño que, ante la existencia de estos elementos de prueba, los cuales fueron analizados por el fallador de segunda instancia, este concluyera, a la postre, que no se demostró la ayuda económica por el hecho de desconocer el monto del salario o jornal que devengaba y la suma que este le entregaba a su padre (...). En ese caso, como ha sos-

tenido de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, debe presumirse que percibía un salario mínimo legal mensual vigente. [...]. En consecuencia, considera la Sala que desconocer el valor exacto del dinero que el joven Camayo Pizo aportaba, no desvirtúa que efectivamente contribuyera para el sostenimiento del hogar. Y en todo caso, debería presumirse el salario mínimo mensual. Conforme a lo anterior, se configura entonces un error fáctico en cuanto a la deficiencia en la apreciación y valoración de las pruebas testimoniales con respecto a la dependencia económica y un desconocimiento del precedente con respecto a los criterios jurisprudenciales fijados por el Consejo de Estado sobre la presunción del salario mínimo cuando se desconoce el valor de los aportes económicos en relación con los perjuicios materiales solicitados por los padres de la víctima.”

Nota de Relatoría: Sentencia de 2018 rad. 05001-23-31-000-2001-03068-01, a través de la cual la Sección Tercera de esta Corporación unificó su criterio en cuanto a que para demostrar la contribución económica de una persona menor de 25 años a sus padres son admisibles todos los medios de prueba.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 16 de enero de 2020, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 11001-03-15-000-2019-04849-01\(AC\).](#)

4. El ejercicio de la facultad oficiosa no sustituye a las partes en el deber de probar los supuestos de hecho en que se basan las pretensiones de la demanda o la oposición a la misma.

Síntesis del caso: *Los demandantes alegaron que la autoridad judicial demandada incurrió (entre otros) en defecto fáctico, en tanto debió hacer uso de la facultad establecida en el artículo 170 del CGP, esto es, la de decretar pruebas de oficio para esclarecer los hechos objeto del proceso de reparación directa.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO FACTICO / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO - Se aplicaron adecuadamente las normas llamadas a regular el caso / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – Carga de la prueba / PRUEBA DE OFICIO - Se decreta cuando existan puntos oscuros o dudosos de la contienda que impidan dictar sentencia

Problema Jurídico: *¿El Tribunal Administrativo del Magdalena, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, a la salud y a la integridad personal del actor al proferir la sentencia de 27 de septiembre de 2019?*

Tesis: “[L]a Sala estima que el defecto fáctico alegado por parte de la actora se centra realmente en el

resultado de la valoración probatoria que realizó el tribunal, y no en el hecho de que dichos elementos de prueba pudieran ser tenidos en cuenta o no por el juez de segunda instancia del proceso ordinario. Como se sabe, las discusiones sobre la valoración del material probatorio son un campo restringido para el juez de tutela, salvo que se advierta irracionalidad o capricho en la tasación de los medios de

prueba, circunstancias que en este caso no se presentan, por manera que hay lugar a efectuar algún reproche sobre este cargo. De otra parte, se advierte que, si bien los demandantes alegaron que la autoridad judicial demandada también incurrió en defecto fáctico, en tanto debió hacer uso de la facultad establecida en el artículo 170 del CGP, esto es, la de decretar pruebas de oficio para esclarecer los hechos objeto del proceso de reparación directa, ese argumento está relacionado más bien con el defecto sustantivo, dado que la Corte Constitucional ha sostenido que este se configura por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea de la ley; no obstante, para la Sala, ese cargo no tiene vocación de prosperidad por lo siguiente: Al proceso de reparación directa, por haberse promovido con posterioridad al 2 de julio de 2012, le resultaban aplicables las normas contenidas en el CPACA, cuerpo normativo que, en su artículo 213, al igual que el artículo 170 del CGP, faculta al juez para decretar, en cualquier instancia, las pruebas de oficio —(...)— para buscar el esclarecimiento de los hechos en que se fundan los argumentos propuestos por cada una de las partes, y siempre que las mismas se practiquen

dentro de estrictos cánones del debido proceso, en especial del derecho de contradicción. El ejercicio de la facultad oficiosa no sustituye a las partes en el deber de probar los supuestos de hecho en que se basan las pretensiones de la demanda o la oposición a la misma. Esto es, a pesar de la facultad oficiosa del juez, el demandante tiene la carga de probar los hechos en que funda la pretensión de la demanda y el demandado, por su parte, debe probar los supuestos en que edifica la estrategia de defensa. En todo caso, se debe aclarar que las pruebas de oficio no se decretan por insinuación de las partes, sino por iniciativa del juez cuando existan puntos oscuros o dudosos de la contienda que impidan dictar sentencia, lo cual en este caso no ocurrió. De modo que era la parte actora la que debía probar los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, entre otros la imputación, cuya falta de acreditación fue la que justamente advirtió el juez natural de la causa, a quien no puede exigírsele que supla esa carga, pues estaría asumiendo el rol de parte y, en esa medida, estaría desconociendo la garantía de imparcialidad que debe orientar todas sus actuaciones y decisiones.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de febrero de 2020, C.P. María Adriana Marín, radicación 11001-03-15-000-03882-01\(AC\).](#)

5. Se garantiza el derecho a la compensación económica derivada de la imposibilidad de continuar con la venta de fruta en una vía pública.

Síntesis del caso: *En un predio ubicado en la vía Bogotá-Villeta funcionaba un puesto de fruta el cual fue destruido con ocasión de las actividades de construcción y adecuación de una vía pública a cargo de la Concesión Sabana de Occidente S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). Dicho local se encontraba ubicado en una zona denominada como derecho de vía. El juez de segunda instancia en el medio de control de reparación directa determinó que la demandante tenía derecho a que se le reconociera la indemnización por la destrucción del local comercial informal. Esta Corporación, en sede de tutela, encontró ajustada tal decisión, pues la ciudadana afectada tiene derecho a la compensación económica derivada de la imposibilidad de continuar con la venta de fruta en la vía Bogotá-Villeta.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS CAUSADOS A PERSONAS AFECTADAS CON LA CONSTRUCCIÓN DE PROYECTOS VIALES / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO

Problema Jurídico: *[L]a Sala debe decidir si la sentencia del 21 de noviembre de 2018, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección*

Tercera, Subsección B, incurrió en defecto sustantivo al acceder a las pretensiones de la demanda de repa-

ración directa promovida por la señora [M.J.L.] contra la [entidad accionante].

Tesis: “A juicio de la Sala, la interpretación adoptada por la autoridad judicial demandada es razonable, toda vez que, en efecto, la compensación económica se reconoce por el desarrollo de la actividad productiva y no necesariamente se deriva de un derecho real frente a un bien inmueble aledaño a la zona de la obra, como lo alega la parte actora. (...) [A su vez,] [l]a Sala no observa que los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 1228 de 2008 y 63 de la Constitución Política y el Decreto Ley 2770 de 1953 prohíban el reconocimiento de indemnizaciones a personas que desarrollan

actividades económicas en zonas aledañas a obras públicas. Es decir, con base en esas normas no es posible concluir que la señora [M.J.L.] no tuviera derecho a la compensación económica derivada de la imposibilidad de continuar con la venta de fruta en la vía Bogotá - Villeta. (...) [Así las cosas, la Sala considera que] la sentencia del 21 de noviembre de 2018, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, no incurrió en defecto sustantivo al acceder a las pretensiones de la demanda de reparación directa promovida por la señora [M.J.L.] contra la [parte actora]. Por consiguiente, la Sala confirmará la sentencia impugnada.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 12 de diciembre de 2019, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación 11001-03-15-000-2019-03409-01\(AC\).](#)

6. Los requisitos de procedencia del Recurso Extraordinario de Revisión se deben analizar de conformidad con las normas procesales vigentes al momento en que se interpone el mecanismo.

Síntesis del caso: *El actor interpone la acción de tutela por considerar que la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Cauca incurrieron en defecto sustantivo al aplicar los términos procesales establecidos en el CPACA para decidir respecto de la oportunidad del recurso extraordinario de revisión en lugar de aplicar los términos del CCA, norma procesal bajo la que se interpuso la demanda de reparación directa.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO POR INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES / AUSENCIA DE DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO / CADUCIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Norma procesal aplicable para decidir sobre la oportunidad del recurso

Problema Jurídico: *¿Determinar si le asistió razón al juez de tutela de primera instancia al negar la acción de amparo por considerar razonable la decisión de los jueces que conocieron del recurso extraordinario de revisión de rechazarlo por extemporáneo?*

Tesis: “Sea lo primero analizar el defecto sustantivo alegado por el actor en contra de las providencias que rechazaron por extemporáneo el recurso extraordinario de revisión interpuesto en contra de la sentencia que resolvió el medio de control de reparación directa [...]. [E]n lo que respecta a la norma procesal aplicable al caso concreto para decidir sobre la oportunidad del recurso, esta Sala encuentra que la disposición invocada por las autoridades judiciales – Ley 1437 de 2011-, es la que debía aplicarse en este caso en armonía con la jurisprudencia vigente y con

la norma de vigencia pertinentes. [...], se tiene que la Sala Plena del Consejo de Estado ha indicado de manera pacífica que el recurso extraordinario de revisión constituye un nuevo proceso, no una instancia adicional en el que se puede retomar el objeto de litigio. Incluso, expuso que a pesar de su denominación este mecanismo judicial comporta otro medio de control que consagró el legislador y que implica que se instaure una demanda contra la sentencia objeto de revisión. En ese orden, los requisitos de procedencia deberán analizarse de conformidad con las normas procesales vigentes al momento en que haya sido interpuesto el mecanismo. [...]. Entonces, dado que la demanda se instauró el 26 de octubre de 2015, advierte la Sala que le asistió razón a las autoridades judiciales accionadas al analizar la oportunidad del recurso de conformidad con el término de

caducidad dispuesto en el artículo 251 del CPACA, luego no se encuentra materializado el defecto sustantivo. Aclarada la norma procesal aplicable, la Sala agrega que, estima correcto el cómputo realizado por las autoridades accionadas frente a la oportunidad del recurso, esto en razón a que el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011, establece que el mecanismo judicial debe interponerse dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia objeto de revisión, salvo en las circunstancias descritas en las causales 3, 4 y 7 del artículos 250 del CPACA, y en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 que consagran términos especiales de caducidad. [...]. De acuerdo con lo expuesto, se tiene que el cómputo realizado

por la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a la oportunidad de recurso extraordinario atiende a las normas procesales aplicables, a la jurisprudencia que les ha dado alcance y a las particularidades del caso concreto, [...], el recurso debió interponerse dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia objeto de revisión y, en el caso concreto, se superó dicho término. De esta manera, es claro para la Sala que las autoridades judiciales accionadas no incurrieron en defecto sustantivo por indebida aplicación de las normas procesales ni defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, por lo que corresponde confirmar la tutela de primera instancia en virtud de dicho cargo.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 23 de enero de 2020, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación 11001-03-15-000-2019-03451-01\(AC\).](#)

ACCIONES POPULARES

1. Se presenta contaminación auditiva por parte de los establecimientos de comercio ubicados en la zona rosa de un municipio cuando exceden los niveles de sonido legalmente permitidos.

Síntesis del caso: *En la zona rosa del municipio de Caucasia (Antioquia) se presenta contaminación auditiva por parte de los establecimientos de comercio de la zona rosa al exceder los niveles de sonido permitidos por las autoridades locales, lo cual constituye una flagrante vulneración de los derechos e intereses colectivos a un ambiente sano, a un espacio público y a la seguridad y salubridad públicas. El Tribunal Administrativo de Antioquia ordenó en el fallo de primera instancia que las autoridades del municipio de Caucasia establecieran medidas correctivas frente al exceso de sonido por parte de los establecimientos de comercio con el fin de que se mantengan dentro del rango legalmente permitido. Esta Corporación encontró que no se avizora un exceso de competencias por parte del juez de primera instancia, pues la normativa vigente le permite dictar las órdenes que considere necesarias para garantizar la protección de los derechos e intereses colectivos vulnerados. Además, pese a que las autoridades demandadas han gestionado lo pertinente para que se mitigue el nivel excesivo de ruido en la zona, los establecimientos de comercio siguen infringiendo las órdenes impartidas por el juez de primera instancia, lo que lleva a confirmar el fallo apelado.*

IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA - Al no ser la etapa procesal pertinente / INCIDENTE DE NULIDAD - Mecanismo idóneo y eficaz

Problema Jurídico 1: *[La Sala deberá establecer si ¿existe nulidad procesal en la notificación de la sentencia de primera instancia, cuando se omite la remisión del salvamento de voto y, además cuando se adelanta el trámite procesal por el medio de control tipificado en el artículo 144 del CPACA?]*

Tesis 2: “[L]a Sala advierte que los argumentos planteados por el recurrente no atacan el sentido de la decisión adoptada por el Tribunal sino el trámite surtido, tanto en lo que el recurrente considera un nuevo procedimiento previsto en el artículo 144 del CPACA, como en la falta de notificación del salvamento de voto a la sentencia que se apela. Al respecto, la Sala destaca que, de conformidad con los artículos 320 y

322 numeral 3 del Código General del Proceso, aplicables por remisión del artículo 37 de la Ley 472 de 1998, el recurso de apelación tiene como objetivo controvertir uno o varios de los fundamentos de la decisión adoptada por el a quo. (...) [Teniendo en cuenta lo anterior,] [l]a Sala ha reiterado en otras oportunidades que el recurso de apelación no es el mecanismo para impugnar presuntas irregularidades que ocurrieron durante el trámite de la acción. (...) [Ahora bien,] [e]n el caso concreto, la Sala observa que el recurrente ha debido promover en su oportunidad un incidente de nulidad ante el tribunal si consideraba que la decisión que adoptó el a quo se encontraba indebidamente notificada. (...) Así mismo, si consideraba que la acción judicial que debía ini-

ciarse era un medio de control ordinario y no la acción popular, debió plantearlo oportunamente en la contestación a la demanda, y no esperar a que se profiera el fallo de primera instancia para alegar de manera extemporánea dicha presunta irregularidad, pues se reitera, el recurso de apelación tiene como

objetivo estudiar lo decidido por el a quo, no examinar asuntos procesales que las partes han debido alegar oportunamente. No obstante, la Sala no observa la configuración de nulidad alguna que invalide lo actuado.”

DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS A UN AMBIENTE SANO, A UN ESPACIO PÚBLICO Y A LA SEGURIDAD Y SALUBRIDAD PÚBLICAS / EXCESO DE CONTAMINACIÓN AUDITIVA POR PARTE DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO UBICADOS EN LA ZONA ROSA DEL MUNICIPIO DE CAUCASIA / COMPETENCIA SOBRE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS FRENTE A ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO ABIERTOS AL PÚBLICO Y POR CONTAMINACIÓN AUDITIVA - En cabeza de los alcaldes y la Policía Nacional

Problema Jurídico 2: *[La Sala deberá establecer si] ¿es responsable la Policía Nacional por la vulneración de los derechos colectivos al ambiente sano y a la salubridad pública cuando, a pesar de adelantar diversas actuaciones tendientes a mitigar y resolver la problemática de altos niveles de sonido que producen los establecimientos de comercio ubicados en la zona rosa de un municipio, actualmente todavía se presenta contaminación auditiva?*

Tesis 2: “[A juicio de la Sala,] en el plenario obran diversas actuaciones adelantadas por parte de la Policía Nacional tendientes a mitigar o a solucionar el problema de la vulneración de los derechos colectivos al medio ambiente sano y la salubridad pública, las cuales han sido ejercidas dentro del marco de sus competencias (tanto las que tenía en vigencia de la Ley 232 de 1995 como con las que cuenta con el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia), tales como realizar acompañamiento a las pruebas

de monitoreo de sonido realizadas por CORANTIOQUIA, pedir la realización de reuniones interinstitucionales, requerir la coordinación de operativos con CORANTIOQUIA, efectuar el cierre temporal de establecimientos, adelantar procesos sancionatorios, y realizar visitas a los establecimientos. Por lo anterior (...), se encuentra acreditado que la Policía Nacional ha actuado de forma diligente y dentro de la órbita de sus funciones para prevenir y mitigar el problema de contaminación auditiva presentada en la zona rosa del municipio de Cauca. En este escenario, la Sala modificará los ordinales primero, segundo y sexto de la sentencia apelada en el sentido de no declarar responsable a la Policía Nacional por la vulneración del derecho colectivo al medio ambiente sano, sin perjuicio que continúe ejerciendo sus competencias constitucionales y legales, esto es, acompañando las decisiones que asuma el municipio de Cauca para superar la problemática presentada en el sector.

EXCESO DE COMPETENCIA EN LAS ÓRDENES IMPARTIDAS POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA - No configuración / CONCERTACIÓN DE UNA MESA DE COORDINACIÓN PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS – Pertinencia de la orden

Problema Jurídico 3: *[La Sala determinará si] ¿el juez de primera instancia excedió su competencia al ordenar al municipio que conformara, junto a las demás entidades demandadas, una mesa de coordinación interinstitucional para determinar un plan de acción tendiente a mitigar la contaminación auditiva en la zona rosa del ente territorial, y realizara visitas técnicas para imponer las medidas preventivas a que haya lugar, así como un censo de los establecimientos ubicados en el sector con el fin de determinar si cumplen o no con los usos del suelo y que adopte las medidas tendientes a la recuperación del espacio público?*

Tesis 3: “[P]ara la Sala es claro que, contrario a lo manifestado por el recurrente, no se han creado pro-

cedimientos no previstos en la ley, dado que las órdenes impuestas al municipio de Cauca, consistentes en coordinar con CORANTIOQUIA y la Policía Nacional para determinar un plan de acción para mitigar la contaminación auditiva en la zona rosa del ente territorial, realizar visitas técnicas para imponer las medidas preventivas a que haya lugar, realizar un censo de los establecimientos ubicados en el sector con el fin de determinar si cumplen o no con los usos del suelo e imponer las medidas tendientes a la recuperación del espacio público con las sanciones a que haya lugar, no resultan ajenas a las funciones que le asigna la [normativa] vigente como autoridad de policía y autoridad ambiental en relación con la protección de los derechos colectivos al ambiente sano, a la salubridad pública y a la protección del

espacio público. Por lo tanto, no se configura un exceso de competencias por parte del a quo, como quiera que adoptó decisiones en el marco legal y reglamentario de las funciones y competencias que corresponden a las autoridades del orden municipal en defensa de los derechos colectivos, y quien, a

falta de una adecuada gestión administrativa, interviene en el marco del proceso constitucional de acción popular para ordenar la protección de los derechos e intereses colectivos que se advierten vulnerados.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 5 de diciembre de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación 05001-23-33-000-2016-02245-01\(AP\).](#)

2. Derecho colectivo a la libre competencia económica no es absoluto, se sujeta a la normativa que regule el mercado.

Síntesis del caso: *La sociedad C.I. Fruticol Industrial S.A.S., en el marco del artículo 88 de la Constitución Política y de la Ley 472 de 5 de agosto de 1998, en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, autoridad a la que considera responsable de la vulneración del derecho colectivo a la libre competencia económica al reducirle el cupo de exportación de azúcar y productos con azúcar dentro del TLC suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América.*

ACCIÓN POPULAR / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR EN SEGUNDA INSTANCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO COLECTIVO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA / DERECHO COLECTIVO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA - No es absoluto / LÍMITES AL DERECHO COLECTIVO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA - Ajustados a la normativa

Problema Jurídico: *¿Se vulnera el derecho colectivo a la libre competencia cuando el Estado a través del ministerio del ramo, regula la distribución de cupos de exportación a los productores y comercializadores internos dentro del TLC suscrito con los Estados Unidos de América?*

Tesis: “[L]a Sala considera que la sociedad [actora] no probó la vulneración del derecho colectivo a la libre competencia económica, toda vez que los parámetros objetivos fijados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, como lo es la acreditación del nivel de producción y/o el nivel de exportación para la asignación de un cupo del contingente de azúcar, no impiden o afectan la posibili-

dad de los interesados en concurrir al mercado, ni coarta la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que le son inherentes. Lo anterior en virtud a que, la libre competencia económica es un derecho colectivo que presupone responsabilidades y está sujeto a los límites que imponga la ley y los reglamentos, para ofrecer un mercado en igualdad de condiciones con el fin de evitar la competencia desleal y proteger la práctica comercial. Luego no puede considerarse una barrera injustificada que le impide al empresario el acceso al mercado, en la medida que son requisitos que regulan el mercado y la participación de las empresas en el comercio exterior.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 12 de diciembre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación 25000-23-41-000-2016-00564-01\(AP\).](#)

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Se confirmó sentencia que declaró pérdida de investidura del ex representante a la cámara Raymundo Elías Méndez Bechara para el periodo 2014-2018.

Síntesis del caso: *El ex Representante a la Cámara Raymundo Elías Méndez Bechara formuló recurso de apelación contra la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2018 que decretó su desinvestidura. Aseguró el apelante que en algunas de las fechas endilgadas se ausentó con permiso de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes y en las demás se retiró de las sesiones con fundamento en lo previsto por el artículo 92 de la ley 5 de 1992, argumentos que fueron desestimados. Al confirmar la sentencia de primera instancia se consideró que no obraba en el proceso prueba de la afirmación relacionada con la existencia de un permiso que tornaba admisible su ausencia en algunas fechas por las que estaba siendo requerido, dicho que además surgió en el trámite de segunda instancia pues no hizo parte del debate que conllevó a la expedición de la sentencia recurrida; y respecto de la segunda hipótesis se acreditó que, en las fechas a las que se refirió el recurrente, hubo quórum reglamentario constitucional, de suerte que no existió el apremio con el que se exculpa y por tanto las plenarias se realizaron, haciéndose entonces merecedor de la sanción de desinvestidura de la que fuera objeto.*

PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR INASISTENCIA A LAS SESIONES – Causales de justificación / DEBER DE ASISTIR A LAS SESIONES – Relación con el deber de votar / VOTACIÓN EN LAS SESIONES – Indicador de la presencia del congresista en la formación de la voluntad legislativa / EXCUSAS ACEPTABLES – Acorde con el reglamento del Congreso de la República / RETIRO DEL RECINTO POR PARTE DEL CONGRESISTA – Permitido en las circunstancias previstas y autorizadas por el ordenamiento constitucional y legal

Problema Jurídico: *¿En el caso del excongresista Méndez Bechara, se configuró o no, la inasistencia a las sesiones plenarias del 6 de agosto, 3 y 30 de septiembre, 11 y 25 de noviembre y 3 de diciembre de 2014, en las que se votaron proyectos de ley o de acto legislativo, a la luz de la posibilidad de retiro del recinto establecida en el artículo 92 de la Ley 5 de 1992 -apremio a ausentes?*

Tesis: “ Como no consta en el expediente prueba alguna de que el congresista estuviera excusado para ausentarse de las plenarias del 11 y 25 de noviembre de 2014 luego de su registro y con las Actas 33 y 36 se acredita que el parlamentario no votó, ni presentó excusas para inasistir total o parcialmente a las plenarias ni para abstenerse de votar los asuntos sometidos a consideración en ellas, sumado a que la literalidad de las actas demuestra que no intervino ni participó en forma alguna para que los proyectos ventilados se convirtieran en ley de la República, lo único que acredita el registro manual de asistencia, confrontado con las restantes pruebas, es que en algún momento se presentó en el recinto de las plenarias y que en dicho momento registró su asistencia. (...) [C]ontestar el llamado a lista realizado para verificar el quórum requerido para iniciar la sesión y retirarse sin que medie justificación válida

conforme con la Constitución y la ley, es una forma de inasistencia que se sanciona con la pérdida de investidura por la causal prevista en el numeral 2 del artículo 183 superior, ya que con dicho actuar se afecta la formación de la voluntad democrática, pues ella se consolida con la presencia y el ejercicio del voto. (...) Existen (...) situaciones excepcionales previstas en el artículo 90 de la Ley 5 de 1992 que el legislador orgánico tiene como justificativas de la inasistencia a las sesiones plenarias: i) la incapacidad física debidamente comprobada ii) el cumplimiento de una comisión oficial fuera de la sede del Congreso iii) la autorización expresada por la Mesa Directiva o el Presidente de la respectiva corporación. Respecto de todas las anteriores resulta necesario cumplir con el trámite señalado en el párrafo de este canon. (...) La inasistencia a las sesiones del 30 de septiembre y del 25 de noviembre de 2014 (...) El apelante señaló que la Secretaría General de la Cámara de Representantes no certificó, por motivos que desconoce, que el ex congresista Méndez Bechara contaba con autorización de la Mesa Directiva para asistir en esas fechas a las reuniones en el Ministerio de Hacienda (...) Teniendo en cuenta que en ninguna etapa procesal de la primera instancia el congresista informó sobre los permisos de la Mesa Directiva, tampoco lo allegó ante el juez de primera

instancia y sólo en esta sede advirtió contar con ellos, sin arrimarlos al expediente, y conforme con los elementos de juicio que obran en el proceso, la Sala concluye que no hay prueba alguna que establezca o de la que se pueda deducir, que el ex Representante a la Cámara se encontraba en comisión oficial fuera de la sede del congreso o tuviera una licencia no remunerada, siendo estos los únicos eventos en que el reglamento del congreso faculta a la Mesa Directiva para autorizar la ausencia de los congresistas y que, al tenor del artículo 90 numerales 2 y 3, son admitidas como excusas aceptables. (...) Para el recurrente, el a quo ignoró el tenor literal del artículo 92 de la Ley 5 de 1992, ya que a su juicio la permanencia del señor Méndez Bechara en las sesiones de agosto 6, septiembre 3 y 30; noviembre 11 y 25 y diciembre 3 de 2014 se tornaba voluntaria, ya que entre la hora para la que estaba citada la sesión y la de conformación del quórum para su inicio, había transcurrido más de una hora. Así mismo, advirtió que la norma no contempla que el apremio al ausente deba ser consignado en el acta y por tanto publicado en las Gacetas de Congreso. (...) [L]a Sala advierte que el planteamiento realizado por la defensa del ex congresista no está llamado a prosperar

respecto de ninguna de las seis sesiones controvertidas, porque las actas de las sesiones prueban con grado de certeza, que las reuniones plenarios fueron formalmente abiertas e iniciadas por el presidente de la Cámara de Representantes, es decir, la hipótesis prevista por el artículo 92 de la Ley 5 de 1992 no tuvo ocurrencia. (...) En virtud de los razonamientos expuestos, la Sala Plena concluye que en el caso concreto se encuentran acreditadas, en grado de certeza, las fases objetiva y subjetiva de la pérdida de investidura, toda vez que las conductas omisivas del ex Representante a la Cámara se ajustan a la causal de pérdida de investidura, relativa a la inasistencia a seis sesiones plenarios en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura, sin que el apelante hubiera desvirtuado su incursión en dicho comportamiento. (...) Las inasistencias fueron producto del obrar propio y deliberado del congresista, pues a pesar de tener conciencia del deber constitucional de asistir a las sesiones plenarios de la Cámara de Representantes, al punto que estuvo en el recinto legislativo para contestar el llamado a lista o para registrar su asistencia, una vez satisfecha esta formalidad, evadió el cumplimiento de su labor legislativa."

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 19 de noviembre de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-15-000-2018-02405-01\(PI\).](#)

Salvamento de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR INASISTENCIA – Sentencia extendió la causal a supuestos no previstos por el legislador

Tesis: "Cuando se extiende la causal a una conducta no prevista (no asistir a una sesión es diferente a no permanecer en ella durante todo su desarrollo), se corre el riesgo de imponerle a un parlamentario la sanción más grave que contempla nuestro ordenamiento (la pérdida vitalicia de su derecho a ser elegido) por incurrir en una conducta que la Constitución no previó como causal de pérdida de investidura. Se

espera, idealmente, que todos los congresistas asistan y permanezcan en todas las sesiones donde está prevista su presencia; pero dentro de ese ideal, la Constitución establece las condiciones y los límites en los cuales la violación de ese deber acarrea como consecuencia la pérdida de investidura, y le corresponde al Juzgador aplicar la norma dentro de esos límites".

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 19 de noviembre de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-15-000-2018-02405-01\(PI\). SV del magistrado Martín Bermúdez Muñoz.](#)

Salvamento de voto del magistrado Nicolás Yepes Corrales

CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR INASISTENCIA – Asegurar que se materializa una inasistencia por el hecho de no votar o por no contribuir a la formación de la voluntad legislativa viola principio de legalidad y de tipicidad

Tesis: “No es viable señalar que se materializa una inasistencia por el hecho de no votar o por no contribuir a la formación de la voluntad legislativa, cuando se demuestra que el congresista sí asistió a la sesión o que se retiró de la misma después de que esta fue inaugurada de acuerdo al rito legal que se exige para ello, ya que tal calificación implicaría indefectiblemente variar la conducta reprochada en la Constitución. En consecuencia, como la Carta no exigió la conjugación entre el deber de asistir y el de votar para entender materializada la causal no es posible

predicar entre ambos deberes una relación indisoluble, pues hacerlo implicaría desconocer las potestades judiciales o interpretativas que tiene esta Corporación respecto a esta clase de procesos. Así las cosas, en mi concepto, la tesis prohijada: i) excluye el verdadero significado de la inasistencia; ii) desconoce los principios de los procesos sancionatorios; iii) equipara los conceptos de asistencia, votación y retiro y iv) pasa por alto que no existe una interpretación pacífica y única respecto al entendimiento de esta prohibición.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 19 de noviembre de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-15-000-2018-02405-01\(PI\). SV del magistrado Nicolás Yepes Corrales.](#)

Aclaración de voto del magistrado Alberto Montaña Plata

FIGURA DEL APREMIO - Juzgador no debe restringir eficacia de esa figura a un medio probatorio que no ha sido previsto por el legislador

Tesis: “Como la ley no establece ningún requisito formal sobre el apremio, el juzgador no puede restringir la eficacia de la figura a un único medio probatorio, pues el invocado tendría la posibilidad de de-

mostrar que fue utilizada la figura, pero no registrada por los servidores que tiene a su cargo esas funciones”.

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTITURA

Incurre en causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos el congresista que autoriza el pago de honorarios a un empleado de su unidad de trabajo legislativo, cuando el precitado no desempeña las funciones del empleo que le asignan.

Síntesis del caso: *Se solicitó la pérdida de investidura del congresista Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, elegido Representante a la Cámara por el departamento de Nariño para el período 2018-2022, avalado por el partido Liberal, con fundamento en la causal de indebida destinación de dineros públicos, prevista en el numeral 4 del artículo 183 de la Constitución Política, por haber certificado el cumplimiento de funciones por parte del señor Jahir Alexander Mena Quiñones, empleado de su UTL que no desempeñó las funciones del empleo que le asignaron. La Sala Especial decretó la pérdida de investidura por la causal deprecada tras considerar acreditado que el señor Mena Quiñones no desempeñó las funciones del empleo que le asignaron, pese a lo cual el congresista autorizó el pago de los mismos, propiciando, de esta manera y en forma voluntaria la aplicación diferente de los dineros públicos, distorsionando con ello la finalidad prevista para los mismos, pues con su aquiescencia se hicieron pagos de salarios y emolumentos injustificados sin que mediara justa causa en su comportamiento, con lo cual privilegió el interés particular del funcionario de su UTL en contravía del interés general, cual es, la defensa del patrimonio público.*

CONGRESISTA QUE RECIBE DINEROS PARA UN FIN ESPECÍFICO Y NO LO INVIERTE EN EL MISMO – Sujeto activo de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros / DINEROS PÚBLICOS – Instrumentos empleados para su desviación / AUTORIZAR EL PAGO DE DINEROS PÚBLICOS A EMPLEADOS QUE INCUMPLEN SUS FUNCIONES – Destinación indebida de dineros públicos

Problema Jurídico: *¿Debe declararse la pérdida de investidura de un congresista que autoriza el pago de*

honorarios a un empleado de su UTL que no desempeña las funciones del cargo que le ha sido asignado?

Tesis: “La Corporación determinó que puede incurrir en indebida destinación de los dineros públicos el congresista que: i) ostente la calidad de ordenador del gasto ii) tenga la calidad de administrador o depositario de los bienes estatales y también iii) el congresista que sin hallarse en ninguna de las condiciones anteriores, en ejercicio de sus funciones, ocasione o permita la incorrecta, ilícita o injusta destinación del patrimonio público, como puede pasar en aquellos eventos relativos a la celebración de contratos o al pago de nómina o personal cuyo cumplimiento de funciones debe certificar el congresista en ejercicio de su cargo. (...) También señaló que incurre en la causal referida, el congresista

que recibe el dinero público con un fin específico y no lo invierte en el mismo, como en el caso de los viáticos, los cuales se entregan al funcionario con el fin de que atienda una comisión oficial y sólo pasan a su patrimonio si la cumple, o en el caso de los tiquetes aéreos que se expiden a su nombre para el cumplimiento de las funciones propias del cargo, o también, por ejemplo, cuando habiendo obtenido devoluciones dinerarias por concepto de tiquetes aéreos cancelados, no dispone el retorno de tales recursos al erario. (...) En lo referente al concepto de dineros públicos y para efectos de cumplir con la finalidad y el efecto útil de la causal constitucional de pérdida de investidura por indebida destinación,

la Sala Plena reconoce la existencia de instrumentos idóneos para la desviación de dineros públicos, como ha ocurrido con la autorización y celebración de contratos estatales, la entrega de anticipos a los contratistas y las certificaciones de cumplimiento que autorizan el pago de salarios; la no devolución de viáticos o su apropiación cuando la comisión no se lleva a efecto; así como el uso de los tiquetes aéreos para fines distintos a los previstos o por personas diferentes de los congresistas. (...) [L]a jurisprudencia de la Corporación entiende que la indebida destinación de los dineros públicos puede ser directa, cuando el congresista es ordenador del gasto, administrador o depositario de los bienes públicos, o puede ser indirecta, como ocurre en los casos en que, sin tener ninguna de las dos condiciones mencionadas, el congresista, ejerciendo las funciones del cargo, traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, porque desvía los dineros públicos a fines distintos de los previstos por medio de instrumentos como, por ejemplo, los contratos o las autorizaciones para el pago de salarios. De suyo, una forma de destinar indebidamente los dineros públicos ocurre cuando el congresista autoriza pagar salarios y prestaciones sociales de empleados de su UTL, que incumplen las funciones del cargo o las obligaciones que el empleo les impone, o que desarrollan actividades, tareas o labores que no tienen relación con la actividad legislativa que constitucionalmente corresponde al congresista, porque tal destinación resulta distorsiva de los fines previstos. (...) Se acreditó que el señor Jahir Alexander Mena Quiñones, una vez posesionado en el cargo de Asistente I de la UTL, durante los 61 días que estuvo vinculado a la UTL, excluyendo el periodo de su incapacidad, organizó la reunión del 3 de marzo de 2018, respecto de la cual, como se pudo corroborar, no se desprendió la actividad legislativa relacionada con el Acto Legislativo 02 de 2018, ni con el proyecto de ley que inició su trámite legislativo para fijar un régimen tributario especial para las zonas fronterizas o para la presentación de alguna iniciativa por parte del Representante a la Cámara, relacionada con el saneamiento ambiental referido a la potabilización del agua en Tumaco. (...) Con todo lo anterior se pone de presente que el señor Representante a la Cámara certificó hechos que no correspondieron a la realidad, pues hizo constar que el referido empleado de su UTL cumplió eficientemente sus labores durante los meses

de marzo, abril y mayo, cuando ello no era así. (...) En el caso del cumplimiento de funciones certificado respecto del mes de marzo de 2018, se tiene que el parlamentario se abstrajo voluntaria y conscientemente del cumplimiento de su deber funcional de controlar y vigilar el efectivo desempeño de las funciones del señor Mena Quiñones como Asistente I de su UTL, pues no estableció mecanismos oportunos, idóneos y adecuados que le permitieran corroborar dicho cumplimiento ni que lo informado verbalmente por sus coordinadores con respecto al trabajo de enlace territorial, correspondía a la realidad. (...) Así pues, como quiera que sus certificaciones de cumplimiento de funciones son la base legal para que se pague la remuneración mensual a los empleados de su UTL, era su deber supervisar, controlar y vigilar que las personas que hacen parte de su equipo de colaboradores cumplan sus funciones conforme a la ley, así como abstenerse de destinar indebidamente los dineros públicos, remunerando trabajos no realizados. (...) En estas condiciones, como requerimiento indispensable para la configuración de la causal, la Sala concluye que el señor Representante a la Cámara Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, en el marco de su competencia funcional, tuvo injerencia voluntaria, consciente, inmediata y determinante en el pago de salarios efectuado al señor Jahir Alexander Mena Quiñones, Asistente I de su UTL, durante los períodos comprendidos entre el 1 de marzo y el 21 de mayo de 2018, lapsos durante los cuales este empleado solamente cumplió la función de enlace territorial con la comunidades de Tumaco, organizando la reunión del 3 de marzo de 2018, a la que asistió el parlamentario. (...) En consecuencia, como el señor Mena Quiñones no desempeñó las funciones del empleo que le asignaron y el congresista autorizó el pago de los mismos en los términos ya señalados, de dicho comportamiento se deriva que el señor Representante a la Cámara Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, propició voluntariamente la aplicación diferente de los dineros públicos y con ello distorsionó la finalidad prevista para los mismos, pues con su aquiescencia se hicieron pagos de salarios y emolumentos injustificados sin que mediara justa causa en su comportamiento, con lo cual privilegió el interés particular del señor Jahir Alexander Mena Quiñones en contravía del interés general, cual es, la defensa del patrimonio público. En consecuencia, debe perder su investidura como congresista.”

[Consejo de Estado, Sala Veintisiete Especial de Decisión, Sentencia del 3 de diciembre de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-15-000-2019-00771-01-00\(PI\).](#)

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

1. Beneficiaria pensional de ex magistrado condenada a devolver dineros reconocidos en exceso por desplegar conductas contrarias al principio de buena fé que afectaron el patrimonio público y la sostenibilidad del sistema pensional.

Síntesis del caso: *La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social formuló recurso extraordinario de revisión fundado en las causales del artículo 20 de la ley 797 de 2003 y el acto legislativo 1 de 2005 contra la sentencia del 20 de noviembre de 2008, dictada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, que confirmó la sentencia del 12 de julio de 2007, a su vez, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora Haydee Cruz de Velásquez, en calidad de cónyuge superviviente del ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia Darío Velásquez Gaviria, pues al disponerse la reliquidación pensional de la mesada de la precitada se aplicó el régimen de los congresistas, cuando no había lugar a equipararlo al que le era realmente aplicable, argumento que compartió la Sala al infirmar la providencia, disponiendo igualmente el reintegro de las sumas canceladas de más tras evidenciar que la demandante actuó de mala fé y contribuyó al detrimento patrimonial de los dineros del sistema pensional al recibir dos veces el pago de la reliquidación reclamada.*

CAUSAL DE REVISIÓN DE SENTENCIA QUE RECONOCE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO O DE FONDOS DE NATURALEZA PÚBLICA – Procedencia / REVISIÓN DE LAS PENSIONES RECONOCIDAS CON ABUSO DEL DERECHO O FRAUDE A LA LEY – Efectos / DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE BUENA FE- Da lugar a disponer el reintegro de dineros percibidos

Problema Jurídico: *¿Hay lugar a infirmar la sentencia cuestionada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y disponer el reintegro de los dineros percibidos en exceso?*

Tesis: “Llama la atención de la Sala que ni la administración ni la señora Cruz de Velásquez ni su apoderado judicial (Diego Luis Gutiérrez Lacouture) informaran de la existencia de la Resolución 19120 de 2004, que, se repite, ya había dispuesto la reliquidación especial de la pensión post mortem. Asimismo, al reliquidar la pensión, se tuvo en cuenta lo devengado por un congresista activo en 1994, mas no lo devengado por un congresista pensionado, como correspondía, en los términos del artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 y de la sentencia SU-975 de 2003. En esas condiciones, a juicio de la Sala, debe

prosperar la acción especial de revisión promovida por la UGPP, por configurarse la causal de revisión de la letra b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, invocada, así sea por otras razones, esto es, porque la cuantía del reajuste reconocido excedió lo debido de acuerdo con la ley, además de que la beneficiaria de la pensión recibió dos veces el pago del reajuste especial. En otras palabras: la señora Haydee Cruz de Velásquez recibió dos veces el pago del reajuste especial en cuestión, al paso de que la segunda reliquidación (reconocida mediante la resolución RDP 10005 de 2012) fijó la mesada pensional en una cuantía superior a la que realmente le correspondía, por cuanto no debió ordenarse con lo devengado por un congresista activo en el año 1994, sino por lo devengado por un congresista pensionado para ese año. Se impone, entonces, declarar fundado el recurso de revisión formulado por la UGPP. En conse-

cuencia, infirmar la sentencia del 20 de noviembre de 2008, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. (...) Por otro lado, la señora Haydee Cruz de Velásquez deberá devolver los mayores valores que recibió, esto es, (1) el doble pago del reajuste especial en cuestión y (2) las diferencias que se obtengan entre la mesada pensional reajustada con lo devengado por un congresista activo en

el año 1994 y lo devengado por un congresista pensionado en ese mismo año. Vale decir que la devolución es procedente, pues el comportamiento de la señora Cruz de Velásquez no se adecuó al principio de buena fe.”

[Consejo de Estado, Sala Tercera Especial de Decisión, Sentencia del 3 de diciembre de 2019, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-15-000-2016-01435-00 \(REV\).](#)

2. Se declara infundado el recurso extraordinario de revisión por cuanto la prueba recobrada no reúne las condiciones señaladas en el numeral 1 del art. 250 del CPCA, esto es, que se trate de pruebas documentales decisivas, que hayan sido recobradas después de haber sido dictada la sentencia, y que no se hayan podido aportar por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria.

Síntesis del caso: *En proceso de reparación directa se solicitó a través del recurso extraordinario que se infirmara sentencia proferida aduciendo que los documentos que pretendía se tuvieran por “recobrados” tenían la vocación para variar la determinación adoptada. La Sala Especial de Decisión consideró que no se había acreditado los supuestos que permitían tener como recobrado el documento, más cuando los elementos probatorios no fueron solicitados en el trámite del proceso y el demandante no acreditó su imposibilidad de aportar los documentos.*

PRUEBA QUE SE ADUCE COMO RECOBRADA – No fue solicitada en proceso de reparación directa / DOCUMENTO APORTADO – No tiene calidad de decisivo para cambiar sentido de la sentencia cuya revisión se pretende / PERITAJE – No fue solicitado en el proceso / DEMANDANTE – No acreditó imposibilidad de aportar documentos que quiere hacer valer

Problema Jurídico: *¿Están dados los presupuestos para considerar que la prueba aducida por el demandante tiene la calidad de prueba recobrada de tal manera que sea procedente infirmar la sentencia cuestionada?*

Tesis: “Esta corporación ha sostenido que para que proceda la revisión bajo esta causal es necesario que: a. Se recobren o encuentren documentos decisivos después de dictada la sentencia; b. Con ellos se hubiera podido proferir una decisión diferente; c. El recurrente no los hubiera podido aportar al proceso, por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria. (...) [E]sta corporación ha señalado que se debe tratar de

pruebas documentales, por lo que los demás medios de convicción quedan excluidos de la causal; deben ser decisivas, esto es, que se tienen en cuenta aquellas que pueden alterar el sentido del fallo, de manera tal que no caben las superfluas, innecesarias, inconducentes e impertinentes; además, que hayan sido recobradas después de haber sido dictada la sentencia, esto es, las refundidas o extraviadas; que preexistan al proceso que originó la revisión; y, por último, que no se hayan podido aportar por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria (...) Como se puede observar, desde el momento en que se inició el proceso de reparación directa no se solicitó la prueba que se pretende hacer valer como prueba recobrada en el curso del presente

recurso extraordinario. (...) [A]flora con claridad que este documento no reviste la calidad de decisivo, esto es, que permita concluir que se haya dictado una decisión diferente a la recurrida, pues una lectura a la historia clínica permite evidenciar el estado general de salud del demandante, pero no refleja circunstancias relacionadas con los perjuicios morales que buscaba acreditar el demandante. De otra parte, en lo concerniente al dictamen pericial, que según el recurrente debió decretarse por la Sección Tercera del Consejo de Estado, para determinar el lucro cesante dejado de percibir por el demandante, es preciso señalar que tampoco reviste la calidad de prueba recobrada, como quiera que bien pudo solicitarse en el curso del proceso, sin que se haya hecho, advirtiéndose inactividad probatoria en los términos del art. 177 del Código de Procedimiento Civil,

norma vigente para el momento en que se adelantó el proceso, según la cual «incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen», lo que permite inferir que la parte interesa en que la demanda se fallara a su favor con el reconocimiento de los perjuicios alegados, no obró diligentemente y en razón de ello la Sección Tercera negó el pago de los perjuicios morales y lucro cesante reclamados. Sumado a todo lo anterior, se precisa que correspondía al demandante acreditar que le asistió una imposibilidad para aportar los documentos por «fuerza mayor, por caso fortuito o por obra de la parte contraria», y probar que no se trató de un olvido o falta de actividad probatoria; no obstante, estas circunstancias no fueron mencionadas en el escrito del recurso extraordinario de revisión”.

[Consejo de Estado, Sala Tercera Especial de Decisión, Sentencia del 12 de diciembre de 2019, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-15-000-2016-01617-00 \(REV\).](#)

3. Se infirmó providencia de la Sección Segunda Sub Sección A del Consejo de Estado por considerar que incurrió en desconocimiento del precedente constitucional en torno a la aplicación de las reglas sobre IBL contempladas en la ley 100 de 1993.

Síntesis del caso: *Se sometió a revisión la providencia del 24 de noviembre de 2016, dictada por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, por medio de la cual fueron extendidos extendieron los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el expediente 250002325000200607509 (0112-2009), en razón de que, según el recurrente, dicha decisión ordenó que la liquidación de la pensión de vejez del accionado se llevara a cabo, de manera íntegra, de conformidad con las reglas del régimen pensional del sector oficial previsto en la Ley 33 de 1985, sin tener en cuenta que, por hallarse en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la pensión del demandante debía liquidarse de acuerdo con el ingreso base de liquidación regulado en los artículos 21 y 36 de esta última normativa. La Sala consideró tipificada la causal b) del artículo 20 de la ley 797 de 2003, pues el fallador se alejó del precedente fijado por la Corte Constitucional en materia de sentencias de constitucionalidad y de tutela sobre casos similares, para, en su lugar, dar plena aplicación a los preceptos que sobre el particular traía la Ley 33 de 1985, la que, si bien lo cobijaba por cumplir los supuestos del régimen de transición, solo aplicaba respecto de (i) el tiempo de servicios, (ii) la edad y (iii) el monto de la pensión.*

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL – Aplicadas con efectos retrospectivos / APLICACIÓN PLENA DE LA LEY 33 DE 1985 – Improcedente porque derecho pensional no se había consolidado al entrar en vigencia el sistema de seguridad social integral / LIQUIDACIÓN - Debía atender reglas contenidas en la ley 100 de 1993 / RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – Incorporó IBL más alto / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Fundado por vulnerar artículos 21 y 36 de la ley 100 de 1993

Problema Jurídico: *¿Hay lugar a infirmar la sentencia cuestionada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP por medio de la cual se extendió al señor Luis Eduardo Delgado los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado que contravenía el precedente fijado por la Corte Constitucional en torno a las reglas sobre IBL contempladas en la ley 100 de 1993?*

Tesis: “[L]as (...) sentencias de unificación la Corte Constitucional aplicó sus decisiones con efectos retrospectivos, desde la fecha en que se reliquidó la respectiva pensión para efectos del IBL base del cálculo, pero solo hacia el futuro, es decir, no ordenó la devolución de lo que se hubiere pagado en exceso, de manera que la reliquidación del IBL, cuando se impuso, solo tuvo efectos hacia el futuro, para las mesadas subsiguientes. Para concluir, la Sala estima que el Consejo de Estado no puede alejarse de las tesis expuestas en las sentencias de constitucionalidad y de tutela que se han proferido por la Corte Constitucional sobre casos similares al que ahora se debe entrar a revisar en el marco de la Ley 797 de 2003 (...) [E]l contenido de la decisión objeto de revisión, al disponer los parámetros para liquidar la pensión de vejez del señor Luis Eduardo Delgado se apartó íntegramente de las reglas sobre IBL contempladas en la Ley 100 de 1993 y su Decreto 1158 de 1994, para, en su lugar, dar plena aplicación a los preceptos que sobre el particular

traía la Ley 33 de 1985, la que, si bien lo cobijaba por cumplir los supuestos del régimen de transición, solo aplicaba respecto de (i) el tiempo de servicios, (ii) la edad y (iii) el monto de la pensión. En ese orden de ideas, su liquidación debía atender las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993 y su Decreto 1158 de 1994, en lo que respecta al ingreso base de liquidación, tomando en consideración el promedio de los salarios y rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión y el factor salarial cuya base de cotización se encuentra descrita en el artículo primero del Decreto 1158 de 1994. (...) [E]n el caso particular la liquidación de la pensión de vejez de Luis Eduardo Delgado, realizada atendiendo de manera íntegra a las reglas de la Ley 33 de 1985 incorporó un IBL más alto que el que hubiera resultado de aplicar los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, que se refirió al promedio de los últimos 10 años de servicio y no del último año de servicio, lo que fuere superior. Como corolario, en cuanto concernía al IBL, el Consejo de Estado no aplicó la Ley 100 de 1993. En su lugar, dio plena aplicación a la Ley 33 de 1985, sin considerar los cambios introducidos en los artículos 21 y 23 de la mencionada Ley, frente a un pensionado que no había consolidado su derecho antes de su entrada en vigencia y pese a que la materia regulada estaba comprendida dentro de esta última”

[Consejo de Estado, Sala Veinticinco Especial de Decisión, Sentencia del 1 de octubre de 2019, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-15-000-2018-01979-00 \(REV\).](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. Es nulo el acto administrativo que excluyó 32 establecimientos educativos donde estudia población mayoritariamente indígena, del Decreto 591 de 2009, cuando no se agotó una nueva consulta previa a pesar de que para su determinación sí se había surtido la misma con las autoridades indígenas, y porque con ello se afecta directamente su comunidad.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda con el fin de obtener la nulidad del Decreto No. 0102-04-2010 de 12 de abril de 2010, "Por medio del cual se modifica y excluye parcialmente algunas Instituciones y Centros Educativos del Decreto 0591 de diciembre 30 de 2009", expedido por el Gobernador del Departamento del Cauca, por violación directa de la ley, estar falsamente motivado, haberse expedido irregularmente y con violación al debido proceso y derechos fundamentales de las comunidades indígenas del departamento del Cauca.*

TERRITORIOS INDÍGENAS – Determinación / TERRITORIOS INDÍGENAS DEL CAUCA – Establecimientos educativos / ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS EN TERRITORIOS INDÍGENAS – Exclusión / CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS – Obligatoriedad

Problema jurídico: *¿Es nulo el acto administrativo que excluyó 32 establecimientos educativos donde estudia población principalmente indígena, del Decreto núm. 591-12-2009, cuando no se agotó una nueva*

consulta previa a pesar de que para su determinación sí se había surtido la misma con las autoridades indígenas?

Tesis: "La medida administrativa adoptada mediante el acto acusado claramente se inserta en uno de los tópicos que conforme el Convenio 169 de la OIT, requieren que se adelante consulta previa, como lo son las condiciones para crear instituciones de educación y autogobierno, y la enseñanza y conservación de la lengua. En segundo lugar, como se analizó en el acápite de hechos (ut supra § 8.5.), la medida administrativa adoptada mediante el acto acusado, esto es, el Decreto nro. 0102-04-2010 de 12 de abril de 2010, mediante la exclusión de 32 establecimientos educativos, donde estudia población indígena, en la mayoría de los casos predominante, generó una afectación directa a las comunidades indígenas del RESGUARDO DE CALDONO, RESGUARDO LA LAGUNA, RESGUARDO LAS MERCEDES, LA GAITANA, SAN ANDRÉS, T. IND. RAICES DE ORIENTE, LA MARÍA, CABILDO PAPALLAQTA, RESGUARDO SAN SEBASTIÁN, MUNCHIQUE LOS TIGRES, CANOAS, CERRO TIJERAS y TOTORO. En particular, de los hechos acreditados se pudo establecer que la exclusión de las 32 instituciones o centros educativos, contenida

en el acto acusado, se afectó de manera directa a las comunidades indígenas que habían concertado su determinación en el Decreto 0591 de 2009, restringiendo que puedan lograr dentro del contexto de diversidad étnica y cultural de la Nación, contar con un sistema educativo que respete y desarrolle la identidad cultural de los pueblos indígenas, y, por tanto, constituyó una medida administrativa susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas del Cauca, sujetos de la presente demanda, por lo que requería adelantar el trámite de consulta previa para su expedición; el no hacerlo, constituyó una infracción al Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991. [...] De lo anterior se puede concluir que la expedición del Decreto nro. 0102-04-2010 de 12 de abril de 2010, expedido por el Gobernador del Cauca, al haberse dictado sin agotar la consulta previa con las autoridades indígenas del Cauca, representadas en el CRIC, desconoció los artículos 1, 2, 7 y 70 de la Constitución Política, y el Convenio 169 de la OIT, en particular, los artículos 6 y 7 de la Ley 21 de 1991."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de noviembre de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 19001-23-31-000-2010-00199-01.](#)

2. La compensación de obligaciones procede entre entidades públicas y particulares o personas de derecho privado siempre que sean deudoras recíprocas.

Síntesis del caso: *La compañía AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, mediante los cuales se declaró ocurrido el siniestro amparado por la póliza 1000000054001, cuyo objeto es garantizar el pago de la facturación que la UAEAC le genera a la empresa AEROLÍNEAS CENTRALES DE COLOMBIA - ACES-, vigente hasta el 14 de marzo de 2004, y ordenó la efectividad de la referida póliza.*

PERMISO DE OPERACIÓN EMPRESA DE SERVICIOS AÉREOS COMERCIALES – Requisitos / PERMISO DE OPERACIÓN EMPRESA DE SERVICIOS AÉREOS COMERCIALES – Caucción: póliza de seguros / INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE LA FACTURACIÓN POR SERVICIOS AERONÁUTICOS Y DE AERONAVEGACIÓN / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGUROS - Por incumplimiento de la Empresa Aerolíneas Centrales de Colombia ACES / COMPENSACIÓN DE OBLIGACIONES ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS Y PARTICULARES O PERSONAS DE DERECHO PRIVADO – Procede siempre que sean deudoras recíprocas / COMPENSACIÓN DE OBLIGACIONES – Debe solicitarla el titular del crédito / COMPENSACIÓN DE OBLIGACIONES ENTRE LA EMPRESA AEROLÍNEAS CENTRALES DE COLOMBIA ACES Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – Improcedencia

Problema jurídico: *“Determinar, en primer lugar, si los actos acusados adolecen de falsa motivación y vulneran normas superiores, de un lado, al señalar que es improcedente la compensación de obligaciones entre la sociedad Aerolíneas Centrales de Colombia S.A. (ACES) y la U.A.E. Aeronáutica Civil, y de otro, al hacer efectiva la póliza de seguros por la cuantía en ellos determinada, y en segundo lugar, establecer si los actos demandados infringen las normas superiores contenidas en los artículos 1077 y 1096 del Código de Comercio.*

Tesis 2: “[C]on independencia de lo establecido en la Ley 780 de 2002, esta figura jurídica es procedente cuando quiera que una entidad pública sea deudora de un particular que a su vez sea deudor suyo, y ciertamente tiene aplicación en distintos casos, como ocurre por ejemplo tratándose de la compensación de deudas fiscales solicitada por los particulares ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. De acuerdo con el artículo 815 del Estatuto Tributario, los contribuyentes o responsables que liquiden saldos en su favor en sus declaraciones tributarias pueden solicitar a la DIAN su compensación con deudas por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones que figuren a su cargo, debiendo esta entidad proceder a efectuar tal compensación si se cumplen los requisitos y exigencias establecidas en dicha normativa y una vez agotado el procedimiento legal correspondiente. En igual sentido, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 344 de 1996, antes de proceder al pago de una suma de dinero ordenado en una decisión judicial, se debe solici-

tar a la autoridad tributaria nacional una inspección al beneficiario de la condena y, en caso de resultar obligación por pagar en favor del Tesoro Público Nacional, se deben compensar las obligaciones debidas con las contenidas en el fallo respectivo. Igualmente, por virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 550 de 1999, el acreedor de una entidad estatal del orden nacional podrá efectuar el pago por cruce de cuentas de los tributos nacionales administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con cargo a la deuda a su favor en dicha entidad; los créditos en contra de la entidad estatal del orden nacional y a favor del deudor fiscal podrán ser por cualquier concepto, siempre y cuando su origen sea de una relación contractual. Las citadas disposiciones legales ponen de presente claramente que la compensación de obligaciones es una figura jurídica que no solo es procedente entre entidades de derecho público, sino también entre éstas y personas de derecho privado, en el evento en que ambas personas (pública y privada) sean deudoras recíprocas, lo cual puede ocurrir en las materias atrás señaladas o en cualquier otro ámbito en que una entidad estatal y un particular con el cual ésta tiene una relación jurídica ostenten esa condición. [...] [A]dvierte la Sala que en el presente asunto no era aplicable la figura jurídica de la compensación de obligaciones, por lo cual no pueden estimarse como infringidas las disposiciones legales invocadas por la parte actora. En efecto, en primer lugar, porque la sociedad Agrícola de Seguros S.A. no se encontraba legitimada para alegar la compensación, pues claramente no se trata del titular del crédito que se pretendía extinguir bajo esta forma

liberatoria, sino de su garante. Lo mismo, solo le correspondía a la sociedad ACES, quien, a pesar de que fue requerida en distintas oportunidades por la demandada para el pago de las facturas por servicios aeronáuticos y de aeronavegación, guardó silencio al respecto, conducta que también observó al interior de este proceso. En segundo término, porque, en todo caso, no se cumplen los requisitos legales de la compensación, pues no se trata de deudas recíprocas que se encuentren líquidas y sean exigibles, esto es, que sean ciertas y definidas, en la medida en que precisamente se discute el valor tanto de las obligaciones a cargo de la U.A.E. de Aeronáutica Civil representadas en la comisión por el recaudo de la tasa aeroportuaria (según se dijo en la demanda, este va-

lor corresponde de acuerdo con ACES a la suma de \$474.862.647, mientras que para la entidad demandada asciende a \$321.680.862), como de las obligaciones a cargo de la empresa Aerolíneas Centrales de Colombia S.A. – ACES, contenidas en las facturas por concepto de servicios aeronáuticos y de aeronavegación. Para la demandante el valor de esas facturas debe ser inferior al cobrado por la Aeronáutica Civil. A ello debe agregarse que el pago efectuado por la Aeronáutica Civil por concepto de la comisión por el recaudo de la tasa aeroportuaria, acreditado en el proceso, impide que pueda operar la compensación, pues ya existe una obligación que se extinguió a través de otro modo previsto en la ley para el efecto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de noviembre de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 25000-23-24-000-2004-00638-01.](#)

3. Se declara la nulidad del acto que canceló la licencia de funcionamiento a una escuela de capacitación en seguridad privada por estar afectado del vicio de ausencia o falta de motivación.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para obtener la nulidad de los actos expedidos por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, mediante los cuales se cancela la licencia de funcionamiento de la escuela de capacitación en seguridad privada RANGER SWAT LTDA.*

VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA – Licencias y permisos / SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA – Potestad discrecional / POTESTAD DISCRECIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA – Límites / POTESTAD DISCRECIONAL - Proporcionalidad / AUSENCIA O FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Configuración

Problema jurídico: *“Establecer la legalidad de las resoluciones núms. núm. 4602 de 22 de julio de 2010, expedida por el Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada, por medio del cual se canceló la licencia de funcionamiento de la ESCUELA DE CAPACITACIÓN EN SEGURIDAD PRIVADA RANGER SWAT LTDA; 5728 de 7 de septiembre de 2010, expedida por el mencionado Superintendente, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición, en el sentido de confirmar el antes citado acto demandado, y 6402 de 12 de octubre de 2010, emanada del mismo funcionario, por la cual se corrigió, de oficio, el artículo primero de la Resolución núm. 5728 de 7 de septiembre de 2010, así: “ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución No. 4602 de 22 de julio de 2010, mediante la cual se canceló la licencia a la ESCUELA DE CAPACITACIÓN EN SEGURIDAD PRIVADA RANGER SWAT*

LTDA. Nit 900.088.844-2, ubicada en Kilómetro y Medio Vía Pueblo Viejo del Municipio de Facatativa.”

Tesis: “[P]ara que la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada pueda ejercer la potestad discrecional para cancelar las licencias de funcionamiento, debe, en los actos administrativos que contienen dicha decisión, manifestarla desde un comienzo y adecuarse a los fines de la norma y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, para lo cual le corresponde tanto exponer o fundamentar, la facultad discrecional con la que cuenta, como señalar, así sea de manera sumaria, los hechos que le sirvieron de causa para ejercerla, so pena de no encontrarse debidamente motivados. [...] [L]a Superintendencia en mención, en los actos demandados, no indicó o hizo referencia, así sea de manera sumaria, de los hechos o razones de protección de seguridad ciudadana, de

la vida, honra, bienes de los asociados, así como de sus derechos y libertades, y para el fortalecimiento de la confianza pública, que tuvo en cuenta o que le sirvieron de causa, para ejercer la potestad discrecional de cancelar la licencia de funcionamiento de la actora. La entidad demandada simplemente se limitó a señalar los fundamentos jurídicos para ejercer la potestad discrecional, como instrumento eficaz, para cumplir con las obligaciones estatales, el bien común y el interés general, los fines constitucionales y legales, entre ellos, la protección de la seguridad ciudadana y el fortalecimiento a la confianza pública, pero en

manera alguna hizo referencia de los hechos que sirvieron de causa para ejercerla en el caso concreto, lo cual hace imposible determinar si la medida adoptada por aquella fue proporcional a los mismos, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del CCA, que exige que sea “adecuada a los fines de la norma y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Por tal razón, se evidencia una ausencia o falta de motivación de las resoluciones administrativas acusadas, motivo por el cual este cargo prospera y la Sala se releva de estudiar los demás.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 1 de noviembre de 2019, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 25000-23-24-000-2011-00184-02.](#)

4. La modificación del registro sanitario para incluir la bioequivalencia de dos medicamentos en la etiqueta no desconoce la legislación sanitaria.

Síntesis del caso: *La sociedad PFIZER INC. presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para obtener la nulidad de los actos expedidos por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA- por medio de los cuales modificó el registro sanitario nro. M-14175 a favor de LABORATORIO FRANCO COLOMBIANO S.A.*

REGULACIÓN SANITARIA Y DE PRODUCTOS – Registro / MODIFICACIÓN DE REGISTRO SANITARIO PARA MEDICAMENTOS – Para autorizar en el material de empaque del medicamento EROXIM la frase «EROXIM es bioequivalente a VIAGRA» / BIOEQUIVALENCIA DE DOS MEDICAMENTOS – EROXIM y VIAGRA / ETIQUETA DE MEDICAMENTO – Indicación de bioequivalencia con otro

Problema jurídico: *“Establecer la legalidad de las resoluciones por medio de las cuales el INVIMA modificó un registro sanitario a favor de LAFRANCOL, en el sentido de autorizar en el material de empaque del medicamento EROXIM la frase «EROXIM es bioequivalente a VIAGRA».*

Tesis: “[A]unque para la fecha de expedición de los actos demandados no se encontraba vigente la exigencia de estudios de biodisponibilidad o bioequivalencia establecidos en la Resolución 1400 de 2001, lo cierto es que la Comisión Revisora del INVIMA sí estaba facultada para llevar a cabo las evaluaciones

pertinentes para la aprobación de la modificación del registro sanitario del medicamento EROXIM, previa solicitud del interesado. De los anteriores planteamientos se deduce que el INVIMA actuó autorizado por la ley al reconocer la calidad e idoneidad de un medicamento, por medio del procedimiento de evaluación farmacéutica, en el trámite de modificación del registro sanitario del medicamento EROXIM, que lo llevó a declarar la bioequivalencia con el medicamento VIAGRA, en ejercicio de sus funciones de vigilancia sanitaria y de control de calidad de los medicamentos.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 12 de septiembre de 2019, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2003-00533-00.](#)

5. Se declaró nulo el acuerdo por medio del cual se modificó el Plan de Ordenamiento Territorial de Santa Marta porque dentro del trámite para su aprobación se omitieron las etapas de concertación interinstitucional y consulta ciudadana.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda con el fin de obtener la nulidad del Acuerdo 005 de Julio 19 de 2004, expedido por el Concejo Distrital de Santa Marta, porque fue dictado sin haber cumplido las etapas de concertación y consulta ciudadana. Omisión con la cual se vulneró el artículo 79 de la Constitución Política donde se garantiza la participación de la comunidad en las decisiones que afecten el medio ambiente; más aún cuando mediante el acto administrativo cuestionado se sustrajo del espacio público una parte del área del Parque Natural Bondigua.*

ASUNTOS TERRITORIALES – Plan de ordenamiento / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – Trámite para su formulación y adopción / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – Instancias de concertación y consulta / MODIFICACIÓN DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – Debe estar sometida al mismo procedimiento previsto para su aprobación / ETAPAS DE CONCERTACIÓN Y CONSULTA CIUDADANA EN TRÁMITE PARA LA MODIFICACIÓN DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – No agotamiento

Problema jurídico: *“Si es procedente o no declarar la nulidad del Acuerdo núm. 005 de 19 de julio de 2004 citado supra por haberse expedido de manera irregular y con desconocimiento de las normas superiores en que debía fundarse, atendiendo a que se incumplieron los trámites previos de concertación y consulta ciudadana exigidos en la ley para revisar y modificar el plan de ordenamiento territorial de Santa Marta”*

Tesis: “Para la Sala, de conformidad con las pruebas que se aportaron al expediente, la parte demandada no acreditó que cumplió con las etapas de concertación y consulta ciudadana que exige la ley para la aprobación del Acuerdo núm. 005 de 2004 acusado. La Sala enfatiza que mediante autos de 3 de marzo de 2015; 2 de diciembre de 2015; y 28 de febrero de 2019; los magistrados ponentes de la Sección Primera del Consejo de Estado ordenaron requerir a la parte demandada para que aportara al expediente la prueba por medio de la cual acreditará “[...] el cumplimiento de la etapa de concertación interinstitucional y de consulta ciudadana dentro del procedimiento administrativo que dio lugar a la expedición del Acuerdo núm. 5 de 19 de julio de 2004 [...]”; sin que a la fecha haya aportado las pruebas solicitadas, es decir, no demostró que para la expedición del acto demandado se respetaron las etapas de concertación y consulta ciudadana. La normativa y la jurisprudencia son diáfnas en cuanto a que las etapas citadas supra, tanto para la expedición del POT, como para su revisión, son de obligatorio cumplimiento, por lo que de no llevarse a cabo estas o cualquiera de las etapas pre-

vias para la aprobación de un POT, constituye un vicio que conlleva su nulidad. Además de lo anterior, el a quo dio certeza de haberse cumplido la etapa de consulta ciudadana porque aquella se adelantó dentro del procedimiento para la expedición de la licencia ambiental que se le concedió al relleno sanitario de Santa Marta, desconociendo que esa consulta se realizó para un trámite y ante una autoridad diferente (CORPAMAG) a las de la administración de Santa Marta, únicas competentes para revisar y modificar el POT, y quienes incumplieron las etapas de concertación y consulta. [...] La Sala observa que dentro del Acuerdo núm. 005 de 2000 no se estableció norma que permita su revisión; y aunque con la expedición de la Ley 810 se puede entender que dicha revisión, en especial del contenido estructural a largo plazo, se puede llevar a cabo cuando se inicie una nueva administración, es decir, cada cuatro años, lo cierto es que aquella sigue sujeta al mismo procedimiento para la aprobación del POT y que en el caso concreto la parte demandada no demostró haber cumplido. [...] La Sala tampoco desconoce que desde el año 1998 la Administración de Santa Marta venía realizando las gestiones pertinentes para la construcción del nuevo relleno sanitario en el sector de Palangana; sin embargo, cuando en el año 2000 el Concejo Distrital creó el Parque Natural Bondigua, dentro del cual se encuentra el sector de Palangana, y afectó el suelo como zona de protección, obligaba a las autoridades locales a que, para modificar el POT mediante el Acuerdo núm. 005 de 2004, previamente cumplieran con la etapas de concertación y consulta ciudadana, lo que no sucedió.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de noviembre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 47001-23-31-000-2004-01980-01.](#)

6. Se declara la nulidad de apartes de varios artículos de diferentes decretos en materia de transporte que permiten al propietario del vehículo y a la empresa solicitar la desvinculación del automotor, el primero imputándole a la empresa el cobro de sumas de dinero por conceptos no pactados en el contrato de vinculación y a esta última imputándole al propietario no cancelar oportunamente las sumas pactadas en el mismo contrato y no efectuar los aportes obligatorios al fondo de reposición de la empresa, al estar los mismos fuera de la órbita de la autoridad de transporte y corresponder a conflictos económicos derivados del incumplimiento de las partes en la ejecución del contrato de vinculación, los que deberían ser asumidos por el juez natural del contrato.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de los decretos números 170 de 2001, 171 de 2001, 172 de 2001, 174 de 2001 y 175 de 2001 expedidos por el Presidente de la República y el Ministro de Transporte, porque, a juicio del demandante, en el desarrollo de su potestad reglamentaria, el Gobierno Nacional, excediendo las facultades previstas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y vulnerando el artículo 116 inciso 3 ibídem, atribuyó función jurisdiccional a autoridades administrativas del orden nacional y municipal.*

DESVINCULACIÓN DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES DE SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS – Generalidades / POTESTAD REGLAMENTARIA EN MATERIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE - Contenido y alcance / CONTRATO DE VINCULACIÓN COMO REQUISITO PARA LA HABILITACIÓN / DESVINCULACION ADMINISTRATIVA DE UN AUTOMOTOR - Actuación administrativa relacionada con la capacidad transportadora que debe asignarse a cada empresa / SOLICITUD DE DESVINCULACION ADMINISTRATIVA DEL AUTOMOTOR - No procede por conflictos económicos derivados del incumplimiento de las partes en la ejecución del contrato de vinculación / AUTORIDAD DE TRANSPORTE – Competencia

Problema jurídico: *“Si el Gobierno Nacional tenía o no competencia para reglamentar la desvinculación de los vehículos de las empresas de transporte público de pasajeros por carretera y de carga, y si lo dispuesto en los artículos acusados contradice o no las normas superiores señaladas en la demanda por los cargos aducidos, al definir las causales que dan lugar a la desvinculación administrativa de los vehículos y*

al establecer el procedimiento que debe seguirse para tales efectos.

Tesis: *“Para la Sala, en consecuencia, los artículos 50, 51 y 52 del decreto 171 de 5 de febrero de 2001; artículos 56, 57 y 58 del decreto 171 de 5 de febrero de 2001; artículos 31, 31 y 32 del decreto 172 de 5 de febrero de 2001; artículos 40, 41 y 42 del decreto 174 de 5 de febrero de 2001; artículos 41, 42 y 43 del de-*

creto 175 de 5 de febrero de 2001, expedidos por el Presidente de la República y el Ministro del Transporte, se ocupan de regular el procedimiento para la desvinculación de vehículos de transporte terrestre automotor en las diferentes modalidades, bajo el marco del denominado contrato de vinculación, entendido como la incorporación de este al parque automotor de dicha empresa, formalizado con la celebración del respectivo contrato entre el propietario del vehículo y la empresa, como se señaló supra. [...] De conformidad con lo anterior, la Sala declarará la nulidad de las disposiciones contenidas en los artículos acusados de los decretos 170, 173, 174 teniendo en cuenta los efectos jurídicos que produjo este último durante su vigencia y 175 de 5 de febrero de 2001 por corresponder a situaciones que no tienen carácter administrativo al no referirse directamente a las condiciones de prestación del servicio, las cuales

quedan por fuera de la órbita y la competencia de la Autoridad Transportadora al regular conflictos económicos derivados del incumplimiento de las partes en la ejecución del contrato de vinculación, los que deberían ser asumidos por el Juez Natural del contrato, que en este caso es el ordinario. En consecuencia, los apartes que se declararán nulos permiten al propietario del vehículo solicitar la Desvinculación Administrativa del mismo, imputándole a la empresa el cobro de sumas de dinero por conceptos no pactados en el contrato de vinculación y a la empresa solicitar igualmente la Desvinculación Administrativa del vehículo, imputándole al propietario del mismo no cancelar oportunamente a la empresa las sumas pactadas en el mismo contrato y no efectuar los aportes obligatorios al fondo de reposición de la empresa.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de noviembre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2010-00283-00.](#)

7. Se suspenden algunos apartes del numeral 3.10.1.8.2 del Artículo Primero de la Resolución 02466 de 2015, referentes al derecho de retracto en tratándose de los contratos para la adquisición de bienes y servicios, mediante la utilización de métodos no tradicionales o a distancia, al configurarse un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de algunos acápite del numeral 3.10.1.8.2 del Artículo Primero de la Resolución No. 02466 de 29 de septiembre de 2015 “Por la cual se modifican y adicionan unos numerales a la Norma RAC 3 de los reglamentos aeronáuticos de Colombia”, acto administrativo expedido por el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.*

COMPRA DE TIQUETES AÉREOS POR MEDIOS NO TRADICIONALES O A DISTANCIA / DERECHO DE RETRACTO DE LOS CONSUMIDORES DE TIQUETES DE TRANSPORTE AÉREO – Reglamentación / POTESTAD REGLAMENTARIA – Límites / POTESTAD REGLAMENTARIA – Titulares / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL DIRECTOR GENERAL DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – Exceso

Problema jurídico: *¿Se deben suspender algunos acápite del numeral 3.10.1.8.2. del Artículo Primero de la Resolución No. 02466 de 29 de septiembre de 2015, “Por la cual se modifican y adicionan unos numerales a la Norma RAC 3 de los reglamentos aero-*

náuticos de Colombia”, acto administrativo expedido por el Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil?

Tesis: “[S]e configuró un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil de Colombia, en tanto desconoció la remisión que el propio Decreto 1499 de 2014, en sus artículos 8° (numeral 9) y 9° (numeral 8), hace al derecho de retracto de que trata el artículo 47 del Estatuto del Consumidor, en tratándose de los contratos para la adquisición de bienes y servicios, mediante la utilización de métodos no tradicionales o a distancia. [...] De la revisión del contenido de tales preceptos se concluye que el Decreto 1499 señala, expresamente, que en las ventas por métodos no tradicionales o a distancia, el vendedor, con anterioridad a la aceptación de la oferta, como mínimo, debe suministrar al consumidor: (i) información sobre la existencia del derecho de retracto previsto en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011; así como: (ii) información suficiente sobre las condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de retracto, de acuerdo con lo establecido en el artículos 47 de la Ley 1480 de 2011. A partir de ello, resulta claro que cuando el Director de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil se ocupó de reglamentar el derecho de retracto en los contratos para la prestación del servicio de transporte aéreo de pasajeros que se perfeccionen a través de los mecanismos de venta no tradicionales o a distancia, a

través de las expresiones acusadas contenidas en la Resolución No. 2466 de 2015, lo hizo en condiciones diferentes a las establecidas en el Estatuto del Consumidor e inclusive añadió condiciones nuevas para que se pueda ejercer dicho derecho. [...] Del contenido de los textos legales transcritos surgen las siguientes diferencias: a) En cuanto al término máximo para ejercer el derecho de retracto por parte de los consumidores [...] b) En cuanto a la retención económica que se hace al pasajero a favor del transportador [...] El despacho concluye, entonces, que se presenta un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Director General de la Aeronáutica Civil en tanto que si bien dicho funcionario tiene atribuida la potestad reglamentaria para la expedición de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia – RAC que regule el transporte aéreo, lo cierto es que dicha potestad, en lo que al derecho de retracto se refiere, tiene un límite y una restricción precisa, pues su ejercicio está subordinado a la ley tanto desde el punto de vista jerárquico como sustancial, en este caso concreto, el desarrollo reglamentario está sometido a lo establecido en el Decreto 1499 de 2014, normatividad que, respecto del derecho de retracto, se remite a lo dispuesto por el artículo 47 del Estatuto del Consumidor.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 28 de noviembre de 2019, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2017-00239-00.](#)

8. La solicitud de suspensión provisional de los actos demandados no eximía al demandante, conforme al criterio jurídico vigente al momento de la presentación de la demanda, de la obligación de agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para obtener la nulidad de los actos expedidos por la Superintendencia de Economía Solidaria, mediante los cuales se impuso una sanción de multa al representante legal del Fondo de Empleados de las Empresas Municipales de Cali FONAVIEMCALI y se ordenó su remoción.*

DEMANDA – Requisitos / CONCILIACIÓN PREJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Obligatoriedad / CONCILIACIÓN PREJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL – Excepciones / CONCILIACIÓN PREJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA ACUDIR A LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Aplicación de la legislación vigente al momento de la presentación de la demanda / SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - No excusa de cumplir el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA – Garantía / PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA – Garantía / EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA POR FAL-

**TA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL –
Probada**

Problema jurídico: *¿La suspensión provisional de los efectos de los actos estaba incluida dentro de las medidas cautelares que permitía acudir directamente a la jurisdicción prevista en el inciso quinto del artículo 35 de la ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la ley 1395 de 2010?*

Tesis: “Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”, introdujo modificaciones importantes en la regulación del trámite conciliatorio extrajudicial como requisito de procedibilidad, pues permitió acudir directamente a la jurisdicción, sin necesidad de su agotamiento previo, cuando se solicitara el decreto y práctica de medidas cautelares de carácter patrimonial. [...] Ahora bien, la Sala advierte que la parte actora presentó la demanda de la referencia el día 13 de diciembre de 2010, esto es, cuando se encontraban vigentes las Leyes 640 de 2001, 1285 de 2009 y 1395 de 2010 y antes de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, razón por la cual, el análisis que abordará la Sala se realizará a la luz de las citadas disposiciones normativas así como la tesis jurídica esgrimida por esta Corporación en relación con el alcance del inciso 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, que eximía del deber del agotamiento del requisito de procedibilidad cuando se solicitaban medidas cautelares. Ello, con el fin de preservar principios como la seguridad jurídica y la confianza legítima. [...] [Q]uedó demostrado que la demanda, que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho [...] fue incoada el día 13 de diciembre de 2010, es decir, cuando ya se encontraba vigente la Ley 1285 de 2009 que consagró el requisito de procedibilidad de la conciliación para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Así mismo, quedó probado que el señor [...] acudió a la jurisdicción contencioso administrativa con miras a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 20103500001935 de 6 de abril de 2010 y 20103500004005 de 22 de junio de 2010, expedidas por la Superintendencia de la Economía Solidaria mediante las cuales fue removido del cargo de Gerente del Fondo de Empleados de las Empresas Municipales de Cali -Fonaviemcali-. A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo de Gerente [...] así como el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación laboral hasta cuando sea

efectivamente reintegrado. De lo anterior surge que el restablecimiento deprecado por el actor tiene un claro contenido económico [...], por lo que resulta evidente que al ser un asunto de naturaleza conciliable, el actor debió aportar la respectiva constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad [...]. Tampoco se configura alguna de las excepciones previstas en el parágrafo 1º del artículo 2 del Decreto 1716 de 2009. Sumado a lo anterior, en escrito separado [...] solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos demandados, [...] Al respecto, el Tribunal de primera instancia consideró que en el presente caso no era necesario el agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, pues si bien era cierto que se trataba de un asunto conciliable, se configuraba una de las excepciones previstas en el numeral 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, en tanto que el actor había solicitado el decreto y la práctica de medidas cautelares. En el presente asunto, es posible constatar que si bien el actor presentó la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos enjuiciados, lo cierto es que la posición de la Sala al momento de presentación de la demanda señalaba que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos no excusaba a la parte actora del previo agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, toda vez que las medidas cautelares a que hacía referencia el inciso 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, aludían a las previstas en el Código de Procedimiento Civil. Por ende, hizo mal el a quo al considerar que en el presente caso operaba una de las excepciones previstas en el numeral 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, con la modificación incorporada por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, toda vez que el criterio jurídico existente al momento de presentación de la demanda excluía la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos como una de las medidas cautelares que permitía acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa, sin agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para demandar. En este contexto, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar, declarará de oficio la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de octubre de 2019, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 76001-23-31-000-2010-02053-02.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. Se respalda la validez del concurso público y abierto de méritos para la elección de personeros municipales.

Síntesis del caso: *El Gobierno Nacional no desconoció el principio de reserva de ley al regular el concurso de méritos para la elección de personeros municipales. Aunado a ello, la exigencia consistente en que la vacante del empleo de personero se provea con quien ocupe el primer puesto de la lista no supone un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria ni una violación de los principios democrático y de autonomía de las entidades territoriales.*

PROVISIÓN Y NOMBRAMIENTO SEGÚN TIPOLOGÍA DE EMPLEO PÚBLICO / PROCESO DE SELECCIÓN / DISTINCIÓN ENTRE CONVOCATORIA PÚBLICA Y CONCURSO DE MÉRITOS / COMPETENCIA COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CRITERIOS PARA IDENTIFICAR UNA RESERVA DE LEY

Problema jurídico 1: *¿La materia objeto de los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015 está sometida a reserva de ley?*

Tesis 1: “[...] aunque en principio la naturaleza del cargo público define su forma de provisión en los términos anotados, es factible que, en algunos empleos que no son de carrera, las vacantes sean provistas a través de la realización de un concurso público de mérito [...] El concepto «proceso de selección» da cuenta de una categoría amplia o, si se quiere a un género, dentro del cual es factible identificar especies como el concurso público de méritos que según se anotó constituye la regla general en la provisión de empleos, la convocatoria pública y cualquier otra clase de procedimiento que se ajuste a la caracterización anotada [...] cuando la provisión del empleo se encuentra sometida a concurso público, siendo el mérito el único criterio por el que debe regirse la escogencia del empleado público, queda descartado cualquier mecanismo que represente para el empleador facultades discrecionales de selección de los aspirantes [...] De otro lado, aparece el sistema de convocatoria pública como un proceso de selección que involucra instrumentos de diferente naturaleza. Así, integra un componente meritocrático al disponer la aplicación de pruebas como una de sus etapas, pero también contempla uno de orden discrecional porque, a diferencia de lo que sucede en el concurso público, los resultados obtenidos no son concluyentes de la elección. Esta última se realiza por un órgano colegiado mediante la votación que hagan sus integrantes de una lista de elegibles cuyo orden no condiciona la decisión [...] Sin embargo, esto no significa que sean radicalmente opuestos. De hecho, en esencia, tanto la convocatoria pública como el concurso público de méritos son procesos de selección del empleo público que deben basarse

en el respeto de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, celeridad, publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y mérito [...] La diferencia estará en la rigurosidad con la que, dependiendo de la forma de provisión del empleo, debe evaluarse el mérito [...] en lo que se refiere al artículo 313 de la Constitución Política, cuyo numeral 8 señala que corresponde a los concejos municipales «[...] Elegir Personero para el período que fije la ley [...]», se observa que no sería viable predicar un vaciamiento de competencias por violación de una reserva legal porque el precepto constitucional no admite duda en cuanto a que aquello que debe definir la «ley», más allá de la acepción en que se esté usando la palabra, es el «período» de los personeros municipales o distritales, entendido como el lapso o término para el cual han de ser elegidos, asunto que en modo alguno fue abordado en los actos administrativos objeto de la actual demanda [...] Queda entonces por analizar si el inciso 4 del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015, consagra una reserva de ley y, en caso afirmativo, si esta fue vulnerada por el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública [...] la disposición en la que el señor José Ignacio Arango Bernal pretende fundamentar la ilegalidad de los actos administrativos demandados no es aplicable a los personeros municipales pues, según se explicó, la provisión de este tipo de cargos debe efectuarse mediante concurso público, proceso de selección que difiere del de convocatoria pública, contemplada en el Acto Legislativo 2 de 2015. En tales condiciones, no es factible predicar una alegada falta de competencia por existencia de reserva de ley cuando el asunto del que se ocupan los decretos acusados no se rige por la norma constitucional en la que, a voces de la demanda, se establece la reserva en comento [...]».

EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / CONCURSO DE MÉRITOS PARA LA ELECCIÓN DE PERSONERO MUNICIPAL

Problema jurídico 2: *¿El Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública excedieron el ejercicio de la facultad reglamentaria a través de los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015?*

Tesis 2: “[...] la Corte Constitucional, en sentencia C-105 de 2013, resolvió declarar exequible el inciso 1 del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 en cuanto contempló que los personeros municipales deben elegirse por las corporaciones públicas, «previo concurso de méritos». Así las cosas, es plausible

concluir que, respecto de este tipo de empleos, opera el precedente constitucional que admite el concurso público como proceso de selección aplicable a funcionarios que no son de carrera [...] En conclusión, el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública no excedieron el ejercicio de la facultad reglamentaria a través de los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015, al disponer que la vacante del empleo de personero se cubrirá con quien ocupe el primer puesto de la lista [...] “

MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

Problema jurídico 3. *“¿Son nulos los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015 por desconocimiento del principio democrático y el de autonomía de las entidades territoriales?”*

Tesis 3: “[...] el presunto desconocimiento del principio democrático se descartó en la sentencia C-105 de 2013 bajo el entendido de que afirmar que su respeto depende de que las corporaciones públicas puedan deliberar para decidir discrecional y libremente a la persona que debe ocupar el cargo de personero municipal porque sus miembros representan y actúan en nombre de la voluntad general, parte de una noción restringida de aquel principio que olvida que el concurso de méritos materializa los postulados de la democracia participativa y de la sustancial [...] en lo que se refiere al

cargo de nulidad que estudió la Corte Constitucional en aquella sentencia por violación del principio de autonomía de las entidades territoriales, es preciso señalar que se encontró probado en la medida en que el texto original del artículo 35 de la citada Ley 1551 de 2012 le asignó la realización del concurso público de méritos a la Procuraduría General de la Nación [...] la Corte Constitucional sostuvo que, precisamente a efectos de respetar el principio de autonomía de las entidades territoriales, la responsabilidad de dirigir y conducir los concursos públicos de méritos para la elección de personero municipal debía ser ejercida por los concejos municipales y no por el Ministerio Público [...] En conclusión, los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015 no desconocen el principio democrático ni el de autonomía de las entidades territoriales [...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 9 de diciembre de 2019, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2015-01089-00 \(4824-2015\).](#)

2. Es admisible exigir un rango de estatura para acceder a cargos públicos en concurso de méritos, mientras guarde relación con la función que se desempeña.

Síntesis del caso: Se convocó a concurso de méritos por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer las vacantes del Empleo denominado Dragoneante, Código 4114. Grado 11, perteneciente al Régimen Específico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC – en la que se exigió un mínimo de estatura a los participantes, requisito que tenía alcance eliminatorio en el proceso de selección.

REQUISITO DE ESTATURA MÍNIMA DE PARTICIPANTE EN CONCURSO DE MÉRITOS DE MIEMBRO DEL CUERPO DE CUSTODIA DEL INPEC - Procedencia / DERECHO DE ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS- No vulneración / DERECHO A LA IGUALDAD- No vulneración

Problema Jurídico: ¿El requisito de estatura para el empleo de «dragoneante» del Inpec, desconoce el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad de la población que no se encuentra dentro de los rangos establecidos?

Tesis: “Como fue establecido al estudiar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la exigencia de rangos de estatura para ingresar a ciertos cargos en la función pública es constitucionalmente admisible siempre que (i) se relacione con las funciones a desarrollar, (ii) esté soportado en estudios técnicos y médico-científicos y (iii) haya sido conocido por los concursantes antes de postularse para el cargo.(...)”

el requisito de estatura exigido en el artículo 52 de la Convocatoria 335 de 2016 se encuentra ajustado a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, pues (i) es razonable y proporcional, dadas las especiales tareas de seguridad y custodia que desarrolla el «Dragoneante» del Inpec, (ii) no es arbitrario o caprichoso, ya que es el resultado de una investigación realizada por un grupo interdisciplinario de especialistas, que fue consignada en un documento de carácter técnico y médico científico, el cual se resalta, no fue controvertido u objetado por la parte demandante; y (iii) fue conocido por los aspirantes previamente al momento de su inscripción en el concurso, por lo cual sabían de su carácter eliminatorio”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 25 de noviembre de 2019, C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez, radicación11001-03-25-000-2016-00700-00\(3049-16\).](#)

3. Limitación temporal para la presentación de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio restringe el derecho de petición.

Síntesis del caso: *Se considera que el inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998 vulnera los artículos 13, 83, 84, 123, 150 (numeral 19, literal e), 152 (numeral 2) y 209 de la Constitución Política; el artículo 7 de la Ley 91 de 1989; la Ley 1071 de 2006; los artículos 2 (literal a) y 10 de la Ley 4 de 1992 y el Decreto 2831 de 2005.*

RADICACIÓN DE SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE LAS CESANTÍAS PARCIALES DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - Imposición de límite temporal / DERECHO DE PETICIÓN – Restricción / FALTA DE COMPETENCIA

Problema Jurídico: *¿Si la norma contenida en el inciso primero del artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998 fue expedida por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin tener competencia para ello, al disponer que en el trámite de cesantías de los docentes afiliados a dicho fondo, no puede radicarse solicitudes por el trámite ordinario, sino después de tres años contados a partir de la fecha de pago de la anterior?*

Tesis: “Tomando como punto de partida el artículo 121 de la Constitución Política, que dispone que “[n]inguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, la Subsección no advierte que del artículo 4 de la Ley 91 de 1989 se desprenda la competencia del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para proferir el enunciado normativo cuestionado en el presente proceso, pues, tal como lo adujo la parte actora, las funciones previstas en la mencionada Ley están relacionadas con la administración del fondo, sin que impliquen la facultad para regular el ejercicio del derecho de petición en torno a las cesantías parciales y definitivas, a tal punto de invadir la órbita de competencia del legislador. Efectivamente, la disposición demandada constituye una restricción al derecho fundamental de

petición, por cuanto impide presentar las solicitudes relacionadas con las cesantías parciales de los docentes en cualquier tiempo, pues, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental de petición “la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas”; por lo cual el hecho de que al interesado no se le permita presentar una solicitud, ya sea porque la autoridad se niegue a recibirla o que impida su presentación, implica una limitación a ese derecho fundamental y, en consecuencia es un asunto que debe ser regulado por el Legislador. En ese orden, se evidencia que al establecer un límite temporal a la radicación de solicitudes de cesantías parciales a través de la disposición demandada, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vulnera los derechos de los docentes a requerir sus prestaciones a las cuales tienen derecho, especialmente, se advierte una transgresión al derecho fundamental de petición, el cual, además, constituye un asunto que se encuentra bajo reserva de Ley, por lo cual las autoridades administrativas no pueden sustituir al Legislador en lo relativo a la restricción del ejercicio del derecho fundamental de petición.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 31 de octubre de 2019, C.P. César Palomino Cortés, radicación 11001-03-25-000-2016-00992-00\(4473-16\).](#)

4. Para hacer efectiva la póliza de garantía del pago de salarios y prestaciones sociales de trabajadores en misión vinculados por una empresa de servicios temporales, sólo se requiere que se presente alguno de los eventos regulados en la ley para que se presuma su iliquidez.

Síntesis del caso: *Empresa de servicios temporales, en calidad de operadora del Hospital Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y su red integral de salud, celebró contrato con una unión temporal para el suministro de personal asistencial y administrativo, quien incumplió las obligaciones contractuales y el pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores en misión. Dichos trabajadores solicitaron a la Coordinación del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social del Ministerio de la Protección Social, se hiciera efectiva la póliza de garantía para de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y así obtener los respectivos pagos. Petición que se atendió favorablemente, pues se declaró ocurrido el siniestro y ordenó el pago solicitado a la compañía aseguradora que cubrió el riesgo a la empresa de servicios temporales.*

PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN – Obligación de las empresas de servicios temporales / PÓLIZA DE GARANTÍA DE PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES A FAVOR DE EMPRESA TEMPORALES – Para hacerla efectiva no requiere de estudios económicos previos que acrediten la iliquidez de la empresa / PRESUNCIÓN DE ILIQUIDEZ DE LA EMPRESAS TEMPORALES -Eventos

Problema Jurídico: *¿Para hacer efectiva la póliza de garantía del pago de salarios y prestaciones sociales por una empresa de servicios temporales por el incumplimiento del pago de salarios y prestaciones sociales a los trabajadores en misión, se requiere que el Ministerio de Seguridad Social realice previamente un estudio económico para determinar la iliquidez de la empresa o que opere una de las causas reguladas en el Decreto 4369 de 2006?*

Tesis: “Esta Sala precisa que el artículo 18 del Decreto 4369 de 2006 establece los casos en los cuales se debe hacer efectiva la póliza de garantía que por ley constituyen las empresas de servicios temporales, en cuanto prevé que serán cinco (5) específicas situaciones las que llevarán a la presunción de una iliquidez de la empresa, a la que se llegará « [...] sin necesidad de estudios económicos [...]». Las cinco (5) situaciones previstas en la ley son: (i) incumplimiento en el pago de dos o más períodos consecutivos de salario, de acuerdo con el contrato suscrito; (ii) mora en el pago de los aportes a la seguridad social por más de 45 días; (iii) que durante más de 3 ocasiones en una anualidad, haya mora en el pago

de los aportes a la seguridad social; (iv) entrar en proceso de acuerdo de reestructuración de obligaciones; y (v) la declaración de estado de iliquidez. De conformidad con los actos demandados, la empresa accionante incurrió en las causales (i) y (ii), tal como fue probado en sede administrativa con documentos y la declaración de su representante legal, que aceptó que se adeudaban los salarios y las prestaciones sociales de noviembre y diciembre de 2008 y enero de 2009, reclamados en la queja, con la justificación que ello se debía a que la UT Misión Vital a su vez le debía una suma considerada de dinero. (...) Sobre esta situación, es del caso advertir que la única responsable de los salarios y prestaciones sociales dejados de pagar y de las indemnizaciones que se llegaran a causar a favor de los trabajadores en misión, era la empresa de servicios temporales demandante, puesto que su condición en esa relación laboral era la de empleadora de ellos, obligación que no podía trasladarse a un tercero o excusarse en una deuda causada, igualmente, con un agente externo, como en efecto ocurrió en este proceso, específicamente en sede administrativa”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 15 de octubre de 2019, C.P. Carmelo Perdomo Cueter, radicación 68001-23-31-000-2010-00405-01\(3504-15\).](#)

5. Se revocó medida cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que reconoció pensión de sobrevivientes, medida decretada teniendo en cuenta que existía duda sobre el requisito de la convivencia.

Síntesis del caso: *La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de la resolución expedida por la entidad demandante, en virtud de la cual se reconoció una «pensión de sobrevivientes». Sostuvo que aquella fue sin el cumplimiento de los requisitos legales, particularmente contraviendo el requisito esencial de la convivencia; sin embargo, dentro de la actuación no existen pruebas concluyentes que permitan deducir que la «pensión de sobrevivientes» fue reconocida sin el lleno de los requisitos legales.*

MEDIDA CAUTELAR / NATURALEZA DE LA MEDIDA CAUTELAR / SUSPENSIÓN PROVISIONAL / REQUISITOS PARA DECRETAR LA MEDIDA CAUTELAR

Problema jurídico 1: *¿Es procedente decretar la medida cautelar de suspensión provisional sin pruebas concluyentes que permitan deducir la ilegalidad de los efectos del acto administrativo?*

Tesis 1: “[L]as medidas cautelares pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión y deben relacionarse directa y necesariamente con las pretensiones de la demanda. [...] [S]e incluyó la suspensión provisional de los actos administrativos, la cual se encamina a conjurar temporalmente sus efectos [...] [E]l juez de lo contencioso administrativo, previo análisis del contenido del acto acusado, de las normas invocadas como vulneradas y de los elementos probatorios allegados con

la solicitud de medida cautelar, está facultado para determinar si la decisión enjuiciada vulnera el ordenamiento jurídico y, en caso afirmativo, suspender el acto para que no produzca efectos. [...] El a quo decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, argumentando que «[...] existe duda acerca, de si efectivamente existió convivencia dentro de los últimos cinco años anteriores al fallecimiento ...», es decir, la medida cautelar fue decretada partiendo de una incertidumbre. A juicio de la Sala, comoquiera que no existen pruebas concluyentes que permitan deducir que la «pensión de sobrevivientes» fue reconocida sin el lleno de los requisitos legales, no era posible decretar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.”

SUSTITUCION PENSIONAL / REQUISITO DE LA CONVIVENCIA

Problema jurídico 2. *¿Del hecho de no compartir vivienda se desprende inexorablemente la inexistencia de la convivencia?*

Tesis 2: “[D]el hecho de no compartir vivienda no se desprende inexorablemente la inexistencia de la convivencia [...] [E]l artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece quiénes son los beneficiarios de la sustitución pensional o de la pensión de sobrevivientes. Al respecto, el literal a) de la referida norma dispone que el cónyuge o compañero permanente del causante será beneficiario de forma vitalicia, siempre que tenga 30 o más años de edad y acredite «[...] que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta

su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte». [...] [E]l requisito de convivencia, atado al factor temporal antes aludido, se constituye en una exigencia de la cual pende el derecho al reconocimiento de una sustitución pensional o de una pensión de sobrevivientes, en calidad de beneficiario. [...] [S]e tiene que el requisito de convivencia que se exige para el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes o de una sustitución pensional, más allá de estar circunscrito al hecho de compartir techo, lecho y mesa, se dirige a acreditar la existencia de un proyecto de vida construido y desarrollado comúnmente entre el eventual beneficiario y el causante, soportado en las bases de la solidaridad, la ayuda y el socio-

rro mutuo. La cohabitación, si bien constituye un factor importante, no es una exigencia insoslayable de la cual dependa la existencia de la convivencia, en tanto la vida por separado puede encontrar justificación en circunstancias médicas, laborales, sociales, emocionales, etc., según las dinámicas del diario vivir, las necesidades, el querer de las personas, etc. [...] [D]el hecho de no compartir vivienda no se desprende inexorablemente la inexistencia de la convivencia. En ese contexto, corresponde al juez de la causa realizar un análisis probatorio profundo y lograr un mínimo de certeza respecto de la existencia o no de la comunidad de vida entre el eventual bene-

ficiario y la causante, en aras de descartar o confirmar, según el caso, que entre ambos tuvo lugar apenas un vínculo circunstancial sin vocación de permanencia. Lo expuesto hasta este punto pone en evidencia una serie de hechos que, desde un primer acercamiento al debate, esto es, previo a la etapa probatoria que se debe surtir en el proceso, no arrojan un mínimo de certeza y claridad acerca de la existencia o inexistencia de convivencia entre el demandado y la causante, y generan un espectro de duda sobre una parte de la información de la que se tiene conocimiento.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de diciembre de 2019, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 27001-23-33-000-2018-00052-01\(5560-18\).](#)

6. Se ratifica tesis en relación con la prescripción de la acción disciplinaria de 5 años consagrada en el art. 30 de la ley 734 de 2002.

Síntesis del caso: *El Tribunal de primera instancia consideró que en el caso sub lite operó la prescripción de la acción disciplinaria de 5 años consagrada en el art. 30 de la Ley 734 de 2002, en razón a que el referido término debe contabilizarse hasta que se resuelvan los recursos presentados contra la decisión disciplinaria de primera instancia.*

TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

Problema jurídico 1: *¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con violación al debido proceso y al derecho la defensa, por haberse expedido habiendo operado el término de prescripción de la acción disciplinaria?*

Tesis 1: “La tesis vigente en materia de prescripción de la acción disciplinaria es la contenida en la sentencia de unificación de jurisprudencia de 29 de sep-

tiembre de 2009 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, según la cual, dentro del término de los 5 años establecido por el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, la autoridad disciplinaria competente solo debe proferir y notificar el acto principal esto es el fallo de primera o única instancia con el cual interrumpe el término de prescripción.”

NEGOCIOS FIDUCIARIOS - EXIGENCIAS NORMATIVAS PARA EL DEPÓSITO DE DINEROS PÚBLICOS EN ENCARGO FIDUCIARIO

Problema jurídico 2: *¿Constituye falta disciplinaria el depósito de los dineros de excedente de liquidez de regalías a nombre de un tercero para éste realizar la inversión en un encargo fiduciario?*

Tesis 2: “De conformidad con lo preceptuado en los artículos 1226 y subsiguientes del Código de Comercio, y el título V de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, se entiende por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud

de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Dentro de este concepto se incluyen la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifiquen o sustituyan. [...] Se apre-

cia de todo lo anterior, evidentemente la violación de la Ley 819 de 2003, que dispuso claramente cómo debía realizarse la inversión de los recursos, estableciendo las modalidades permitidas para la colocación de tales recursos, por lo que si el municipio planeaba realizar el depósito de los dineros en una entidad financiera, debía hacerlo apegado a las exigencias normativas, que no incluían el depósito de

los dineros de excedente de liquidez de regalías a nombre de un tercero para éste realizar la inversión en un encargo fiduciario del que era titular pues, se reitera, dicha inversión solo podía realizarse en títulos de deuda pública de la Nación, títulos que cuentan con una alta calificación de riesgo crediticio y depósitos de entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio.”

INVERSIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS / LA FALTA DISCIPLINARIA / TIPO DISCIPLINARIO ABIERTO

Problema jurídico 3: *¿Se vulnera el principio de tipicidad en materia disciplinaria, cuando se acude por remisión a aquellas que contienen los deberes, obligaciones o prohibiciones concretas respecto del cargo o función que corresponde al servidor público, y cuyo incumplimiento genera una falta disciplinaria?*

Tesis 3: “[L]a falta gravísima contenida en el numeral 27 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como es: «Efectuar inversión de recursos públicos en condiciones que no garanticen, necesariamente y en orden

de precedencia, liquidez, seguridad y rentabilidad del mercado». Este es un tipo disciplinario abierto, esto es, que para su definición, requiere ser interpretado de manera sistemática con otras normas que consagran deberes, obligaciones y funciones de los servidores públicos, para el caso concreto, de la Ley 819 de 2003, que establece la forma de inversión de los citados recursos de excedentes de liquidez de regalías, así como de las funciones previstas para el alcalde municipal en la constitución, la ley, y el manual de funciones.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de diciembre de 2019, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 41001-23-33-000-2013-00512-02\(0754-2015\)](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Se establecen requisitos para la validez del título ejecutivo complejo.

Síntesis del caso: *En virtud de la terminación de contrato de operación y administración de los sistemas de acueducto y alcantarillado, se suscribió acta de liquidación bilateral, en la cual las partes dejaron constancia de los ingresos y del déficit anual de caja que, descontados los todos los egresos e inversiones, se halló una situación final por un monto determinado a favor del contratista. El contratista instauró proceso ejecutivo y aportó copia del contrato y el acta de liquidación bilateral. El Tribunal Administrativo de conocimiento libró mandamiento de pago, argumentando el acta de liquidación reunía las condiciones del título ejecutivo en tanto contenía una obligación clara, expresa y exigible a cargo del municipio y, en consecuencia, ordenó seguir adelante la ejecución, decisión cuestionada por la entidad demandada.*

TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO / DOCUMENTOS QUE CONFORMAN EL TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO / COPIA DEL CONTRATO / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / REQUISITOS DEL TÍTULO EJECUTIVO / OBLIGACIÓN CLARA / OBLIGACIÓN EXPRESA / OBLIGACIÓN EXIGIBLE / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE/ SALDO A FAVOR ORIGINADO EN LIQUIDACIÓN / SALDO A FAVOR ORIGINADO EN LIQUIDACIÓN / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Suscripción / INEXISTENCIA DEL TÍTULO EJECUTIVO / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / HONORARIOS DEL CONTRATISTA / OBLIGACIÓN CLARA - No probada / OBLIGACIÓN EXPRESA - No acreditada / OBLIGACIÓN EXIGIBLE - No demostrada

Problema Jurídico: *¿El contrato y el acta de liquidación bilateral reúnen las condiciones legales necesarias para conformar un título ejecutivo complejo?*

Tesis: “[L]a liquidación del contrato no es un documento que constituya título ejecutivo – per se – a partir de la constatación de que en ella se incluya un saldo a favor del contratista, cuando ese saldo se establezca sin considerar lo pactado en el contrato, o sin que medie la exposición de un procedimiento y una operación aritmética que permita verificar con claridad que la suma que se determina como saldo a favor del contratista es la que la contratante debe con fundamento en lo pactado en el contrato. El acta de liquidación bilateral se suscribe cuando se entiende concluida la relación contractual y comporta un balance general, en cuanto define los créditos y

deudas recíprocas de las partes. En estas condiciones, tiene como único objeto el establecimiento de la cuenta final, y ella debe desarrollar lo pactado y determinar el saldo del contrato a partir de allí. En este caso, el acta de liquidación bilateral no establece la obligación debida con fundamento en lo pactado en el contrato que, como se ha dicho, constituye también el título, de manera que su contenido es del todo relevante para establecer la existencia y el monto de la obligación. (...) Se suma a lo expresado que el acta de liquidación no cuenta con los soportes que den certeza de la información allí contenida, lo que significa que el título complejo arrimado al proceso no contiene una obligación clara, expresa y exigible. En síntesis, la liquidación no consulta el contrato, al menos en lo que se refiere a los honorarios pagados y adeudados al contratista.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de octubre de 2019, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 03001-23-31-000-2012-00241-02 \(50483\).](#)

2. No se configura el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia cuando el Juez obra de manera prudente, diligente y motiva sus decisiones en ejercicio de su autonomía funcional.

Síntesis del caso: Ciudadano celebró contrato de compraventa de una volqueta que se encontraba vinculada al proceso de restitución de bien mueble arrendado. El adquirente acudió al juzgado para solicitar el levantamiento de la medida cautelar y su consecuente entrega. Durante el trámite de su solicitud, el vehículo fue entregado a un tercero, en cumplimiento de una supuesta orden proferida por la Fiscalía General de la Nación. El demandante reclama los perjuicios que asegura haber sufrido con la pérdida de su automotor.

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Acción u omisión / RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE CELERIDAD / PRINCIPIO DE EFICACIA / GARANTÍAS DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DEBIDO PROCESO GARANTIZADO EN CONVENCION INTERNACIONAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / FALLA EN EL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema Jurídico: *¿Cuál es el título de imputación bajo el cual se analiza la responsabilidad del estado en el marco de la administración de justicia que involucran un retardo injustificado para adoptar decisiones que causan daño a las partes o a terceros?*

Tesis: “En relación con el indebido funcionamiento de la Administración de Justicia, el artículo 29 de la Constitución de 1991 estableció como garantía del debido proceso, el trámite sin dilaciones injustificadas y el 228 ibídem consagró los principios de celeridad y eficacia en la actuación judicial, al disponer que “los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”. El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce la garantía de ser

juzgado sin dilaciones como elemento básico del debido proceso legal, aplicable a todos los procesos judiciales. En la Ley 270 de 1996 se estableció esta modalidad de responsabilidad del Estado como residual, con fundamento en la cual deben ser decididos los supuestos de daño antijurídico sufridos como consecuencia de la función jurisdiccional que no constituyan error jurisdiccional o privación injusta de la libertad por no provenir de una decisión judicial. En vigencia de la Constitución de 1991, la Sala ha reconocido el derecho a la indemnización por fallas en la administración de justicia y, en particular, por el retardo injustificado de adoptar decisiones que causan daño a las partes o a terceros.”

PROCESO CIVIL / RESTITUCIÓN DEL BIEN MUEBLE / MEDIDAS CAUTELARES / RETENCIÓN DE VEHÍCULO POR AUTORIDAD / IMPULSO DEL PROCESO - Omisión de la parte demandante / SOLICITUD DE LEVANTAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES - Por nuevo propietario de vehículo retenido / DEVOLUCIÓN DE VEHÍCULO RETENIDO POR AUTORIDAD / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - Del nuevo propietario del vehículo / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - Se configuró hasta que el demandante compró el vehículo retenido dentro del proceso de restitución de mueble arrendado / RESTITUCIÓN DEL BIEN MUEBLE - El demandante no era parte del proceso / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Comprador de vehículo cautelado

Problema Jurídico 2: *¿Es procedente cuestionar la decisión de los Jueces frente las peticiones presen-*

tadas por quienes no son parte dentro de los asuntos a su cargo?

Tesis 2: “Considera la Sala que no le es dable calificar la actuación surtida por el Juzgado (...) en relación con la solicitud de levantamiento de la medida cautelar y la entrega del vehículo a un tercero que no era parte en el proceso. Esas actuaciones estuvieron amparadas por el principio de la autonomía judicial, previsto en los artículos 228 y 230 de la Constitución. Las de[c]i[s]iones tomadas por el operador judicial durante ese trámite no desconocieron disposición legal alguna, ni contra ellas, el ahora demandante ejerció los recursos legales que tenía a

su alcance, lo cual demuestra que se encontraba satisfecho con las mismas. Por lo anterior, la Sala considera que no existió una dilación injustificada en el trámite de la solicitud presentada por el ahora demandante, ni la actuación ejercida por el operador judicial puede calificarse como pasiva o evasiva; por el contrario, solicitó la información necesaria para dar respuesta a la petición formulada por una persona ajena al proceso en el que se dictó la medida cautelar.”

PROCESO CIVIL / RESTITUCIÓN DEL BIEN MUEBLE / MEDIDAS CAUTELARES / RETENCIÓN DE VEHÍCULO POR AUTORIDAD / IMPULSO DEL PROCESO - Omisión de la parte demandante / SOLICITUD DE LEVANTAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES - Por nuevo propietario de vehículo retenido / DEVOLUCIÓN DE VEHÍCULO RETENIDO POR AUTORIDAD / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - Del nuevo propietario del vehículo / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - Se configuró hasta que el demandante compró el vehículo retenido dentro del proceso de restitución de mueble arrendado / RESTITUCIÓN DEL BIEN MUEBLE - El demandante no era parte del proceso / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Comprador de vehículo cautelado / RETENCIÓN DE VEHÍCULO POR AUTORIDAD / IMPULSO DEL PROCESO / SOLICITUD DE LEVANTAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES - Por comprador de vehículo retenido / DEVOLUCIÓN DE VEHÍCULO RETENIDO POR AUTORIDAD / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / NOCIÓN DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN MATERIAL / LEGITIMACIÓN DE HECHO

Problema Jurídico 3: *¿Estaba facultado el tercero comprador del vehículo cautelado para controvertir las decisiones judiciales adoptadas con antelación a su calidad de propietario?*

Tesis 3: “[E]l señor (...) no era parte del proceso civil antes del 23 de junio de 2006, fecha en la cual, en razón a que había comprado la volqueta, radicó la solicitud de levantamiento de la medida cautelar y entrega del vehículo. La Sala considera que el ahora demandante carece de legitimación para debatir la actuación surtida en el proceso antes de que radicara la solicitud, dado que para esa época carecía de interés para ser parte del proceso. (...) [E]l ahora demandante, era consciente de la falta de legitimación de su representado, razón por la cual desde el primer momento en que acudió al proceso civil refirió que no tenía vinculación con las partes del proceso y que acudía al mismo en su calidad de comprador de la

volqueta, lo que le otorgaba la legitimación en la causa para solicitar el levantamiento de la medida cautelar y la entrega del vehículo. (...) [L]a legitimación en la causa es la calidad que tiene una persona natural, jurídica, consorcio o unión temporal para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por ser sujeto de la relación jurídica sustancial. (...) Esta Corporación ha determinado la existencia de dos tipos de legitimación, a saber: i) una de hecho que hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, y ii) una material que da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demandada.”

Nota de Relatoría: Sobre la legitimación en la causa, consultar sentencia del 23 de octubre de 1990; Exp. 6054, sentencia del 28 de julio de 2011, Exp. 19753, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Exp. 13356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En

sentencia de 25 de septiembre de 2013 la Sala Plena de la Sección Tercera unificó su Jurisprudencia respecto a la capacidad de los consorcios y las uniones temporales para comparecer como parte en los procesos judiciales.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 25 de octubre de 2019, C.P. María Adriana Marín, radicación: 25000-23-26-000-2009-00353-01\(45756\).](#)

3. En asuntos de privación injusta de la libertad cuando contra el procesado se adelantan distintos procesos penales, es necesario acreditar que dentro del proceso en el que se produjo el daño antijurídico que se alega, se haya proferido decisión absolutoria o similar.

Síntesis del caso: *Se demanda la responsabilidad extracontractual de la Nación–Fiscalía General de la Nación, por la privación de la libertad de la que fue objeto un ciudadano, contra quien se adelantaron varias investigaciones penales por los presuntos delitos de concierto para delinquir, hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y secuestro simple. Al momento de la captura cuestionada, el demandante se encontraba con medida de aseguramiento de detención domiciliaria, impuesta en uno de los procesos seguidos en su contra. Alega que la privación de su libertad deviene injusta.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / AUSENCIA DE PRUEBA – De la sentencia absolutoria / PRUEBA DOCUMENTAL / AUSENCIA DE PRUEBA DOCUMENTAL – No se aportó la sentencia absolutoria o similar / PROCESO PENAL – Contra la víctima cursaron investigaciones penales concomitantes / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Problema Jurídico 1: *¿Es procedente la responsabilidad del estado derivada de la privación injusta de la libertad, cuando contra el procesado cursan investigaciones penales concomitantes y es detenido por cuenta de varias de ellas, pero no acredita la terminación del proceso a su favor?*

Tesis 1: “Aunque no se puede decir con certeza que la condena emitida (...) corresponda al proceso que en su etapa sumarial se tramitó bajo el No. 120350, lo cierto es que los actores en ningún momento demostraron que el accionante fue absuelto o que el proceso culminó con una decisión equivalente y, en todo caso, lo cierto es que durante el interregno reclamado por los accionantes, se tiene que el señor

(...) fue investigado en diversos procesos que culminaron con sentencia condenatoria en su contra. Así pues, teniendo en cuenta que no se predica la detención injusta en razón a que no probó en el plenario que existió una decisión absolutoria o similar, y que en todo caso, durante el periodo reclamado existieron otras investigaciones concomitantes por las cuales (...) fue condenado, se tiene que el tiempo de privación de la libertad (...) (el cual fue objeto de demanda por los actores) es jurídico, de allí a que la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, conforme lo anteriormente expuesto.”

CRITERIOS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE EN CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / EXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / LEGALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / DAÑO ESPECIAL / IMPUTACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / CAUSAL EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PERJUICIO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

Problema Jurídico 2: *¿Cuáles son los criterios del régimen de responsabilidad aplicables a casos de privación injusta de la libertad?*

Tesis 2: “[E]sta Sala atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencia SU-072 de 2018 estima que el método adecuado para abordar el estudio de responsabilidad en estos casos debe hacer-

se de la siguiente manera: Existencia del daño. Lo primero que debe analizarse es la ocurrencia de la privación de la libertad, la duración de la misma y la consecuente absolución o su equivalente, esto es, si la persona que demanda estuvo efectivamente detenida por cuenta del proceso penal en el cual deprecia la responsabilidad del Estado. 2. Análisis de legalidad de la medida. Verificada la privación, se realizará un análisis de la legalidad de la medida, esto es, se estudiará si al momento en que se capturó a la persona y se impuso la consecuente medida de restricción, estas actuaciones fueron legales, justificadas y proporcionadas. (...) 3. Análisis de la existencia del daño especial. Verificada la imposición de la medida de aseguramiento y su permanencia en el curso del proceso penal, deben estudiarse las razones por las

cuales la persona fue absuelta, si se tiene que la medida restrictiva de la libertad y su duración en el tiempo fue legal, justificada y proporcionada (...) 4. Entidad a la que se le imputa el daño. Esclarecido lo anterior y si hay lugar a ello, se definirá quién es el llamado a responder patrimonialmente (identificación de la entidad a quien se le imputa el daño). 5. Análisis de la existencia de la causal exonerativa por culpa de la víctima. Bien sea que el caso se estudie bajo una óptica de responsabilidad objetiva o subjetiva, siempre se deberá analizar, aún de oficio, si se encuentra acreditada la causal exonerativa de dolo o culpa grave de la víctima. 6. Determinación de los perjuicios y su reparación. En caso de no acreditarse la causal exonerativa, se procederá a definir sobre la reparación de los perjuicios.”

Nota de Relatoría: En relación con el título de imputación aplicable a eventos de privación injusta de la libertad, ver sentencia de unificación de jurisprudencia del 15 de agosto de 2018, Exp. No. 46947, M.P. Carlos Alberto Zambrano

Barrera y sobre el método empleado para abordar el estudio de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, ver sentencia SU 072 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 4 de diciembre de 2019, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación: 19001-23-31-000-2008-00298-01 \(43534\).](#)

4. El acto de apertura de licitación es irrevocable por motivos de inconveniencia

Síntesis del caso: *El 13 de mayo de 2003, el soldado adscrito al Distrito Militar No. 17 -, fue puesto a disposición del Fiscal 17 Penal Militar, sindicado del delito de falsedad material en documento público. Por competencia, el asunto correspondió a la Fiscalía Seccional 67 de Patrimonio Económico, que en providencia del 12 de febrero de 2004 resolvió precluir la investigación penal por inexistencia del delito.*

ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA - Probada / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / DAÑO ANTIJURÍDICO - No imputable a la Justicia Penal Militar

Problema Jurídico 1: *¿La privación de la libertad padecida (...) resulta injusta y genera un daño antijurídico atribuible al Estado, o no resulta imputable a este en virtud de la configuración de la causal de exoneración de responsabilidad del estado denominada culpa exclusiva de la víctima?*

Tesis 1: En suma, se observa que el daño deprecado por la parte demandante consistente en la privación injusta padecida por xxx xxx tiene el carácter de antijurídico, toda vez que se declaró la inexisten-

cia del delito de falsedad en documento público por el que fue investigado el demandante. (...) En segundo lugar, la Sala precisa que la detención padecida por xxx xxx, no es imputable a las actuaciones desplegadas por la Justicia Penal Militar, toda vez que existen elementos de juicio que permiten inferir que el referido daño tuvo lugar como consecuencia del proceder culposo y exclusivo de la propia víctima, quien dio lugar a la apertura de la investigación penal adelantada en su contra y a la consecuente privación de la libertad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de noviembre de 2019, C.P. Nicolas Yepes Corrales, radicación 76001-23-31-000-2005-05112-01\(49192\).](#)

SECCIÓN CUARTA

1. La oferta mercantil aceptada mediante orden de compra está exenta del impuesto de timbre y, por ende, el aceptante no está obligado a practicar retención por dicho tributo.

Síntesis del caso: *Se anularon las liquidaciones oficiales de revisión mediante las cuales la DIAN modificó las declaraciones de retención en la fuente presentadas por un contribuyente, en el sentido de adicionar el impuesto de timbre causado respecto de diferentes ofertas mercantiles, con el argumento de que fueron aceptadas a través de facturas cambiarias de compraventa que están gravadas con ese tributo. La Sala declaró la nulidad de las liquidaciones oficiales, porque concluyó que las ofertas mercantiles estaban exentas de impuesto de timbre, dado que se aceptaron mediante órdenes de compra, que no causan el impuesto.*

EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE TIMBRE SOBRE OFERTA MERCANTIL ACEPTADA MEDIANTE ORDEN DE COMPRA O VENTA DE BIENES Y SERVICIOS - Contenido de la orden / EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE TIMBRE SOBRE OFERTA MERCANTIL ACEPTADA MEDIANTE ORDEN DE COMPRA O VENTA DE BIENES Y SERVICIOS – Requisitos / EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE TIMBRE SOBRE OFERTA MERCANTIL ACEPTADA MEDIANTE ORDEN DE COMPRA O VENTA DE BIENES Y SERVICIOS - Configuración / FACTURA CAMBIARIA DE COMPRA VENTA – Naturaleza jurídica / ACEPTACIÓN DE FACTURA CAMBIARIA DE COMPRA VENTA – Efectos jurídicos / FACTURA CAMBIARIA DE COMPRAVENTA EXPEDIDA CON POSTERIORIDAD A ACEPTACIÓN DE OFERTA MERCANTIL MEDIANTE ORDEN DE COMPRA - Alcance probatorio

Problema Jurídico: *¿La demandante debió practicar retenciones en la fuente por concepto de impuesto de timbre nacional sobre las ofertas mercantiles que le formuló la empresa Energía Eficiente S. A. E. S. P., entre diciembre de 2006 y diciembre de 2007, para compraventa de gas natural regulado, y respecto de las cuales se expidieron diferentes órdenes de compra y facturas cambiarias entre enero de 2007 y abril de 2008?*

Tesis: “De acuerdo con las liquidaciones oficiales de revisión demandadas, Gases de la Guajira S. A. debió retener el impuesto de timbre sobre los documentos de aceptación de las ofertas mercantiles que Energía Eficiente S. A. le dirigió, entre diciembre de 2006 y diciembre 2007 (...) Las pruebas aportadas al expediente muestran que las ofertas (...) tuvieron como objeto la compra venta de gas natural regulado a la empresa demandante y que respecto de ellas se expidieron las órdenes de compra y facturas (...) Conforme a las condiciones (...) constitutivas de ley para las partes de las ofertas mercantiles (...) Gases de la Guajira S. A. E. S. P. expidió órdenes de compra respecto de cada una de ellas, las cuales utilizaron un mismo modelo diferenciado exclusivamente por el número de cada oferta (...) Como se advierte (...) cuatro de dichas órdenes datan de fechas **posteriores** a las ofertas que aceptan, de manera que no se trata de documentos anteriores que hagan inoperante la exención. La misma conclusión se tiene respec-

to de la orden de compra 1-059133, pues data del mismo día en que se formuló la oferta a la que refiere (...), sin que por ello pueda afirmarse que corresponda a un momento anterior al de la formulación de la oferta, máxime que tampoco obra prueba en tal sentido. Por lo demás, se trata de “órdenes de compra simples” que, además de corresponder con la forma prevista en los términos y condiciones de las ofertas que aceptan, se ajustan a los parámetros de contenido requeridos para dar cuenta fiel de la “aceptación de la oferta” (...) De esta manera, considera la Sala que las órdenes de compra expedidas por la demandante pueden tenerse como documentos de aceptación de las ofertas mercantiles que le presentó Energía Eficiente S. A. E. S. P. y, en esa medida, permiten que se configure el presupuesto de la exención establecida en el numeral 52 del artículo 530 del ET. En cuanto a las facturas cambiarias de compra venta expedidas con posterioridad a las ofertas y a las órdenes de compra, la Sala no puede reconocerles un alcance distinto al que impone el artículo 772 del C. de Co. vigente a la expedición de las mismas, es decir, la de ser títulos valores que Energía Eficiente S. A. E. S. P., como vendedora de los productos objeto de las ofertas mercantiles, libró y entregó a Gases de la Guajira S. A., como compradora de dichos bienes, para demostrar la venta efectiva y la entrega material de los mismos a la compradora. (...) Así pues y contrario a lo alegado por la

Administración, las facturas cambiarias de compraventa anexadas al expediente no pueden tenerse como documentos de aceptación separados de las ofertas mercantiles (...) sino como pruebas fidedignas del negocio de compra venta de los bienes ofrecidos, pues, al tenor del artículo 773 del C. de Co., invocados en los numeral 6.2 de las respectivas ofertas, una vez el comprador acepta la factura cambiaria se considera, frente a terceros de buena fe exenta

de culpa, que el contrato de compraventa ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el respectivo título. Con fundamento en lo anterior, se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se anularán los actos demandados, por haberse desvirtuado la presunción de legalidad que los ampara. A título de restablecimiento del derecho, se declarará la firmeza de las declaraciones privadas modificadas por dichos actos”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 14 de noviembre de 2019, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 44001-23-31-000-2011-00073-01 \(21084\).](#)

2. La Sala precisó los elementos esenciales del impuesto social a las municiones y explosivos, así como el alcance jurídico de las facturas de recaudo expedidas por INDUMIL.

Síntesis del caso: *Se negó la nulidad de las facturas mediante las cuales INDUMIL liquidó y cobró el impuesto social a las municiones y explosivos generado por las compras de explosivos efectuadas por un contribuyente. Lo anterior, porque la Sala concluyó que la liquidación del tributo se ajustó a la legalidad, dado que la tarifa del 20%, que se cobra ad valorem, se aplicó sobre el valor total de la transacción que configuró el hecho generador del impuesto. La Sala consideró que procedía el control de legalidad de las facturas expedidas por INDUMIL por dicho concepto, con anterioridad al 20 de junio de 2014, porque para ese momento no existía claridad sobre la entidad competente para administrar el tributo ni sobre los recursos procedentes contra los actos liquidatorios del mismo, situación que se superó con la Resolución 124 del 20 de junio de 2014, mediante la cual la DIAN designó las dependencias de la entidad encargadas de decidir los recursos contra tales actos. Por ende, se precisó que, a partir de dicha fecha, el acto administrativo de determinación del impuesto social a las municiones y explosivos susceptible de control judicial, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es el expedido por la DIAN con ocasión del pronunciamiento que le corresponde provocar al interesado.*

ADMINISTRACIÓN DE LOS IMPUESTOS SOCIALES A LAS ARMAS DE FUEGO Y A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS - Competencia de la DIAN / RECAUDO DE LOS IMPUESTOS SOCIALES A LAS ARMAS DE FUEGO Y A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS - Competencia de INDUMIL / FACTURA DE LOS IMPUESTOS SOCIALES A LAS ARMAS DE FUEGO Y A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS EXPEDIDA POR INDUMIL - Control de legalidad / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTOS DE DETERMINACIÓN DE LOS IMPUESTOS SOCIALES A LAS ARMAS DE FUEGO Y A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS - Acto demandable

Problema Jurídico 1: *¿Procede el control de legalidad de las facturas por medio de las cuales INDUMIL recaudó el impuesto social a las municiones y explosivos respecto de la parte actora?*

Tesis 1: “La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante providencia del 10 de febre-

ro de 2014 Rad. 2013-00381-00 declaró que la DIAN es la entidad competente para la administración de los impuestos sociales al porte de armas de fuego y a las municiones y explosivos, establecidos por el artículo 224 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 48 de la Ley 1438 de 2011, con excepción de la recaudación que le corresponde a INDUMIL. Con

fundamento en la anterior decisión, la DIAN mediante la Resolución 124 del 20 de junio de 2014 resolvió designar las dependencias oficiales encargadas de resolver los recursos en materia de los impuestos sociales al porte de armas de fuego y a las municiones y explosivos. Lo anterior para precisar que toda vez que para la fecha de expedición de los actos acusados (3 y 11 de diciembre de 2012), esto es, antes de la Resolución 124 del 20 de junio de 2014, no existía claridad respecto de la autoridad competente para la administración del tributo, ni mucho menos claridad respecto de los recursos procedentes contra la factura, la Sala conocerá sobre la legalidad de tales actos (...) Se precisa que a partir de la expedición de la Resolución 124 del 20 de junio de 2014, existe claridad respecto a la autoridad compe-

tente para resolver los recursos que se interpongan en contra de los actos administrativos que liquiden el impuesto, razón por la que a partir de tal fecha los contribuyentes deben acudir ante la DIAN y generar el acto susceptible de control judicial (...) De esta forma la Sala fija su posición en el sentido que a partir del 20 de junio de 2014, a efectos de discutir en sede judicial la determinación del impuesto social a las municiones y explosivos, el interesado debe provocar un pronunciamiento de la DIAN respecto de las cuantías cobradas a través de la factura. De modo que es contra estos actos administrativos de contenido tributario y no contra las facturas emitidas por INDUMIL que procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho”.

ELEMENTOS DEL IMPUESTO SOCIAL A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS – Fijación de su alcance concreto / IMPUESTO AD VALOREM - Definición y alcance / IMPUESTO SOCIAL A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS COMO TRIBUTADO AD VALOREM - Alcance / TRANSACCIONES CON EXPLOSIVOS - Requisitos / TRANSPORTE DE EXPLOSIVOS - Requisitos / TRANSACCIONES CON EXPLOSIVOS – Alcance / IMPUESTO SOCIAL A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS - Sujeto pasivo / IMPUESTO SOCIAL A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS - Tarifa / IMPUESTO SOCIAL A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS - Hecho generador / FACTURAS DE LIQUIDACIÓN Y COBRO DEL IMPUESTO SOCIAL A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS - Legalidad

Problema Jurídico 2: *¿Las facturas acusadas incurrieron en indebida motivación por ausencia de los elementos constitutivos del impuesto social a las municiones y explosivos?*

Tesis 2: “La Sala advierte, que respecto a los elementos del impuesto social a las municiones y explosivos, la Corte Constitucional se pronunció en las sentencias C-390 de 1996 y que posteriormente reiteró su posición en la Sentencia C-608 de 2012 (...) [S]i bien la Corte Constitucional realizó un análisis abstracto para determinar los elementos del tributo, la Sala procederá a realizar un análisis en concreto sobre ellos, conforme al artículo 48 de la Ley 1438 de 2011 (...) Para el caso del impuesto social a las municiones y explosivos, tal como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia C-390 de 1996, la tarifa aplicable es del 20% que se cobrará como un impuesto *ad valorem* de acuerdo al artículo 48 de la Ley 1438 de 2011 (...) [L]os impuestos *ad valorem* son tributos que recaen sobre un producto o servicio gravado, y la cuantía se calcula de acuerdo con un porcentaje que recae sobre el hecho gravable (...) De acuerdo con la definición de cobro (...), se parte de la existencia de una transacción, sobre la que se persigue el pago de una deuda. En el caso de los impuestos *ad valorem*, el tributo recae sobre una transacción, que para el caso de los ex-

plosivos, la transacción se encuentra compuesta por varios elementos (...) En el presente caso, la actora presentó ante INDUMIL una solicitud de transacción con explosivos, la que de acuerdo al artículo 11 del Decreto 1809 de 1994 debe cumplir con los siguientes requisitos (...) Según la norma transcrita, la transacción no se realiza únicamente del producto explosivo, sino que incluye los accesorios y la designación de una persona para el control de su empleo. Además, como los explosivos se consideran un material peligroso, para su transporte, el artículo 18 del Decreto 1809 de 1994 contempla (...) Según lo expuesto, para que la transacción sobre explosivos se concrete, se requiere de un servicio de escolta para el transporte autorizado, que incluye tanto los explosivos como sus accesorios. En consecuencia, la transacción que se realice sobre explosivos no puede realizarse únicamente de un material explosivo, sino que se requiere que sea vendido de manera conjunta, con los accesorios, el servicio de escolta, la persona designada para su control y demás elementos que integran la transacción, por lo que el impuesto *ad valorem* a los explosivos recae sobre el valor económico de los elementos gravados (...) La Sala advierte, que el impuesto bajo análisis al ser cobrado *ad valorem*, determinó que la tarifa del 20% recae sobre una transacción, por lo que en el caso del impuesto social a las mu-

niciones y explosivos, el sujeto pasivo es el que paga por las municiones o los explosivos y el hecho generador, la transacción de las municiones o explosivos, que en el presente caso es la compra venta de dichos productos, de acuerdo a lo establecido por el legislador. En el presente caso, la actora adquirió explosivos de INDUMIL, por lo que en la factura 2882710 se calculó el valor total del producto vendido en \$20.028.000 y se aplicó la tarifa del 20% del artículo 48 de la Ley 1438 de 2011, por lo que se

determinó como impuesto social a la municiones y explosivos \$4.005.600, cumpliendo con lo establecido en la norma enunciada. De la misma manera, la demandada expidió la factura 2882724 en la que se calculó el total del precio del producto en \$751.156.900 y se aplicó el 20% en \$150.231.380 de impuesto social a las municiones y explosivos, por lo que no se evidencia violación a la norma analizada, ya la transacción incluyó en legal forma el valor económico de los elementos gravados”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de octubre de 2019, C. P. Milton Chaves García, radicación: 20001-23-33-000-2013-00300-01 \(22081\).](#)

Aclaración de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto

FACTURA DE LIQUIDACIÓN Y COBRO DEL IMPUESTO SOCIAL A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS - Naturaleza jurídica / FACTURA DE LIQUIDACIÓN Y COBRO DEL IMPUESTO SOCIAL A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS - Control de legalidad

Tesis: “[M]i desacuerdo con la posición asumida por la Sala radica en la asimilación a actos administrativos otorgada a las facturas mediante las cuales se liquidó el impuesto social a las municiones y explosivos. Considero que dichas facturas no constituyen actos administrativos que creen, modifiquen o extingan una situación jurídica particular, toda vez que, a mi juicio, su naturaleza es simplemente informativa, dado que refleja una tarifa que por expresa disposición del legislador se aplica a la compraventa de

materiales explosivos. Además, fueron expedidas por una entidad que solo recauda el tributo y no tiene la administración del mismo. No obstante, acogiendo la posición mayoritaria de la Sala, y solo frente a los actos expedidos con anterioridad a la Resolución DIAN 124 del 20 de junio de 2014, se debe abordar su estudio por parte de la jurisdicción, sin que ello implique por sí el reconocimiento de las facturas como actos administrativos”

Aclaración de voto del consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

NATURALEZA JURÍDICA Y CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS FACTURAS DEL IMPUESTO SOCIAL A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS EXPEDIDAS POR INDUMIL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA FACTURAS DEL IMPUESTO SOCIAL A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS EXPEDIDAS POR INDUMIL - Ineptitud sustantiva de la demanda. Falta de legitimación en la causa por pasiva de INDUMIL e inexistencia de acto administrativo de contenido tributario controlable ante la jurisdicción / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA FACTURAS DEL IMPUESTO SOCIAL A LAS MUNICIONES Y EXPLOSIVOS EXPEDIDAS POR INDUMIL - Procedencia en el caso concreto para evitar un fallo inhibitorio en aras de salvaguardar la tutela judicial efectiva / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE INTERPOSICIÓN Y DECISIÓN DE LOS RECURSOS LEGALMENTE OBLIGATORIOS O AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA - Improcedencia en el caso concreto / DEFINICIONES DE PÁGINAS DE INTERNET - Alcance para fines judiciales

Tesis: “[E]n el proceso en el cual se dictó sentencia no solo estuvo mal convocado en el extremo pasivo al dirigirse contra entidades distintas a la DIAN, sino que, además, los documentos sobre los cuales recae la acusación (i.e. las facturas comerciales emitidas por Indumil) no son, de ninguna forma,

actos administrativos sobre los cuales resulte posible adelantar un control judicial. 11- Aunque estimo que el proceso estaba afectado por una ineptitud sustantiva de la demanda, comparto el esfuerzo hecho por la Sala para evitar incurrir en un fallo inhibitorio en aras de salvaguardar la tutela

judicial efectiva. Por eso, acompaño lo decidido en la sentencia, aunque insisto, por vía de esta aclaración, en que el derecho positivo, desde siempre, brindó cauces para que aquellos que soportaron el pago del impuesto que estimaban excesivo o indebido, plantearan sus reclamaciones a la Administración. 12- Aun así, no concuerdo con las alusiones que se hacen en el acápite de las consideraciones de la sentencia titulado «cuestión previa», en el sentido de que con fundamento en el artículo 161 del CPACA no se requiere que el demandante haya ejercido los recursos obligatorios, para demandar directamente, cuando «las autoridades administrativas no hubieran dado la oportunidad de interponer los recursos procedentes». Lo anterior, porque en el caso juzgado no es que la Administración no le haya dado la oportunidad al demandante, sino que llanamente antes de interponer la demanda nunca se acercó a la autoridad para plantear formalmente su reclamación, circunstancia que se evidencia en el recuento de los antecedentes administrativos que se hace en la senten-

cia. 13- De otra parte, puestos a resolver los cargos de apelación, comparto el juicio de que, de conformidad con las previsiones del artículo 3.º del Decreto 2222 de 1993, todos los bienes adquiridos por la demandante tienen la calificación jurídica de explosivos. Sin embargo, aclaro que no estoy de acuerdo con aquellos apartes de la providencia en los que se emplean definiciones ajenas al mundo del derecho, procedentes de textos consultados en internet, para dejar sentado qué son las emulsiones. Con mayor razón me aparto de esa técnica de análisis cuando se le emplea en la sentencia para interpretar el sentido posible de la expresión «cobraré», incluida en el artículo 48 de la Ley 1438 de 2011, pues se trata de un concepto jurídico relativo a la estructura indirecta del hecho imponible del tributo que nos ocupa y como tal debe ser interpretado, y no acudiendo a una efímera definición gramatical consultada un año antes de la sentencia en la página web de una entidad que ni si quiera es una autoridad idiomática reconocida, como es el caso de <https://definiciona.com>”.

3. Se precisan los lineamientos del régimen tributario especial de las entidades sin ánimo de lucro.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad de algunos apartes del artículo 2 del Decreto 2150 de 2017, que sustituyó parcialmente el Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en materia Tributaria. La Sala declaró ajustados a derecho los apartes acusados del parágrafo del artículo 1.2.1.5.1.20, relativos a la inclusión en el cálculo del beneficio neto o excedente de los ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional, en razón de que el artículo 357 del E.T., que determina los factores relevantes que componen la base imponible del tributo, prevé que para calcularlo se tienen en cuenta los ingresos y egresos, de cualquier naturaleza, realizados por la entidad, que guarden relación de causalidad con su objeto social. Por las mismas razones, declaró la legalidad condicionada del parágrafo 4 del artículo 1.2.1.5.1.24 y del ordinal 2.6 del artículo 1.2.1.5.1.36 del Decreto 1625 de 2016, incorporados por el Decreto 2150 de 2017, bajo el entendido de que se grava con la tarifa del 20% el mayor beneficio neto o excedente originado en el egreso rechazado por improcedente. Además, se anuló parcialmente el inciso 1 del artículo 1.2.1.5.1.22 del Decreto 1625 de 2016, en cuanto excluyó de la fórmula para determinar el beneficio neto las inversiones susceptibles de ser depreciadas o amortizadas y aquellas cuya duración es inferior a un año, por contravenir el citado artículo 357 del ET, que no establece esa limitante. Finalmente, se anularon los ordinales 2, 3 y 4 del artículo 1.2.1.5.1.44 del Decreto 1625 de 2016, por exceso de la potestad reglamentaria del Ejecutivo al plantear causales de exclusión del régimen tributario especial no previstas en la ley.*

BENEFICIO NETO O EXCEDENTE - Determinación / DETERMINACIÓN DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE - Ingresos que se incluyen / SISTEMA ORDINARIO DE DEPURACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - No extensión automática a los sujetos pasivos del régimen tributario especial del mismo impuesto / SUJECCIÓN PASIVA Y CUANTIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA DE LOS CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL – Normativa aplicable / INCLUSIÓN DE INGRESOS NO CONSTITUTIVOS DE RENTA NI DE GANANCIA OCASIONAL EN LA DETERMINA-

CIÓN DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE DE LOS CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL – Legalidad

Problema Jurídico 1: *¿El Ejecutivo excedió la potestad reglamentaria al establecer que los ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional hacen parte de la determinación del beneficio neto o excedente de los contribuyentes del régimen tributario especial?*

Tesis 1: “Respecto del aparte del artículo 2.º del Decreto 2150 de 2017 que sustituyó el parágrafo del artículo 1.2.1.5.1.20 del DURT [...] la Sala juzga que la disposición legal cuyo contenido reglamenta la norma censurada, y que al mismo tiempo configura su parámetro de legalidad, es el artículo 357 del ET que determina los factores relevantes que componen la base imponible del tributo. En los términos de esa específica norma de orden superior, los ingresos que se deben tener en cuenta para efectos de la determinación del beneficio neto o excedente, son todos aquellos que, sin perjuicio de «su naturaleza», fueron percibidos por la entidad respectiva a lo largo del periodo gravable. Sin embargo, valga agregar que, a voces del artículo 17 del Decreto 187 de 1975 (compilado en el artículo 1.2.1.7.1 del DURT), por la naturaleza del impuesto sobre la renta, solo los ingresos que tienen la vocación de generar un incremento neto en el patrimonio del contribuyente son objeto de gravamen. Del artículo 357 bajo análisis, la Sala advierte que el legislador no realizó distinción alguna en relación con los ingresos que deban ser considerados para la determinación del beneficio neto o exce-

dente de los contribuyentes el régimen tributario especial del impuesto sobre la renta. De manera que, todos los ingresos tributarios (artículo 1.2.1.7.1 del DURT) devengados contablemente en el período gravable, son un factor positivo que aumenta el beneficio neto o excedente fijado por la ley en el artículo 357 del ET, lo cual incluye, para efectos de este régimen especial del impuesto sobre la renta, los ingresos tributarios que el Congreso por política fiscal haya desgravado o definido como ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional para los contribuyentes del régimen ordinario del impuesto sobre la renta. La anterior conclusión, excluye la interpretación expuesta por el demandante, según la cual el régimen propio de los contribuyentes pertenecientes al sistema ordinario de depuración del impuesto resulta extensivo de forma automática a los sujetos pasivos del régimen tributario especial del mismo impuesto. Sobre el particular, ha de recordarse que, salvo excepciones o limitaciones realizadas por el mismo legislador, las normas que determinan la sujeción pasiva y cuantificación de la obligación tributaria para el caso de estos últimos contribuyentes son las previstas en los artículos 356 y siguientes del ET. Por lo expuesto, el aparte acusado no contraviene las normas superiores en que debió fundarse, particularmente el artículo 357 del ET. Se confirma la legalidad, por los cargos analizados, del artículo 2.º del Decreto 2150 de 2017 que sustituyó el parágrafo del artículo 1.2.1.5.1.20 del DURT”.

BENEFICIO NETO O EXCEDENTE DE CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL - Determinación / DETERMINACIÓN DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE - Egresos improcedentes / IMPROCEDENCIA DE EGRESOS EN LA DETERMINACIÓN DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE DE LOS CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL - Efectos jurídicos / IMPUESTO SOBRE LA RENTA SOBRE EL MAYOR VALOR DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE RESULTADO DEL EGRESO RECHAZADO POR IMPROCEDENTE - Procedencia. Legalidad condicionada del parágrafo 4 del artículo 1.2.1.5.1.24 y del aparte acusado del ordinal 2.6 del artículo 1.2.1.5.1.36 del Decreto 1625 de 2016 / IMPUESTO SOBRE LA RENTA SOBRE EL MAYOR VALOR DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE RESULTADO DEL EGRESO RECHAZADO POR IMPROCEDENTE - Tarifa

Problema Jurídico 2: *¿El Ejecutivo excedió la potestad reglamentaria al someter los egresos no procedentes a imposición, bajo la tarifa del 20%?*

Tesis 2: “[L]a Sala encuentra que las disposiciones demandadas no desconocen el mandato previsto en el artículo 357 *ibidem*, bajo el entendido de que el Ejecutivo no dispuso de factores distintos a los que

puedan llegar a adquirir la connotación de ingreso o egreso como determinantes para el cálculo del beneficio. Sobre el particular, cabe aclarar que la Sala arriba a la anterior conclusión partiendo de la base que el egreso calificado como improcedente no podrá tenerse en cuenta como un factor positivo adicional que aumenta la cuantía de la base imponible o

que directamente pueda someterse a imposición como una especie de renta líquida gravable especial, puesto que una vez se determina que no cumple con los requisitos de causalidad requeridos, solo podrá excluirse del cálculo del excedente o beneficio neto. Ahora bien, dicha exclusión o rechazo del egreso improcedente genera de manera forzosa un mayor valor de beneficio neto o excedente que efectivamente estará sometido a imposición a la tarifa del 20% prevista para el régimen tributario especial. Por lo anterior, sobre esta cuestión particular, la Sala

procede a declarar una legalidad condicionada, en el sentido de determinar la interpretación de la norma acusada que se ajusta al ordenamiento jurídico entre todas las posibles. Se precisa por tanto que las normas acusadas indican que lo sometido a imposición a la tarifa del 20% es el mayor valor del beneficio neto o excedente resultado del egreso rechazado por improcedente. En los anteriores términos, la Sala decreta la legalidad condicionada del parágrafo 4.º del artículo 1.2.1.5.1.24 y del aparte acusado del ordinal 2.6 del artículo 1.2.1.5.1.36 del DURT”.

EGRESOS PROCEDENTES EN LA DETERMINACIÓN DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE DE LOS CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL - Inversiones procedentes / EGRESOS PROCEDENTES EN LA DETERMINACIÓN DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE DE LOS CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL - Ilegalidad de la limitación de inversiones por el carácter depreciable o amortizable del activo objeto de la inversión y por el término de duración de la misma. Exceso de potestad reglamentaria / DETRACCIÓN DE INVERSIONES SOBRE ACTIVOS DEPRECIABLES O AMORTIZABLES DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE DE LOS CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL – Procedencia y alcance / ARTÍCULO 1.2.1.5.1.22 INCISO 1 DECRETO 1625 DE 2016 - Objeto / CONTROL DE LEGALIDAD DEL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 1.2.1.5.1.22 DEL DECRETO 1625 DE 2016 - Anulación parcial

Problema Jurídico 3: *¿El Ejecutivo excedió la potestad reglamentaria al limitar las inversiones que fungen como egresos en la determinación del beneficio neto o excedente de los contribuyentes del régimen tributario especial?*

Tesis 3: “Para la Sala, el artículo 357 del ET no plantea requisitos o condicionantes relativos al carácter depreciable o la amortización del activo objeto de la inversión o la duración de esta, para que califique como erogación que aminora el beneficio neto o excedente. Habida cuenta de esa consideración, cuando la disposición acusada condiciona la detracción de inversiones, para la determinación del beneficio neto o excedente, a que sean depreciables o amortizables, está introduciendo un requisito o limitación no prevista en la norma superior y, además, regulando un aspecto que excede el marco de competencia del Ejecutivo. Lo anterior no implica de ninguna manera que los contribuyentes que realicen inversiones, cuya naturaleza permite aplicar deméritos por depreciación o amortización, puedan aminorar del cálculo del beneficio neto o excedente dos veces la misma erogación, esto es, tanto el valor cancelado por la realización de la inversión como la alícuota de depreciación o amortización respectiva. De hecho, la Sala advierte que la disposición acusa-

da no tiene por objeto regular la realización fiscal o el año gravable de imputación del egreso, sino que está reglamentando los activos susceptibles de constituir una inversión que califique como egreso a efectos de disminuir el beneficio neto o excedente. Con todo, el aparte de la disposición analizado no es el único que adolece del vicio en comento. La extralimitación referenciada también se predica del mandato de la norma reglamentaria que impone un criterio temporal de la inversión no incluido en el artículo 357 *supra*. Así, la disposición acusada establece que las «inversiones tendrán que ser como mínimo superiores a un (1) año». Al respecto, observa la Sala que el referido artículo 357 del ET no plantea requisito alguno referido al tiempo mínimo de duración de la inversión para que compute como egreso y aminore el beneficio neto o excedente del contribuyente. Para tales efectos, el requisito que establece la referida norma legal está enfocado a que la inversión debe efectuarse en «cumplimiento de su objeto social de conformidad con lo dispuesto en este Título». Por lo anterior, la Sala considera que la exigencia de un criterio temporal de las inversiones constitutivas de egreso desborda el contenido normativo de la norma reglamentada (*i.e.* 357 *ibidem*). Consecuentemente, se declarará la nulidad parcial del inciso 1.º del ar-

título 1.2.1.5.1.22 del DURT, adicionado por el Decreto 2150 de 2017. Al respecto, observa la Sala que si bien la pretensión, y la fijación del litigio, tuvo por objeto la totalidad del inciso 1.º del artículo 1.2.1.5.1.22 del DURT, el concepto de violación expuesto no cuestionó la legalidad de la toda la norma incorporada en el inciso. La demandante no cuestionó la legalidad del requisito relativo a que la inversión genere «rendimientos para el desarrollo de la activi-

dad meritoria de los contribuyentes a que se refiere el artículo 1.2.1.5.1.2. de este Decreto». Por lo anterior, la Sala declara la nulidad parcial de la norma acusada y queda vigente el siguiente texto: Artículo 1.2.1.5.1.22. Inversiones. Se entenderán por inversiones aquellas dirigidas al fortalecimiento del patrimonio y que generan rendimientos para el desarrollo de la actividad meritoria de los contribuyentes a que se refiere el artículo 1.2.1.5.1.2. de este Decreto”.

RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PARA ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO - Causales de exclusión o pérdida de la calidad de sujeto pasivo / REGULACIÓN DE LA SUJECIÓN PASIVA TRIBUTARIA - Reserva de ley. Competencia exclusiva del legislador / DETERMINACIÓN DE LA SUJECIÓN PASIVA AL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL A TRAVÉS DE REGLAMENTO - Ilegalidad. Exceso de potestad reglamentaria / CAUSALES DE EXCLUSIÓN O PÉRDIDA DE LA CALIDAD DE SUJETO PASIVO DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL MEDIANTE REGLAMENTO - Ilegalidad de los ordinales 2, 3 y 4 del artículo 1.2.1.5.1.44 del Decreto 1625 de 2016

Problema Jurídico 4: *¿El Ejecutivo excedió la potestad reglamentaria al fijar causales de exclusión o pérdida del régimen tributario especial para las entidades sin ánimo de lucro?*

Tesis 4: “Considera la Sala que el artículo 364-3 del ET establece unas causales que determinan el cambio de sujeción pasiva de los contribuyentes. Dicho artículo establece los supuestos de hecho por los cuales un contribuyente del régimen tributario especial se excluye de tal régimen, para quedar sometidos, asimilados a una sociedad comercial, al régimen ordinario del impuesto sobre la renta. Sin embargo, destaca la Sala que la regulación de la sujeción pasiva a los impuestos, como elemento del hecho generador, es una materia reservada a la competencia del legislador, de conformidad con los artículos 150, ordinal 12, y 338 de la Constitución, razón por la que el reglamento acusado no podía contemplar causales que llevaran a modificar la su-

jeción pasiva de las entidades pertenecientes al régimen tributario especial. Bajo ese contexto, para la Sala es claro que el Ejecutivo excedió los límites propios de su potestad reglamentaria, en la medida en que se arrogó la facultad de determinar quiénes pueden conservar la calidad de sujeto pasivo del impuesto sobre la renta bajo las prerrogativas del régimen. Dicha materia, en los términos expuestos, es un asunto reservado a la competencia del Congreso, de conformidad con el artículo 338 de la Constitución, de modo que el Ejecutivo no tiene competencia, en ejercicio de la referida potestad, para modificar o adicionar los supuestos de sujeción al régimen especial u ordinario del impuesto sobre la renta. Así, la Sala accede a las pretensiones en relación con la norma demandada y, por consiguiente, decretará la nulidad del aparte del Decreto 2150 de 2017 que añadió al artículo 1.2.1.5.1.44 del DURT los ordinales 2.º, 3.º y 4.º”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 4 de diciembre de 2019, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2018-00025-00 \(23781\).](#)

4. Se precisa el alcance y los efectos jurídicos del régimen de transparencia fiscal en el marco de los contratos de fiducia mercantil.

Síntesis del caso: *Se anuló, solo en cuanto al monto de la sanción por inexactitud, la liquidación oficial de revisión por la que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios que por el año gravable 2008 presentó un contribuyente, en el sentido de adicionar ingresos por la enajenación de derechos fiduciarios, rechazar deducciones por la pérdida generada por dicha enajenación, así como por los ajustes por inflación originados en la misma operación y en la venta de acciones, determinar el saldo a pagar e imponer sanción por inexactitud. La Sala mantuvo la legalidad del acto acusado porque, en síntesis, concluyó que la procedencia de las deducciones no se encontraba amparada por la normativa vigente para la época de los hechos, en consideración de los efectos que proyecta el principio de transparencia fiscal y por la derogatoria de los ajustes integrales por inflación ocurrida en el año 2006.*

VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS - Tratamiento fiscal en el impuesto sobre la renta / RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Marco jurídico / RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Efectos jurídicos de la cesión de derechos fiduciarios / DEDUCCIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE PÉRDIDA POR ENAJENACIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS REPRESENTATIVOS DE ACCIONES POSEIDAS POR MÁS DE DOS AÑOS - Improcedencia / CESIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS REPRESENTATIVOS DE ACCIONES APORTADAS A PATRIMONIOS AUTÓNOMOS Y POSEIDAS POR MÁS DE DOS AÑOS – Configuración del hecho generador del impuesto a las ganancias ocasionales

Problema Jurídico: *¿Es deducible del impuesto sobre la renta la pérdida originada en la enajenación de derechos fiduciarios que tienen por subyacente acciones poseídas por más de dos años y que fueron aportadas por el demandante, como fideicomitente, a patrimonios autónomos?*

Tesis: “[L]a posición actual de la Sala es la de que se le atribuye a la venta de derechos fiduciarios el tratamiento fiscal previsto para la venta de las acciones subyacentes en el patrimonio autónomo, sin que ello obedezca a una recharacterización negocial propia de la doctrina del fraude a la ley. Esa conclusión, acerca de que en el impuesto sobre la renta y complementarios los derechos fiduciarios del fideicomitente aportante conservan las características y las condiciones tributarias de los activos aportados, como son el tiempo de posesión y la naturaleza fiscal, tiene fundamento en la regulación tributaria con la que contaba la fiducia mercantil en el impuesto sobre la renta para la época de los hechos (...) Dada la existencia del conjunto de normas dispuestas en los artículos 102 y 271-1 del ET, que establecen las consecuencias tributarias de la fiducia mercantil, bajo un enfoque de transparencia, la Sala reitera para el caso *sub judice* la decisión adoptada en las sentencias del 25 de julio de 2019 (exp. 21703, CP: Stella Jeannette

Carvajal Basto) y del 14 de agosto de 2019 (exp. 23513, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto), al tiempo que descarta la aplicación del derecho propuesta por la demandante que, de manera expresa, se funda en negar los efectos propios del régimen de transparencia fiscal que adoptó el ordenamiento tributario con las reformas introducidas por la Ley 223 de 1995. Para la Sala, con ocasión de la constitución de un patrimonio autónomo por cuenta de un contrato de fiducia mercantil, tiene lugar un cambio en la composición del patrimonio del fideicomitente aportante, consistente en la sustitución del activo aportado por unos derechos fiduciarios que conservan el costo fiscal y características de aquel. Así, en el ámbito del impuesto sobre la renta los derechos fiduciarios son representativos de los activos subyacentes y, por ello, tienen la calidad y condiciones tributarias de los activos aportados. Consecuentemente, para el caso enjuiciado, la Sala tiene en consideración que en el impuesto sobre la renta y complementarios los derechos fiduciarios del fideicomitente aportante son representativos de las acciones aportadas al patrimonio autónomo. De modo que el aporte en especie no constituye una enajenación a efectos del citado impuesto y el fideicomitente conserva el tiempo de posesión de las acciones que poseyó

desde la adquisición de estas y hasta la enajenación de los derechos fiduciarios que recibió por el aporte de las acciones al patrimonio autónomo. De modo que el titular de los derechos fiduciarios conserva, a través de estos, las características y condiciones tributarias de los activos aportados, como son el tiempo de posesión y la naturaleza fiscal (...) Del acervo probatorio, consta la Sala que la pérdida solicitada por la demandante como deducible en la determinación de la renta líquida se originó en la cesión de los referidos derechos fiduciarios, al haber sido enajenados por un precio inferior a su costo fiscal, y no, como lo argumenta la autoridad tributaria, que la misma corresponda al resultado financiero de la operación de los patrimonios autónomos, esto es, que la pérdida se haya originado directamente en los fideicomisos de administración e inversión. 4.5- Destaca la Sala que los derechos fiduciarios fueron recibidos por la actora, como consecuencia de unas acciones aportadas a los patrimonios autónomos, constituidos el 09 de julio de 2008. A su vez, dichas acciones correspondían a activos fijos poseídos por más de dos años por la demandante, desde antes de

ser aportadas a los referidos patrimonios autónomos. Según lo expuesto en los fundamentos jurídicos 4.3 y 4.4 de la presente providencia, la Sala considera que la cesión de los derechos fiduciarios efectuada por la demandante, en virtud del régimen de transparencia fiscal de la fiducia mercantil, tiene los efectos tributarios propios de la cesión o venta de las acciones subyacentes a tales derechos fiduciarios, las cuales correspondían a activos fijos poseídos por más de dos años por la demandante, tomando en cuenta el período de tiempo transcurrido desde la adquisición de las acciones hasta la fecha de enajenación de los derechos fiduciarios. En consecuencia, la cesión de los derechos fiduciarios, representativos de las acciones aportadas a los patrimonios autónomos realiza el hecho generador del impuesto a las ganancias ocasionales, previsto en el artículo 300 del ET, de modo que la pérdida originada en dicha enajenación no tiene efectos en el impuesto sobre la renta, razón por la que a su vez no constituye una deducción en el sistema de depuración de la renta líquida de tal impuesto”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 14 de noviembre de 2019, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 15001-23-33-000-2013-00508-00 \(22093\).](#)

Salvamento de voto parcial del consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez

SANCIÓN POR INEXACTITUD POR INCLUSIÓN EN LA DECLARACIÓN DE RENTA DE DEDUCCIÓN POR PÉRDIDA GENERADA EN LA ENAJENACIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS - Improcedencia. No procede la sanción porque la interpretación sobre el derecho aplicable realizada por el contribuyente es razonable, aunque no avalada por la Sala, en la medida en que se fundamentó en antiguos precedentes de la Sección

Tesis: “[A] mi juicio no es procedente la imposición de la sanción por inexactitud respecto de la inclusión de la deducción por la pérdida generada en la enajenación de derechos fiduciarios, por las siguientes razones: 3.1 El demandante advirtió que la jurisprudencia de la Sección tenía la tesis de que en los contratos de fiducia mercantil no cabe reconocerle a los derechos fiduciarios las connotaciones fiscales atribuibles a los activos subyacentes en el patrimonio autónomo. En efecto, esta Sección en las sentencias del 13 de septiembre de 2007 (exp. 15275, CP: Ligia López Díaz) y del 13 de agosto de 2009 (exp. 16510, CP: William Giraldo Giraldo), interpretó que los derechos fiduciarios eran activos distintos a las acciones subyacentes a los mismos. Como lo advierte la Sentencia con esas decisiones “correspondería acceder a las pretensiones de la demanda según las cuales no

resultan aplicables las restricciones tributarias previstas para la venta de acciones en el artículo 153 del ET, pues los activos transmitidos fueron derechos fiduciarios, que no acciones de sociedades.” Pero, atendiendo a providencias recientes con una tesis diferente a la tradicional, decidió negar los cargos, 3.2 No se puede desconocer que la actuación de la contribuyente, en el caso concreto, se fundamentó en diferentes pronunciamientos de esta Sección, que en su momento sustentaron la interpretación hecha por la parte actora, tesis, que posteriormente se precisó y que se reitera en esta oportunidad. Por esto, la interpretación sobre el derecho aplicable realizada por la demandante es razonable, aunque no avalada por esta Sala, en la medida en que se fundamentó en antiguos precedentes de esta Sección”.

5. Se fijan los criterios jurisprudenciales para determinar cuándo procede la inclusión de los dividendos percibidos por personas naturales en la base gravable del impuesto de industria y comercio.

Síntesis del caso: *Se anularon parcialmente los actos administrativos mediante los cuales la Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá sancionó a una persona natural no por presentar las declaraciones del impuesto de industria y comercio de ciertos periodos gravables. La Sala consideró que procedía la sanción porque se probó que, en su condición de rentista de capital, el demandante estaba obligado a declarar el ICA respecto de los ingresos que recibió con ocasión del ejercicio habitual de la actividad comercial consistente en la negociación a título oneroso de partes de interés, cuotas o acciones. No obstante, la Sala declaró la ilegalidad parcial de los actos acusados, porque no guardan coherencia ni se ajustan al acto de determinación oficial del tributo, toda vez que liquidaron la sanción por no declarar respecto de unos periodos con una base de ingresos brutos diferente a la que se tuvo en cuenta en las liquidaciones de aforo correspondientes a los mismos periodos. En consecuencia, se modificó la base de la sanción, para ajustarla a la base gravable del ICA, con la que debe coincidir.*

DIVIDENDOS PARA EFECTOS DE ICA EN LAS PERSONAS NATURALES - Criterios para determinar su inclusión o exclusión de la base gravable. Aplicabilidad del análisis efectuado por la Sección respecto de las personas jurídicas / ACTIVIDAD ECONÓMICA HABITUAL DE LA PERSONA NATURAL PARA EFECTOS DEL ICA - Prueba / ACTIVIDAD ECONÓMICA HABITUAL DE LA PERSONA NATURAL PARA EFECTOS DEL ICA - Determinación y alcance. Análisis de la realidad de los negocios para establecer la calidad de sujeto pasivo del tributo

Problema Jurídico: *¿Cuál es el tratamiento tributario para efectos del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros ICA de la percepción de dividendos derivados de la negociación de acciones y/o participaciones societarias por parte de las personas naturales?*

Tesis: “En relación con la negociación de acciones o participaciones societarias en las personas jurídicas, para efectos de la inclusión o exclusión de la base gravable de ICA, la Sala, en reciente pronunciamiento, analizó los criterios a los que ha acudido la Sección en relación con el tratamiento tributario para efectos del ICA en la compra y venta de acciones y, la percepción de dividendos (...) 1.6 El análisis realizado en el caso de las personas jurídicas aplica para las personas naturales, de manera que, el hecho de ejercer la actividad económica de manera “habitual y profesional”, es determinante para definir si la persona natural, por tal hecho, efectúa actividad comercial y, por ende, los ingresos que esta actividad le reporta están gravados con ICA. Esto guarda consonancia con lo previsto en el artículo 10 del Código de Comercio, conforme con el cual, “[s]on comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles”. Y

con el artículo 11 del mismo ordenamiento, que dispone que “[l]as personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes”. 1.7 Si bien, en las personas naturales no se puede acudir al giro ordinario de los negocios, porque este se predica de las personas jurídicas, es posible verificar, a efectos de determinar su actividad económica habitual, aquella reportada en el RUT o en el registro tributario que se haya adoptado en el ente territorial. Con la salvedad, claro está, que al igual que ocurre en las personas jurídicas, esa actividad económica reportada en el RUT puede ser una de las tantas que se ejecuta en la realidad. Realidad que, se reitera, es la que se debe consultar para efectos de determinar la calidad de sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio. 1.8 De esta manera, el RUT o el registro tributario, según el caso, constituye uno de los medios de prueba con los que cuenta tanto la administración como el contribuyente para acreditar el ejercicio habitual y profesional de los actos y operaciones consideradas como mercantiles en la legislación Colombiana. 1.9 Conforme con lo expuesto, se concluye que si una persona natural recibe a título gratuito por un acto esporádico o invierte ocasionalmente en una sociedad comercial, y en tal virtud adquiere el carácter de asociado, los

dividendos derivados de la negociación de acciones o participaciones societarias no hacen parte de la base gravable del ICA, porque no se puede considerar que en estas condiciones ejerce una actividad comercial. 1.10 Por el contrario, si la persona natural ejerce la actividad comercial de negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones, de manera "habitual y profesional", adquiere la connotación de comerciante y, por ende, los dividendos derivados de dicha actividad hacen parte de la base gravable del ICA, a menos, claro está, que el contribuyente pruebe que procede su exclusión en los términos previstos en el artículo 42 del Decreto 252 de 2002, porque se trata de actividades exentas y no sujetas, devoluciones, rebajas y descuentos, exportaciones y la venta de activos fijos. 1.11 Es oportuno reiterar que en criterio de la Sala, "cuando la interven-

ción como asociado en la constitución de sociedades se ejecuta de manera habitual y profesional, lo normalmente acostumbrado es que las acciones formen parte del activo movable de la empresa. Pero eso no obsta para que las acciones formen parte de su activo fijo. Lo relevante es que, en uno u otro caso, los dividendos que percibe quien ejecuta de manera habitual y profesional la intervención como asociado en la constitución de sociedad están gravados con el impuesto de industria y comercio. Solo los ingresos por la venta de bienes que constituyan activo fijo están exentos por disposición legal. Por lo tanto, no es pertinente aplicar esa regla de exención a los ingresos por dividendos de acciones que constituyan activo fijo para quien ejecuta de manera habitual y profesional la intervención como asociado en la constitución de sociedades".

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 2 de octubre de 2019, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 25000-23-37-000-2013-01537-01 \(23324\).](#)

SECCIÓN QUINTA

1. Se negó la solicitud de suspensión provisional del acto de elección de la directora general de la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía CORPORINOQUIA.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de la directora general de la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía CORPORINOQUIA para el período 2020-2023, solicitando igualmente la suspensión provisional del acto demandado, bajo la consideración de que la elegida no acreditó, dentro de los requisitos exigidos para el cargo, la experiencia específica en materia ambiental. La Sala negó la solicitud de suspensión, luego de concluir que no se demostró el vicio alegado por el demandante.*

SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Acto de elección de la directora general de la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía CORPORINOQUIA / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada la solicitud al no acreditar la falta de experiencia específica en materia ambiental

Problema Jurídico: *¿Es procedente la medida cautelar de suspensión provisional porque la demandada no acreditó el cumplimiento del requisito previsto en el literal c) del artículo 2.2.8.4.1.21 del Decreto 1076 de 2015, por cuanto dentro de los documentos aportados con la inscripción al proceso de selección no es el idóneo para demostrar experiencia específica en materia ambiental?*

Tesis: “La parte demandante sustentó la procedencia de la medida cautelar en el hecho que el acto enjuiciado, se encuentra viciado de nulidad por encontrarse inmersos en la causal de nulidad consagrada en el artículo 275.5 de la Ley 1437 de 2011, esto es, por elegir a “(...) candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad (...)”. Alega el accionante que la ingeniera Doris Bernal Cárdenas no acreditó el cumplimiento del requisito previsto en el literal c) del artículo 2.2.8.4.1.21 del Decreto 1076 de 2015, por cuanto dentro de los documentos aportados con la inscripción al proceso de selección para Directora General de CORPORINOQUIA no allegó un documento idóneo que demostrara experiencia específica en materia ambiental. (...). Para el cumplimiento del requisito de experiencia específica la demandada allegó una certificación expedida por la Coordinadora Administrativa de la empresa SERTRAC INGENIERIA SAS, en la que relaciona las funciones relacionadas como Director Administrativo y Financiero y las labores desempeñadas como Subgerente en esa entidad. (...). Revisada esta información destaca la Sala que dentro de las labores dentro de las cuales se circunscribe el objeto social se encuentra el transporte de residuos sólidos especiales, labor que por su naturaleza exige un tratamiento determinado en materia medio ambiental y por tanto requiere un conocimiento específico en esta área. Adicionalmente a lo anterior, alega el apoderado de

la demandada que la labor de mantenimiento, reconstrucción y reparaciones de locaciones y ejecución de obras civiles incluye un componente medio ambiental que involucra el debido aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, situación que en esta instancia procesal puede tener asidero, en tanto no existe prueba que demuestre lo contrario. Así las cosas y analizado el objeto social de la empresa SERTRAC INGENIERIA SAS, se puede concluir que en este momento procesal la Sala Electoral no encuentra en principio probado que de su contenido se deduzca la exclusión de plano de cualquier actividad de carácter medio ambiental. (...). Respecto de la certificación expedida por el Hospital de Yopal ESE. (...). Alega la parte actora que la experiencia certificada por el hospital de Yopal E.S.E no puede ser tenida como válida para temas medioambientales porque relaciona actividades de supervisión y coordinación de contratos ejecutados por terceros contratistas, sin que se haya probado que las labores hayan sido ejercidas por ella directamente. Revisando el contenido de las certificaciones proferidas por el Subgerente Administrativo y Financiero del Hospital Regional de la Orinoquia, en la que hace constar las funciones desempeñadas por la demandada como contratista del Hospital Yopal ESE, se destaca que su descripción inicia con el título “ACTIVIDADES COORDINADAS Y SUPERVISADAS”, lo que permitiría a la Sala concluir que ninguna de estas labores fueron desempeñadas directamente por la señora Doris Bernal Cárdenas sino que se desarrollaron a través de terceras personas, correspondiéndole solamente ejercer una labor de control y fiscalización la cual no puede ser calificada como experiencia específica en materia ambiental. Lo ocurrido con estos tiempos llevan a la Sala a la convicción de que estos periodos pueden ser valorados como experiencia profesional y no como experiencia específica en medio ambiente por no haber sido ejercidos directamente por la de-

mandada. En tal virtud le asiste razón al demandante en su argumento de no declarar apto este documento, sin que ello implique la viabilidad de decretar la medida cautelar en consideración a que este requisito fue satisfecho con el documento expedido por la sociedad SERTRAC INGENIERIA SAS conforme se

expuso en capítulos precedentes. Así las cosas y ante la ausencia de prueba que en este momento procesal demuestre el vicio alegado por el actor, se concluye que este argumento no puede salir adelante para justificar la imposición de la medida cautelar solicitada.”

Aclaración de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA – Es competencia del ponente y no de la sala / MEDIDA CAUTELAR – Deber de indicar el carácter urgente de la medida en la providencia que la resuelve

Tesis: “Con el acostumbrado respeto, he de manifestar que aunque comparto la decisión tomada en el presente caso, de negar la medida de suspensión provisional contra los efectos del acto declaratorio de elección, me permito aclarar el voto, frente a dos aspectos muy puntuales. El primero, referente a que el auto admisorio de la demanda es una decisión competencia del ponente y no de la Sala, y que he expuesto y reiterado de antaño y puse de presente al momento del debate y estudio del entonces proyecto de auto y que itero como sustento de mi disidencia. El segundo, sobre el manejo y trámite de la solicitud de la medida cautelar de urgencia, por las razones que paso a explicar. A mi juicio resulta impreciso y por demás contradictorio que la Sala se abrogue como cuerpo colegiado el conocimiento del auto admisorio de la demanda invocando el inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto la previsión contenida por este dispositivo (...) debe entenderse referido a la decisión de suspensión provisional, que por ser la medida cautelar por excelencia durante muchos años se consideró razonable que se expidiera en un solo auto, apelando a un rezago del derogado CCA. (...). Así mismo, a mi juicio, tampoco puede afirmarse que como la suspensión debe decidirse en el mismo cuerpo del auto admisorio, ello conlleva a que un auto admisorio que por norma y tradición es del ponente, se convierta y pase al conocimiento del cuerpo colegiado cuyo espectro competencial es exclusivamente el del recurso contra la decisión cautelar. (...). Así las cosas, considero que el haber mantenido el decreto de suspensión provisional dentro del cuerpo del auto admisorio en materia de nulidad electoral, conforme al texto del último inciso del artículo 277 del CPACA no es más que un rezago de lo que se venía aplicando bajo la regencia del CCA, normativa que por lo demás tampoco tuvo la teleología de convertir el auto admisorio propio del ponente en una decisión de la Sala como cuerpo colegiado, sino de valerse de una sola provi-

dencia, por regla general, de la primera del proceso, que es la admisión, para darle celeridad y prontitud a la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto presuntamente espurio o viciado. (...). Me permito recordar que si bien en materia de nulidad electoral la cautelar de urgencia no fue prevista en forma expresa, es viable acudir al régimen general de los procesos contencioso administrativos, en cuyo artículo 234 del CPACA, permite proferir medida cautelar inmediata sin siquiera notificar a la parte contraria, siempre que se evidencie que por su urgencia no es posible agotar trámite diferente que adoptar la medida. Esa cualificación de urgencia implica un estado anormal del que regularmente se predica de los demás eventos, pues es claro que toda decisión definitiva en materia electoral acusada de nulidad y el quiebre de la presunción del acto supone indefectiblemente que la hipotética ilegalidad es generadora de la vulneración tanto a la democracia como a los derechos políticos, por eso tal cualificación en su versión de urgencia, inminencia, gravedad, impostergabilidad e irremediabilidad, deba exceder los supuestos de “anormalidad” que acompaña a la judicialización de la irregularidades que se acusen y que en la postulación de la nulidad electoral se atribuyen que inciden en la legalidad de los actos que se demandan. (...). Pues bien, descendiendo a la particularidad del caso, el cautelante solicitó que la medida fuera adoptada de urgencia, pero observé que no se le indicó en providencia anterior ni en el presente auto que la medida se tramitaría o no con ese rigor que le imbuye el calificativo de urgencia, razón por la cual consideré pertinente dejarlo como motivo de disidencia. Es claro que de todos modos como ya se adoptó la decisión que resuelve la solicitud de suspensión, la medida pedida de urgencia quedó subsumida en la decisión denegatoria cautelar la cual comparto y por ello, solo constituye motivo de aclaración de mi voto.”

Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araujo Oñate

SUSPENSIÓN PROVISIONAL – La providencia debió pronunciarse sobre la acumulación de causas objetivas y subjetivas

Tesis: “Aunque la solicitud de la medida cautelar de este proceso se circunscribió al cargo de incumplimiento de los requisitos de elegibilidad, la demanda se presenta por dos cargos: la expedición irregular y el subjetivo de la falta de experiencia específica en asuntos ambientales. Por lo tanto, considero que era necesaria una referencia respecto a la aplicación o no del artículo 281 de la Ley 1437 de 2011 como se ha hecho en otros procesos. En efecto, tenemos que en decisiones de esta Sección ya se ha manifestado que frente a lo dispuesto en el artículo 281 del C.P.A.C.A. de conformidad con el cual “en una misma demanda no pueden acumularse causales de nulidad relativas a vicios en las calidades, requisitos e inhabilidades del elegido o nombrado, con las que se funden en irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio”, aunque la norma se refiere al elegido o nombrado, lo cual sugiere que opera tanto para elecciones por voto popular como para las que se surten al margen de esas manifestaciones democráticas, como serían los nombramientos y las elecciones que efectúen las distintas corporaciones, lo cierto es que tal prohibición debe ser entendida, únicamente, respecto de las primeras y no opera en las demandas en que se impugne la legalidad de actos de nombramiento y de elección por cuerpos colegia-

dos como las realizadas por el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales. La jurisprudencia ha establecido que el artículo 281 de la Ley 1437 de 2011 aplica para las elecciones por voto popular, porque la práctica enseñó a la Sección que los procesos electorales contra elecciones por voto popular, basados en irregularidades en la votación y los escrutinios, toman mayores tiempos para su instrucción y decisión, de los que se destinan a tramitar y resolver los procesos que se basan únicamente en causales subjetivas. Así, la disposición se encamina a decidir más rápidamente las demandas por causales subjetivas, y de paso evitar que su suerte quede ligada a un asunto de mayor complejidad por el volumen de información electoral que usualmente se maneja en los procesos por causales objetivas. En cuanto se relaciona con los procesos de nulidad electoral que se originan por elecciones y nombramientos en Corporaciones Autónomas Regional, conviene la acumulación en un solo proceso y la terminación en una sola sentencia, de varias pretensiones que, en un inicio, se sustentaban en procesos distintos por cuanto se salvaguarda la seguridad jurídica y los principios de eficacia y celeridad, que deben gobernar las actuaciones judiciales.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto del 12 de diciembre de 2019, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2019-00062-00.](#)

2. Se negó la nulidad del acto de elección de los miembros del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de los miembros del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR – para el período 2019-2020, aduciendo que (i) la Asamblea Corporativa de la entidad demandada no tiene competencia para establecer o aprobar el procedimiento para elegir a los alcaldes delegados ante el Consejo Directivo; (ii) se desconoció el artículo 26 de la Ley 99 de 1993, a propósito de la conformación del consejo directivo de las CAR, en la medida que si el territorio de la Corporación comprende un número plural de departamentos, la participación será definida en forma equitativa de acuerdo con el reglamento que al efecto expida el Gobierno Nacional; (iii) el Gobernador de Cundinamarca, quien instala y preside la Asamblea Corporativa, se ausentó de la misma; (iv) permitir en el proceso de escrutinio, la intervención de una delegada de la Registraduría Nacional del Estado Civil; (v) violación del sistema establecido para la*

distribución de curules, al utilizar el sistema de cociente electoral; y, (vi) la CAR no podía establecer un procedimiento para la participación equitativa de alcaldes en los consejos directivos de las CAR. Se solicitó igualmente la inaplicación de la Resolución N° 703 de 2003 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que aprobó los estatutos de la CAR, y el acta N° 37 del 28 de febrero de 2019 que estableció el procedimiento para las elecciones controvertidas. La Sala resolvió (i) inaplicar los artículos 22.5 y 34 de los estatutos de la CAR, aprobados por la Resolución N° 703 de 2003 del Ministerio de Ambiente y las reglas establecidas por la Asamblea Corporativa de la entidad en la sesión del 28 de febrero de 2019 contenidas en el Acta N° 037, en cuanto regularon cómo debe materializarse la participación equitativa de los alcaldes al Consejo Directivo de la CAR, al prescribir que debía designarse 1 burgomaestre por Boyacá y 3 por Cundinamarca, desconociendo la competencia que el legislador previó para regular tal asunto en cabeza del Gobierno Nacional; y, (ii) negó las pretensiones de la demanda en tanto no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de la elección de los 4 alcaldes para el Consejo Directivo de la CAR período 2019-2020, puesto que la misma fue declarada por la autoridad competente.

NULIDAD ELECTORAL – Contra elección de miembros del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR / EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD – Declarada frente a normas relativas a la participación equitativa de alcaldes en el Consejo Directivo de la CAR

Problema Jurídico 1: *¿Hay o no lugar a inaplicar la Resolución N° 703 de 2003 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante la cual se aprobaron los estatutos de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, y el acta N° 37 del 28 de febrero de 2019 que estableció el procedimiento para las elecciones controvertidas, por la supuesta infracción de los artículos 122, 189 numeral 11, 209 y 152 de la Constitución Política y el artículo 26 de la Ley 99 de 1993, de conformidad con las razones expuestas por el actor?*

Tesis 1: “La jurisprudencia constitucional ha definido que la excepción de inconstitucionalidad es una facultad de los jueces, o inclusive, un deber que tienen los mismos, de inaplicar una norma jurídica en aquellos eventos en que detecten que contradice postulados constitucionales. En consecuencia, “esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”. (...). Asimismo, vale la pena resaltar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, las anteriores consideraciones mutatis mutandis también son aplicables cuando en un juicio ante esta jurisdicción se estima que un acto administrativo es contrario a la ley, lo que se ha denominado como “excepción de ilegalidad”. (...). Se traen a colación las anteriores consideraciones sobre las excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad, en atención a que se ha planteado como problema a resolver, si la (i) Resolución N° 703 de 2003 del Ministerio de Ambiente y (ii) y las reglas contenidas en el acta N° 37 del 28 de febrero de 2019 deben inaplicarse en el caso en con-

creto. Al revisar las razones por las cuales el actor solicitó que (...) se inaplicarán los preceptos arriba señalados, se tiene que el argumento principal consiste en que la corporación autónoma regional no tenía competencia para regular aspectos relativos a dicho procedimiento de elección, por cuanto tal es un asunto que le corresponde al Gobierno Nacional, en especial en lo atinente a la participación equitativa de los burgomaestres cuando la corporación tiene presencia en 2 o más departamentos, como lo establece el artículo 26 de la Ley 99 de 1993. (...). [E]l razonamiento expuesto [por el demandante] está construido sobre la premisa consistente en que el artículo 26 de la Ley 99 de 1993 establece que solamente el Gobierno Nacional puede regular lo atinente al procedimiento de la elección controvertida. De esta norma la Sala concentra su atención en el literal d), en tanto a propósito de la elección de los alcaldes que hacen parte del consejo directivo, es el que consagra la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional en la materia, y por ende, la disposición normativa sobre la que se edifican los argumentos relativos a la solicitud de inaplicación. Al revisar con detenimiento el citado literal, resulta necesario destacar que el asunto que el legislador reservó a la reglamentación del Gobierno Nacional fue el relativo a la participación equitativa de los alcaldes en el consejo directivo de las corporaciones autónomas regionales que comprenden un número plural de departamentos, esto es, un asunto puntual de dicho proceso de elección, más no todos los aspectos del mismo, precisión que resulta relevante dado el principio de autonomía de rango constitucional que caracteriza a las mismas, que ha sido garantizado por la Corte Constitucional a fin de evitar la injerencia de otras autoridades en las materias que conciernen a tales corporaciones, como se ilustró líneas atrás, por

ejemplo, respecto a la aprobación de sus estatutos. Se hace énfasis en dicha situación, en la medida que contrario a lo que indica el actor, a partir del artículo 26 de la Ley 99 de 1993 no puede entenderse que todos los asuntos relativos al referido proceso de selección deben regularse por el Gobierno Nacional, y por ende, tampoco resulta válido predicar que cualquier disposición dictada por una autoridad distinta relativa a dicho trámite, es contraria al artículo 26 ibídem, al principio de legalidad o la potestad reglamentaria que trata el artículo 189 superior. (...). [A] pesar de las imprecisiones en que se hubiere incurrido al citarse las normas cuya inaplicación se solicita, es claro de una parte, para la Sala y los sujetos procesales, que se ha hecho alusión al contenido de los artículos 22.5 y 34 del Acuerdo No. 018 del 4 de abril de 2002 de la CAR, en cuanto establecen cómo debe materializarse la participación equitativa en la elección de los alcaldes al Consejo Directivo, esto es, que se elijan 3 de Cundinamarca y 1 de Boyacá y respecto de aquéllos que no podrán pertenecer a la misma zona o región, y de otra, que el error en que se hubiere incurrido en identificar el precepto a inaplicar, no impide con el mismo propósito el estudio de los artículos antes señalados, comoquiera que de oficio el juez administrativo tiene la potestad de establecer frente a un caso concreto si proceden o no las excepciones de inconstitucionalidad o ilegalidad. (...). Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y sin perjuicio de lo que pueda considerarse en un juicio de simple nulidad con efectos erga omnes respecto a la validez de los artículos 22.5 y 34 de los estatutos de la CAR, en criterio de la Sala salta a la vista que esta entidad al establecer la forma en que debía garantizarse la participación equitativa de los alcaldes pertenecientes a los departamentos en los que tiene presencia, terminó desarrollando un asunto que por disposición legal, concretamente el literal d) del artículo 26 de la Ley 99 de 1993, le corresponde

regular al Gobierno Nacional, esto es, al Presidente de la República con el ministro o director de departamento administrativo correspondiente, de manera tal que la Asamblea Corporativa de la Corporación Autónoma de Cundinamarca al definir el mismo en el Acuerdo No. 018 del 4 de abril de 2002, actuó sin competencia. En efecto, a través de los artículos antes señalados la CAR terminó precisando de manera general en qué proporción debe garantizarse la participación de los alcaldes de los departamentos en que ejerce sus funciones, e incluso incluyó respecto de uno de ellos, el de Cundinamarca, una limitación consistente en que los burgomaestres no pueden pertenecer a la misma zona o región, pautas a través de las cuales la Asamblea Corporativa definió cómo debe materializarse la participación equitativa en el Consejo Directivo de la entidad, aunque tal asunto es de competencia del Gobierno Nacional por expresa disposición del literal d) del artículo 26 de la Ley 99 de 1993, por lo que es claro que con los citados preceptos se actuó sin competencia. (...). En conclusión, frente al primer problema jurídico planteado y en aras resolver sobre la legalidad de la resolución cuya nulidad se solicita, se inaplicarán por ser contrarios al literal d) del artículo 26 de la Ley 99 de 1993, los artículos 22.5 y 34 de los estatutos de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, aprobados por la Resolución N° 703 de 2003 del Ministerio de Ambiente, en cuanto establecieron que para garantizar la participación equitativa de alcaldes en el Consejo Directivo, debía designarse 1 alcalde Boyacá y 3 de Cundinamarca que no podrán pertenecer a la misma región o zona, regla que también debe inaplicarse respecto a los parámetros de elección que fueron prescritos en la sesión del 28 de febrero de 2019."

ASAMBLEA CORPORATIVA DE LA CAR – Es competente para elegir a los alcaldes que pertenecen al Consejo Directivo de la entidad

Problema Jurídico 2: *¿El Acuerdo N° 45 del 28 de febrero de 2019 de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, incurrió en falta de competencia e infracción de los artículos 26 de la Ley 99 de 1993 y el numeral 11 del artículo 189 Superior, al haber declarado la elección de 3 alcaldes de Cundinamarca y 1 de Boyacá para el Consejo Directivo de la CAR?*

Tesis 2: "Teniendo en cuenta la inaplicación de los artículos 22.5 y 34 de los estatutos de la CAR, corresponde resolver (...) si el acto cuya nulidad se solicita incurrió en falta de competencia e infracción de los artículos 26 de la Ley 99 de 1993 y el numeral 11

del artículo 189 Superior, al haber declarado la elección de 3 alcaldes de Cundinamarca y 1 de Boyacá. (...). [Conforme a lo previsto en el artículo 25 de la Ley 99 de 1993] es clara la competencia de la Asamblea Corporativa de la CAR para elegir a los alcaldes que pertenecen al Consejo Directivo de la misma entidad. (...). Sobre el particular no advierte la Sala que el acto acusado signifique un desconocimiento de dichos preceptos, comoquiera que en estricto sentido con la declaración de la elección de los 4 alcaldes ante el Consejo Directivo de la CAR, no se está ejerciendo una actividad reglamentaria que fue asignada exclusivamente al Gobierno Nacional, no se están desarrollando las pautas normativas para lograr la ejecu-

ción de la ley, esto es, no se está precisando bajo qué parámetros debe materializarse la distribución equitativa de que trata el artículo 26 de la Ley 99 de 1993 cuando las corporaciones autónomas regionales tienen presencia en más de un departamento, toda vez que tal desarrollo reglamentario no fue emprendido por el acto cuya nulidad se solicita, sino por un acto distinto que fue inaplicable para el caso concreto, y por ende, no debe tenerse en cuenta como un parámetro normativo válido para la resolución del caso de autos. (...). [A] juicio de la Sala lo que hizo la Asamblea Corporativa de la CAR fue ejercer una función electoral prevista en los artículos 25 y 26 de la Ley 99 de 1993, atendiendo las pautas establecidas en tales preceptos, en especial este último, que indica que deben elegirse hasta 4 alcaldes garantizando que la representación de los mismos tenga en cuenta de manera equitativa los departamentos en que tiene presencia la corporación. (...). [E]l cumplimiento de dicha función tiene como propósito que en uno de los órganos directivos de la CAR se garantice la representación de los municipios correspondientes, y por ende, que se vele por la participación de los mismos en asuntos tan importantes como la elección y remoción del director de la entidad, proponerle a la asamblea corporativa reformas a los estatutos, determinar la planta de la corporación y su estructura, aprobar la incorporación o sustracción de los distritos de manejo integrado, los distritos de conservación de suelos, las reservas forestales y los parques naturales de carácter regional, aprobar el plan general de actividades y el presupuesto anual de inversiones, entre otras contenidas en el artículo 27 de la Ley 99 de 1993. Es más, el ejercicio de la mencionada atribución de carácter electoral, en la que está comprometida la representación de las entidades territoriales en las que desempeña su labor la CAR, en criterio de la Sala no puede quedar sometida al hecho que el Gobierno Nacional reglamente o no que debe entenderse y cómo debe materializarse la par-

ticipación equitativa de que trata el artículo 26 de la ley en comento, so pena que so pretexto del vacío en la materia, se soslaye la participación de las entidades territoriales involucradas en las decisiones de la corporación autónoma, pese a que están interesadas en las mismas. (...). Estima la Sala que al haberse elegido 1 alcalde de Boyacá y 3 de Cundinamarca, se atiende la necesidad de garantizar que los burgomaestres de ambos departamentos cuenten con representación al interior del Consejo Directivo, que es uno de los propósitos del literal d) del artículo 26 de la Ley 99 de 1993, y se vela por una mayor representación de Cundinamarca, en atención al número de municipios de este departamento en que actúa la CAR, que es significativamente superior a los de Boyacá, aplicando así un criterio de proporcionalidad, que a juicio de la Sala está en consonancia con la participación equitativa a que hace alusión la norma antes señalada y que tuvo como finalidad el cumplimiento de la misma, pese al vacío existente en la materia. En suma, que con el acto cuya nulidad se pretende se haya declarado la elección de 3 alcaldes de Cundinamarca y 1 de Boyacá para el Consejo Directivo de la CAR, no se está usurpando la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional en la materia, pues la decisión controvertida no estableció los parámetros normativos que deben tenerse en cuenta para garantizar la participación equitativa, y por el contrario se tiene que a través del mismo se atendió la función electoral de que trata el artículo 26 de la Ley 99 de 1993, garantizando la representación de las entidades territoriales en las que tiene presencia la Corporación Autónoma de Cundinamarca, como lo exige el mismo precepto. (...). Bajo ese entendido, no hay lugar a considerar que el acto cuya nulidad se solicita incurrió en falta de competencia o infracción de los artículos 26 de la Ley 99 de 1993 y el numeral 11 del artículo 189 Superior, al haber declarado la elección de 3 alcaldes de Cundinamarca y 1 de Boyacá.”

CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL CAR – Está facultada para regular aspectos relacionados con el procedimiento de elección de alcaldes pertenecientes al Consejo Directivo de la entidad

Problema Jurídico 3: *¿El Acuerdo N° 45 del 28 de febrero de 2019 de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, incurrió en falta de competencia e infracción de los artículos 34 de la Ley 1437 de 2011 y 152 literal a) de la Constitución Política, al haber implementado y aplicado en la sesión del 28 de febrero de 2019, un procedimiento para la elección de los alcaldes que hacen parte del Consejo Directivo de la entidad antes señalada?*

Tesis 3: “Corresponde ahora establecer si el Acuerdo N° 45 del 28 de febrero de 2019 de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, incurrió en

falta de competencia e infracción de los artículos 34 de la Ley 1437 de 2011 y 152 literal a) de la Constitución Política, al haber implementado y aplicado en la sesión del 28 de febrero de 2019, un procedimiento para la elección de los alcaldes que hacen parte del Consejo Directivo de la entidad antes señalada. [A] juicio del demandante (i) no existe norma que habilite a la CAR a establecer el trámite de elección de los alcaldes que hacen parte del consejo directivo (...) a su vez afirmó que (ii) se desconoció la competencia del legislador en la materia, que inclusive, es objeto de ley estatutaria según el literal a) del artículo 152 de la Constitución Política, comoquiera que se

trata de la limitación del derecho fundamental a elegir y ser elegido. En primer lugar, en cuanto a la supuesta inexistencia de normas que habiliten a la CAR a precisar aspectos relativos al procedimiento de la elección objeto de estudio, resulta necesario recordar que dentro de las funciones de las asambleas corporativas de las corporaciones autónomas regionales se encuentra adoptar y reformar sus estatutos de conformidad con el literal e) del artículo 25 de la Ley 99 de 1993, estatutos que desde luego constituyen una de las expresiones más relevantes del principio constitucional de autonomía que caracteriza dichas entidades, en tanto a través de los mismos se establecen pautas fundamentales para el desarrollo de sus funciones, y como también lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-462 de 2008, tienen como propósito definir asuntos como “la metodología de elección de los miembros del Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales. (...)”. Nótese que en el citado fallo de constitucionalidad se estimó que uno de los aspectos que es materia de los estatutos de las corporaciones autónomas regionales es la metodología de elección de los miembros del consejo directivo, reconociendo así la facultad que tiene la misma entidad de regular tal aspecto, contrario a lo indicado por el actor, que estima que dicho tópico es del resorte del legislador. (...). La mencionada norma [artículo 2.2.8.4.1.17 del Decreto 1076 de 2015] reconoció que las asambleas corporativas de las corporaciones autónomas cuentan con un margen de autonomía, en su condición de principal órgano de dirección, para establecer los parámetros para las mencionadas elecciones, que desde luego, debe ejercerse en el marco de la ley. Por lo tanto, contrario a lo indicado por el demandan-

te, sí existen disposiciones normativas que avalan la facultad de la CAR de regular aspectos relacionados con el procedimiento de elección de los alcaldes pertenecientes a su Consejo Directivo, facultad que ha sido amparada en sede de constitucionalidad, por lo que no es de recibo la tesis del actor consistente en que única y exclusivamente mediante una ley debían regularse tal asunto. (...). En ese orden ideas, tampoco es de recibo que lo relativo a la referida elección es materia de reserva de ley estatutaria, sobre todo cuando debido “a la amplitud de asuntos que eventualmente podrían quedar comprendidos dentro de las materias a que se refiere el artículo 152 de la Carta, y el consecuente riesgo de despojar al Congreso de la cláusula general de competencia que le es inherente en su condición de legislador ordinario (art. 150-1 CP), la jurisprudencia ha señalado de manera insistente que la cláusula de reserva de ley estatutaria debe interpretarse de manera restrictiva” (destacado fuera de texto), y que tratándose de la regulación que directa o indirectamente inciden en el ejercicio de los derechos fundamentales, que es uno de los asuntos objeto de la referida reserva, debe estarse ante postulados o situaciones que impliquen regular el núcleo esencial de tales derechos, pues no cualquier asunto relacionado con ellos debe someterse a las exigencias propias de la ley estatutaria. (...). En suma, no hay lugar a considerar que el acto acusado incurrió en falta de competencia e infracción de los artículos 34 de la Ley 1437 de 2011 y 152 literal a) de la Constitución Política, por el hecho que la Asamblea Corporativa de la CAR haya implementado y aplicado en la sesión del 28 de febrero de 2019, un procedimiento para la elección de los alcaldes que hacen parte del Consejo Directivo.”

CONSEJO DIRECTIVO DE LA CAR – La elección de alcaldes que lo integran se realiza mediante el sistema de cuociente electoral

Problema Jurídico 4: *¿El Acuerdo N° 45 del 28 de febrero de 2019 de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, incurrió en violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer, al haber empleado el cuociente electoral para la elección de los alcaldes miembros del referido Consejo Directivo?*

Tesis 4: “Otro de los cargos de la demanda consiste en que la elección controvertida incurrió en violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer, como consecuencia de haber empleado el sistema de cuociente electoral. (...). Frente a la tesis propuesta por el actor, varias precisiones resultan necesarias. En primer lugar, que el artículo 263 de la Constitución Política (...) se ha referido y lo continúa haciendo a las elecciones populares en las corpora-

ciones públicas (...) razón por la cual en estricto sentido es frente a tal ámbito que tiene aplicación, y no respecto a las elecciones de naturaleza disímil, por ejemplo, las que se llevan a cabo para determinar los alcaldes miembros del Consejo Directivo de la CAR, que no son producto del voto popular, sino de la voluntad de los integrantes de la Asamblea Corporativa de la misma entidad. (...). Quiere decir esto, que las elecciones de naturaleza distinta deben regirse por las normas especiales, en este caso, tratándose de los 4 alcaldes para el Consejo Directivo de la CAR, la Ley 99 de 1993, el Decreto 1076 de 2015 y los estatutos de la misma Corporación. (...). Al consultar la normas especiales, se advierte que en lo atinente a la elección de los alcaldes que hacen parte del Consejo Directivo de la CAR, el artículo 26 de la Ley 99 de 1993, que se encuentra vigente, establece que el sistema a emplear es el cuociente electoral, regla que a juicio de la Sala y contrario a lo indicado por el

accionante, no se ha visto alterada por las modificaciones del artículo 263 de la Constitución Política en lo respecta a la asignación de curules, pues se insiste, tales cambios tienen como ámbito las elecciones populares en corporaciones públicas, más no frente a cualquier tipo de elección que involucre a éstas, como al parecer de manera incorrecta lo entiende el

ASAMBLEA CORPORATIVA DE LA CAR – Sí fue presidida por el Gobernador de Cundinamarca en su condición de presidente de la asamblea

Problema Jurídico 5: *¿El Acuerdo N° 45 del 28 de febrero de 2019 de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, incurrió en violación del debido proceso, expedición irregular y desconocimiento del artículo 16 de los estatutos de la CAR (Acuerdo N° 018 de 2002), porque presuntamente el gobernador de Cundinamarca incumplió su deber de presidir la Asamblea Corporativa en la sesión celebrada en la fecha antes señalada?*

Tesis 5: “[E]l demandante argumenta que se incurrió en violación del debido proceso, expedición irregular y en desconocimiento del artículo 16 de los estatutos de la CAR, porque el gobernador de Cundinamarca incumplió su deber de presidir la Asamblea Corporativa del 28 de febrero de 2019 en la que tuvieron lugar las elecciones controvertidas, en la medida que se ausentó durante buena parte de la misma. Al revisar el video de la referida sesión, se advierte que el gobernador de Cundinamarca, en su condición de presidente de la Asamblea Corporativa de la CAR, fue quien instaló la sesión correspondiente, sometió a aprobación el orden del día, estuvo presente en la verificación del quorum deliberatorio y decisorio y en el informe del director de la entidad, el cual también sometió a aprobación. Posteriormente, se evidencia

actor. Por lo tanto, que en el caso de autos se haya aplicado el sistema de cuociente electoral está en consonancia con las normas especiales que rigen la elección cuestionada, y por ende, no se advierte que se haya empleado un sistema de designación de curules o cargos distinto al que correspondía.”

que el gobernador se retiró del recinto en el momento en que el secretario estaba rindiendo un informe sobre los alcaldes que habían ingresado con posterioridad al inicio de la reunión y que no se advierte su presencia durante los informes rendidos por la contadora de la entidad y el revisor fiscal y la intervención del demandante en su condición de veedor ciudadano. (...). Reiniciada la sesión y en el momento en que se estaba dando respuesta a las observaciones presentadas por el demandante en su calidad de veedor, se evidencia que el gobernador de Cundinamarca tomó asiento en la mesa principal, para permanecer en el recinto durante todo el proceso de elección de los 4 alcaldes del Consejo Directivo. (...). En ese orden ideas, contrario a lo indicado por el demandante, la prueba aportada al plenario da cuenta que la sesión del 28 de febrero de 2019 fue presidida por el presidente de la Asamblea Corporativa, el gobernador de Cundinamarca, quien de manera atenta estuvo presente en la adopción de todas y cada una de las decisiones relacionadas con las elecciones controvertidas, por lo que en manera alguna hay lugar a considerar respecto de las mismas que se incurrió en una irregularidad que afectara su validez, que se desconoció el debido proceso o se incumplió el artículo 16 de los estatutos de la CAR.”

DELEGADA DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL – Su participación en la comisión escrutadora fue avalada por la Asamblea Corporativa de la CAR

Problema Jurídico 6: *¿El Acuerdo N° 45 del 28 de febrero de 2019 de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, incurrió en violación del debido proceso, expedición irregular y desconocimiento del procedimiento de elección establecido en el acta N° 37 del 28 de febrero de 2019, en la medida que se permitió la participación de la señora Nubia Lucero Reyes León, delegada de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la comisión escrutadora de las elecciones controvertidas?*

Tesis 6: “El último problema planteado consiste en establecer si el Acuerdo N° 45 del 28 de febrero de 2019 de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, incurrió en violación del debido proceso, expedición irregular y desconocimiento del procedi-

miento de elección establecido en el acta N° 37 del 28 de febrero de 2019, en la medida que se permitió la participación de la señora Nubia Lucero Reyes León, delegada de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la comisión escrutadora de la elección controvertida. (...). Al revisar los documentos que dan cuenta del procedimiento que se aprobó en la sesión del 28 de febrero de 2019, que corresponden al (i) video y (ii) el acta de la respectiva sesión, se aprecia en cuanto a la comisión escrutadora una circunstancia disímil, pues mientras el acta que se encuentra suscrita por el presidente y el secretario de la Asamblea Corporativa y los alcaldes de Vergara, Sopó, Soacha y Chiquinquirá, señala que la mentada comisión estaría integrada por 3 funcionarios de la CAR, el video no da cuenta de tal precisión. (...). Ante tal

disyuntiva, en criterio de la Sala, respecto al procedimiento que se implementó y aprobó para la referida elección, mayor valor probatorio tiene el mentado video, comoquiera que el mismo da cuenta segundo a segundo de las intervenciones de los miembros de la Asamblea Corporativa, y por consiguiente, revela con detalle lo ocurrido en la sesión, en este caso, cuáles fueron las reglas establecidas y aprobadas para la mentada elección, mientras el acta, que en este caso particular no está suscrita por todos los integrantes de la Asamblea Corporativa sino por algunos de ellos, simplemente contiene un resumen de lo acontecido, sin que de la misma pueda apreciarse los pormenores de las intervenciones y decisiones adoptadas, a diferencia de lo que ocurre en el video, cuya imagen y sonido son totalmente claros. En ese orden ideas, al revisar con atención el desarrollo de la audiencia (...) no se evidencia que se haya establecido como norma, que la comisión escrutadora estuviera conformada por 3 integrantes de la CAR, pues únicamente se hizo alusión a las funciones y responsabilidades de la misma. Asimismo se

observa, que antes del escrutinio correspondiente se presentó a los integrantes de la comisión escrutadora, esto es, a los alcaldes de Tabio y Manta y a la señora Nubia Lucero Reyes León, delegada de la Registraduría Nacional del Estado Civil, sin que frente a su designación se realizara alguna observación, por lo que a juicio de la Sala la Asamblea Corporativa en pleno, dentro del margen de autonomía que le asiste, aprobó la conformación de la mentada comisión, y por ende avaló que hiciera parte de la misma un funcionario ajeno a la CAR, a fin que con su intervención contribuyera a la transparencia del proceso de votación y escrutinio. (...). Por consiguiente, ante la inexistencia de la regla en que fundamenta el demandante su motivo de inconformidad, carecen de vocación de prosperidad los argumentos expuestos sobre el particular, y por el contrario se destaca que la participación de una delegada de la Registraduría Nacional de Estado Civil en la comisión escrutadora, fue aprobada por la plenaria de la Asamblea Corporativa de la CAR.”

Aclaración de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD – No procede frente a normas relativas a la participación equitativa de alcaldes en el Consejo Directivo de la CAR

Tesis: “Con mi acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto frente a la decisión de 30 de enero de 2020. (...). [M]e aparto de la decisión mayoritaria y es la razón por la cual aclaro mi voto, porque considero no procede la inaplicación de los artículos los 22.5 y 34 del Acuerdo No. 018 del 14 de abril de 2002, pues el Consejo Directivo al establecer estas normas, no reguló la participación equitativa de los alcaldes en este, ya que de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 99 de 1993, el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales será conformado: (i) hasta por 4 alcaldes (ii) elegidos por la Asamblea de la Corporación, (iii) para periodos de un año, (iv) por cuociente electoral (v) de manera que queden representados todos los departamentos o regiones que integran la corporación (vi) si hay más de un departamento la participación será definida de forma equitativa. De conformidad con lo anterior, teniendo en cuenta que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca comprende 104 municipios, de los cuáles 98 corresponden al departamento de Cundinamarca y 6 a Boyacá, para que la representación sea equitativa, no existe otra fórmula matemática diferente, a la de 3

por el departamento que tiene más de las tres cuartas partes de los municipios y uno para los demás correspondientes al departamento de Boyacá, ya que de acuerdo con la norma son máximo 4 los representantes de los Alcaldes. Así las cosas, no existe otra posibilidad de repartir equitativamente los 4 cupos existentes para la representación de los alcaldes en el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional, por lo tanto, los Estatutos señalan la única solución matemática posible, por lo tanto no está reglamentando dicha participación, simplemente se señala la única posibilidad de asignar la representación de forma equitativa entre los municipios de los dos departamentos, como lo establece la norma. (...). Por lo anterior, considero que la regla establecida en los estatutos no vulnera la competencia del gobierno para reglamentar el número y proporción de los alcaldes en el Consejo Directivo de la Corporación, pues ya está definido en la ley y los puntos a precisar serían otros, no el número de representantes por departamento, por lo tanto considero no hay razón para inaplicar los artículos 22.5 y 34 del Acuerdo No. 018 de 4 de abril de 2002 de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 30 de enero de 2020, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2019-00017-00.](#)

3. Se decretó la suspensión provisional del acto de elección de la directora general de la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía CORPORINOQUIA.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de la directora general de la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía CORPORINOQUIA para el período 2020-2023, solicitando igualmente la suspensión provisional del acto demandado, bajo la consideración de que la demandada carece de experiencia relacionada exigida para el desempeño del cargo y que se desconoció el trámite que se le debía dar a las recusaciones presentadas contra 11 miembros del consejo directivo. La Sala decretó la suspensión provisional del acto demandado teniendo en cuenta que no se dio el trámite que correspondía a las recusaciones.*

SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Del acto de elección de la directora general de la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía CORPORINOQUIA / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Se acoge la solicitud en tanto no se dio el trámite correspondiente a las recusaciones

Problema Jurídico: *¿Se debe acceder a la solicitud de suspensión provisional del acto de elección de la directora general de la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía CORPORINOQUIA, teniendo en cuenta la experiencia profesional relacionada que acreditó para ocupar el cargo y/o el trámite dado a las recusaciones presentadas contra los miembros del Consejo Directivo?*

Tesis: “[L]a parte actora expuso que la designación de la demandada incurre en: i) “violación directa de la Constitución y la ley por falta de competencia de los consejeros que participaron en la expedición del acto...” y ii) desconocimiento del trámite que se le debía dar a las recusaciones presentadas contra 11 miembros del consejo directivo...”. Todo para demostrar que la designada, no cumple con el requisito de experiencia profesional relacionada en temas de medio ambiente y recursos naturales y que se declaró la elección a pesar de que miembros del Consejo Directivo de la CAR estaban recusados. (...). Esta sección ya ha concluido que ante la falta de regulación del trámite de las recusaciones presentadas contra los integrantes del Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales tanto en la ley 99 de 1993 como en los estatutos de la respectiva CAR, es lo procedente acudir al previsto en el CPACA. (...). Comienza la Sala por abordar el asunto referido al trámite surtido con las recusaciones presentadas contra los miembros del Consejo Directivo de Corporinoquía en el curso del proceso eleccionario que finalizó con la designación de la demandada como Directora de dicha Corporación Autónoma. De acuerdo con la postura de la Sección es lo propio verificar si Corporinoquía tiene regulado dicho procedimiento, ya que la Ley 99 de 1993 no lo hizo. Al respecto, encuentra la Sala, de la revisión de los estatutos obtenidos de la página web oficial de la

corporación autónoma que no regula este aspecto, lo que se corrobora incluso con el Acuerdo No. 200-3-2-19-004 del 25 de octubre de 2019, de Corporinoquía, “por medio del cual se resuelve la recusación presentada en contra de un miembro del Consejo Directivo”, dictado en el trámite administrativo que concluyó con el acto de designación que se pide suspender y que da cuenta que en lo referente al trámite que debe aplicarse a las recusaciones, esa Corporación Autónoma, acude al artículo 12 del CPACA. Así las cosas, no hay duda que es lo procedente revisar la actuación del Consejo Directivo a la luz del artículo 12 del CPACA. (...). Establecido lo anterior, resta a la Sala determinar si el número de recusaciones presentadas afecta el quórum requerido para su resolución, pues conforme la tesis de la Sala en caso de que así suceda, estas deberían ser remitidas a la Procuraduría General de la Nación. Para tal efecto, nuevamente se requiere acudir a los estatutos de Corporinoquía, el cual en su artículo 29 dispone que “el consejo directivo podrá reunirse, deliberar y adoptar decisiones válidamente, con la asistencia de la mitad más uno de sus miembros”, esto será con un mínimo de 9 integrantes. En este orden de ideas, acudiendo al acta de 30 de octubre de 2019, en la que el Consejo Directivo de Corporinoquía se reunió para decidir lo pertinente a la elección de DORIS BERNAL CÁRDENAS y decidió las recusaciones, se advierte que (...) asistieron 15 miembros a la sesión, de los cuales 10 estaban recusados, quedando sin limitación para participar 5 consejeros. Así las cosas, (...), las recusaciones presentadas, en este preciso caso, afecta el quórum establecido por el estatuto de Corporinoquía, para que el Consejo Directivo pudiera reunirse, deliberar y adoptar decisiones válidas, como lo ordena su artículo 29. Lo anterior, sin lugar a dudas, al menos en esta instancia procesal, demuestra el yerro al que alude el deman-

dante en su petición cautelar, pues claramente los miembros del Consejo Directivo no podían resolver las recusaciones, pues conforme a lo ya explicado, cuando dichas solicitudes afectan el quórum las mismas deben remitirse a la Procuraduría General de la Nación, para su resolución, y mientras tanto el procedimiento administrativo quedará suspendido, todo lo cual en este caso se omitió y lo cual conlleva a que esta Sala deba decretar la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto de designación de la señora DORIS BERNAL CÁRDENAS como Directora General de Corporinoquía. Ahora, en cuanto a la presunta falta de requisitos de la demandada,

en lo concerniente a la demostración de la experiencia relacionada, la Sala advierte que se trata de un cargo que debe ser materia de la sentencia que ponga fin al proceso, (...), lo que no corresponde decidir en esta precaria instancia del proceso, pues requiere del respectivo debate probatorio. En conclusión la Sala suspenderá los efectos jurídicos del Acuerdo No. 200-3-2-19-005 de 30 de octubre de 2019, “por medio del cual se designa al director general de la Corporación Autónoma Regional de La Orinoquía – Corporinoquía-, para el periodo 2020-2023”, por el error en que se incurrió en el trámite de las recusaciones, conforme lo ya explicado.”

Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araujo Oñate

RECUSACIONES – Su trámite no contempla el rechazo de plano / MEDIDA CAUTELAR – Se han debido analizar con suficiencia las pruebas allegadas relacionadas con el trámite de las recusaciones para determinar la afectación del quorum

Tesis: “Estoy de acuerdo con la decisión adoptada de manera unánime; sin embargo, considero que se debió ahondar en los siguientes temas: (i) Marco jurídico y probatorio del trámite de las recusaciones. La providencia señala que el trámite de los impedimentos y recusaciones no se encuentra regulado en los estatutos de la corporación y por lo tanto al tenor del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, se debe respetar el procedimiento allí dispuesto. (...). En el expediente se puede apreciar que el 14 y el 21 de octubre de 2019, los señores Anthony García y Cristian Amado, presentaron sendos escritos de recusación contra el Gobernador de Casanare, que fueron resueltas en la forma anteriormente citada, es decir, conforme al artículo 12 de la Ley 1437 de 2011. (...). Contrasta la anterior actuación, con el rechazo de plano de las solicitudes de los señores Yuber Andrés Solano Ríos, Laritza Páez Martínez y María Florangela Izquierdo Rodríguez, por parte del Consejo Directivo. (...). En consecuencia, la providencia debió precisar que la Ley 1437 de 2011 no consagra el rechazo de plano de las recusaciones, ni estudia si el rechazo de plano fue legal o no. Así mismo, era necesario analizar que el Consejo Directivo no suspendió la actuación, pese a que fue solicitado por los alcaldes de Fortul y Saravena, quienes solicitaron tomarse los cinco días para decidir si aceptaban o no la recusación. Las anteriores irregularidades, indiscutiblemente afectan la competencia para la toma de la decisión demandada. (ii) Integración del quorum y procedimiento. [L]a

facultad consistente en que el resto de los integrantes del Consejo Directivo resuelva las recusaciones presentadas en relación con uno de sus miembros se aplica, siempre y cuando no se afecte el quorum para decidir, por ello la única regla aplicable en tal evento es el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 que atribuye a la Procuraduría General de Nación una competencia residual. (...). Aunque las recusaciones se hubieren presentado en un solo escrito contra varios miembros del Consejo Directivo, los fundamentos de hecho y de derecho no son los mismos para todos los recusados. En consecuencia, para establecer si se afectaba o no el quórum, era necesario escindir el escrito que contenía las recusaciones y precisar en cada una de ellas, quien podía deliberar y votar para su resolución a efectos de establecer caso a caso si se afectan las mayorías estatutarias y de ser así activar la competencia de la Procuraduría General de la Nación para decidir las. (...). De lo anterior, se desprende que era necesario analizar con suficiencia las pruebas legalmente aportadas al proceso para decidir la medida cautelar, la cual imponía el acatamiento de la ley en el trámite de las recusaciones y después de este análisis, establecer la afectación del quórum. Ante los protuberantes errores cometidos por parte del Consejo Directivo en la vulneración del procedimiento dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 y la posible afectación del quorum, es que suscribí la providencia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 12 de diciembre de 2019, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-28-000-2019-00061-00.](#)

4. Se negó la nulidad de la resolución por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral canceló la personería jurídica del Partido de Reivindicación Étnica PRE.

Síntesis del caso: *El Partido de Reivindicación Étnica "PRE" demandó la nulidad de la resolución por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral, le canceló la personería jurídica, argumentando que, (i) para la fecha del cierre de las inscripciones a las elecciones para el Congreso período 2018-2022, no les había sido reconocida la personería jurídica; (ii) tal decisión ha debido ser objeto de consulta previa con la comunidad; (iii) el Consejo Nacional Electoral incurrió en desviación de poder pues su verdadero motivo es extinguir el partido PRE debido a que se declaró en oposición al gobierno de turno; (iv) se vulnera el derecho a la igualdad pues con la pérdida de la personería jurídica, las comunidades negras quedan excluidas de participar en las elecciones regionales que se llevarán a cabo el próximo 27 de octubre. La Sala negó las pretensiones de la demanda, luego de considerar que, (i) la ausencia de la personería jurídica no limita el derecho a participar en la conformación del poder político; (ii) no se requiere el agotamiento de la consulta previa en la declaratoria de pérdida de la personería jurídica; (iii) no se acreditó la configuración de la desviación de poder endilgada al CNE en el acto demandado; (iv) y, que no hubo vulneración del derecho a la igualdad con la expedición del acto demandado.*

PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS – Participación en la conformación del poder político / PERSONERÍA JURÍDICA – Su ausencia no limita el derecho a participar en la conformación del poder político

Problema Jurídico 1: *¿Por el hecho de no contar con personería jurídica reconocida para la fecha de las inscripciones para las elecciones al Congreso de la República periodo constitucional 2018-2022, la parte actora se encontraba en imposibilidad de participar en ese certamen electoral en la condición de partido político?*

Tesis 1: "Dentro de las organizaciones políticas, igualmente, se encuentran las formas asociativas que carecen de personería jurídica; sin embargo, la falta de dicho atributo no impide, en modo alguno, que puedan inscribir candidatos a cargos de elección popular, pero sin el otorgamiento del aval, dado que no están autorizadas para ello, sino que deben acudir a instrumentos supletorios como la recolección de firmas de apoyo y la constitución de pólizas de seguros que garanticen tanto la seriedad de la postulación como que la organización sí cuenta con un respaldo ciudadano cuantitativamente relevante. (...). [L]a existencia de la organización política y su capacidad de inscribir candidatos y lograr cargos o curules en las corporaciones públicas de elección popular, no se limita ni desaparece por el hecho de la carencia o la pérdida de ese atributo, ya que "la personería jurídica no es un elemento constitutivo del partido o movimiento cuya existencia es, por el con-

trario, presupuesto indispensable para discernirla". En esos términos, se debe tener claridad acerca de que la personería jurídica constituye una prerrogativa que permite la postulación de candidatos a cargos de elección popular por medio del otorgamiento de avales por su representante legal, pero la falta de ese atributo ni la pérdida del mismo limitan el derecho a participar en la conformación del poder político. (...). El hecho de que un movimiento político no ostente la atribución reconocida de la personería jurídica, tal circunstancia no restringe su participación en la conformación del poder político, solo que la carencia de dicho atributo impide el acceso a la serie de beneficios que son concedidos a las organizaciones que cumplen con los requisitos señalados en la Constitución y la ley para tal efecto. En ese orden, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 de la Carta Política, la personería jurídica será reconocida por el Consejo Nacional Electoral a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que hayan obtenido una votación no inferior al 3% de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en las elecciones de Cámara de Representantes o Senado y, para el caso de las minorías étnicas, será suficiente con que logren representación en el Congreso."

CONSULTA PREVIA – No requiere su agotamiento previo en la declaratoria de pérdida de la personería jurídica

Problema Jurídico 2: *¿Previamente a la declaratoria de la pérdida de la personería jurídica se requería agotar el mecanismo de consulta previa a la comunidad afrodescendiente de los corregimientos de San Antonio y El Castillo del Cerrito?*

Tesis 2: “Por otro lado, en cuanto al argumento atinente a que, previamente a la declaratoria de pérdida de la personería jurídica, se debía aplicar el mecanismo de la consulta previa por tratarse de la adopción de una medida administrativa que afecta directamente a la comunidad afrodescendiente, se debe señalar que la jurisprudencia constitucional ha indicado, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y con el desarrollo del derecho internacional, que el presupuesto para la activación del deber de consulta previa es la afectación directa de los pueblos étnicos. En términos de la jurisprudencia constitucional, se ha definido la afectación directa “como el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Procede entonces la consulta previa cuando existe

evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente”. (...). En el caso que se analiza, se tiene que tanto el reconocimiento como la pérdida de la personería jurídica de un partido político, en este último evento, bajo el supuesto de hecho de incumplir con los requisitos señalados en el artículo 108 de la Constitución, no constituyen disposiciones que beneficien o afecten únicamente a las comunidades afrodescendientes sino a la generalidad de las colectividades políticas que participan en el certamen electoral de Congreso de la República, lo que de suyo presupone que no hay un trato diferencial. En consecuencia, si bien la pérdida de la personería jurídica podría implicar una afectación directa a la comunidad de San Antonio y El Castillo, se tiene que la misma situación de afectación es predicable respecto de todas las colectividades políticas que pretendan obtener una representación en el Congreso y no cuenten con el suficiente respaldo popular, razón por la cual el Consejo Nacional Electoral no estaba en la obligación de agotar el mecanismo en comentario.”

DESVIACIÓN DE PODER – No se acreditó su configuración

Problema Jurídico 3: *¿El Consejo Nacional Electoral incurrió en desviación de poder, puesto que el verdadero motivo que subyace de tales decisiones es “extinguir” al PRE como partido político, toda vez que se declaró en oposición al gobierno del actual presidente de la República?*

Tesis 3: “[E]l demandante alegó que los actos administrativos cuya nulidad se deprecia adolecen de desviación de poder, pues, en su sentir, existe un interés del Consejo Nacional Electoral de “extinguir” al Partido Político de Reivindicación Étnica. La desviación de poder se configura cuando la atribución de la que está investida una autoridad administrativa se ejerce no hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes, de tal manera que se configura como causal de anulación, la que de manera precisa consiste en que una autoridad, con la competencia suficiente para expedir el acto acusado, lo hace por móviles distintos a la finalidad expresa o implícita de la norma que le atribuye dicha competencia. En ese sentido, es a la parte que arguye la desviación de poder a la que le corresponde probar de manera clara, fehaciente y determinante la exis-

tencia de móviles distintos de la administración, aportando las pruebas que lleven a la certeza de que los motivos que tuvo la autoridad administrativa para expedir el acto, tuvieron un fin distinto al bien jurídico tutelado por la ley. Según lo consignado en las resoluciones demandadas, el Consejo Nacional Electoral tuvo como sustento normativo fundamental para declarar la pérdida de la personería jurídica la verificación objetiva de los resultados de las elecciones de Congreso de la República referentes al umbral de votación no inferior al 3% o al hecho de que las minorías étnicas y políticas hayan obtenido representación en el Congreso, presupuestos establecidos en el artículo 108 de la Constitución. Sobre el particular, se advierte que la parte actora no acreditó que el Consejo Nacional Electoral tuviera un fin distinto al señalado en los actos acusados, por cuanto se limitó a manifestar que la autoridad demandada tenía interés en extinguir al PRE como partido político, de modo que no existe razón jurídica o fáctica alguna que permita declarar la nulidad del acto administrativo acusado en virtud de ese preciso reproche.”

PERSONERÍA JURÍDICA – La decisión de su pérdida para el Partido de Reivindicación Étnica PRE se ajusta a la legalidad

Problema Jurídico 4: *¿Pese a no haber participado en las elecciones al Congreso de la República periodo constitucional 2018-2022 como partido político y sí en la condición primigenia de consejo comunitario, era jurídicamente viable que el Consejo Nacional Electoral declarara la pérdida de la personería jurídica del PRE, en aplicación de lo consagrado en el artículo 108 de la Constitución, en concordancia con el numeral 9 del artículo 265 ibídem?*

Tesis 4: “La parte actora estimó que los actos demandados fueron expedidos con violación de las normas en las que debían fundarse porque el Consejo Nacional Electoral no tuvo en cuenta la no participación de esa colectividad como partido político con personería jurídica en las pasadas elecciones para Congreso de la República periodo 2018-2022, por cuanto para la fecha del cierre de inscripciones de esas justas electorales, aún no había sido reconocida la personería jurídica, la cual se otorgó hasta el 31 de enero de 2018 mediante la Resolución 0128. (...). [L]a obtención de la personería jurídica del PRE como partido político obedeció al llamamiento efectuado por el CNE a la señora Vanessa Alexandra Bustos Mendoza para ocupar una curul como representante a la Cámara por las comunidades afrodescendientes. Esta circunstancia se produjo faltando menos de un (1) año para que finalizara el periodo institucional de los congresistas (2014-2018). Así las cosas, resultaba apremiante para el PRE presentar la solicitud de reconocimiento de la personería jurídica para poder participar como partido político en las elecciones para Congreso de la República periodo 2018-2022 y así poder obtener una representación en dicha corporación, en cumplimiento de lo contemplado en el artículo en el artículo 108 de la Constitución. De esta manera, una vez alcanzada la curul en la Cámara de Representantes, presentó la solicitud de reconocimiento dentro de un plazo razonable; no obstante, el CNE contaba con plazo legal (30 días hábiles) para responder la petición aun después de vencido el periodo de inscripciones de candidatos para Congreso de la República periodo 2018-2022, esto es, el 12 de diciembre de 2017. En ese orden, bajo la premisa de

que se encontraba en trámite el reconocimiento de la personería jurídica por parte del CNE y que estaba ad portas del vencimiento del periodo de inscripciones al Congreso de la República, es evidente que la alternativa con la que contaba el PRE para que la personería jurídica cuyo reconocimiento aspiraba, se le mantuviera, por lo menos hasta el siguiente periodo institucional, era obtener una curul en el Senado o en la Cámara de Representantes para el periodo 2018-2022, para lo cual podía presentarse mediante el mecanismo de la recolección de firmas o por la circunscripción especial afrodescendiente. El PRE, consciente de la situación descrita, se presentó a los comicios a través de su condición primigenia de Consejo Comunitario de los Corregimientos de San Antonio y El Castillo, para lo cual postuló a los candidatos Alberto Hurtado Panameño, Cristóbal Palacios y Ányela Viviana Guanga Marquinez, con el propósito de alcanzar una curul en la Cámara de Representantes; sin embargo, no obtuvo el respaldo popular suficiente para lograr dicho cometido. (...). El reconocimiento y la extinción de la personería jurídica obedecen, entonces, a la comprobación de un requisito instituido por el propio constituyente a manera de reglas de juego objetivas para todas las colectividades políticas que participan en el certamen electoral de Congreso de la República. Bajo ese razonamiento, resulta evidente que la consecuencia necesaria y lógica que se deriva de la no obtención del porcentaje de votos requeridos o del hecho de no alcanzar una curul en la Cámara de Representantes por parte de las minorías étnicas, no puede ser otra que la pérdida de la personería jurídica. Por consiguiente, las decisiones adoptadas por el Consejo Nacional Electoral por las cuales se declaró la pérdida de personería del PRE, se fundaron en la constatación objetiva de los requisitos señalados en el artículo 108 de la Constitución Política y en el artículo 4 de la Ley 130 de 1994, postulados que obligatoriamente debía observar esa entidad, la cual no estaba facultada para anteponer a esos criterios consideraciones subjetivas o excepciones que la norma no contempla, puesto que ello implicaría un palmario quebrantamiento de la Carta Política respecto de las reglas que el propio constituyente implementó.”

Salvamento de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**PERSONERÍA JURÍDICA – La decisión de su pérdida vulnera derechos fundamentales**

Tesis: “[C]onsidero que para resolver los problemas jurídicos planteados resulta relevante e ineludible tener en cuenta no solo las normas generales aplicables para la pérdida de la personería jurídica, pues, como bien lo señala el fallo frente al cual salvo mi voto, la evaluación que debe hacer la entidad administrativa sobre el cumplimiento de los requisitos es objetivo, y de ninguna manera se disiente ni se discute esa posición, pero, no se puede perder de vista una situación trascendental, que tiene que ver con que el Consejo Comunitario no pudo inscribir candidatos a las elecciones de congreso de 2018 como partido político como le correspondía, porque no contaba con la personería Jurídica para hacerlo en circunscripciones diferentes a la especial de comunidades afrodescendientes. Si bien es cierto, esta imposibilidad de inscribir candidatos no es endilgable como mora o dilación injustificada al Consejo Nacional Electoral, puesto que correspondió a situaciones ajenas, como la declaratoria de la nulidad de los elegidos inicialmente en esa circunscripción en el año 2016, y que la curul fue asignada un año después en 2017 y por ende, la personería como partido político fue otorgada en enero de 2018, es claro que, dicha circunstancia limitó su posibilidad de participación, y no se puede argumentar de ninguna manera que tenía la posibilidad de inscribir candidatos como grupo significativo de ciudadanos, pues para eso se requiere el cumplimiento de otros requisitos especiales que establece la normativa como la recolección de firmas y la certificación de las mismas por la RNEC, proceso que lleva tiempo y esfuerzo conseguirlo, cuando en este caso habían obtenido la curul y por ende, tenían el derecho de obtener la personería jurídica como partido político y así mismo la potestad de inscribir candidatos sin ningún otro requisito que el aval como partido. Tampoco es de recibo argumentar que no se les negó la posibilidad de inscribir candidatos porque lo podían hacer como Consejo Comunitario, y por lo tanto no existe la vulneración, puesto que aunque podían inscribir candidatos

como Consejo Comunitario, solo lo podían hacer en la circunscripción especial de comunidades afrodescendientes, es decir, solo podían inscribir candidatos para 2 curules, cuando su posibilidad de acuerdo con las normas constitucionales y legales, al haber obtenido la curul era como partido político en todas las 33 circunscripciones territoriales de Cámara y la nacional de senado. Tal como se expone, en los antecedentes de las normas constitucionales, la motivación de la inclusión de estas normas por el constituyente primario tienen como objetivo principal garantizar la igualdad material en la conformación del poder político a esta minoría, y las normas especiales consagradas para que lo logren, no solo apuntan a que obtengan la representación mínima en las dos curules creadas solo para ellos, sino en que puedan competir como partido político en las demás circunscripciones ordinarias, con el cumplimiento del único requisito de obtener una curul. Dicha diferenciación, establecida en la Constitución de 1991, tiene su fundamento en reconocer a esta población como minoría y otorgarle prerrogativas para que logren no solo obtener una mínima representación sino que alcancen, con reglas más laxas mayor representación, no solo con el objetivo de reivindicar sus derechos, negados por mucho tiempo, sino en darles la posibilidad de una real representación de acuerdo a su número de miembros. (...). De lo anterior considero debe prosperar el cargo de vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad material, el debido proceso y la conformación del poder político, específicamente a elegir y ser elegidos, pues la decisión de pérdida de la personería jurídica no tuvo en cuenta la circunstancia especial acaecida en este caso, que si bien obtuvieron la curul para el periodo 2014-2018, esta fue asignada 3 años después, al igual que la personería como partido político, razón por la cual se les impidió participar en las demás circunscripciones teniendo el derecho a hacerlo sin ningún otro requisito que el aval como partido político.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 12 de diciembre de 2019, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2019-00028-00.](#)

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO
JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS


CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

1. Senador Ernesto Macías deberá ser investigado disciplinariamente por la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República.

Síntesis del caso: *El abogado defensor del Senador Ernesto Macías solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil dirimir el conflicto positivo de competencias administrativas suscitado entre la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República, autoridades que de manera paralela decidieron adelantar investigación disciplinaria contra su representado, a quien se endilgó responsabilidad disciplinaria por no permitir la intervención inmediata de los partidos o movimientos políticos declarados en oposición, tal como lo ordena la Ley 1909 de 2018. La Sala de Consulta desató el conflicto señalando que la conducta a investigar a prima facie afecta una función congresional correspondiente a votos y opiniones por lo que la competencia disciplinaria es de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República.*

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Carece de competencia para investigar disciplinariamente a los congresistas por sus votos y opiniones / FUNCIÓN CONGRESIONAL DE LA CONDUCTA A INVESTIGAR – Determina autoridad competente para llevar a cabo proceso disciplinario / PODER PREFERENTE DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN – No aplica frente a conductas relacionadas con votos y opiniones / CONDUCTA ENDILGADA AL SENADOR ERNESTO MACÍAS – Afecta a prima facie deber congresional correspondiente a votos y opiniones / COMPETENCIA DISCIPLINARIA – Se atribuye a la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República

Problema Jurídico: *¿Cuáles son los límites, obligaciones y responsabilidades que surgen para las personas que ostentan la condición de matrices o controlantes de una sociedad?*

Tesis: “Una de las manifestaciones más importantes de la independencia y autonomía del Poder Legislativo se encuentra en el artículo 185 de la Constitución Política, el cual señala que: «Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo». (...) [E]n virtud de la expresión «sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo», se ha concluido que los votos y opiniones de los legisladores pueden dar lugar, en todo caso, a responsabilidad disciplinaria, la cual debe ser definida dentro de la corporación. (...) [T]eniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 185, así como la garantía de independencia y autonomía del poder legislativo, derivada del principio de separación de poderes consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación no tiene competencia para investigar disciplinariamente a los congresistas por sus votos y opiniones (...) El artículo 3º de la Ley 1828 de 2017 establece la competencia disciplinaria teniendo en cuenta si la

conducta a investigar respecta a la función congresional. Si es así, la investigación disciplinaria debe adelantarse por la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista. Por el contrario, si la conducta no respecta a la función congresional, la competencia disciplinaria recae en la Procuraduría General de la Nación. (...) Si la conducta a investigar corresponde a un voto u opinión, la autoridad competente para investigar al senador o representante es la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista de la correspondiente Cámara. En este caso, el Procurador General de la Nación no puede ejercer su poder preferente frente a este tipo de conductas. Lo anterior, teniendo en cuenta: a) la independencia y autonomía del poder legislativo, derivada del principio de separación de poderes consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política, y b) el artículo 185 superior, relativo a la inviolabilidad parlamentaria. (...) [T]eniendo en cuenta que la conducta a investigar, prima facie: a) afecta la función congresional correspondiente a votos y opiniones y b) se encuentra dentro del ámbito del artículo 185 de la Constitución Política, pues con ella se habría impedido a la oposición el ejercicio del derecho a réplica consagrado en la Ley 1909 de 2018, y por tanto, que esta pudiera manifestar su opinión, la competencia para investigar y sancionar al senador Ernesto Macías Tovar se encuentra en

cabeza de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República, sin que, en este

caso concreto, pueda el Procurador General de la Nación ejercer su poder preferente.”

[Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Auto del 12 de diciembre de 2019, C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación 11001-03-06-000-2019-00159-00\(C\).](#)

2. Concursos de ascenso en la Contraloría General de la República deben ser abiertos.

Síntesis del caso: *El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública elevó consulta indagando sobre la viabilidad jurídica de realizar concursos de ascenso cerrados en la Contraloría General de la República. La Sala conceptuó que el Decreto Ley 268 de 2000 prevé que los concursos de ascenso deben ser abiertos, desestimando la afirmación del consultante sobre un posible vacío normativo que permitiera la aplicación por analogía de un cuerpo normativo distinto.*

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – Sistema de ascenso de sus servidores debe surtir por concurso abierto / SISTEMA DE CARRERA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – Inexistencia de vacío normativo / APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CONCURSO DE ASCENSO DE LA LEY 1960 DE 2019 – Improcedencia para el caso de la carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República

Problema Jurídico: “¿En las normas de carrera de la Contraloría General de la República existe un vacío en lo atinente al tipo de concurso de ascenso que debe adelantarse de tal manera que sea procedente aplicar la normativa prevista en el artículo 29 de la ley 909 de 2004 con la modificación introducida por la ley 1960 de 2009?. ”

Tesis: “[T]anto la anterior como la actual normativa legal sobre el régimen especial de carrera administrativa de la Contraloría General de la República prevén que los concursos serán abiertos y no se establece diferencia alguna entre ingreso y ascenso. (...) En conclusión, al disponer el legislador que los concursos en la Contraloría son abiertos, debe enten-

derse que ese es el sistema que en ejercicio de su amplia libertad de configuración diseñó para valorar los méritos de los aspirantes a ascender dentro de la carrera especial. (...) [L]as disposiciones sobre concursos de ascenso vertidas en el texto de la Ley 1960 están dirigidas exclusivamente a: i) las entidades que se rigen por el sistema general de carrera administrativa, ii) a los sistemas específicos de origen legal, y iii) las carreras bajo la administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil. (...) Para el caso de la carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República no es viable aplicar de manera supletoria las normas que regulan los concursos de ascenso adoptadas por la Ley 909 de 2004 modificada por la Ley 1960 de 2019, puesto que no hay vacío normativo.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 13 de diciembre de 2019, C.P. Germán Alberto Bula Escobar, radicación 11001-03-06-000-2019-00202-00\(2437\).](#)

3. Protección del medio ambiente: competencias concurrentes entre las autoridades indígenas, el gobierno nacional y la CAR.

Síntesis del caso: *La Capitanía Comunidad Afrocolombiana de Páez (Coafropáez), del departamento del Cauca, presentó una denuncia ambiental ante el jefe regional Cauca de la Corporación Autónoma Regional del Cauca (en adelante CRC), por la tala de dos árboles que se encontraban en una reserva forestal. La CRC requirió a los presuntos implicados en la tala de los árboles, recibiendo respuesta del Cabildo Indígena indicándole que en su Resguardo no podía existir autoridad diferente al Cabildo, explicando que la Autoridad Tradicional del Resguardo autorizó la utilización de dos árboles tradicionales para aserrío. La CRC planteó conflicto positivo de competencias administrativas concluyéndose por parte de la Sala de Consulta que en el caso concreto se resolvería otorgando la competencia al cabildo indígena, aclarando sin embargo que la aceptación de la jurisdicción indígena en temas ambientales solo es viable frente a situaciones que, como en el caso concreto, se dan en el ámbito del aprovechamiento cotidiano y de bajo impacto de los recursos naturales no renovables (en este caso dos árboles para construir una casa de uno de los comuneros con el deber de compensar ese uso), pero no cuando se trata de actividades de explotación comercial o de alto impacto cuyos efectos trascienden el específico espacio de los territorios indígenas y se proyectan a toda la sociedad.*

AUTORIDAD INDÍGENA – Competencia para ejercer control y vigilancia en relación con el medio ambiente en su territorio / POTESTAD SANCIONATORIA AMBIENTAL – Origen constitucional / CABILDO INDÍGENA Y CAR – Competencias concurrentes / JURISDICCIÓN INDÍGENA – No desplaza competencia de las autoridades ambientales / DERECHO A UN AMBIENTE SANO – Derecho de toda la colectividad

Problema Jurídico: *¿Cuál es la autoridad competente para iniciar un proceso sancionatorio ambiental por la tala de dos árboles, caucho y calabazo, ubicados al margen de un afluente que abastece el acueducto del municipio de Belalcázar?*

Tesis: “La Sala observa lo siguiente: Como se indicó, la Constitución Política reconoce la facultad de los pueblos indígenas a gobernarse por autoridades propias, conforme a sus usos y costumbres, correspondiéndoles, entre otras funciones, las de diseñar sus políticas, planes y programas de desarrollo; promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución; percibir y distribuir los recursos; velar por la preservación de los recursos naturales; coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio y velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios (artículos 246 y 330 CP). El núcleo esencial de la autonomía y autodeterminación de las comunidades indígenas, según la jurisprudencia constitucional, recae en la potestad de gestionar y satisfacer sus

intereses propios en el marco territorial que habitan (artículo 287 CP). En este contexto, la interferencia del Estado debe (i) estar fundamentada en la Constitución y la ley; (ii) referirse a medidas útiles y necesarias para la protección de los derechos fundamentales; y, (iii) ser las medidas menos gravosas para la autonomía política de dichas comunidades étnicas. Así, el Estado tiene que reconocer, respetar y proteger estos derechos y, por consiguiente, asume obligaciones positivas y negativas, pues le corresponde “tanto facilitar esa gestión (de autogobierno) como abstenerse de interferir indebidamente en la toma de las decisiones”. En este contexto, en la sentencia T-236 de 2012, la Corte Constitucional fijó los parámetros para resolver estos conflictos que se presentan entre las corporaciones autónomas regionales y los resguardos indígenas sobre las posibles infracciones ambientales cometidas en sus territorios, concluyendo que se está en presencia de competencias concurrentes que el legislador está llamado a armonizar. Como quiera que ese deber de armonización no se ha dado, ante la ausencia de mecanismos legales claros de coordinación o de reglas concretas de definición de las competencias para ejercer la

jurisdicción ambiental en los territorios indígenas, debe preferirse la competencia de las autoridades indígenas como expresión de su «capacidad de Autogobierno», la cual «sólo es posible si se reconoce a la vez un territorio para ejercer en él sus propias normas y desarrollar su cultura y costumbres». De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que en el caso analizado deberá declararse competente al Cabildo Indígena de Belalcázar para adelantar las eventuales conductas de los señores Álvaro Vargas y James Valencia, en relación con la tala de dos árboles ubicados en el afluente de Guapota. En todo caso la Sala considera importante aclarar que la solución adoptada en este caso, siguiendo a su vez el mismo criterio empleado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-236 de 2012, no significa que la jurisdicción indígena desplace de manera general las competencias de las autoridades ambientales, especialmente en aquellos casos en que la ley exige autorizaciones o licencias previas, evento en el cual el derecho de los pueblos indígenas se concreta en la

exigencia de consulta previa, pero no en la facultad de adoptar tales decisiones. Por lo mismo, la Sala observa que la aceptación de la jurisdicción indígena en temas ambientales solo es viable frente a situaciones que, como en el caso concreto, se dan en el ámbito del aprovechamiento cotidiano y de bajo impacto de los recursos naturales no renovables (en este caso dos árboles para construir una casa de uno de los comuneros con el deber de compensar ese uso), pero no cuando se trata de actividades de explotación comercial o de alto impacto cuyos efectos trascienden el específico espacio de los territorios indígenas y se proyectan a toda la sociedad. Como se dijo inicialmente, el derecho a un ambiente sano es un derecho de toda la colectividad y, por tanto, cuando este puede sufrir graves afectaciones, la actuación de las autoridades ambientales resulta imperiosa y no compatible con el derecho propio de los pueblos indígenas, el cual, como también se advirtió, solo es viable dentro del marco de la Constitución y la ley.”

[Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Auto del 26 de noviembre de 2019, C.P. Édgar González López, radicación 11001-03-06-000-2019-00117-00\(C\).](#)

4. Autoridad que expidió el acto administrativo es competente para resolver el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, cuando su estructura lo permite, contra acto que revocó el nombramiento en período de prueba de un cargo de carrera.

Síntesis del caso: *El abogado defensor del Senador Ernesto Macías solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil dirimir el conflicto positivo de competencias administrativas suscitado entre la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República, autoridades que de manera paralela decidieron adelantar investigación disciplinaria contra su representado, a quien se endilgó responsabilidad disciplinaria por no permitir la intervención inmediata de los partidos o movimientos políticos declarados en oposición, tal como lo ordena la Ley 1909 de 2018. La Sala de Consulta desató el conflicto señalando que la conducta a investigar a prima facie afecta una función congresional correspondiente a votos y opiniones por lo que la competencia disciplinaria es de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República.*

RECURSOS DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN EN CONTRA DE ACTO ADMINISTRATIVO QUE REVOCA NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA DE EMPLEADO DE CARRERA – Competencia para resolver

Problema Jurídico: *¿Cuál es la autoridad competente para resolver el recurso de reposición y en subsidio apelación presentado por la señora Paula Johanna Ruiz Quintana contra la resolución No. 1548 del 10 de junio de 2010 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social que revocó el nombramiento en periodo de prueba contra la referida ciudadana?*

Tesis: “El artículo 74 del CPACA dispone que contra los actos definitivos proceden los recursos de reposición y apelación. (...) [E]l CPACA es claro al indicar que la competencia para resolver el recurso de reposición, recae sobre la autoridad que expidió el mismo acto administrativo recurrido, quien tendrá la facultad para aclarar, modificar, adicionar o revocar su decisión. Por su parte, el recurso de apelación debe ser resuelto por el «superior administrativo o funcional» de quien expidió la decisión. (...) Teniendo en cuenta que el artículo 74 del CPACA es claro al indicar que la competencia para resolver el recurso de reposición, recae sobre la autoridad que expidió el mismo acto administrativo recurrido y será este

quien tendrá la facultad para aclarar, modificar, adicionar o revocar su decisión (...) Por otra parte, la ley señala que el recurso de apelación debe ser resuelto por el «superior administrativo o funcional» de quien expidió la decisión (...) que para el caso en particular sería el Ministro de Salud y Protección Social, de conformidad con la Ley 489 de 1998 (artículo 60 y 61) y los Decretos 770 de 2005, 4107 de 2011 y 2562 de 2012. (...) Al respecto, es propio traer a colación el Concepto 2266 a través del cual esta Sala indicó lo siguiente: [...] [E]s claro que los ministros y directores de departamento administrativo ejercen la alta dirección de la rama ejecutiva en el orden nacional, según lo prevén la Constitución Política, la Ley 489 de 1998 y el Decreto 770 de 2005. En tal medida, no cabe ninguna duda de que dentro del ministerio o departamento administrativo correspondiente, cada ministro o director tiene la posición más alta de la entidad, y en tal virtud es el superior jerárquico de todos los demás empleados. Este tipo de jerarquía intraorganizacional suele tener configuración “en cascada” de manera que se expresa entre las diversas escalas de la organización”.

[Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Auto del 6 de diciembre de 2019, C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación 11001-03-06-000-2019-00125-00\(C\).](#)