

EDICIÓN

247

OCTUBRE DE 2021

BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



#CEtrabajaencasa

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Marta Nubia Velásquez Rico
Presidenta Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate
Hernando Sánchez Sánchez
Sandra Lisset Ibarra Vélez
Marta Nubia Velásquez Rico
Jaime Enrique Rodríguez Navas
Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz
Myriam Stella Gutiérrez Argüello
Óscar Darío Amaya Navas
Paula Johanna León Mora

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
Yulieth Esperanza Rodríguez Nieto
Acciones Constitucionales
Pedro Javier Barrera Varela
Camilo Augusto Bayona Espejo
Juan Alejandro Suárez Salamanca

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 247, octubre de 2021
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co

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



CONTENIDO

CONTENIDO.....	3
EDITORIAL.....	4
I. NORMAS ANULADAS	5
II. EXHORTOS.....	5
V. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN.....	7
III. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	12
IV. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	20
V. SECCIÓN PRIMERA.....	24
VI. SECCIÓN SEGUNDA	29
VII. SECCIÓN TERCERA	37
VIII. SECCIÓN CUARTA.....	63
IX. SECCIÓN QUINTA.....	77
X. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.....	83

EDITORIAL

En la edición 247 del «Boletín del Consejo de Estado- Jurisprudencia y Conceptos», que corresponde al mes de octubre de 2021, se reseñan 36 decisiones recientes de gran relevancia. Estas fueron proferidas por las secciones, la Sala de Consulta y Servicio Civil y la Sala Plena (en conjunto o a través de sus salas especiales de decisión) y, sin excepción, constituyen importantes instrumentos de actualización en términos de derecho público.

Del universo de decisiones reseñadas, se destaca la sentencia de unificación proferida el pasado 9 de septiembre, cuyo magistrado ponente es el doctor Rafael Francisco Suárez.

Al respecto, se puede comentar que la Sección Segunda unificó jurisprudencia en una sentencia de claridad y utilidad sobre el contrato estatal de prestación de servicios. De claridad, porque sienta su posición en temas fundamentales para el reconocimiento de las relaciones laborales encubiertas o subyacentes en la administración, y de utilidad porque ofrece un sinnúmero de herramientas conceptuales para que los falladores de los demás niveles de la jurisdicción de lo contencioso administrativo puedan determinar en la práctica, si se configura alguno de los elementos definitorios de la prestación de servicios o de las relaciones laborales.

En este sentido, explican que las características de los contratos estatales de prestación de servicios son i) su término estrictamente indispensable para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad ii) que tales actividades no puedan realizarse con personal de planta por su carencia o falta de conocimiento especializado y iii) el alto grado de autonomía del contratista, concluyendo que «los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia».

Así mismo, se pronuncian sobre los parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual, contando entre ellos «que el término por el cual se celebra [el contrato] debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual» lo que permitiría definir si se excedió el «término estrictamente indispensable»; y, la subordinación, sobre la que también se señala cuáles son los elementos que se deben analizar para determinar su configuración.

Finalmente, en tanto el alcance de los aspectos de temporalidad y el término de solución de continuidad entre contratos, la Sala acogió «un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios» y ratificó la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de seguridad social en salud en razón a la naturaleza parafiscal de los recursos.

Se invita a todos nuestros lectores a consultar a profundidad tanto esta decisión como las demás que fueron reseñadas en esta versión del boletín, aprovechando los extractos explicativos elegidos directamente por los despachos y la relatoría de la Corporación y los enlaces que permiten la descarga directa de la providencia, concepto o decisión de conflicto de competencias.

I. NORMAS ANULADAS

1. El aparte «[...] o tarea específica [...]» contenido en el artículo 8° del Acuerdo 001 de 9 de marzo de 2018 expedido por la Jurisdicción Especial para la Paz.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2021, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 11001-03-24-000-2018-00441-00\(AI\) \(ver página 21 de este boletín\).](#)

2. El aparte «[...] carga de trabajo [...]» contenido en el artículo 29° del Acuerdo 001 de 9 de marzo de 2018, modificado por el Acuerdo ASP 003 de 3 de septiembre de 2018, expedido por la Jurisdicción Especial para la Paz.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2021, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 11001-03-24-000-2018-00441-00\(AI\) \(ver página 21 de este boletín\).](#)

3. Artículo 1° parcial del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007 “Por el cual se modifica el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005”, expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública. Literales g) del numeral 2.1.3 y iii) del numeral 2.2.1 del título segundo y el título tercero la Circular N° 05 de 23 de julio de 2012, por la cual se establece el trámite de autorización de la prórroga del nombramiento bajo la modalidad de encargo o de nombramiento provisional. Expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 20 de mayo de 2021, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2012-00795-00 \(2566-2012\) \(ver página 33 de este boletín\).](#)

II. EXHORTOS

La Sala de Consulta y Servicio Civil exhortó al Gobierno Nacional para que presente, ante el Congreso de la República, un proyecto de ley que regule y desarrolle la función de inspección, vigilancia y control sobre las entidades agropecuarias, gremiales agropecuarias y campesinas.

En ese sentido precisó: “La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado urge al Gobierno Nacional para que presente, ante el Congreso de la República, un proyecto de ley que regule y desarrolle de manera específica la función de inspección, vigilancia y control sobre tales entidades, tanto nacionales como del orden municipal, departamental o regional, así como el alcance de la misma, lo cual incluye como mínimo la tipificación de las infracciones, así como la clase y cuantía de las sanciones aplicables, entre otros aspectos propios de la potestad sancionadora administrativa señalados por la Sala en el Concepto 2403 de 2019. Lo anterior, al tener en cuenta que es el Legislativo el llamado a determinar las condiciones a través de las cuales debe ejercerse dicha función, puesto que tienen reserva de ley en los términos del artículo 150, numeral 8 CP. En esa línea, la Sala, con fundamento en lo dispuesto en numeral 2° del artículo 112 de la Ley 1437 de

2011, manifiesta su disposición para colaborar en la elaboración del Proyecto de Ley, si el Gobierno Nacional así lo considera necesario”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 4 de mayo de 2021, C.P. Édgar González López, radicación 11001-03-06-000-2020-00139-00\(C\)](#)

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

La Sección Segunda profirió sentencia de unificación sobre los aspectos de temporalidad, término de solución de continuidad entre contratos y la posibilidad de devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes.

Síntesis del caso: *Abogada que prestó sus servicios desde el año 2005 hasta 2011, vinculada a través de múltiples y sucesivos contratos de prestación de servicios profesionales, demanda a la Personería de Medellín y al Instituto Tecnológico Metropolitano (ITM) de Medellín, solicitando el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las correspondientes prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculada contractualmente. El Tribunal de Antioquia resolvió a favor de la accionante, ordenando al MUNICIPIO DE MEDELLÍN – PERSONERÍA MUNICIPAL, reconocer y pagarle las prestaciones sociales dejadas de percibir dentro de los periodos que se ejecutaron los contratos correspondientes, y los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado en que prestó sus servicios debidamente indexados.*

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / CARACTERÍSTICAS Y OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Problema jurídico 1: *¿Puede la administración pública, en todos los eventos, recurrir a la institución jurídica del contrato estatal de prestación de servicios para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado?*

Tesis: 1 “El contrato estatal de prestación de servicios, por ser uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, es un tipo de negocio jurídico que expresamente recoge el estatuto general de contratación pública; se trata, por tanto, de un contrato típico, pues está definido en el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. [...] [S]e pueden considerar como características del contrato estatal de prestación de servicios las siguientes: (i) Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta. (ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». (iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales». [...] En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia. [...] [C]ualquier contrato de prestación de servicios tiene por objeto genérico «desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad».[...] Por lo tanto, la Administración Pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan, como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública –como peritos, técnicos y obreros–; y, también, de manera excepcional y temporal, cumplir funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados”.

CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA O SUBYACENTE – Criterios de identificación / ESTUDIOS PREVIOS / SUBORDINACIÓN CONTINUADA / LUGAR DE TRABAJO / HORARIO DE LABORES / DIRECCIÓN Y CONTROL EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES A EJECUTAR / TAREAS IDÉNTICAS, SEMEJANTES O EQUIVALENTES A LAS ASIGNADAS EN FORMA PERMANENTE A LOS FUNCIONARIOS O EMPLEADOS DE PLANTA DE LA ENTIDAD / PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO / REMUNERACIÓN

Problema jurídico 2: *¿Es posible desvirtuar el contrato estatal de prestación de servicios que oculta una auténtica relación de trabajo?*

Tesis: 2: “Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual. Los estudios previos. La Administración Pública debe dar aplicación a un plan en cada uno de sus procesos de selección, en especial, en los que lleva a cabo de forma directa. [...] No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada». En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» (...) los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente. Subordinación continuada. [...] [L]a subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida– ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes: i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta. ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido. iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. [...] [E]l desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal

(como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral. Prestación personal del servicio. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas. Remuneración. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”.

CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA O SUBYACENTE / TEMPORALIDAD / SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD / PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES / APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Problema jurídico 3: *¿Cuál es el alcance de los aspectos de temporalidad, término de solución de continuidad entre contratos y la posibilidad de devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes?*

Tesis 3: “Primera cuestión: Sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. La temporalidad como elemento del contrato estatal de prestación de servicios. [...] la temporalidad y excepcionalidad de la contratación son la esencia de este tipo de contratos. Por consiguiente, con ellos no pueden suplirse, de manera definitiva, las funciones permanentes o misionales de las entidades, pues su ejercicio solo corresponde a vinculaciones legales y reglamentarias. [...] la Sala unifica el sentido y alcance del «término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento. [...] El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad. El segundo problema jurídico que pretende resolver la presente sentencia de unificación es establecer el término de solución de continuidad en aquellos contratos de prestación de servicios que presentan interrupciones entre uno y otro. [...] [C]onviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose. [...] [L]a Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado. [...] Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia. En lo atinente a la prescripción de derechos laborales en el orden administrativo, [...] esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios. [...] esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad. [...] [A]unque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral. [...] [C]omo complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones: Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos

constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse. [...] Tercera cuestión: devolución de mayores aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista, que demostró la existencia de la relación laboral estatal. [...] [E]l tercer problema jurídico que se resuelve con la presente sentencia de unificación es el atinente a la posibilidad de devolver los aportes a salud, en el porcentaje que el contratista no hubiese estado obligado a realizar. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social (...) tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». [...] En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 9 de septiembre de 2021, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 05001-23-33-000-2013-01143-01\(1317-2016\) CE-SUJ2-025-21, con salvamento parcial de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, aclaración de voto de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez y aclaración de voto del consejero William Hernández Gómez](#)

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

ACCIONES DE TUTELA

1. Vulneración del derecho al debido proceso al no estudiarse la caducidad del medio de control de reparación directa desde una perspectiva favorable a los intereses de las víctimas ante un posible delito de lesa humanidad.

Síntesis del caso: Los accionantes presentaron demanda orientada a obtener del Estado la reparación de los perjuicios ocasionados por el Ejército Nacional, con la muerte del señor [Á.C.V.]. Una vez admitida la demanda por parte del Juzgado 1 Administrativo de Yopal, el 27 de febrero de 2020, se llevó a cabo la audiencia inicial de la que trata el artículo 180 del CPACA, en la cual se declaró probada la excepción de caducidad del medio de control. Decisión contra la que la parte demandante presentó recurso de apelación. Mediante Auto de 23 de julio de 2020, el Tribunal Administrativo de Casanare confirmó la decisión. Para ello indicó que, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales fijados en la Sentencia de Unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 29 de enero de 2020, operó la caducidad del medio de control pues los accionantes conocieron el daño el 20 de septiembre de 2006 y no existieron razones suficientes que justificaran la tardanza en interponer la demanda. Inconformes con la decisión anterior, presentaron acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Casanare, por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, los cuales consideraron vulnerados con ocasión de la providencia antes referida.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUTO QUE DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD / JUEZ - Obligación internacional de ejercer como juez de convencionalidad / APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD – Por el juez constitucional / COMPETENCIA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL – No está limitada por la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 29 de enero de 2020, ni la Sentencia de la Corte Constitucional SU-312 de 2020 / CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD – No son de competencia del Consejo de Estado / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL CÓMPUTO DE LA CADUCIDAD DE LA DEMANDA DE REPARACIÓN DIRECTA POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD - No podía hacer tránsito a cosa juzgada sobre el artículo 164 del CPACA / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Instrumento de control de convencionalidad con el que cuentan los jueces / CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES / OBLIGACION DE CUMPLIR LOS TRATADOS DE BUENA FE – Implica acoger el alcance y contenido de las normas de los tratados según lo establezca su intérprete autorizado / DERECHO INTERNO – No se puede invocar como justificación para el incumplimiento de un tratado / SENTENCIA DE UNIFICACION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - SU-312 no es materialmente una sentencia de unificación / SENTENCIA DE REVISION DEL FALLO DE LA ACCION DE TUTELA – SU-312 no estableció una regla de unificación / FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – Errónea interpretación de la regla contenida en el fallo de la Corte Interamericana / SENTENCIA DEL CASO ORDENES GUERRA CONTRA CHILE / CADUCIDAD DE ACCIONES DE REPARACION EN CASO DE CRIMENES ATROCES – Desconoce la imprescriptibilidad de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición / EJECUCION DE UN CIVIL POR PARTE DE AGENTES DEL ESTADO / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA – En el caso aducido era necesario que se agotara el debate probatorio para determinar si constituye o no delito de lesa humanidad / VULNERACION DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Problema jurídico: *¿Determinar si el Tribunal Administrativo de Casanare vulneró el derecho al debido proceso de los accionantes tras declarar la caducidad del medio de control de reparación directa?*

Tesis: “Se recuerda que lo pretendido por la parte actora era dejar sin efectos el Auto proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare el 23 de julio de 2020, en consideración a que, en su entender, se debió dar aplicación a diferentes interpretaciones que, convencionalmente, han dispuesto que, respecto de hechos relacionados con crímenes de lesa humanidad, se debe inaplicar el término de caducidad dispuesto legalmente.

(...) para la Sala, ni la Sentencia de Unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 29 de enero de 2020, ni la Sentencia de la Corte Constitucional SU-312 de 2020, limitaban las competencias naturales de la Sala como juez de tutela y como juez de convencionalidad. Lo anterior pues, por una parte, la Sentencia de Unificación de 29 de enero de 2020 de la Sección Tercera del Consejo de Estado no libera a las autoridades judiciales de cumplir con sus obligaciones como juez de convencionalidad. Como los juicios abstractos de constitucionalidad de normas legales son extraños a las competencias del Consejo de Estado, la Sentencia de Unificación referida no podía hacer tránsito a cosa juzgada sobre la exequibilidad del artículo 164 del CPACA. En consecuencia, ese fallo no impide la activación de la excepción de inconstitucionalidad como instrumento de control de convencionalidad. En todo caso, seguir invocando esa sentencia como fundamento para negar la protección de los derechos de las víctimas de la barbarie frente a decisiones judiciales que han declarado la caducidad de las acciones de reparación en casos de crímenes atroces, es una práctica que desconoce la prohibición establecida en la Convención de Viena: de un lado, la obligación de cumplir los tratados de buena fe incluye la de acoger, también de buena fe, los progresos y modificaciones en el alcance y contenido de sus normas, según los establezca su intérprete autorizado. Y, de otro, un Estado parte no puede invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Por otra parte, sobre la SU-312 de 2020 de la Corte Constitucional, la Sala considera que la misma no tenía la aptitud para soportar la decisión de renunciar al deber constitucional de activar la excepción de inconstitucionalidad, ni a la obligación internacional de ejercer como jueces de convencionalidad, pues (a) no es materialmente una SU, (b) no es una sentencia de constitucionalidad, sino una sentencia de revisión de tutela de rango ordinario que falló un asunto constitucional con base en consideraciones legales y (c) fue expedida de espaldas al bloque de constitucionalidad, que definía las reglas constitucionales vigentes. (a) A pesar de ser una sentencia proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, que se identifica con la sigla tradicional SU, no se trata de una decisión que unifique jurisprudencia. Dos razones soportan esa afirmación. La primera: el asunto se llevó a la Sala Plena porque era una tutela contra providencia judicial proferida por una alta Corte, según lo prevé el artículo 61 del Reglamento de la Corte Constitucional. Esa hipótesis es diferente a la unificación o el cambio de jurisprudencia. La segunda: aunque la sentencia hizo un breve recorrido por las distintas posiciones adoptadas por el Consejo de Estado y las salas de revisión de la Corte, resolvió el asunto mediante el análisis de los defectos recurrentemente alegados en estos casos, utilizando los criterios del Consejo de Estado, pero sin crear ninguna regla de unificación específica. El recurso a esas reglas unificadas por esta corporación no genera un efecto automático de conversión de la sentencia de la Corte en otra también de unificación. La de la Corte sigue siendo materialmente una sentencia de revisión de tutela ordinaria, expedida en Sala Plena por deferencia con una alta corte, en la que acogió los lineamientos de esa última, sin unificar reglas para fallar en esta materia. (b) Cuando la Corte anunció la unificación en su sentencia, en lugar de construir las subreglas para resolver los problemas que había identificado, construyó un amplio obiter dicta con el fin de repasar el contenido de la unificación del Consejo de Estado y acompañarla en abstracto. En esa extensa consideración, la Corte hizo un control automático de constitucionalidad abstracto en el marco de una acción de tutela. Extendió los efectos de cosa juzgada de la sentencia C-115 de 1998 respecto del artículo 136 del CCA al 164 del CPACA. Aunque esas normas prescribieran eventos y condiciones distintas para el cómputo de la caducidad de la acción de reparación directa, la más nueva se podía beneficiar de la constitucionalidad de la anterior porque era más benéfica para los intereses de las víctimas. Esa interpretación, al margen de las confusiones que pueda generar, no hace tránsito a cosa juzgada constitucional. Es apenas una consideración de la Corte en el marco de una tutela, que naturalmente no cerró la discusión sobre la constitucionalidad abstracta del artículo 164 del CPACA. En mi concepto, ni siquiera dio pistas sobre el problema de fondo, pues no hizo el análisis de exequibilidad de la norma respecto las reglas que hoy integran el bloque de constitucionalidad. (...) A diferencia del efecto propio de una sentencia de constitucionalidad, esa opinión de la Corte vertida en un fallo de tutela no impide que las autoridades judiciales activen la excepción de inconstitucionalidad del artículo 164 del CPACA, para cumplir con su obligación de ejercer el control de convencionalidad. (c) La sentencia SU-312/20 no examinó las razones sustanciales por las cuales, la reparación directa no debía caducar cuando se demanda por crímenes atroces y otras graves violaciones de derechos humanos. Este asunto que era el que daba relevancia constitucional a la revisión de la línea jurisprudencial, no fue abordado en la sentencia. El análisis se centró, en cambio, en una lectura procesal de la norma legal relacionada con el cómputo del término de caducidad a partir del conocimiento efectivo de los hechos o de los posibles responsables. La Corte, en efecto, conceptualizó la caducidad sin mencionar si quiera los avances que han afinado la figura durante los últimos 20 años en el marco de la lucha internacional contra la impunidad por crímenes atroces. Pasó por alto, incluso, que la sentencia de la Corte IDH en el caso Órdenes Guerra vs Chile era la pieza jurídica a partir de la cual se integró al ordenamiento constitucional colombiano la regla que prohíbe la caducidad de las acciones de reparación directa en casos de crímenes atroces. Además de reproducir errores cometidos por esta Corporación en su unificación, la Corte Constitucional dedujo del fallo de Órdenes Guerra una regla que contradice su contenido real: en casos de crímenes atroces, no se extiende la imprescriptibilidad penal a las acciones civiles contra el Estado porque la protección a la víctima no puede amparar su incuria o negligencia, ni permite afectar injustificadamente la seguridad jurídica. Como lo puso en evidencia la propia Corte IDH, para 2018 ya no era una novedad la advertencia sobre la necesidad de aplicar la garantía de imprescriptibilidad a las acciones de responsabilidad patrimonial, que buscan la reparación de los daños padecidos por las víctimas de las más graves violaciones de derechos humanos (...) Según la Sentencia, no existen razones para aplicar un estándar diferente al derecho a la reparación, que también es fundamental. Las acciones judiciales de reparación del

daño causado por crímenes atroces, en consecuencia, tampoco deben estar sujetas a la prescripción. La Corte reconoció que la imprescriptibilidad de las acciones de reparación es una consecuencia de la imprescriptibilidad natural de los derechos fundamentales a la verdad la justicia y la reparación de las víctimas de crímenes atroces. (...) De un lado, deben poder acceder a un juicio que termine con la condena individual de quienes fueron responsables de los hechos, con lo que se satisfaría su derecho a la justicia retributiva. Y, de otro lado, tienen derecho a acceder a los procesos judiciales que garanticen la reconstrucción más amplia y completa de la verdad de los hechos, en aquellos casos que han contado con la participación, anuencia u ocultamiento de agentes del estado que se han valido de su poder para ello. El acceso efectivo a esos procesos judiciales garantiza una reparación efectiva por daños que no pueden ser identificados ni caracterizados en un proceso penal. En esa sentencia, al contrario de lo que entendió la Corte Constitucional -siguiendo al Consejo de Estado-, la Corte IDH consolidó el contenido del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporando los estándares internacionales vigentes mediante las siguientes reglas: (1) Las acciones con las que víctimas de crímenes atroces o graves violaciones de derechos humanos pretenden la reparación de los daños imputables al Estado protegen sus derechos imprescriptibles a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. (2) A esas acciones, aun cuando no estén aparejadas a un proceso penal, no puede aplicárseles la prescripción o caducidad. (3) La aplicación de la prescripción o la caducidad a acciones de reparación impide que las víctimas de la barbarie accedan materialmente a la justicia para hacer efectivos sus derechos fundamentales e imprescriptibles. (4) La práctica judicial de declarar la caducidad de las acciones de reparación para estos casos, genera responsabilidad del Estado por violación del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. (...) De conformidad con lo expuesto, los criterios interpretativos de la Sentencia Órdenes Guerra se integraron al Bloque de Constitucionalidad como contenido del artículo 25.1 de la Convención. La regla constitucional vigente desde noviembre de 2018, como consecuencia de esa sentencia, prohíbe la declaración de caducidad de las acciones de reparación ejercidas por víctimas de crímenes atroces que pretendan ser imputados al Estado. El presente caso constata, sin embargo, que no basta con la existencia de la regla, pues ella sola no garantiza que su aplicación sea adecuada. Hace falta la adecuación interpretativa para eliminar prácticas judiciales contra-convencionales y garantizar que la aplicación jurisdiccional de las normas existentes cumpla la finalidad del artículo 2 de la Convención. (...) En Colombia, mientras no exista una sentencia que haya declarado la exequibilidad del artículo 164 del CPACA frente a la regla constitucional que incorporó el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos con su contenido y alcance actual, los jueces deben ejercer el control de convencionalidad mediante la activación de la excepción de inconstitucionalidad de la norma legal para apartarla del caso concreto y permitir la efectividad directa del artículo 25.1 de la CADH, interpretado por la CIDH, como parte de bloque de constitucionalidad. En el presente asunto, contrario a lo expresado por el juez de tutela en primera instancia, la Sala considera que la audiencia inicial no era el escenario para determinar si había caducidad del medio de control, toda vez que, de acuerdo con lo manifestado por la parte actora, el deceso del señor [A.C.V.] fue causado por agentes estatales en hechos violatorios de derechos humanos. Por lo anterior, antes de declarar la caducidad era necesario que se agotara el debate probatorio pertinente con el fin de determinar (1) si el hecho demandado se enmarcó en lo que la CIDH ha considerado como crímenes atroces y superado ese análisis, (2) establecer si ese hecho era imputable al Estado. Lo indicado pues, luego del debate probatorio y del estudio de los aspectos reseñados, solo será posible determinar si existió caducidad o no en la interposición del medio de control. Adicionalmente, se debe decir que, a pesar de que la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare se fundamentó en la Sentencia de Unificación de 29 de enero de 2020 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, como se advirtió líneas atrás, ese no era un argumento que sirviera de excusa para no cumplir la CADH. Por todo lo expuesto, la Sala no comparte los razonamientos expuestos en el fallo impugnado y considera que la autoridad judicial accionada vulneró el derecho al debido proceso de la parte actora cuando declaró la caducidad del medio de control de reparación directa, pues se apartó del procedimiento dispuesto convencionalmente para los casos en que demandan aparentes víctimas de secuestro, desaparición y/o ejecuciones presuntamente atribuibles al Estado."

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 30 de agosto de 2021, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 11001-03-15-000-2021-00097-01\(AC\).](#)

2. Se deja sin efecto la sentencia que declaró la nulidad de la elección del alcalde de Girón, Santander, por haber incurrido presuntamente en doble militancia.

Síntesis del caso: *Un ciudadano presentó demanda de nulidad electoral, con fundamento en que el alcalde de Girón, Santander, fue elegido en contravía de la prohibición de doble militancia. El Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda. La Sección Quinta del Consejo de Estado, al resolver el recurso de apelación, revocó la providencia recurrida y declaró la nulidad de la*

elección, porque encontró probada la doble militancia, pues el accionado realizó una manifestación pública de apoyo a la candidata a la Gobernación de Santander por la "Coalición Programática y Política Entre". El Consejo de Estado, en sede de tutela, consideró que la autoridad judicial accionada incurrió en: (i) defecto fáctico, porque valoró indebidamente las pruebas que acreditaban que, al momento de inscribir la candidatura, el demandado ya no pertenecía al partido político Alianza Verde; (ii); defecto sustantivo, por una errónea interpretación de los artículos 2 y 29 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, ya que de ellas no se desprende que la doble militancia se predique de las coaliciones políticas.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Alcalde de Girón Santander / DOBLE MILITANCIA – No acreditada / INSCRIPCIÓN DE CANDIDATO A ELECCIÓN POPULAR / COALICIÓN POLÍTICA / MILITANCIA POLÍTICA - Se acredita con la inscripción del candidato ante la respectiva organización política / FORMATO E-6 AL - No constituye prueba de la pertenencia al partido político / FILIACIÓN POLÍTICA - No implica la pertenencia a un partido / RENUNCIA A PARTIDO POLÍTICO – Acreditada

Problema jurídico 1: *"¿[L]a Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en un defecto fáctico en relación con la valoración probatoria realizada sobre: el formulario de inscripción E-6 AL; el formulario E-26 ALC; un formato que contenía información sobre candidatos; y el Acuerdo de Coalición?"*

Tesis 1: "Lo alegado por la parte actora fue la indebida valoración de las siguientes pruebas: el formulario de inscripción E-6 AL; el formulario E-26 ALC; un formato que contenía información sobre candidatos; y el Acuerdo de Coalición. Lo anterior pues expresó que antes de su inscripción como candidato a la alcaldía del Municipio de Girón, ya había presentado la renuncia al partido Alianza Verde, y que esas pruebas no eran idóneas para demostrar su militancia en el referido partido. (...) la Sala considera que existió una indebida valoración probatoria en el presente asunto (...) De las mencionadas pruebas, era posible concluir que, para la fecha en que se inscribió la candidatura del señor [C.R.O.], ya no pertenecía al partido político Alianza Verde, en atención a su renuncia como militante de esa colectividad. La inscripción de la candidatura del accionante se generó como miembro de una coalición de partidos, sin que el aval concedido implicara su pertenencia a ninguno de ellos. Pero, en el formato de inscripción como candidato se debía indicar su filiación política, de conformidad con el inciso 3 del artículo 29 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011. En consecuencia, en el formato de inscripción de candidatos E-6 AL, se consignó que la filiación política del señor [R.O.] era al partido Alianza Verde. Pese a lo anterior, debe indicarse que el referido formato E-6 AL no constituye prueba de la pertenencia al partido Alianza Verde, pues de conformidad con el artículo 2 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, la militancia a un partido o movimiento político debía establecerse con la inscripción que realizara el referido candidato ante la respectiva organización política. En virtud de lo expuesto no podía inferirse que el señor [R.O.] era un candidato militante del partido Alianza Verde, por el hecho que en el formulario de inscripción de su candidatura a la alcaldía se plasmó que su filiación correspondía al referido partido pues, como se explicó, de acuerdo con la Ley, la prueba que permitía demostrar ese hecho era la inscripción del propio candidato al movimiento"

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Alcalde de Girón, Santander / PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA POLÍTICA – Inaplicable a la coalición política

Problema jurídico 2: *"¿[L]a Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo respecto de la interpretación de los artículos 2 y 29 de la Ley 1475 de 2011.?"*

Tesis 2: "[S]obre el defecto sustantivo la Sala considera que existió una errónea interpretación de los artículos 2 y 29 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, en atención a que de ellas no se desprende que la doble militancia sea predicable de las coaliciones, ya que: (1) el artículo 2 que reguló lo relacionado con la doble militancia, no hizo referencia a coaliciones y (2) el artículo 29 que se pronunció sobre las coaliciones no se refirió a la doble militancia, únicamente prohibió que partidos o movimiento políticos, sus directivos y/o promotores de grupos significativos de ciudadanos, pertenecientes a la coalición, incumplieran el acuerdo y apoyaran a otro candidato. Por lo expuesto la Sala considera que se configuraron los defectos fáctico y sustantivo, en atención a que la autoridad judicial accionada encontró probada la afiliación del señor [R.O.] al partido Alianza Verde, sin estar debidamente acreditada y determinó que existió una doble militancia pese a que la Ley 1475 de 2011, respecto de la coalición de partidos, no contempló su aplicación"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 30 de agosto de 2021, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 11001-03-15-000-2020-05102-01](#)

(AC).

3. Se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y a la administración de justicia por hacer conteo de la caducidad en un proceso de reparación directa a partir de un día inhábil.

Síntesis del caso: *Se presentó acción de tutela contra la decisión proferida en el marco de un proceso de reparación directa en el que se declaró la caducidad por la presentación extemporánea de la demanda. Sin embargo, a juicio del juez de tutela, el Tribunal Administrativo erró en su interpretación al realizar el conteo a partir de un sábado, puesto que se trata de un día inhábil. En consecuencia, se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DEFECTO SUSTANTIVO - Configuración / INADECUADA INTERPRETACIÓN NORMATIVA / CADUCIDAD DE LA DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del acto acusado / TRÁMITE DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL - Suspende el término de caducidad de la demanda / ERRADA INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA DEMANDA - Al contabilizarse desde un día inhábil / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO Y DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema jurídico: *[La Sala deberá decidir ¿si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en defecto sustantivo al aplicar indebidamente los artículos 69 de la Ley 1437 de 2011 y 70 del Código Civil colombiano, en relación con la declaratoria de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho?]*

Tesis: “[E]n el caso bajo estudio, la parte actora sostiene que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al declarar la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió contra la Policía Nacional, incurrió en un defecto material o sustantivo, al aplicar indebidamente los artículos 69 de la Ley 1437 de 2011 y 70 del Código Civil Colombiano. (...) Valoradas las circunstancias fácticas que dieron lugar a que se declarara la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el actor, la evidencia documental y el contenido en sí mismo considerado de la providencia que se reprocha en esta oportunidad, encuentra esta Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca efectivamente incurrió en el defecto específico que acaba de caracterizarse. (...) [A juicio de la Sala,] el acto demandado, esto es, el Decreto 2429 del 27 de diciembre de 2018, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, fue notificado al demandante mediante aviso el viernes 18 de enero de 2019; por lo que, en el presente asunto, la notificación se debe entender surtida al finalizar el día lunes 21 de enero de 2019, por ser el siguiente día hábil, y no, como erradamente lo indicó el Tribunal de instancia al señalar que debía entenderse surtida la notificación el día 19 de enero (sábado) día inhábil, y que por ende el término para presentar la demanda iniciaba su contabilización el 20 de enero y finalizaba el 20 de mayo del mismo año. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPACA y con el artículo 118 del CGP. (...) En virtud de todo lo anterior, se advierte que, como el acto demandado -Decreto 2429- fue notificado por aviso al demandante el viernes 18 de enero de 2019, dicha actuación se entiende surtida el lunes 21 de enero, el día hábil siguiente. Así las cosas, el término de cuatro (4) meses de que trata la norma citada, inició su contabilización el 22 de enero de 2019, que es el día siguiente a la notificación del acto acusado y finalizó inicialmente el 22 de mayo del mismo año. En ese contexto, es claro que el Tribunal accionado incurrió en un defecto sustantivo al contabilizar el inicio del término de caducidad de la referida acción de nulidad desde el 20 de enero de 2019, pues, como se explicó, esta debe entenderse que se surtió, de acuerdo con la [normativa] aplicable, el 21 de enero de ese año, día hábil siguiente a la entrega del aviso en el lugar de destino; pues, se repite, cuando los términos son dados en días en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y vacantes. Aunado a lo anterior, se advierte que el [tutelante] el 17 de mayo de 2020 radicó la solicitud de conciliación extrajudicial, es decir, que ese día se suspendió el término de caducidad. (...) Así pues, en el caso objeto de estudio el término de caducidad se suspendió el 17 de mayo de 2019 -inclusive-, porque ese día se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial, cuando faltaban 6 días para que feneciera el término para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento. La anterior diligencia se declaró fallida porque las partes no llegaron a ningún acuerdo, según la constancia expedida por el Ministerio Público el 22 de julio de 2019, reanudándose los términos al día siguiente de la expedición de la misma, por lo que el término para presentar la demanda se extendió hasta el 28 de julio de 2019, fecha en la que finalizaron los 4 meses previstos en el artículo 164 del CPACA para acudir al mecanismo

de control de nulidad y restablecimiento y el actor la presentó el 26 de julio de ese mismo año, es decir, que acudió en término a la jurisdicción. Así pues, se observa que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A incurrió en un yerro al momento de contabilizar el término de caducidad en el asunto puesto a su consideración. (...) En consecuencia (...), la Sala amparará los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 27 de agosto de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 11001-03-15-000-2021-04478-00\(AC\).](#)

4. Se vulnera el derecho fundamental al debido proceso por la no entregar los traslados de la demanda y anexos a las partes.

Síntesis del caso: *Se presentó acción de tutela contra la decisión proferida en el marco de una nulidad electoral en relación con el acto de notificación de la demanda. Aunque se constató notificación por conducta concluyente, los traslados y anexos de la demanda no se presentaron con el auto admisorio de la demanda. En razón a lo anterior, se configuró una violación al derecho fundamental al debido proceso por indebida notificación del auto admisorio de la demanda, pues la notificación se hizo de manera incompleta.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / AUTOS QUE DENEGARON SOLICITUD DE NULIDAD PROCESAL / INDEBIDA NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA / NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE / OMISIÓN EN EL TRASLADO DE LA DEMANDA Y ANEXOS A LAS PARTES / DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO – Configuración

Problema jurídico: *[La Sala deberá decidir] ¿si el a quo acertó al concluir que la providencia del 29 de abril de 2021, dictada por el Juzgado Noveno Administrativo de Santa Marta, incurrió en defecto procedimental al denegar la nulidad por indebida notificación del auto admisorio al señor [C.E.P.P.]?*

Tesis: “A juicio de la Sala, la providencia del 29 de abril de 2021, dictada por el Juzgado Noveno Administrativo de Santa Marta, sí incurrió en defecto procedimental. (...) Lo primero que advierte la Sala es que, al margen de la discusión que pueda presentarse respecto de los correos que se enviaron para notificar el auto admisorio al aquí demandante, en este caso, la notificación de dicha providencia ocurrió por conducta concluyente, pues, mediante el memorial del 23 de marzo de 2021 dirigido al despacho judicial, la parte actora manifestó conocer del auto admisorio. Es decir, se configuró el supuesto previsto en el artículo 301 del Código General del Proceso, que señala que la notificación por conducta concluyente ocurre a partir del momento en que la parte alude a la providencia. En los términos del artículo 301 del CGP, la notificación por conducta concluyente surte los mismos efectos de la notificación personal. Para el efecto, “cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda registro de ello, se considerará notificada por conducta concluyente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la manifestación verbal”. No obstante, no puede perderse de vista que, en el contexto de la pandemia, el Decreto 806 de 2020 exige que, paralelo a la notificación del auto admisorio, se corra traslado de la demanda y sus anexos, deber que, en este caso, correspondía al Juzgado, por cuanto la demanda se presentó con medidas cautelares. Así, en este caso, si bien puede tenerse por notificado el auto admisorio por conducta concluyente, lo cierto es que la notificación fue incompleta, por cuanto no se evidencia que la autoridad judicial demandada hubiera corrido el respectivo traslado de la demanda y sus anexos. Contra lo afirmado en la providencia cuestionada, no es cierto que en el correo de notificación del auto admisorio a los demandados en el proceso de nulidad electoral hubieran sido incluidas la demanda y sus anexos. Como se vio, el correo del 18 de marzo de 2021 solo contenía el auto admisorio de la demanda de nulidad electoral. La providencia cuestionada señala que fueron anexados tres archivos, pero en el correo de notificación a los demandados sólo aparece anexo uno, esto es, el auto admisorio. Tampoco es cierto que el aludido correo tuviera un enlace de consulta en la plataforma [OneDrive]. La Sala encuentra vulneradas las garantías de contradicción y defensa del señor [P.P.], por cuanto el juzgado demandado no le corrió traslado de la demanda de nulidad electoral y sus anexos.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 16 de septiembre de 2021, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación 47001-23-33-000-2021-00242-](#)

[01\(AC\).](#)

ACCIONES DE CUMPLIMIENTO

El Gobierno Nacional ha omitido su obligación de reglamentar la base de cotización para pensión de los trabajadores que devengan un salario superior a los 25 salarios mínimos legales mensuales.

Síntesis del caso: *Un ciudadano, en ejercicio del medio de control de cumplimiento, reclamó del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio del Trabajo y la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – en adelante UGPP – el acatamiento del artículo 5° de la Ley 797 de 2003, con el fin de que se expida la reglamentación de la base de cotización pensional de los trabajadores públicos y privados que devengan mensualmente más de 25 salarios mínimos legales vigentes.*

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / EXISTENCIA DE UN MANDATO IMPERATIVO E INOBJETABLE / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DEL TRABAJO / REGLAMENTACIÓN DE LA BASE DE COTIZACIÓN DE TRABAJADORES - Que devengan un monto superior a los 25 salarios mínimos legales mensuales

Problema jurídico: *¿Los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del Trabajo y la UGPP incumplieron el deber establecido en el artículo 5° de la Ley 797 de 2003, al no reglamentar la base de cotización de los trabajadores del sector público y privado que mensualmente devenguen más de 25 salarios legales mensuales?*

Tesis: “Advierte la Sala que como lo concluyó el Tribunal, la norma cuyo cumplimiento se pide atender [artículo 18 de la Ley 100 de 1993] contiene un mandato en cabeza del Gobierno Nacional de reglamentar la base de cotización de un grupo de trabajadores. (...) [S]i bien es cierto que la regulación de una materia de tal magnitud requiere de un análisis sobre el impacto que pueda tener, más aun tratándose del régimen pensional, y que la norma no dispuso un término en el cual se debía expedir la reglamentación, lo cierto es que han transcurrido más de 17 años sin que el Gobierno Nacional demuestre que ha regulado la base de cotización de las personas que devengan más de 25 salarios legales mensuales o efectuado estudios o acciones en procura de ello. [E]sta Sala ha manifestado que la acción de cumplimiento procede para ordenar el ejercicio de la potestad reglamentaria, en todos los casos en los que el legislador haya impuesto al ejecutivo el deber de reglamentar determinado tema con independencia de si se impuso término o no, es decir, que la ausencia de un plazo para desarrollar la facultad que se otorga para desarrollar ciertas materias no deriva en la inexigibilidad de lo dispuesto como mandato en la norma. (...) Vale aclarar que si bien el inciso 4 del artículo 18, que fue modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003 contiene el verbo “podrá”, este hace referencia al monto sobre el que se puede fijar la base de cotización que puede ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y no al ejercicio de reglamentar que está allí dispuesto y lleva sin ejecutar el Gobierno Nacional desde hace más de 17 años.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 23 de septiembre de 2021, C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 25000-23-41-000-2020-00270-02 \(ACU\).](#)

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. El rol asignado a los magistrados suplentes en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) se encuentra asociado a la función de sustituir a los magistrados titulares y no a la posibilidad de reforzar el funcionamiento de las salas y secciones de la JEP

Síntesis del caso: *Se declaró la nulidad por inconstitucionalidad del aparte «[...] o tarea específica [...]» contenido en el artículo 8° del Acuerdo 001 de 9 de marzo de 2018 expedidos por la Jurisdicción Especial para la Paz; y de la expresión «[...] carga de trabajo [...]» contenida en el artículo 29° del Acuerdo mencionado, modificado por el Acuerdo ASP 003 de 3 de septiembre de 2018, por considerar que resultan contrarios a la Constitución Política.*

MAGISTRADOS SUPLENTE O SUSTITUTOS DE LA JEP – Tienen la función de sustituir o suplir la vacancia definitivas o temporales de los magistrados titulares / MAGISTRADOS SUPLENTE O SUSTITUTOS DE LA JEP – Su función no corresponde a reforzar el funcionamiento de las salas y secciones / SENTENCIAS DE NULIDAD SOBRE LOS DECRETOS DICTADOS POR EL GOBIERNO NACIONAL, CUYA COMPETENCIA NO CORRESPONDA A LA CORTE CONSTITUCIONAL – Efectos

Problema jurídico: *¿Los artículos 8 y 29 del Acuerdo nro. 001 de 9 de marzo de 2018 expedido por la Jurisdicción Especial para la Paz, se encuentran ajustados a la Constitución Política?*

Tesis: “En conclusión, la Sala declarará la nulidad por inconstitucionalidad de los acápite normativos descritos en los numerales primero y tercero de la parte resolutive de esta providencia y que corresponden a los artículos 8° y 29° del Acuerdo Núm. 001 de 9 de marzo de 2018, en tanto que el rol asignado a los magistrados suplentes se encuentra asociado a la función de sustituir a los magistrados titulares y no a la posibilidad de reforzar el funcionamiento de las salas y secciones, la cual no está prevista constitucionalmente, decisión de nulidad que surtirá efectos a partir de la expedición del Acuerdo 001 de 9 de marzo de 2018 y del Acuerdo ASP 003 de 3 de septiembre de 2018 y mientras estuvieron vigentes las disposiciones afectadas de inconstitucionalidad. [...] Cabe precisar que el artículo 189 del CPACA establece que «[...] Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2° del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes [...]», lo cual es procedente en el sub examine en la medida que el acto acusado, aunque fue derogado, surtió efectos durante su vigencia, como bien se precisó con antelación. [...] Resalta la Sala que si bien es cierto que el artículo 189 del CPACA únicamente hace referencia a los efectos que tienen hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional «[...] Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política [...]», esto es: «[...] los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional [...]», es dable afirmar que las citadas consecuencias también son aplicables a los procesos de nulidad por inconstitucionalidad en los cuales se discute la juridicidad de actos de carácter general que sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno nacional -enunciados en el inciso 2° del artículo 135 del CPACA-, en tanto se trata de actos de la misma naturaleza -pues solo varía la autoridad que los expide- y teniendo en cuenta que nos hallamos frente a un mismo tipo o medio de control jurisdiccional”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2021, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 11001-03-24-000-2018-00441-00\(AI\)](#)

Salvamento de voto conjunto de los consejeros y consejera Rocío Araújo Oñate, Martín Bermúdez Muñoz, José Roberto Sáchica Méndez, Guillermo Sánchez Luque y Nicolás Yepes Corrales

SALVAMENTO DE VOTO / NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – Decisión inhibitoria por sustracción de materia, porque los preceptos controlados han sido derogados / SUSTRACCIÓN DE MATERIA EN NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - No hay lugar a dictar fallo de fondo si el precepto impugnado por inconstitucional dejó de regir por derogatoria

Problema jurídico: *¿En el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, es procedente dictar un fallo de fondo si los preceptos controlados han sido derogados?*

Tesis: “Ese criterio no es aplicable a los casos en que la Corporación obra como juez de constitucionalidad (art. 237.2 CN). Una cosa es ser guardián de la legalidad y otra, muy diferente, velar por la supremacía e integridad

de la Constitución. Aunque hay puntos en común, como la garantía de los derechos o la guarda de la supremacía del orden superior, la forma de aproximarse a esa delicada misión -que se comparte con la Corte Constitucional (art. 241 CN)- responde a criterios distintos. Por ello, la Sala recientemente en providencias del 19 de julio de 2016 (rad. 11001-03-25-000-2015-01042-00 y 11001-03-28-000-2015-00021-00), últimos pronunciamientos en los que abordó la cuestión sobre si debía dictar un fallo de fondo, declaró la sustracción de materia, porque los preceptos controlados estaban fuera del ordenamiento al momento de la decisión y no seguían produciendo efector jurídico alguno. A nuestro juicio, como los preceptos acusados están derogados y no hay evidencia de que sigan produciendo efectos jurídicos, la decisión debió ser inhibitoria por sustracción de materia. En efecto, si este medio de control sirve para excluir del ordenamiento jurídico una disposición impugnada por inconstitucional (art. 135 CPACA), no hay objeto alguno sobre el cual pueda recaer la decisión si esa disposición dejó de regir, porque una nueva norma la derogó (art. 71 CC). Este criterio, que dejó de lado la mayoría, ha sido consistente, no solo en las decisiones de esta Corporación, sino que es consecuente con el criterio acertado de los pronunciamientos de control abstracto de constitucionalidad de la ley, antes a cargo de la Corte Suprema de Justicia y ahora de la Corte Constitucional: El juzgamiento supone la vigencia y operancia de la norma, pues el acto insubsistente, por el hecho de serlo, no es susceptible de ejecución”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2021, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 11001-03-24-000-2018-00441-00\(AI\)](#)

Alcance y profundización del salvamento de voto conjunto de la consejera Rocío Araújo Oñate

SALVAMENTO DE VOTO / NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – Derogatoria expresa del acto conduce a un pronunciamiento inhibitorio por sustracción de materia

Problema jurídico: *¿Ante la derogatoria de las disposiciones objeto de control, procede emitir una decisión inhibitoria por sustracción de materia?*

Tesis: “No se comparte la decisión mayoritaria porque la derogatoria expresa del Acuerdo 001 de 2018 conduce al pronunciamiento inhibitorio por sustracción de materia respecto de la inconstitucionalidad demandada, total y/o parcialmente, de sus artículos 8, 29, 34 y 42, pues esas disposiciones perdieron vigencia y perdieron toda eficacia en tanto no continúan produciendo efectos jurídicos. Esta posición jurídica antagoniza con la acogida en este asunto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes aspectos: 3.1 El control abstracto de constitucionalidad que ejerce el Consejo de Estado en la nulidad por inconstitucionalidad no es sui generis ni difiere del que ejerce la Corte Constitucional en sede de las demandas de constitucionalidad. [...] 3.2 La jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no se ha mantenido invariable en punto de retener su competencia para conocer de la nulidad por inconstitucionalidad de normas derogadas y que produjeron efectos. [...] 3.3 Los artículos 8, 29, 34 y 42 del Acuerdo 01 de 2018 expedido por la JEP, cuya inconstitucionalidad se demandó, fueron expresamente derogados y no continúan produciendo efectos jurídicos [...]. A partir de la claridad en las diferencias que existen entre el control abstracto de constitucionalidad, cuya tarea comparten esta Corporación y la Corte Constitucional como jueces constitucionales, y el control de legalidad que corresponde ejercer al Consejo de Estado como máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa, insisto en que, la aproximación y la forma en que debe ser abordado el análisis del control abstracto de constitucionalidad no es la misma que corresponde al juez de la legalidad. Al primero de ellos corresponde guardar la supremacía e integridad de la Constitución, mientras que al segundo compete restablecer la legalidad del ordenamiento. Entonces, al encontrarse expresamente derogados los artículos 8, 29, 34 y 42 del Acuerdo 01 de 2018 cuyo control abstracto de constitucionalidad se demandó, lo que procedía era una decisión inhibitoria por sustracción de materia, en la medida en que esas disposiciones no continúan produciendo efectos en el mundo jurídico. Lo anterior, por cuanto cualquier pronunciamiento sobre su inconstitucionalidad carece de objeto y resulta inane, amén de que su desaparición del ordenamiento y la ausencia total de producción de efectos a partir de ese momento, extinguió la causa que originó la demanda de nulidad por inconstitucionalidad”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2021, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 11001-03-24-000-2018-00441-00\(AI\)](#)

Aclaración de voto del consejero Nicolás Yepes Corrales

ACLARACIÓN DE VOTO / ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA – Carácter vinculante

Problema jurídico: *¿Cuáles son los efectos jurídicos del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y Construcción de una Paz Estable y Duradera?*

Tesis: “En este sentido, me permito precisar que si bien el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y Construcción de una Paz Estable y Duradera carece de valor normativo en sí mismo, en los estrictos términos que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-332 de 2017, lo cierto es que considero que su carácter vinculante no depende exclusivamente de su implementación normativa frente a las partes que lo suscribieron. [...] En otras palabras, considero que el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y Construcción de una Paz Estable y Duradera tiene efectos jurídicos y resulta vinculante para las partes que lo suscribieron y, por lo tanto, es posible hacerlo exigible frente a ellas, en los mismos términos en los que se firmó tal instrumento.”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2021, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 11001-03-24-000-2018-00441-00\(AI\)](#)

2. Los pronunciamientos judiciales no constituyen prueba documental, en los términos que se requiere para estructurar la causal de revisión contemplada en el numeral 1º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, esto es, cuando se trate de documentos recobrados

Síntesis del caso: *Dos ciudadanos, interpusieron el recurso extraordinario de revisión contra una sentencia, con fundamento en las causales previstas en los numerales 1 y 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, por considerar que después de notificada la sentencia mencionada, encontraron providencias emitidas por la Sección Segunda del Consejo de estado, en las que se resolvieron casos similares y que consideran son decisivas para cambiar el sentido del fallo cuestionado.*

PROVIDENCIAS JUDICIALES – Aunque son documentos públicos no constituyen pruebas que estructuren la causal de revisión cuando se trate de documentos recobrados

Problema jurídico: *¿Las providencias judiciales constituyen prueba documental, para efectos de estructurar la causal de revisión contemplada en el numeral 1 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011?*

Tesis: “Así las cosas, en la medida en que los pronunciamientos judiciales no constituyen prueba documental, en los términos que se requiere para estructurar la causal de revisión alegada, y que el recurso extraordinario no está previsto frente al posible desconocimiento del precedente o de algún criterio judicial, se impone desestimar la primera causal de revisión invocada por la parte recurrente”.

[Consejo de Estado, Sala Plena, Sala Veinticinco Especial de Decisión, sentencia del 20 de agosto de 2021, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 11001-03-15-000-2020-02925-00\(REV\).](#)

SECCIÓN PRIMERA

Se inaplica por inconstitucional el parágrafo del artículo 6° de la Ley 1871 de 2017, con efectos *inter partes*, por transgredir los artículos 179 y 299 de la Carta Política, al hacer menos estricta la inhabilidad para diputados prevista en la primera parte del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, respecto de la misma que se ordena para los representantes a la Cámara en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional.

Síntesis del caso: *Se solicitó que se despojara de su investidura al diputado del Departamento de Norte de Santander, período constitucional 2020-2023, por considerar que incurrió en violación del régimen de inhabilidades en los términos de los artículos 48, numerales 1 y 6, y 33, numeral 5, de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000, en concordancia con los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994 y 299 de la Constitución Política, pues es padre de quien se desempeñó como Secretario de Tránsito y Transporte del municipio de San José de Cúcuta (Norte de Santander), a partir del 4 de enero de 2016 hasta el 8 de enero de 2019.*

PÉRDIDA DE INVESTIDURA RÉGIMEN DE INHABILIDADES - Diputado / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES - Vínculo de parentesco con quien dentro de los doce meses anteriores a la elección ejerció autoridad / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES - Presupuestos de la inhabilidad por parentesco o vínculo con autoridad / ELEMENTO OBJETIVO / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Concepto / AUTORIDAD CIVIL - Concepto / AUTORIDAD POLÍTICA - Concepto / AUTORIDAD - Secretario de despacho municipal / SECRETARIO DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA - Funciones / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES - Configurada al determinarse que su hijo ejerció autoridad como Secretario de Tránsito y Transporte dentro del período inhabilitante en uno de los municipios del departamento donde fue elegido

Problema jurídico 1: *“[E]stablecer si el demandado [...] incurrió en causal de pérdida de investidura por la violación del régimen de inhabilidades en los términos de los artículos 48, numerales 1 y 6, y 33, primera parte del numeral 5, de la Ley 617, en concordancia con los artículos 188 y 190 de la Ley 136 y 299 de la Constitución Política, esto es, por tener vínculo de parentesco en primer grado de consanguinidad con funcionario que ejerció autoridad civil, política y/o administrativa en el respectivo departamento, dentro de los doce meses anteriores a la elección del diputado de Norte de Santander, para el período 2020-2023.”*

Tesis 1: “Para la Sala resulta evidente que el señor [...], hijo del demandado, al fungir como secretario de Tránsito y Transporte del municipio de San José de Cúcuta (Norte de Santander), sí ejerció autoridad política y administrativa por cuanto así se prevé, taxativamente, en el criterio orgánico incorporado en los artículos 189 y 190 de la Ley 136; en este caso el cargo ocupado fue el de Secretario de Despacho, empleo público al cual se le atribuyen, de forma expresa, tales funciones de mando político y administrativo. A su vez, también desempeñó autoridad civil como quiera que ejerció el poder público en función de mando para desarrollar los altos fines perseguidos por la ley, -en el caso concreto las políticas de tránsito y transporte municipal-, con las que debía obligar al acatamiento de los particulares y, en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública, principalmente, a través de funciones como: (i) dirigir y coordinar el diseño, adopción e implementación de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de educación, capacitación y sensibilización, encaminados al establecimiento de cultura ciudadana, en materia de tránsito, transporte, seguridad vial y movilidad sostenible, para el Municipio de San José de Cúcuta; (ii) definir los parámetros para la prestación del servicio de Transportes de acuerdo con los requerimientos de la comunidad; (iii) actuar en coordinación y armonía con las entidades competentes para lograr la integración de las políticas de gestión del tránsito y de seguridad vial con las políticas de transporte, uso del suelo e infraestructura vial; (iv) dirigir y coordinar el desarrollo de estudios técnicos para el análisis de las problemáticas de tránsito, circulación y seguridad vial con el objetivo de tomar decisiones para el establecimiento de alternativas de solución correspondientes; (v) verificar la efectividad en la ejecución de las políticas, planes, programas, proyectos liderados por la secretaria y en el cumplimiento de sus funciones, adelantando entre

otros, procesos de revisión y actualización de los proyectos, procedimientos, indicadores y plan de acción conforme con lo dispuesto en el Sistema de Gestión de la Calidad; y (vii) autorizar la adquisición de algún bien o servicio genérico o específico requerido por los funcionarios de la secretaria. Para definir el último de los requisitos configurativos de la inhabilidad en ciernes, esto es que el ejercicio de esa autoridad civil, política y administrativa, por parte del secretario de Tránsito y Transporte municipal de San José de Cúcuta (Norte de Santander), señor [...], haya ocurrido en el Departamento de Norte de Santander, es necesario recurrir a la jurisprudencia aplicable al caso concreto. [...] [L]a Sección Primera ha prohijado esta postura en distintas oportunidades en las que ha resuelto, como en el caso bajo análisis, la configuración de la inhabilidad de diputados por tener vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección han ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar, en alguno de los municipios que conforman el departamento para el cual fue elegido miembro de la respectiva дума. La necesidad de definir y llenar de contenido la expresión de la inhabilidad ‘en el respectivo departamento’, nació, precisamente, de circunstancias como las actuales en las que el funcionario está vinculado con la administración de uno de los municipios que forman parte del departamento del cual el demandado es diputado, en el entendido de que cuando aquel trabaja directamente con la administración departamental, no subsiste vacilación alguna para concluir la tipificación de la conducta prohibitiva. [...] En los referidos términos y consideraciones, la Sala encuentra que se configura la inhabilidad demandada, objetivamente, como quiera que el municipio de San José de Cúcuta hace parte de la circunscripción territorial del departamento de Norte de Santander, de hecho, es su capital, es decir que el señor [...], hijo del demandado, ejerció autoridad civil, política y administrativa en ese departamento, durante el año anterior a la elección de su padre, el diputado [...].”

INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES - Vínculo de parentesco con quien dentro de los doce meses anteriores a la elección ejerció autoridad / CAUSAL DE INHABILIDAD DE DIPUTADO DEL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 33 DE LA ley 617 de 2000 – Elemento o factor territorial / CIRCUNSCRIPCIÓN DEPARTAMENTAL – Los municipios que integra cada departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial / FALTA DE COMPETENCIA DEL LEGISLADOR – Para interpretar de una manera flexible los mandatos de la Carta Política / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS DIPUTADOS - No puede ser menos estricto que el de los congresistas / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS DIPUTADOS – Límite de regulación por el legislador / CAPACIDAD INTERPRETATIVA DEL LEGISLADOR – Límites / POTESTAD INTERPRETATIVA DEL LEGISLADOR – Se desbordó / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Prospera respecto del parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017

Problema jurídico 2: *¿El legislador desbordó su potestad interpretativa al modificar, en términos más flexibles, el componente territorial de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617, al contemplar en el parágrafo del artículo 6º de la Ley 1871 de 2017, que la expresión “departamento” debe ser entendida como “entidad pública” y no como “territorio”?*

Tesis 2: “Para la Sala, empero, la capacidad interpretativa del legislador no es absoluta, razón por la que un verdadero límite a la regulación de las inhabilidades de los diputados, lo constituye lo establecido en el artículo 299 de la Constitución Política que prescribe que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades “[...] No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda [...]”. Por lo tanto, esta disposición constitucional impide que el legislador flexibilice, o haga menos severo, el régimen de inhabilidades de los diputados respecto de aquel fijado para los miembros del Congreso de la República. Es evidente, a partir de lo expuesto, que el parágrafo del artículo 6º de la Ley 1871, al significar que para todos los efectos legales la inhabilidad descrita en la primera parte del numeral 5 del artículo 33 de la ley 617 “[...] se refiere a Departamento como entidad pública y sus institutos y entidades descentralizadas, no al aspecto territorio [...]”, modifica sustancialmente el elemento territorial o espacial de la misma, tornando menos estricta su aplicación a los diputados con relación al mismo hecho inhabilitante previsto para los congresistas en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional, [...] Esta inhabilidad determinada para los congresistas en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional, corresponde a la misma descrita para los diputados en la primera parte del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617, en cuanto ordena que no puede ser congresista quien tenga vínculos por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en los grados señalados, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección, esto es la nacional para senadores, -solo en esta hipótesis la circunscripción nacional no coincide con cada una de las territoriales-, y departamental para representantes a la Cámara, -evento que sí incluye las situaciones que tengan lugar dentro de toda la circunscripción departamental y Distrito Capital de Bogotá escenario de la elección-. Se recuerda que, según lo establecido en los artículos 176 y 179 de la Constitución Política, por una parte, la circunscripción nacional es el espacio geográfico que cubre todo el territorio nacional, en el cual se desarrolla la elección de Senado; y, de otro lado, las circunscripciones territoriales que corresponde a cada uno de los departamentos y al Distrito Capital de Bogotá, sin perjuicio de las circunscripciones especiales. Lo anterior, permite concluir que

el elemento territorial que integra los supuestos de cada una de las inhabilidades de los congresistas, se refiere a situaciones que acontezcan en la “circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección”, lo que en términos de la actual división política se refiere a toda la extensión del territorio nacional, en el caso del Senado, y a los diferentes departamentos que conforman aquel, tratándose de la Cámara de Representantes, estos últimos entes entendidos en el sentido lato o amplio que el constituyente les adscribió, como porción territorial en cuyo ámbito se ubican los distintos municipios y distritos que lo integran, delimitación geográfica que tiene, entre otras finalidades, la determinación del censo electoral en un ámbito espacial específico. Y es que si los voceros departamentales, -diputados y representantes a la Cámara-, son elegidos por el electorado municipal y/o distrital que componen el respectivo departamento, -quienes además son los únicos habilitados para votarlos-, por la misma razón las inhabilidades también se predicán de ese conglomerado municipal y/o distrital que tiene el potencial de elegirlos, esto es, que las conductas prohibidas están instituidas de forma que sí involucran a los municipios y/o distritos. No existe, en efecto, un electorado departamental autónomo que no dependa del municipal o distrital; existe un electorado municipal o distrital que elige autoridades departamentales, lo que se resalta sin perjuicio de aquellas conductas que comprenden prohibiciones desplegadas en el departamento como ente territorial que también hace parte de la circunscripción territorial departamental. Por ello, no hay duda que el parágrafo del artículo 6º de la Ley 1871, al disponer que el entendimiento de la expresión “departamento”, insertado en algunos de los supuestos inhabilitantes previstos en el artículo 33 de la Ley 617, entre estos la primera parte de su numeral 5, debe ser entendido como “entidad pública” y no como “territorio”, el legislador desbordó su potestad interpretativa, como quiera que modificó, en términos más flexibles, el componente territorial de la causal de inhabilidad que ahora ocupa la atención de la Sala, con lo cual se quebrantaron los artículos 179 y 299 de la Constitución Política, amén de que desconoció los principios de unidad de materia pues la norma en estudio en nada guarda relación con el objeto de la ley, cual es fijar el régimen de remuneración, prestacional y seguridad social de los miembros de las asambleas departamentales. [...] Así las cosas, con fundamento en el artículo 4º Superior, se impone para la Sala acudir, de oficio, al mecanismo de la excepción de inconstitucionalidad o también denominado control de constitucionalidad por vía de excepción, toda vez que el parágrafo del artículo 6º de la Ley 1871, desconoció, abiertamente, los artículos 179 y 299 de la Constitución Política, al hacer menos estricta la inhabilidad para diputados prevista en la primera parte del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617, respecto de la misma que se ordena para los representantes a la Cámara en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional y, por demás, no ha sido objeto de un control abstracto de constitucionalidad por parte del máximo Tribunal de lo Constitucional.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA RÉGIMEN DE INHABILIDADES - Diputado / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES – Se configura objetivamente al determinarse que su hijo ejerció autoridad como Secretario de Tránsito y Transporte dentro del período inhabilitante en uno de los municipios del departamento donde fue elegido / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO – Valoración elemento subjetivo / PROCESO SANCIONATORIO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Es un juicio de responsabilidad subjetiva / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO – Aplicación material del parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017 / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO - Valoración factor subjetivo. No se acredita el requisito de culpabilidad / CONCEPTOS JURÍDICOS – Los solicitados interpretaron favorablemente la aplicación del parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017 / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO – Improcedente en aplicación del principio de confianza legítima, aplicación material de la ley / PRINCIPIO PRO HOMINE – Aplicación / PRINCIPIO PRO ELECTORATEM – Aplicación / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA EN PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Procedencia

Problema jurídico 3: *¿Se configura el elemento subjetivo en la comisión de la inhabilidad del numeral 5 de la Ley 617 de 2000?*

Tesis 3: “[C]abe hacer el análisis del elemento subjetivo, el cual en este caso desvirtúa la causal endilgada en la medida en que para el momento de la elección existía la norma legal que habilitaba al demandado para el ejercicio del cargo de Diputado, amén de los conceptos jurídicos que con anterioridad a materializar su aspiración se solicitaron, los cuales descartan negligencia, imprudencia o dolo. En efecto, en los dos conceptos jurídicos, luego de analizar las normas relacionadas con el asunto, así como la jurisprudencia de esta Corporación, los abogados concluyeron que el parágrafo del artículo 6º de la Ley 1871 avalaba su candidatura y elección, [...] En este orden de ideas, la Sala está en la obligación de proteger los principios que gobiernan el proceso sancionatorio de pérdida de investidura, desde este estudio subjetivo, como son los de seguridad jurídica, confianza legítima, favorabilidad y buena fe constitucional, originados alrededor de la aplicación material del parágrafo del artículo 6º de la Ley 1871 y, en consecuencia, preservar la integridad electoral tanto del miembro de la asamblea, -pro homine-, como de su electorado, -pro electoratem-, quienes participaron en el certamen de 27 de octubre de 2019 en condiciones que, a pesar de su inconstitucionalidad, lo autorizaban para aspirar y ser elegido diputado del Departamento de Norte de Santander. Por lo tanto, como no logró acreditarse el elemento subjetivo en la comisión de la referida inhabilidad, la Sala procederá a confirmar la

sentencia apelada en la parte resolutive de esta providencia, por cuanto denegó la solicitud de pérdida de investidura del señor [...], diputado de Norte de Santander, elegido para el período 2020-2023, pero por las razones expuestas en esta providencia.”

Nota de Relatoría: La Sala advirtió que el alcance que se ha dado al párrafo del artículo 6° de la Ley 1871 de 2017, en virtud de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, resultará aplicable, en materia de pérdidas de investidura, a partir del próximo proceso electoral que se surta para la elección de diputados.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 9 de septiembre de 2021, C. P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 54001-23-33-000-2020-00606-01\(PI\).](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. En lo que atañe al traslado de regímenes pensionales es necesario verificar si dicho cambio efectuado por el usuario cumplió o no con los requisitos propios para conservar su validez, esto es, que al momento en que la persona optare por escoger el régimen al cual efectuar sus cotizaciones obligatorias a seguridad social, esta hubiere sido debidamente asesorada de manera precisa y transparente respecto a las repercusiones que con dicha transferencia pudieren acarrear consigo.

Síntesis del caso: *La señora (...) laboró al servicio del Estado con vinculación de servidor nacionalizado, de la siguiente forma: i) Gobernación de Santander, desde el 15 de mayo de 1980 hasta el 30 de agosto de 1983, y ii) Rama Judicial Seccional Santander, desde el 1.º de junio de 1988 hasta el 15 de marzo de 2011. Efectuó cotizaciones con destino a pensión, así: i) Cajanal, del 1.º de julio de 1988 al 31 de diciembre de 1998; ii) Porvenir, del 1.º de enero de 1999 al 30 de agosto de 2000; iii) Cajanal, del 1.º de septiembre de 2000 al 31 de julio de 2009, y; iv) ISS, del 1.º de agosto de 2009 al 15 de marzo de 2011. A través de Resolución UGM 34052 del 20 de febrero de 2012, la UGPP ordenó el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a favor de la señora (...) en aplicación del Decreto 546 de 1971, al considerar que se hizo beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. No obstante, el mentado ente de previsión aduce que dicho derecho prestacional fue otorgado sin el lleno de los requisitos legales previstos para ello, dado que la demandada, al trasladarse de régimen pensional (RPMPD al RAIS), perdió de inmediato el derecho a la aplicación de la aludida transición.*

LESIVIDAD / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE JUBILACIÓN / EFECTOS DEL TRASLADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD / EFICACIA DEL TRASLADO / INVERSIÓN DE CARGA DE LA PRUEBA A FAVOR DEL AFILIADO / DEMOSTRACIÓN DE UN CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LIBRE

Problema jurídico: *“¿La demandada en su calidad de ex funcionaria de la Rama Judicial, es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a pesar de haberse trasladado al régimen de ahorro individual, y en consecuencia, la normativa que rige su reconocimiento pensional es el Decreto 546 de 1971?”*

Tesis: “El artículo 12 de la Ley 100 de 1993, instituyó dos regímenes de pensiones a saber: (i) el de prima media con prestación definida y; (ii) el de ahorro individual con solidaridad. [...] Por su parte, el artículo 36 de la Ley 100 ejusdem, reguló un régimen de transición e incorporó tres segmentos protegidos por esta, al establecer que: i) la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión de vejez para las personas que al entrar en vigencia el SGSSP tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraran afiliados; ii) lo dispuesto en el anterior numeral no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se hubieren acogido al RAIS, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho esquema, y; iii) tampoco será aplicable para quienes, habiendo escogido el RAIS, decidan cambiarse al RPMPD. [...] Ahora bien, en lo concerniente a la delimitación de la protección transicional, la cual no sería aplicable en los eventos en los que las personas se acogieran de manera libre y voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues estarían sujetas plenamente a las reglas de este sistema, se tiene que la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002 condicionó la aplicación de este beneficio excepcional bajo el concepto de las expectativas legítimas, en cuanto consideró que estas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos 15 años de servicio y, de esta manera, avaló que les fuera respetada la transición, con el condicionamiento de que retornaran al régimen de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; no así para quienes únicamente hubieren acreditado el requerimiento de la edad (35 años para mujeres y 40 para hombres). No obstante, en el caso particular la Subsección advierte que es necesario verificar si el traslado del régimen cumplió o no con los requisitos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, para conservar su validez. [...] [E]n materia de seguridad social, la responsabilidad de los fondos de previsión social, de brindar la adecuada asesoría no puede ser abstracta o

limitada, pues lo que se pretende es recaudar información contenciosa respecto a las necesidades individuales de cada uno de los afiliados, porque de no hacerse así, se desconocería el postulado de la debida información, esto es, de conocer de manera detallada los hechos y consecuencias de la decisión que el administrado opte por escoger. En consecuencia, los datos sesgados o incompletos serían trascendentes para que las personas tomen decisiones equivocadas. Es por ello que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de brindar información objetiva y transparente a los usuarios es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen onerosos intereses sociales, como lo son la protección de los riesgos de la vejez, invalidez y/o muerte. En resumen, el deber de información que tienen las AFP frente a los administrados es total, puesto que comporta el análisis previo, especializado y global de los antecedentes del interesado, junto con los pormenores que provengan con los regímenes pensionales. De ello que en los casos en que los afiliados sean beneficiarios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto implicaría una responsabilidad aún superior, por cuanto, de manera indiscutible, aquellos trabajadores tenían una expectativa legítima que se podría ver comprometida a causa del arbitrio de las administradoras al momento de suministrar información. Lo expuesto no conlleva a argüir per se que una persona beneficiaria de la referida transición no pueda optar por el traslado de regímenes y, en principio, perder dicha expectativa del derecho económico; sino que se torna necesario que la decisión sea tomada con pleno conocimiento de las consecuencias que acarrear dicho cambio, lo que, en todo caso, supondría una mayor carga probatoria por parte de las administradoras a fin de evidenciar la ilustración y acompañamiento de personas expertas en la materia que le hubieren permitido al trabajador tomar la decisión aún bajo los posibles resultados adversos a sus intereses. [...] [L]a doctrina y la legislación colombiana han elaborado una serie de obligaciones especiales para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, dentro de las cuales se encuentran inmersas las administradoras de pensiones, que provienen de los principios de la buena fe, transparencia, vigilancia y, sobre todo, el deber de información. Así entonces, estos detalles informativos deben comprender todas las etapas del proceso, desde el momento intencional en que el interesado recurre a la AFP en procura de obtener conocimiento sobre la posible afiliación al nuevo régimen, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute prestacional. [...] [L]as administradoras de pensiones, al versar su naturaleza sobre entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, bajo el entendido que, en el escenario que conduce al traslado de regímenes pensionales por parte de los particulares, no se trataba únicamente de completar requerimientos formales como la suscripción de un formato, sino de haber contado con los elementos suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada. [...] [V]ale decir que no podría argüirse que existe un consentimiento informado cuando las personas desconocen sobre la incidencia que el traslado pudiere tener frente a sus derechos prestacionales, como mucho menos que pueda estimarse satisfecho el requisito de la información clara y responsable con una simple expresión genérica como lo es el formulario de afiliación del usuario. De allí que desde un inicio se haya impuesto el deber a las AFP de documentar el asesoramiento claro y suficiente sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz dicho tránsito. [...] En otros términos, no simplemente se debe verificar que existió una transferencia al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino, advertir que el mismo se hubiere realizado bajo los parámetros de libertad informada [...] (Así) el deber de información al momento del traslado de regímenes se configura como una obligación conducida por las administradoras de fondos de pensiones, por lo que es precisamente a estas a quienes les corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del cambio. [...] [S]e evidencia que en el dossier obra el formulario de afiliación al RAIS suscrito por la demandada el 28 de octubre de 1998, a través del cual Porvenir S.A. procuró demostrar la afiliación libre y voluntaria, acompañada de la presunta asesoría brindada a la señora (...) al momento de incorporarse a la referida administradora de pensiones. No obstante, no existe constancia, ni se allegó prueba adicional al simple formulario, de que la AFP hubiese suministrado a la usuaria la información clara y precisa sobre las características, condiciones consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de que esa carga le correspondía a la entidad, sobre todo en lo que atañe a la pérdida del régimen de transición del que era beneficiaria, dado que contaba con al menos el requisito de edad exigido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para aducir que tenía una expectativa legítima. [...] Por consiguiente, resulta procedente declarar la ineficacia o invalidez del traslado de la demandada al régimen de ahorro individual con solidaridad, determinación que implica la ficción jurídica de que aquella siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y, en consecuencia, no perdió los beneficios del régimen de transición [...] [...] En conclusión: a la señora (...) sí le asiste el derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación en aplicación del Decreto 546 de 1971, toda vez que, el proceso del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad adoleció de ineficacia, por cuanto no se demostró que a la afiliada se le hubiere brindado la correcta asesoría y buen consejo respecto a las consecuencias del cambio de sistema, como mucho menos de la posible pérdida del régimen de transición que acaecía con su decisión. [...]».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 68001-23-33-000-2013-00253-01 \(2764-2017\).](#)

2. El reconocimiento *post-mortem* de la pensión gracia con las dos terceras partes del tiempo de servicio procede cuando el docente es retirado del servicio de manera definitiva con pérdida de la capacidad laboral superior al 95%.

Síntesis del caso: *El cónyuge supérstite de una docente nacionalizada que prestó sus servicios hasta su muerte, por el término 17 años, 3 meses y 18 días, solicitó el reconocimiento post-mortem de la pensión gracia, el cual negó la administración por no cumplir con 20 años de vinculación acorde a lo exigido por la ley.*

RECONOCIMIENTO POST MORTEM DE LA PENSIÓN GRACIA CON LAS DOS TERCERAS PARTES DEL TIEMPO DE SERVICIO – Procede frente al retiro definitivo del docente por invalidez con pérdida de la capacidad laboral superior al 95% / PENSIÓN GRACIA – Reconocimiento exige 20 años de servicio / SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA- Improcedencia por no cumplir tiempo de servicio el causante

Problema jurídico: *¿Es procedente el reconocimiento post-mortem de la pensión gracia con las dos terceras partes del tiempo de servicio, como consecuencia muerte del docente?*

Tesis: “Con la definición filosófica de dicha prestación pensional, esta estuvo dirigida solo los educadores que tuvieron ingresos inferiores que históricamente fueron los de primaria, que en principio dependían de la entidades territoriales, tenían derecho a ella y posteriormente se extendió al nivel secundario la normatividad relativa a la pensión gracia, se señala que se deben cumplir 20 años de servicio en colegios del orden departamental, distrital, municipal o nacionalizados, en consecuencia no puede ser reconocida a favor de la causante al no concurrir con el requisito temporal señalado. Ahora bien, frente a la posibilidad de acceder a la pensión gracia post-mortem con las dos terceras partes del tiempo requerido, la Sala observa que la causante en principio cumpliría con este presupuesto, pues acreditó 17 años, 3 meses y 18 días de servicios territorial y nacionalizado, lo cual acreditaría en demasía de las dos terceras partes señaladas, que equivalen aproximadamente a 13 años y 3 meses, sin embargo la jurisprudencia traduce tal beneficio para aquellos docentes que hayan sido retirado del servicio laboral de forma definitiva como consecuencia de la pérdida de la capacidad laboral superior al 95%, lo que discrepa de la situación de la causante, la cual falleció antes de cumplir con los requisitos para el beneficio prestacional. Si embargo, frente a lo argumentado en la apelación referente a la pretensión del actor del reconocimiento de la pensión gracia post-mortem en su calidad de beneficiario de la causante, es procedente precisar que en materia de sustitución pensional, los artículos 36 y 39 del Decreto 3135 de 1968, 80 y 92 del Decreto 1848 de 1969, consagraron la posibilidad de transmitir el derecho jubilatorio a favor de los beneficiarios del causante, únicamente en dos eventos, a saber: i) cuando fallece el empleado público en goce de pensión y ii) cuando el empleado público muere con derecho a pensión sin que se hubiere reconocido. Así mismo, la Ley 12 de 1975, prescribe la posibilidad de reconocimiento post mortem de una pensión de jubilación al trabajador que fallece con el tiempo de servicio pero sin la edad.(...) es importante mencionar que las normas antes mencionadas contemplan diversos escenarios en donde el servidor público, incluido el docente por supuesto, pueden acceder a la pensión de jubilación por mortem y su posible sustitución, porque gozan del derecho lo disfrutaron en vida, porque consolidaron el estatus o porque cumplieron el tiempo de servicio necesario.(...) el contenido normativo de la Ley 12 de 1975 va dirigido a regular una situación especial dentro del régimen prestacional conformado por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y posteriormente con el 2277 de 1979, que hace parte del sistema general de la seguridad social en pensiones, cuya naturaleza es eminentemente contributiva; contrario a lo que ocurre con el régimen jurídico especial estatuido para la llamada a pensión gracia, compuesto por las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, destinadas a regular la dádiva que el Estado creó en 1913 exclusivamente para los maestros territoriales.”

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 27 de mayo de 2021, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 41001-23-33-000-2017-00416-01(1071-20).

3. Se declaró la nulidad parcial del artículo 1 del Decreto 4698 de 2007, por exceder la potestad reglamentaria el Gobierno Nacional al otorgar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la facultad de prorrogar el término del encargo y del nombramiento provisional, y en consecuencia, de la Circular 05 de 2007 que estableció el trámite para su autorización, por vulneración de las normas en que debía fundarse.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad parcial del artículo 1 del Decreto 4968 de 2007, expedido por el Gobierno Nacional que otorgó la facultad a la Comisión Nacional del Servicio Civil de prorrogar el término del encargo o nombramiento provisional a empleados de carrera por vacancia definitivas o temporales en entidades públicas, y la Circular N° 05 de 23 de julio de 2012 que reguló el trámite para obtener su autorización por la Comisión.*

FACULTAD OTORGADA A LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL PARA PRORROGAR NOMBRAMIENTO EN ENCARGO Y EN PROVISIONALIDAD -Exceso de la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional / PROCEDIMIENTO PARA AUTORIZAR LA PRÓRROGA DE NOMBRAMIENTO EN ENCARGO Y EN PROVISIONALIDAD POR LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – No autorización legal

Problema jurídico: *¿El Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria al otorgar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la facultad de prorrogar los encargos y nombramientos en provisionalidad en el artículo 1° del Decreto 4968 de 2007, y en consecuencia, se encuentran viciados de nulidad, los literales g) del numeral 2.1.3 y iii) del numeral 2.2.1 del título segundo y el título tercero de la Circular N° 05 de 23 de julio de 2012, que establece el trámite para su autorización?*

Tesis: [...] Es necesario precisar que tanto en el texto del artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005, como en el contenido de los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, que desarrollan las funciones de administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, no se concede a dicho organismo la facultad de autorizar prórrogas de los encargos y nombramientos en provisionalidad, por lo que tal situación constituye un exceso de las potestades reglamentarias del Gobierno Nacional, al estipular trámites por fuera del marco legal. Cabe recordar que esta Corporación, mediante sentencia de 12 de abril de 2012, precisó que el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 estableció un término perentorio de 6 meses de duración del encargo, por lo que a la Comisión Nacional del Servicio Civil no se le atribuyó la facultad de establecer excepciones en relación con el término de permanencia en dicha situación administrativa. En virtud de lo anterior, esta Sección declaró la nulidad del aparte demandado del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, en consideración a que el ejecutivo incurrió en exceso de la facultad reglamentaria al introducir una excepción no establecida.(...) Así las cosas, la Sala advierte que el decreto demandado (Decreto 4968 de 2007) al habilitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil para autorizar las prórrogas de los nombramientos bajo la modalidad de encargo, introdujo una excepción a la regla general que regula el término máximo de duración del encargo, en tanto le permitió prolongar en el tiempo la implementación de dicha figura jurídica, superando el plazo previsto en la Ley 909 de 2004 (artículo 24) y el Decreto 1227 de 2005 (artículo 8), lo cual desconoce la normativa legal y los criterios jurisprudenciales que definen el asunto. Bajo estas consideraciones, la Subsección estima que los cargos alegados contra los apartes demandados del artículo 1° del Decreto 4968 de 2007 deben prosperar en relación con la facultad asignada a la Comisión Nacional del Servicio Civil para autorizar prórrogas de encargos, toda vez que se evidencia un exceso de la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional. (...) El artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, restringe el límite del encargo a un término máximo de duración de 6 meses. A su vez, los artículos 25 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, indican que el nominado podrá designar a un servidor mediante nombramiento en provisionalidad por el término que duren la situación administrativa que originó la vacancia del cargo, lo que da cuanta que no hay lugar a establecer prórroga de tales designaciones. En consecuencia, el procedimiento establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el título tercero de la Circular N° 05 de 23 de julio de 2012, comporta un desconocimiento de las normas en las que debía fundarse y un exceso de las facultades de administración que le corresponden, máxime cuando la facultad que le otorgaba el Decreto 4968 de 2007 para autorizar prórrogas de encargos y nombramientos en provisionalidad, tampoco se ajusta al ordenamiento superior, como se indicó en precedencia. En virtud de lo anterior, la Sala considera que el cargo planteado contra los apartes contenidos en el título tercero de la Circular

N° 05 de 2012, están llamados a prosperar, razón por la cual se declarara su nulidad junto con los literales g) del numeral 2.1.3 y iii) del numeral 2.2.1 del título segundo de la referida circular que hacen relación al trámite de autorización de prórrogas de encargos y nombramientos en provisionalidad. [...]"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 20 de mayo de 2021, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2012-00795-00 \(2566-2012\).](#)

4. El reconocimiento de la pensión de sobreviviente a hermana en condición de invalidez de agente de la Policía Nacional muerto en simple actividad procede cuando no existe un beneficiario con mejor derecho.

Síntesis del caso: *Se solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la hermana en condición de invalidez de un agente de la Policía Nacional muerto en simple actividad, la cual fue negada por la administración por existir reconocimiento pensional a la madre del causante.*

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN LA POLICÍA NACIONAL – Beneficiarios / RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN FAVOR DE HERMANA INVÁLIDA DE AGENTE DE LA POLICÍA NACIONAL MUERTO EN SIMPLE ACTIVIDAD – Solo a falta de los beneficiarios con mejor derecho

Problema jurídico: *¿Procede el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a hermana en condición de invalidez de agente de la Policía Nacional muerto en simple actividad?*

Tesis: "En el régimen especial de la Policía Nacional, según lo prevén los Decretos 1213 de 1990 y 4433 de 2004, en el orden de beneficiarios de la familia del causante los hermanos ocupan el último lugar y esa posibilidad es residual, únicamente en caso de que aquel no tuviese cónyuge supérstite, hijos o padres. (...). Bajo la égida del sistema general de seguridad social, se mantienen tres grupos de beneficiarios excluyentes entre sí, toda vez que ante la ausencia de uno lo sucede el siguiente, a saber: (i) cónyuge o compañera permanente, hijos con derecho o inválidos; (ii) padres y (iii) hermanos inválidos. De lo cual se puede deducir que los últimos obtienen tal beneficio siempre y cuando demuestren la ausencia o inexistencia de los anteriores que tienen un mejor derecho, sin la posibilidad de que la pensión de sobrevivientes pueda sustituirse cuando fallezca su beneficiario. En este orden de ideas, sin mayores disquisiciones, resulta evidente que a la demandante no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que causó el extinto agente de la Policía Nacional, primero, porque el Decreto 1213 de 1990 no incluyó a los hermanos inválidos como beneficiarios de la prestación y, segundo, toda vez que al declararse la muerte presunta por desaparecimiento de aquel, la entidad demandada, a través de Resolución 464 de 20 de mayo de 2008, reconoció cesantías, compensación por muerte y pensión de sobrevivientes a su madre, por ser la única beneficiaria según el orden preferente al que se ha hecho referencia. Por tanto, no es dable conceder el derecho deprecado a la actora, habida cuenta de que no se le incluyó como beneficiaria en la norma especial aplicable al caso y fue desplazada por la madre del causante quien tenía un derecho preferencial que fue reconocido oportunamente por la entidad demandada y del cual disfrutó hasta su fallecimiento, sin que sea viable su sustitución. Aunque el Estado colombiano tiene el deber de garantizar a todas las personas el goce efectivo de sus derechos constitucionales, cuanto más si se trata de personas en condiciones de vulnerabilidad manifiesta o discapacidad, ello no habilita a las autoridades para obviar o incumplir las exigencias de ley en aras de que aquellos obtengan el reconocimiento de prestaciones sociales. En el asunto sub judice, no se desconoce que la accionante padece de una pérdida de capacidad laboral del 52.82%, por discapacidad mental absoluta, que le determina unas condiciones de invalidez e interdicción judicial indefinida; sin embargo, no es admisible ignorar que (i) la pensión de sobrevivientes que causó el agente Jhon Jairo González Rivera fue reconocida en debida forma a su progenitora, porque ella tenía la titularidad preferencial para tal efecto; y (ii) el ordenamiento jurídico (el especial de la fuerza pública y el general) es claro al establecer que los hermanos únicamente pueden obtener el mencionado beneficio en el evento en que no exista cónyuge, hijos y padres del causante de la prestación, lo cual no ocurrió en este caso".

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 26 de agosto de 2021, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 68001-23-33-000-2017-00297-01\(0292-20\).](#)

5. Se reitera que la selección de régimen de pensiones es un acto libre y voluntario del afiliado, y no del empleador, quien para tal efecto ha de manifestar por escrito su elección al momento de su vinculación o del traslado. De no mediar por escrito la voluntad del afiliado, el acto de traslado de régimen de pensiones se reputa inexistente.

Síntesis del caso: *La accionante solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de acuerdo con las condiciones y prerrogativas establecidas en la Ley 33 de 1985 y el Decreto 546 de 1971, por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Colpensiones negó a la demandante lo requerido por considerar que había perdido su condición de beneficiaria del régimen de transición al haberse trasladado en su momento al régimen de ahorro individual con solidaridad. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad fue voluntario.*

MULTIAFILIACIÓN O MÚLTIPLE VINCULACIÓN EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES – SGSSP / SELECCIÓN DE RÉGIMEN DE PENSIONES – Es libre y voluntaria / SELECCIÓN DE RÉGIMEN DE PENSIONES – Manifestación por escrito al momento de la vinculación o del traslado / TRASLADO DE RÉGIMEN DE PENSIONES / DEBERES DEL JUEZ FRENTE A LOS ESCENARIOS DE MÚLTIPLE VINCULACIÓN

Problema jurídico 1: *¿En este caso ocurrió el traslado de la demandante, de forma voluntaria, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual?*

Tesis: “Sobre este tema debe señalarse que los dos regímenes de pensiones establecidos en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (SGSSP) analizados en el capítulo precedente son excluyentes entre sí, de manera que un afiliado no puede realizar cotizaciones simultáneas a los dos, tal como lo dispone el artículo 16 de la Ley 100 de 1993. [...] En igual sentido, en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 se contempló la prohibición de vinculaciones múltiples. [...] Asimismo, el Decreto 3800 de 2003 reiteró la prohibición de que los afiliados realicen múltiple vinculación entre los regímenes. [...] Finalmente, ha de precisarse que el Decreto 3995 de 2008 prevé unos criterios de solución a la problemática en caso de múltiple afiliación. No obstante (...) establece unas excepciones para la aplicación de las disposiciones contenidas en esa norma. [...] Sobre el particular, ha de precisarse que la necesidad de tener claridad respecto a la vinculación del afiliado a uno de los regímenes que establece el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (SGSSP), esto es, al de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad, permite tener certeza de la entidad a cargo de asumir el pago de la prestación económica causada. [...] [E]s necesario referirse a la manifestación de voluntad del afiliado, para lo cual debe recordarse que el traslado de régimen constituye un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cumplimiento de las formas solemnes que se requieran. En efecto, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que «La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente Ley». Así mismo, el citado artículo 271 dispone, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. Acorde con lo anterior, el inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, estableció como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones. [...] En este punto del debate es primordial referirnos a los deberes del juez frente a los escenarios de múltiple vinculación, señalados por la Corte Constitucional en sentencia T- 191 de 2020, refiriéndose a la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, frente a los cuales precisó: 1. El estudio de traslados de regímenes pensionales debe revisarse siempre desde el derecho que tiene toda persona a elegir libremente, así como el deber que tiene el empleador y las administradoras de fondo de pensiones en brindar una asesoría adecuada. 2. El primer elemento que debe

revisarse es la existencia de información por parte del empleador –de la necesidad de afiliarse– y de asesoría brindada por parte de la administradora de fondo de pensiones. 3. Deberá verificarse que la persona haya manifestado su voluntad de afiliarse en un régimen, así como de trasladarse de uno a otros. 4. El juez se encuentra en el deber de verificar la validez del traslado o de la afiliación. Esto significa, que no basta con verificar los tiempos de cotización, sino que la vinculación se haga en los términos que establece la ley. En consecuencia, el juez deberá identificar cuál es el régimen aplicable y constatar que los requisitos allí fijados se cumplan a cabalidad. Si la afiliación o el traslado no cumplen con dichos requisitos, se debe entender, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que será válida la vinculación anterior –siempre y cuando haya cumplido también con los requisitos legales–. 5. Cuando se presenta una múltiple afiliación, luego de establecida la validez de la última efectuada en los términos legales, procede verificar la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte [...] En este caso debe recordarse que la tesis de la demandante consiste en que, sin mediar autorización voluntaria de su parte para trasladar sus aportes para pensión, fue afiliada a PORVENIR y tan sólo en el año 2010 cuando solicitó el reporte de semanas cotizadas al ISS se le informó que aparecía con la novedad de «multiafiliación» situación que desconocía hasta ese momento toda vez que el ISS la seguía reportando como afiliada activa desde el año 1990 a la fecha; que por ello elevó varias solicitudes a PORVENIR donde solicitó el traslado de sus aportes al ISS, lo cual sólo fue posible a través de una acción de tutela donde se ordenó mediante sentencia de 4 de mayo de 2012. [...] En este sentido es evidente que se trató de un fenómeno de múltiple afiliación o vinculación a ambos regímenes, sin que se hubiese efectuado el traslado de la demandante, que, según el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) se hace de forma libre y voluntaria por parte del afiliado (no del empleador), quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. Como ya se indicó, tanto la afiliación como el traslado constituyen un acto jurídico en donde se plasma la manifestación de la voluntad y en este caso, como se aprecia, la demandante no escogió trasladarse a PORVENIR S.A. ni mucho menos se plasmó esa decisión en el formato señalado los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que es evidente que nos encontramos ante la figura de la inexistencia del citado acto jurídico que se produce « [...] en aquellos supuestos en los cuales los requisitos o condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, tal y como ocurre, por ejemplo, cuando falta completamente la voluntad, cuando no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o cuando no se cumple un requisito o formalidad previsto (ad substantiam actus) en el ordenamiento para la existencia del acto o contrato». En este sentido, al no haberse desvinculado la demandante de la entidad de previsión inicial como es el Instituto de Seguros Sociales, sino que se trató de un fenómeno de multiplicidad de aportes efectuados a dos entidades de previsión, de forma concomitante, sin que mediara la voluntad de la servidora, es evidente que nunca se desafilió del régimen de prima media con prestación definida [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 20 de mayo de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000-23-42-000-2015-01071-01\(2630-2017\).](#)

SECCIÓN TERCERA

1. El amparo de «no inversión» implica la devolución total del valor nominal del anticipo, y no sólo de su valor neto.

Síntesis del caso: *El IDU celebró con un consorcio un contrato de obra dentro del cual se pactó un anticipo del 40 %. Una vez constituida la garantía para el buen manejo y correcta inversión del anticipo, el consorcio recibió el anticipo, al cual se le efectuaron descuentos por concepto de impuestos y contribuciones. Posteriormente, el IDU declaró la caducidad del contrato, hizo efectiva la cláusula penal y declaró la ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo.*

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE SEGURO / CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL / ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARARA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE OBRA / GARANTÍA DE CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO

Problema jurídico: *¿El amparo de no inversión solo incluye el valor efectivamente recibido por el contratista a título de anticipo?*

Tesis: “La Sala ha estudiado el alcance de coberturas en materia del anticipo. Así, el Decreto 4828 de 2008 contiene tres (3) coberturas: (i) la no inversión; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los bienes de le hayan entregado en calidad de anticipo. Esto permite aclarar que no puede indicarse que hubo apropiación indebida del anticipo. La normativa es clara en establecer que la apropiación indebida requiere que el contratista destine los bienes «que se le haya[n] entregado en calidad de anticipo» a un asunto ajeno de la ejecución contractual. Como bien establece el recurrente, en este caso los descuentos no pudieron ser destinados a un asunto diferente, porque fueron descontados directamente por el IDU y, por ende, el contratista no pudo utilizar los en un asunto diferente al de la ejecución contractual. No obstante, como se expresó previamente, es claro que el contratista no invirtió ningún peso del anticipo en la ejecución de la obra. Aunque es cierto que no se configuraron los siniestros referentes al incumplimiento de la obligación de buen manejo e inversión correcta del anticipo, también se pudo constatar que en el presente caso se configuró el amparo relacionado con «la no inversión» del anticipo. Se llega a esa conclusión por dos (2) motivos: primero, si bien es cierto que el descuento opera por la normativa tributaria, ello no releva al contratista de realizar las inversiones del anticipo en la obra. En ese sentido, el monto asegurado corresponde a la totalidad del valor del anticipo. De acuerdo con el numeral 7.2 del Decreto 4828 de 2008, «el valor de esta garantía deberá ser equivalente al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y, su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.» En este caso la cobertura inicial correspondió a trece mil treinta millones setecientos quince mil novecientos noventa y cuatro pesos con cuarenta centavos (\$13.030.715.994,40), esto es, al valor total del anticipo entregado sin tener en cuenta las deducciones realizadas por la entidad. Esto también explica que el plan de inversión – aceptado por el Consorcio Conexión– se refiera al monto total del anticipo, y no a este valor menos los descuentos que debía realizar la entidad. Así, el amparo de «no inversión» implica la devolución total del valor nominal del anticipo, y no sólo de su valor neto. Segundo, las deducciones realizadas no son equiparables a la inversión del anticipo girado al contratista. Esas deducciones cubren obligaciones tributarias que, como se pudo constatar, el contratista debía asumir, pues era el sujeto pasivo de la obligación tributaria. Esos tributos, sin embargo, no correspondían a los asuntos en los que debía invertir el anticipo, pues se reitera que las deducciones correspondían al pago de obligaciones tributarias del contratista. Por este motivo, no es posible indicar que no se afecta el patrimonio del Estado, porque la entidad contratante estaría asumiendo una obligación que no le corresponde.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance de coberturas del anticipo, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de noviembre de 2020, rad. 47760, C. P. Martín Bermúdez Muñoz.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de septiembre de 2021, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 25000-23-36-000-2013-02213-02\(58593\).](#)

2. El patrimonio autónomo constituido con los recursos del Fomag es un sujeto de derechos y obligaciones, aunque representado por otra entidad del Estado, puede entenderse como entidad pública por estar constituido por patrimonio público y, por ello, se concluye que los recursos de anulación interpuestos contra los laudos en los que interviene el Fomag a través de la fiduciaria vocera son del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Síntesis del caso: *“Entre la sociedad Fiduprevisora S.A. -como administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag- y la unión temporal Magisalud 2 se celebró el contrato de prestación de servicios médico-asistenciales N° 12076-111-2012. El 28 de enero de 2018, la unión temporal contratista interpuso demanda arbitral contra Fiduprevisora S.A., por considerar que esa entidad había incumplido varios componentes del contrato, ocasionándole a la convocante supuestos perjuicios patrimoniales, estimados en \$226.640'901.499. El proceso arbitral fue surtido sin que las partes cuestionaran la validez de la actuación ni la competencia del tribunal de arbitramento. El laudo fue proferido en audiencia celebrada los días 28 y 30 de abril de 2020, y en él se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda, lo que implicó la imposición de varias condenas pecuniarias a Fiduprevisora S.A. La entidad estatal convocada interpuso contra el indicado laudo el recurso extraordinario de anulación.”*

SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO / CRITERIO DE COMPETENCIA / CRITERIO ORGÁNICO / CRITERIO MATERIAL / ENTIDAD PÚBLICA / FIDUPREVISORA / FONDO ADMINISTRADO POR LA FIDUPREVISORA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIDUPREVISORA / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD / PATRIMONIO AUTÓNOMO / NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO / CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / REPRESENTACIÓN DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Problema jurídico 1: *¿La jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene competencia para conocer de los recursos de anulación interpuestos contra los laudos en los que interviene el Fomag a través de la fiduciaria vocera?*

Tesis 1: “[L]a cuestión que debe abordarse, en primer término, es la de determinar quién intervino en el conflicto que se resolvió en el laudo cuestionado y si tal interviniente es o no una entidad pública. (...) debe precisarse que la controversia resuelta en el laudo arbitral cuestionado se suscitó entre la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. –entidad de carácter estatal- la cual actuó como representante y vocera del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag-, y la unión temporal Magisalud 2, con ocasión del contrato de prestación de servicios médico-asistenciales (...) de 2012 (...) resulta claro, entonces, que el Fomag es el centro de imputación de las decisiones que fueron adoptadas en el laudo arbitral que se cuestiona y fue, por tanto, el ente que, en los términos del artículo 46 del estatuto arbitral, “intervino” en el litigio; y como no goza de personería jurídica, debió acudir al presente proceso a través de su representante y vocera: la sociedad Fiduprevisora S.A. (...) En estos términos, si bien quien afrontó procesalmente el proceso arbitral fue la compañía Fiduprevisora S.A., lo hizo como representante y vocera del Fomag y, en consecuencia, se considera que para los efectos de lo previsto en el artículo 46 de la Ley 1563 quien “intervino” en el proceso fue el Fondo y no su representante, pues la Sala acoge aquí la postura de que esta exigencia legal está referida al patrimonio sobre el que recaen los efectos de las decisiones que se adopten, y no a quien lo represente judicial o extrajudicialmente. Lo anterior es así, en tanto, en el sub lite, la intervención material es la que guía las pautas para fijar las reglas adjetivas y no la intervención meramente formal. Decantarse por esto último, sería tanto como considerar que, mutatis mutandi, los representantes legales de las sociedades son quienes intervienen en el proceso y, por consiguiente, los que determinan las reglas procesales. Este entendimiento es de difícil aceptación, puesto que la titularidad del derecho debatido en el proceso -judicial o arbitral- recae sobre el representado y no sobre el representante, y es la situación jurídica de aquel, y no la de este, la que se controvierte

en el asunto. (...) Se sigue de todo lo anterior – y lo reitera la Sala- que el patrimonio autónomo constituido con los recursos del Fomag es el centro de imputación de las obligaciones y derechos que surjan con ocasión de los contratos celebrados por su vocero y representante legal, y que a la luz de las normas legales y reglamentarias que gobiernan el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente del Magisterio, es procedente y jurídicamente admisible entender el Fomag como un sujeto de derechos y obligaciones, aunque representado por otra entidad del Estado, en virtud de la fiducia mercantil ordenada por el legislador y con los propósitos igualmente previstos por este, orientados al logro y garantía de unos fines públicos determinados. Desde ese punto de vista, se concluye que los recursos de anulación interpuestos contra los laudos en los que interviene el Fomag a través de la fiduciaria vocera son del conocimiento de esta jurisdicción, pues es claro, en los términos del artículo 46 - inciso tercero de la Ley 1563 de 2012, que en el conflicto “intervino” el Fomag, representado por una sociedad fiduciaria.”

NOTA DE RELATORÍA: En las distintas Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado se han resuelto recursos de anulación contra laudos arbitrales relativos a conflictos suscitados con ocasión de contratos de prestación de servicios médico-asistenciales en los que ha intervenido Fidupervisora S.A. como representante y vocera del Fomag, vale decir, se ha admitido la competencia de la Corporación para conocer de dichos asuntos. Al respecto, véase la sentencia dictada por la Subsección C el 10 de diciembre de 2015 –exp. 53165, Sentencia de la Subsección B de 15 de noviembre de 2019 –exp. 62535, Sentencia de la Subsección A el 5 de marzo de 2020 exp. 61579.

SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO / CRITERIO DE COMPETENCIA / CRITERIO ORGÁNICO / CRITERIO MATERIAL / ENTIDAD PÚBLICA / FIDUPREVISORA / FONDO ADMINISTRADO POR LA FIDUPREVISORA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIDUPREVISORA / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD / PATRIMONIO AUTÓNOMO / NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO / CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / REPRESENTACIÓN DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / PRESUPUESTO DE RENTAS DE LA NACIÓN

Problema jurídico 2: *¿Los recursos de anulación contra laudos arbitrales que le corresponde conocer a la Sección Tercera del Consejo de Estado incluyen a todo órgano o dependencia del Estado que, no gozando de tal estatuto de persona, sea el centro de imputación de derechos y obligaciones y en razón de ello intervenga en un proceso en el que estos se discutan, sin perjuicio de que en sede judicial o arbitral, tales organismos deban ser representados por la entidad indicada en la ley sustancial aplicable e independientemente del régimen jurídico que gobierne la respectiva relación?*

Tesis 2: “El siguiente asunto para resolver, a efectos de determinar la competencia de esta Sala para conocer del presente recurso de anulación, es si el Fomag puede ser entendido como entidad pública o si sólo deben incluirse bajo tal categoría a las entidades que gozan de personería jurídica. (...) Así, desde el enfoque orgánico de la administración y partiendo de la referencia normativa a la “entidad pública” como elemento determinante de la competencia de esta Corporación, se debe tener en cuenta que en la actual estructura del Estado colombiano están comprendidos algunos organismos que, careciendo de personería jurídica, integran la administración de conformidad con la ley, y asimismo, en ciertos ámbitos de la actividad administrativa se incorporan en la categoría de “entidad estatal” determinados estamentos que no gozan de dicha personalidad jurídica, como acontece, v.gr., con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que reconoce como entidades estatales con capacidad para contratar, varios órganos que no están revestidos del indicado atributo. En esa medida, el inciso tercero del artículo 46 del estatuto arbitral debe interpretarse en sentido amplio, entendiendo que, entre los recursos de anulación contra laudos arbitrales que le corresponde conocer a la Sección Tercera del Consejo de Estado no solo se encuentran aquellos en los que haya intervenido una entidad pública con personería jurídica o un particular, igualmente dotado de ella, que desempeñe funciones administrativas, sino también todo órgano o dependencia del Estado que, no gozando de tal estatuto de persona, sea el centro de imputación de derechos y obligaciones y en razón de ello intervenga en un proceso en el que estos se discutan, sin perjuicio de que en sede judicial o arbitral, tales organismos deban ser representados por la entidad indicada en la ley sustancial aplicable e independientemente del régimen jurídico que gobierne la respectiva relación. (...) [E]l legislador, al expedir el estatuto de arbitraje contenido en la Ley 1563 de 2012, quiso dar un alcance amplio a la competencia del Consejo de Estado frente a los procesos arbitrales en los que resultara comprometida la actividad administrativa del Estado, como anteriormente se anotó, por lo que el criterio de competencia recae sobre el hecho de que se trate de una “entidad pública”, sin distinciones sobre si detenta o no personería jurídica, o de entes –también con o sin dicho atributo- que desempeñen funciones administrativas. (...) [E]n el caso del Fomag –fondo especial sin personería-, se trata de recursos que son siempre públicos tanto en su origen, como en su manejo y destinación final, y mantienen esa calidad tras la constitución de la fiducia mercantil ordenada en la ley, de manera que, al no pasar en absoluto tal patrimonio a la esfera privada y mantenerse bajo la titularidad del Estado, dotado de un órgano directivo integrado por servidores públicos y representado por una entidad estatal, el control de su administración y de las demás

actividades que estableció la Ley 91 de 1989 le corresponde a esta jurisdicción, incluso en el ámbito del recurso de anulación contra laudos arbitrales, bajo los presupuestos del ya citado artículo 46, inciso tercero, de la Ley 1563 de 2012. (...)."

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la aplicación de los cambios jurisprudenciales, consultar providencia de 25 de septiembre de 2017, Exp. 50892, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sobre la facultad de las entidades estatales para imponer multas unilateralmente, consultar providencias de 4 de junio de 1998, Exp. 13988, C.P. Ricardo Hoyos Duque; de 20 de junio de 2002, Exp. 19488, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

PATRIMONIO AUTÓNOMO / NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO / CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / REPRESENTACIÓN DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / ENTIDAD PÚBLICA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD PÚBLICA / ADMINISTRACIÓN DEL DINERO PÚBLICO / CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 3: *¿La fiducia mercantil de administración sobre el patrimonio autónomo FOMAG modifica su carácter de entidad pública?*

Tesis 3: "La fiducia mercantil no desvirtúa el carácter público de la convocada. Ahora, dada la connotación del patrimonio autónomo surgido en virtud de la fiducia mercantil, especialmente por la particularidad de que se le puedan imputar cargas y derechos y que en el curso de su administración surjan relaciones obligacionales con terceros, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que esa clase de peculio sea representada judicialmente, lo que comporta una comprensión del patrimonio autónomo como ente o sujeto, pues no obstante que carece de personería jurídica, es posible de ser representado judicial y extrajudicialmente, en tanto centro de imputación de determinadas responsabilidades de orden económico, tal como ocurre con la generalidad de las personas jurídicas en sus distintas relaciones y negocios. (...) Igualmente es pertinente anotar que en el caso específico del Fomag, dada la regulación establecida en la Ley 91 de 1989 para su administración, la fiducia mercantil allí prevista responde a la clasificación doctrinal de "fiduciaria de administración (...). Así entonces, la ley, la jurisprudencia y la doctrina reconocen que la fiducia mercantil entraña una transferencia del dominio de los bienes fideicomitidos, operación que si bien no involucra el ingreso de esos bienes al patrimonio del fiduciario, le otorgan a este una especie de titularidad para los especialísimos fines de ese negocio mercantil, conforme al artículo 1234 del C. Comercio, circunstancia que resulta relevante en la órbita de la administración pública cuando la sociedad fiduciaria celebra el contrato de fiducia mercantil sobre unos recursos enteramente públicos. En todo caso, siendo el patrimonio autónomo –en este caso, el Fomag- el centro de imputación de la responsabilidad contractual surgida por el acuerdo de voluntades materia de controversia, la verificación de sus particulares características -todas ellas remitidas al manejo de recursos que no dejan de ser públicos en ningún momento, ni aún por la constitución de la fiducia- permite establecer que se encuadra en el presupuesto de competencia del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, por cuanto se trata de un estamento ciertamente público (entidad pública), que a través de su representante –la sociedad fiduciaria- intervino en el contrato materia del proceso arbitral."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la vocación procesal del patrimonio autónomo, ver: Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de agosto de 2005, expediente 1909. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de fecha 15 de diciembre de 2014, C.P. Álvaro Namén Vargas

LAUDO ARBITRAL / RECURSOS CONTRA LAUDO ARBITRAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / DEBIDO PROCESO / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD / IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD / CARGAS PROCESALES / INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS PROCESALES / DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA / CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS / NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA / NULIDAD INSANEABLE / IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD PROCESAL / INEXISTENCIA DE LA NULIDAD PROCESAL / NORMATIVIDAD DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 4: *¿Las cargas impuestas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en sus dos últimos incisos, en nada se oponen a las garantías del bloque de constitucionalidad ni al pleno ejercicio de los derechos fundamentales al debido proceso y a un recurso judicial efectivo, por ello la*

convocante no estaba exenta de recurrir el auto de asunción de competencia por parte del Tribunal de Arbitramento?

Tesis 4: “Para la Sala no resultan de recibo los argumentos del impugnante, encaminados a que se le exima de los deberes que le asistían como sujeto procesal y de las consecuencias de su incuria; pues no se encuentra mérito para señalar que alguno de los apartados del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 se oponga a la Constitución o haya sido derogado por el ordenamiento, mucho menos hay lugar a concluir que la norma aludida resulte inaplicable en el sub lite porque la supuesta falta de competencia del tribunal arbitral fue sobreviniente y posterior a la providencia del 27 de febrero de 2019, en la que el colegio de árbitros declaró su habilitación procesal y legal para dirimir la controversia. Con respecto a la supuesta excepción de inconstitucionalidad que, en sentir del recurrente, debe aplicarse en el presente caso frente al artículo 41, incisos finales, de la Ley 1563 de 2012, se advierte en primer término que es inexistente la contradicción que se alega entre dichos cánones normativos y los artículos 29, 241 y 243 de la Constitución Política, pues de ninguna manera los preceptos cuestionados por el impugnante se oponen al debido proceso ni a las funciones de la Corte Constitucional –a que se refiere el artículo 241 superior-, como tampoco desconocen la naturaleza de los fallos proferidos por ese máximo Tribunal –tema regulado en el artículo 241-. (...) el censor también invoca como fundamento de la alegada excepción de inconstitucionalidad los artículos 8-1, 26 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 2-1, 2-2 y 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No obstante, no indica la forma en que la aplicación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 en el presente asunto resultaría contraria a tales normas superiores, o afectaría los derechos consagrados en dichos mandatos del bloque de constitucionalidad, y tampoco se advierte por esta Sala, disparidad alguna entre el artículo reprochado y los derechos y principios previstos en los referidos tratados internacionales. En este punto, cabe anotar que los derechos fundamentales relacionados con el acceso a la administración de justicia y el debido proceso no implican, de ninguna manera, la prohibición de que la ley les imponga determinadas cargas y deberes a quienes son parte en un proceso. Tales exigencias deben ser satisfechas por quien acude a las vías judiciales, pues el ejercicio de derechos implica la asunción de responsabilidades, máxime si la actuación judicial no reviste un carácter sancionatorio ni fue iniciada por el Estado en persecución penal o de cualquier índole contra un administrado, sino que se ha acudido a la instancia jurisdiccional –formal o transitoria- con el propósito de reivindicar o defender intereses económicos y particulares. Por tanto, las cargas impuestas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en sus dos últimos incisos, en nada se oponen a las garantías del bloque de constitucionalidad ni al pleno ejercicio de los derechos fundamentales al debido proceso y a un recurso judicial efectivo, de suerte que no hay lugar a señalar que la norma mencionada es incompatible con los cánones constitucionales, mucho menos que en razón de ello resulta inaplicable en el sub iudice. En cuanto a la derogatoria tácita del penúltimo inciso del artículo 41 citado, la misma es claramente inexistente. Es infundada la alegación que sobre este punto hace el impugnante del laudo arbitral, pues la norma cuestionada no se opone a las reglas del Código General del Proceso relativas a la competencia de los jueces o a los vicios que afectan ese presupuesto para el ejercicio de la jurisdicción. Así, al señalar el legislador que las causales 1, 2 y 3 de anulación del laudo arbitral solo pueden invocarse si el censor las hizo valer mediante recurso de reposición contra la providencia de asunción de competencia, no está desestimando la invalidez de las actuaciones surtidas sin ese presupuesto procesal, sino que recalca que, si es una de las partes la que considera que el juez no era competente y pretende alegarlo en sede de anulación del laudo, debe cumplir previamente con esa carga específica para que proceda su alegación. (...) tratándose de una nulidad insaneable, como lo es la originada en la falta de competencia del juez que tramitó la causa, es palmario que, de acuerdo con las reglas procesales generales, la misma puede ser declarada de oficio. Sin embargo, ello no implica que en la esfera especial del proceso arbitral, la parte interesada en alegar el vicio esté exenta de la carga de interponer el recurso respectivo contra el auto de asunción de competencia, pues con ello ha de prestar su colaboración precisamente para evitar desde los albores del proceso la configuración de nulidades y se le conmina a obrar de buena fe y observar sus deberes de lealtad procesal. En este punto cabe recalcar que la normativa que gobierna a la justicia formal es diferente a la que rige la justicia arbitral puesto que esta, si bien está autorizada por la Constitución y regulada por la ley, no opera por una suerte de institucionalización legal sino por habilitación de las partes, a través de un contrato contentivo del pacto arbitral, de manera que la noción de competencia que se predica de los árbitros entraña una naturaleza y unos elementos distintos a los de la competencia que se les reconoce a los jueces de la República. (...) Por tanto, es palmario que las reglas del Código General del Proceso sobre el carácter insaneable de la nulidad por falta de competencia no comporta la derogatoria tácita de los dos últimos incisos del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues, además de no existir contradicción alguna entre unas y otras disposiciones, los presupuestos y escenarios de aplicación de tales normas son sustancialmente disímiles. Por último, la Sala se aparta del planteamiento hecho por el recurrente, en cuanto a que la carga impuesta en el penúltimo inciso del comentado artículo 41 no le era imponible en el caso concreto porque la falta de competencia del tribunal sobrevino cuando el proceso ya se encontraba en curso.”

PACTO ARBITRAL / ARBITRAJE / REQUISITOS DEL PACTO ARBITRAL / CLÁUSULA PATOLÓGICA / CLÁUSULA ESCALONADA / EFECTOS DEL PACTO ARBITRAL / CLÁUSULA COMPROMISORIA / EFECTOS DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA / REQUISITOS DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA / EFICACIA DEL PACTO ARBITRAL / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / FALTA

DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / NULIDAD DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA / CAUSALES DE NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / TAXATIVIDAD DE LAS CAUSALES DE NULIDAD / NULIDAD DEL PACTO ARBITRAL

Problema jurídico 5: *¿Puede sobrevenir una falta de competencia del tribunal de arbitramento por una decisión judicial del Consejo de Estado?*

Tesis 5: “[L]a Sala se aparta del planteamiento hecho por el recurrente, en cuanto a que la carga impuesta en el penúltimo inciso del comentado artículo 41 no le era imponible en el caso concreto porque la falta de competencia del tribunal sobrevino cuando el proceso ya se encontraba en curso, amén de que, según su dicho, la razón fundante de la invalidez del pacto arbitral –que en sentir del censor afectó la competencia de los árbitros- solo fue fijada por el Consejo de Estado en auto del 18 de julio de 2019. Cabe anotar que la providencia dictada por la Sección Tercera – Subsección B del Consejo de Estado el 18 de julio de 2019, se refirió a los pronunciamientos previos de la jurisprudencia, en los que se destacó la ineficacia y eventual invalidez de las “cláusulas patológicas”, definidas como aquellas que por su ambigüedad o por la carencia de determinados elementos esenciales, impiden que sea clara e inequívoca la voluntad de las partes para acudir al arbitramento y que por ello el asunto se sustraiga del conocimiento de la justicia institucional. Aunque la convocada pretenda señalar que el tribunal arbitral ostentaba habilitación para proceder al inicio del proceso pero “perdió” la competencia con el pronunciamiento del Consejo de Estado del 18 de julio de 2019, no se puede aceptar este razonamiento por no acompañarse con el orden jurídico. En este punto, se comienza por precisar que las causales de nulidad de los contratos –como las cláusulas compromisorias y los pactos arbitrales- solo las fija el legislador y no los jueces de la República, pues solo aquel es el competente para establecer los requisitos esenciales de los actos jurídicos y la validez de estos depende, precisamente, de que se ajusten a los presupuestos establecidos por la ley misma. Por ello resulta impropio afirmar que por la vía jurisprudencial –y menos aún a través de auto- se puedan establecer nuevas causales de invalidez de las cláusulas compromisorias o modificarse el régimen de nulidades previamente existente, al punto que una nueva postura sentada por las Cortes afecte ipso facto la competencia de los árbitros en los procesos que se encuentren en curso, merced a una “nueva causal” de nulidad del pacto arbitral, inicialmente válido, o a nuevas interpretaciones que incidan en el tiempo, sobre la validez de la cláusula. (...) Por las anteriores razones, la Sala se abstendrá de examinar y resolver los cargos primero y segundo del recurso interpuesto por la parte convocada contra el laudo arbitral, por referirse tales formulaciones a causales de anulación cuya procedencia estaba sujeta al cumplimiento de los requisitos previstos en los dos últimos incisos del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que fueron inobservados por el impugnante, sin justificación legal alguna.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las cláusulas patológicas ver: el Consejo de Estado en auto del 18 de julio de 2019 exp. 62930 consejero ponente Alberto Montaña Plata

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN / FALLO EN CONCIENCIA / REQUISITOS DEL FALLO EN CONCIENCIA / CARACTERÍSTICAS DEL FALLO EN CONCIENCIA / FALLO EN EQUIDAD / FALLO EN DERECHO / LAUDO ARBITRAL / JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / FUNCIONES DEL JUEZ / BUENA FE / PRINCIPIO DE LA BUENA FE / CARACTERÍSTICAS DEL FALLO EN DERECHO / PRUEBA / MEDIOS DE PRUEBA / PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA / SISTEMA DE SANA CRÍTICA / APRECIACIÓN DE LA PRUEBA / SISTEMA DE REGLAS DE LA EXPERIENCIA / RECURSO DE ANULACIÓN / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / ÁRBITRO / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 6: *¿Solo cuando el laudo arbitral se aparta de los elementos de prueba sin justificación alguna, u omite la valoración de las probanzas necesarias para resolver el asunto, surge la decisión o fallo en conciencia?*

Tesis 6: “[En el análisis de las causales de anulación –y concretamente en la causal por fallo en conciencia– ha de tenerse presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, al pactar la cláusula compromisoria, las partes del contrato estatal habilitan a los árbitros para resolver las eventuales controversias –previamente delimitadas y establecidas en el pacto arbitral– y, por ende, renuncian a someter tales conflictos al aparato jurisdiccional estatal, vale decir, se sustraen de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De allí se desprende que la intervención de esta última jurisdicción, como juez de anulación, es restringida. (...) De modo que el fallo en conciencia se identifica con la proposición “ex equo et bono” porque el panel arbitral, al margen de un parámetro normativo o legal, aplica criterios axiológicos como los de “lo correcto o lo bueno”, ateniéndose a su leal saber y entender. En otros términos, la causal del fallo en conciencia opera cuando el tribunal de arbitramento profiere el laudo apartándose del sistema jurídico, normativo o probatorio. (...) Cabe destacar que, en lo que atañe específicamente a la configuración del fallo en conciencia por haberse prescindido de las pruebas, la causal tiene lugar cuando, en efecto, la decisión no se fundó en valoración alguna

de los elementos probatorios allegados a la causa arbitral, determinantes para resolverla. En esa medida, solo cuando el laudo se aparta de los elementos de prueba sin justificación alguna, u omite la valoración de las probanzas necesarias para resolver el asunto, surge la decisión o fallo en conciencia, vicio este que, por el contrario, no ocurre cuando los árbitros valoran las probanzas de manera distinta a la que las partes consideran correcta, o fundan la providencia en medios probatorios diferentes a los que el censor estima que debieron tenerse en cuenta. Esto se explica porque el fallo en conciencia se caracteriza por contener una decisión sustentada únicamente en la convicción íntima y personal del juez, de suerte que, cuando este funda su proveído en las pruebas, aún de manera equivocada, el fallo es en derecho. Más aún, la misma ley le impone al juez del recurso abstenerse de calificar el análisis de fondo de la controversia, lo cual le impide revisar los razonamientos jurídicos y probatorios del tribunal de arbitramento para dilucidar si son o no errados (...). De igual manera, la jurisprudencia ha precisado que una valoración equivocada de las pruebas, por parte de los árbitros, no configura el vicio de fallo en conciencia, de manera que las discrepancias que las partes tengan con el criterio fijado por el tribunal de arbitramento para estimar y analizar el material probatorio no pueden hacerse valer mediante el recurso extraordinario de anulación bajo la indicada causal, puesto que ello equivaldría a señalar que el juez del recurso puede hacer pronunciamientos de fondo sobre la cuestión resuelta en el laudo, circunstancia que, se reitera, desnaturaliza el referido recurso."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, consultar, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de marzo de 2003, exp. C-6879, M.P. José Fernando Ramírez Gómez y sentencia del 18 de enero de 2007, exp. 11001-31-03-020-1999-00173-01, Así mismo, ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 30 de marzo de 2006, exp. 31385, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia del 21 de octubre de 2009, exp. 37243, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 27 de junio de 2012, exp. 40634, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA / INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA POR EL JUEZ / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / DERECHO SUSTANCIAL / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / DEBERES DEL JUEZ / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PROCESO ARBITRAL / SENTENCIA QUE RESUELVE EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / VALIDEZ DEL LAUDO ARBITRAL / NEGACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 7: *¿Incorre en causal de anulación del laudo por vulneración del principio de congruencia, el tribunal de arbitramento que, al interpretar la demanda con base en los hechos en ella esbozados, en las pretensiones y en sus fundamentos jurídicos y probatorios, dilucida el verdadero sentido del libelo en que el que presentan equívocos?*

Tesis 7: "De la interpretación de la demanda. Como expresamente lo establece el artículo 11 del CGP, el objeto de los procedimientos y de las normas procesales es "la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial", (...) Lo anterior no solo obra en armonía con lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución Política -en cuanto establece que en las decisiones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial- sino que se sujeta a esa regla superior, la que en efecto les impone a los jueces resolver sobre la evidencia que legalmente sustente ese derecho, aún por encima de consideraciones meramente formales, pues estas están al servicio de aquel. Es bajo estos parámetros que, por mandato constitucional y legal, debe entenderse y aplicarse el principio de congruencia, pues acudir a este con un rigorismo que conlleve a obviar las particularidades del caso, ajustables conforme a la ley, equivaldría a vulnerar el derecho de defensa y constituiría una inexcusable infracción de las normas y principios constitucionales. Ya la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en no pocas oportunidades, que la interpretación de la demanda es un deber de los jueces, un llamado de carácter imperativo que se atiende para garantizar el acceso a la administración de justicia y la prelación del derecho sustancial. Por ello, como quedó señalado líneas atrás, la jurisprudencia también ha señalado que la causal novena de anulación del laudo arbitral, referente al principio de congruencia, se configura cuando la providencia contiene decisiones no pedidas o no invocadas en las excepciones, "salvo que se aprecie alguna regla de facultades o poderes del juez", a lo que se añadiría que, en mayor medida se da esa salvedad, si ya no se trata de facultades sino de deberes de rango constitucional. No debe entonces entenderse que el principio de congruencia resulta lesionado cuando la demanda es interpretada por el juez con base en los hechos en ella esbozados, en las pretensiones y en sus fundamentos jurídicos y probatorios; por el contrario, con tal ejercicio -que no tiene un propósito distinto al de esclarecer con la mayor nitidez y certeza el fin perseguido por el actor y los aspectos sujetos a controversia-, queda sólidamente atendido el indicado principio, pues justamente el efecto de la interpretación de la demanda es que la decisión adoptada en sentencia se ajusta de manera más real y materializada a lo pedido y alegado por las partes. (...) Por tanto, el hecho de que el juez dilucida el verdadero sentido de una demanda en la que se aprecian equívocos como el expuesto en el laudo hoy bajo análisis, no da lugar a la incongruencia de la decisión, pues ese ejercicio hermenéutico entraña justamente el efecto contrario, esto es, que los puntos resueltos en la providencia son precisamente los que fueron sometidos a debate y controvertidos en el proceso. Ahora, a la luz de lo anterior, se advierte que no le asiste razón al impugnante del laudo en cuanto aduce que los árbitros "modificaron oficiosamente el libelo", pues en la providencia no fue alterado el petitum ni se impuso condena alguna sobre elementos no alegados por la convocante, sino que se efectuó una interpretación de la demanda al advertirse en ella un error que incluso se

oponía a la lógica del litigio; yerro consistente en hacer mención de la “cláusula cuarta”, contentiva de las obligaciones del propio demandante –quien naturalmente no puede someter a juicio la inobservancia de sus propios compromisos-, cuando el tenor mismo de las pretensiones y de los hechos señalados por la actora se orientaba a enjuiciar el incumplimiento de las obligaciones de la entidad estatal convocada, varias de estas pactadas en la “cláusula quinta” contractual –como se adujo en el acápite de los fundamentos fácticos-. (...) se concluye que la interpretación de la demanda arbitral no dio lugar a incongruencia del laudo, pues por el contrario –lo reitera la Sala-, en la decisión recurrida se analizaron y resolvieron las pretensiones que la parte actora efectivamente formuló, y cuyo sentido era inteligible al margen de la equivocada denominación de la cláusula incumplida. Por ello, es claro que tampoco resultó quebrantado el orden jurídico ni se vulneró el derecho de defensa de ninguna de las partes. (...) se concluye que no hay lugar a declarar fundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el laudo arbitral dictado el 30 de abril de 2020, puesto que no se cumplieron los requisitos de procedibilidad del recurso frente a las causales 1, 2, 6 y 8 de anulación, invocadas por el censor, en tanto que los reproches formulados por el recurrente sobre la causal 7 –referente al fallo en conciencia- no se enmarcan en ella, mientras que los hechos alegados como fundamento de la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no encuadran en los supuestos que la configuran.”

NOTA DE RELATORÍA: Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 29 de octubre de 2014, exp. N° 50478. C.P. (E) Hernán Andrade Rincón. sentencias T-592 del 18 de mayo de 2000, T-450 del 4 de mayo de 2001 y SU-072 del 5 de julio de 2018, proferidas por la Corte Constitucional. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2018, exp. N° 11001-03-26-000-2017-00 058-00(59216) A. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. N° 11001-03-26-000-2015-00141-00(55307). C.P. Danilo Rojas Betancourth. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de junio de 2002, expediente 21040, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 3 de abril de 2020, exp. N° 11001-03-26-000-2020-00013-00(65558), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

ACLARACIÓN DE VOTO / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO / NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PATRIMONIO AUTÓNOMO / REPRESENTACIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO

Problema jurídico 1: *¿Hay lugar a que la Sala Plena de la Sección Tercera avoque un asunto donde participa el patrimonio autónomo FOMAG cuya estructura y asignación de funciones públicas se encuentran definidas en la ley 1563 de 2012 y en el CPACA donde la competencia para conocer de los recursos de anulación de laudos arbitrales proferidos en los que sea parte?*

Tesis 1: “En mi opinión, no había lugar -como lo expresé en su momento- a que la Sala Plena avocara el estudio de este asunto, pues la naturaleza jurídica del FOMAG -estructura orgánica y asignación de funciones públicas, no obstante su manejo como patrimonio autónomo (Ley 91 de 1989)- no deja duda de que la jurisdicción contencioso administrativa conoce de los recursos de anulación de los laudos arbitrales proferidos en los que sea parte o con ocasión de los contratos que suscribe por medio de la fiduciaria a través de la cual se administra (arts. 46 Ley 1563 de 2012 y 149.7 CPACA). Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (art. 27 CC). En una próxima oportunidad, la Sala podrá estudiar el verdadero punto de controversia, consistente en determinar si la jurisdicción contencioso administrativa conoce de los recursos de anulación proferidos en procesos o con ocasión de contratos en los que sean parte patrimonios autónomos constituidos por entidades públicas de acuerdo con las reglas del derecho común. Entonces, le corresponderá a la Sala interpretar por vía de doctrina, en busca del verdadero sentido de la ley (art. 26 CC).”

ACLARACIÓN DE VOTO / FALLO EN CONCIENCIA / INEXISTENCIA DEL FALLO EN CONCIENCIA / ARBITRAJE EN CONCIENCIA / PRUEBA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / VALORACIÓN INTEGRAL DE LA PRUEBA / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 2: *¿El fallo en conciencia se configura si se omite la valoración integral del acervo probatorio necesario para resolver el litigio?*

Tesis 2: “En cuanto a la causal de fallo en conciencia, acompañé la decisión porque -en esencia- sigue el criterio general y uniforme de la Sala, según el cual solo se configura si se omite la valoración integral del acervo probatorio necesario para resolver el litigio.”

ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CRITERIO PARA PROFERIR LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / FINALIDAD DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Problema jurídico 3: *¿Tiene efectos de unificación de jurisprudencia un fallo que no se denomine así pero que se profiere por sala plena de sección como de importancia jurídica?*

Tesis 3: “El fallo se limitó a afirmar que se profería por importancia jurídica. Aunque el fallo no enuncia expresamente que sea de unificación de jurisprudencia, quedan interrogantes por resolver ¿el pretendido efecto “obligatorio” de este “tipo” de sentencias de unificación es coherente con el artículo 230 CN que en forma clara dispone que la jurisprudencia no es fuente formal de derecho, sino tan solo -como es lo propio de nuestro sistema jurídico- criterio auxiliar de la actividad judicial? Como el artículo 270 del CPACA establece que se entenderán sentencias de unificación las que se profieran por importancia jurídica ¿el silencio del fallo sobre el punto le resta su condición unificadora? Si la respuesta es positiva, ¿podía la Sección Tercera “unificar” sobre un asunto que era claro según la regulación legal del FOMAG? Cuando se “unifica” y queda claro cuál es el asunto de “importancia jurídica” ¿cuál es el alcance del fallo frente a los demás aspectos que estudió? Y cuando se guarda silencio, como en esta oportunidad ¿cuál es el alcance del criterio sentado frente a todo lo que la Sala estudió?”

Aclaración de voto de los consejeros Martín Bermúdez Muñoz y Alberto Montaña Plata**ACLARACIÓN DE VOTO / SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO / IMPROCEDENCIA DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / INTERPRETACIÓN DE LA NORMA / SOCIEDAD FIDUCIARIA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA / ENTIDAD PÚBLICA / VALOR VINCULANTE DE LA SENTENCIA / CARENCIA DE FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL / CARENCIA DE FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL**

Problema jurídico 1: *¿Tiene efectos de unificación de jurisprudencia un fallo que no se denomine así pero que se profiere por sala plena de sección como de importancia jurídica?*

Tesis 1: “Primero, precisar que la Sala Plena no unificó su jurisprudencia en relación con la interpretación del inciso tercero del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012; no unificó su jurisprudencia relativa a la razón por la cual un recurso de anulación en el que interviene una FIDUCIARIA de carácter público debe ser conocido por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Por este motivo, tal interpretación no es vinculante en las decisiones subsiguientes de las subsecciones donde deba interpretarse dicha norma.”

ACLARACIÓN DE VOTO / SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO / CRITERIO DE COMPETENCIA / CRITERIO ORGÁNICO / CRITERIO MATERIAL / ENTIDAD PÚBLICA / FIDUPREVISORA / FONDO ADMINISTRADO POR LA FIDUPREVISORA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIDUPREVISORA / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD / PATRIMONIO AUTÓNOMO / NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO / CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / REPRESENTACIÓN DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / PRESUPUESTO DE RENTAS DE LA NACIÓN

Problema jurídico 2: *¿La competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral depende de la naturaleza de la entidad que representa la fiduciaria que interviene en el laudo arbitral?*

Tesis 2: “Segundo, señalar las razones por las cuales consideramos que es equivocada la tesis del fallo, según la cual lo que determina la competencia del Consejo de Estado es la naturaleza de la <<entidad>> que representa la fiduciaria que interviene en el laudo arbitral. Consideramos que lo que determina la competencia del Consejo de Estado es la naturaleza de la entidad que interviene en el recurso de anulación, como textualmente lo dispone la norma. Esta posición la sostuvo la Subsección B en la providencia proferida el 2 de octubre de 2019, en la cual provocó un conflicto negativo de competencia; y el Consejo Superior de la Judicatura la acogió en la providencia del 20 de febrero de 2020, en la cual remitió el asunto a la jurisdicción ordinaria. (...) No es cierto que la norma adopte un criterio <<orgánico y material>> y de ninguna manera la norma <<cobija ampliamente los asuntos resueltos por la justicia arbitral en los que resulte comprometida la actividad del Estado>>. Esto no tiene fundamento normativo alguno, pues el carácter de entidad pública está establecido en

la Constitución y en la Ley 489 de 1998. La norma determina la competencia teniendo en cuenta la naturaleza de la <<entidad>> que interviene en el recurso de anulación, que es un trámite jurisdiccional. De su texto, de ninguna manera puede deducirse que debe asumirse competencia en los asuntos en los que resulte comprometida la actividad del estado. (...) No es necesario, como dice el fallo, determinar la naturaleza de la entidad que intervino en el <<conflicto>>. Lo que es necesario determinar es cuál es la naturaleza de la entidad que intervino en el <<recurso>>, que es la misma entidad que intervino en el <<proceso arbitral>> (...) Tampoco es adecuado considerar que, cuando la fiduciaria que maneja los recursos del FOMAG, que es una cuenta especial <<sin personería jurídica>> (i) celebra un contrato (ii) participa en un proceso arbitral y (iii) es vinculada como parte en el recurso de anulación, obra en nombre y representación del FONDO, que es una <<cuenta especial sin personería jurídica>>. No puede afirmarse lo anterior para concluir que quien interviene en el proceso arbitral y en el recurso de anulación es el FONDO y no la FIDUCIARIA. Esa afirmación no tiene sustento legal.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la competencia falta de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando la fiduciaria que representa el patrimonio autónomo es una entidad de carácter privado: Consejo de Estado Subsección B de la Sección Tercera Auto del 02 de octubre de 2019 Exp. 62199 consejero ponente Martín Bermúdez Muñoz. Providencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. 20 de febrero de 2020. M.P. Julia Emma Garzón de Gómez. Radicación 17361-39.que resolvió el conflicto negativo de competencia al remitir el asunto a la jurisdicción ordinaria.

ACLARACIÓN DE VOTO / FALLO EN CONCIENCIA / INEXISTENCIA DEL FALLO EN CONCIENCIA / ARBITRAJE EN CONCIENCIA / PRUEBA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / VALORACIÓN INTEGRAL DE LA PRUEBA / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 3: *¿la causal de anulación de laudo arbitral fallo en conciencia se configura por la inexistencia absoluta de sustento probatorio y por la referencia por parte de los árbitros a pruebas que no fundamentan, de manera objetiva, la decisión?*

Tesis 3: “La interpretación restrictiva que le dio la Corporación a la causal séptima de anulación contradice la reciente jurisprudencia de la Subsección B de la Sección Tercera al respecto. (...) Por último, no es cierto, como lo afirma la sentencia, que “solo es posible invocar la causal de fallo en conciencia cuando es inexistente el sustento probatorio o cuando se desconoce en forma manifiesta e injustificada la prueba que sea indispensable para fallar”, pues de conformidad con la jurisprudencia reciente de la Subsección B, no solo la inexistencia absoluta del sustento probatorio configura la causal 7 de anulación, sino también la referencia por parte de los árbitros a pruebas que no fundamentan objetivamente la decisión.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 3 de abril 2020, exp. 63513; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de abril de 2017, exp. 55852.

Aclaración de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas

ACLARACIÓN DE VOTO / APLICACIÓN DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO / CRITERIO DE COMPETENCIA / CRITERIO ORGÁNICO / CRITERIO MATERIAL / ENTIDAD PÚBLICA / FIDUPREVISORA / FONDO ADMINISTRADO POR LA FIDUPREVISORA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIDUPREVISORA / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD / PATRIMONIO AUTÓNOMO / NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO / CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / REPRESENTACIÓN DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / PRESUPUESTO DE RENTAS DE LA NACIÓN / FINALIDAD DEL ESTADO

Problema jurídico 1: *¿La jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene competencia para conocer de los recursos de anulación interpuestos contra los laudos en los que interviene el Fomag a través de la fiduciaria vocera?*

Tesis 1: “Es mi intención, con esta aclaración, exponer en la forma más sintética posible, los motivos que me llevaron a considerar, en el mismo sentido que lo hizo la Sala, en aplicación del inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, que esta Sección es competente para resolver el “recurso de anulación y revisión de laudos arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas”, algunos de los cuales fueron más amplia y profusamente desarrollados por la Señora Ponente. (...) 1. La prescripción normativa que fungió como fuente formal de tal decisión dispone: Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo <sic> arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Los retos hermenéuticos que suponía su aplicación residían en la comprensión del vocablo y

expresión que he resaltado con letra negrilla en la cita del texto normativo. Pues bien, respecto del primero de ellos, asumo que, en ese contexto normativo, el sentido de la expresión relativa a la acción “intervenir” obligaba a una remisión al ámbito de los sujetos procesales (partes, terceros e intervinientes en sentido restringido). (...) Tratándose de los patrimonios autónomos, su entendimiento como partes dentro del proceso ha dado lugar a intrincados problemas en la doctrina, especialmente cuando se ha partido del supuesto de la identidad entre la capacidad civil y la capacidad para ser parte. Sin embargo, considero que el asunto se encuentra superado en nuestro derecho positivo por cuanto el art. 53.2 del Código General del Proceso les reconoce a los patrimonios autónomos capacidad para fungir como parte en el proceso. Por tanto, no encuentro dificultad para concluir que en las circunstancias de la litis que concernía estudiar a la Sala, la intervención en el proceso arbitral se encontró a cargo del Patrimonio Autónomo, para el caso, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag–. Vistas así las cosas, que la norma exija que ese interviniente en sentido lato sea una “entidad”, no debe entrañar obstáculo alguno para decidir la competencia de la Sección Tercera en este asunto. Ello vendría relevante si el derecho positivo no les hubiere reconocido capacidad a los patrimonios autónomos para ser parte, y siempre que se asumiera la existencia de identidad entre la capacidad para ser parte y la capacidad civil; no así en este caso, puesto que, como queda visto, el Código General del Proceso ha resuelto el asunto.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 21 de abril de 2021, rad. núm. 11001-02-03-000-2020-03416-00. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 31 de mayo de 2006, exp. 0293; reiterada en la sentencia del 26 de agosto de 2014, rad. núm. 11001 31 03 026 2007 00227 01.

ACLARACIÓN DE VOTO / PATRIMONIO AUTÓNOMO / NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO / CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Problema jurídico 2: *¿La naturaleza de los bienes que constituyen el patrimonio autónomo y los fines para los que éste debe servir determinan la naturaleza de dicho patrimonio?*

Tesis 2: “Finalmente, la naturaleza pública del patrimonio autónomo bien podía inferirse como lo hizo la Señora Ponente, en función del origen de los recursos constitutivos del Fondo, en cuanto, mediante la fiducia, el patrimonio autónomo se configura con unos bienes del fideicomitente afectos a la finalidad contemplada en el acto constitutivo (art. 1233, Código de Comercio), y los recursos y bienes públicos están afectos, per se, a los fines esenciales del Estado (artículo 3, Ley 610 de 2000). De esta forma, la naturaleza de los bienes constitutivos del patrimonio autónomo y los fines para los que éste debe servir determinan, a su vez, la naturaleza del patrimonio autónomo.”

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto: Consejo De Estado, Sección Primera, sentencia del 19 de mayo de 2016, rad. núm. 68001-23-33-000-2013-01024-01.

Aclaración de voto del consejero Nicolás Yepes Corrales

ACLARACIÓN DE VOTO / CRITERIO DE COMPETENCIA / CRITERIO ORGÁNICO / CRITERIO MATERIAL / ENTIDAD PÚBLICA / FIDUPREVISORA / FONDO ADMINISTRADO POR LA FIDUPREVISORA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIDUPREVISORA / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / PATRIMONIO AUTÓNOMO / NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO / CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / REPRESENTACIÓN DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / PRESUPUESTO DE RENTAS DE LA NACIÓN / FINALIDAD DEL ESTADO / PARTES DEL CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / FIDEICOMITENTE

Problema jurídico 1: *¿La jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene competencia para conocer de los recursos de anulación interpuestos contra los laudos en los que interviene el Fomag a través de la fiduciaria vocera?*

Tesis 1: “Aclaro el sentido de mi voto, con el fin de anotar que en el caso en ciernes, para determinar que la jurisdicción competente es la contencioso administrativa, además de tener en cuenta el origen público de los recursos con que se constituyó el patrimonio autónomo y la circunstancia de ser este un centro de imputación jurídica, resulta indispensable considerar igualmente para ello que la jurisdicción que debe conocer de estos asuntos no está determinada por la naturaleza del fiduciario, pues su actuación está determinada por las instrucciones que dicte el constituyente en el negocio fiduciario y por la afectación que se imprima a los recursos que conforman el patrimonio en los específicos términos del acto constitutivo, de donde la naturaleza del constituyente también es un factor relevante para determinar que ámbito jurisdiccional debe conocer de litigio, así como que se trate de aquellas controversias no excluidas legalmente del conocimiento de esta

jurisdicción, En este sentido dejo aclarada mi posición respecto al caso objeto de estudio.”

Salvamento de voto del consejero José Roberto Sáchica Méndez

SALVAMENTO DE VOTO / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / FALTA DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / ENTIDAD PÚBLICA / FIDUPREVISORA / FONDO ADMINISTRADO POR LA FIDUPREVISORA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIDUPREVISORA / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / PARTES DEL CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / FIDEICOMITENTE / ACTIVIDAD FINANCIERA / OBJETO DE LA SOCIEDAD / ENTIDAD FINANCIERA / GIRO ORDINARIO DE LOS NEGOCIOS

Problema jurídico 1: *¿La jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene competencia para conocer de los recursos de anulación interpuestos contra los laudos en los que interviene el Fomag a través de la fiduciaria vocera?*

Tesis 1: “Me he apartado de la decisión mayoritaria de la Sala, al estimar que varias de las razones que ofrece la sentencia para considerar que la jurisdicción contencioso administrativa, por intermedio del Consejo de Estado, es la competente para conocer del presente recurso extraordinario de anulación, no son acertadas, además de lo cual plantean serias inquietudes desde la perspectiva normativa, el régimen del contrato de fiducia y, en general, de los criterios sobre los que la ley ha venido edificando la jurisdicción y competencia en estas materias. (...), una interpretación como la realizada en la decisión de la que discrepo, resulta insuficiente, al dejar de lado la interpretación sistemática de los artículos 104 y 105 de la Ley 1437 de 2011 que, sin duda, constituyen una unidad normativa. (...) el suscrito se pregunta si tal como lo ha enseñado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la expresión giro ordinario de los negocios hace relación a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, como también todo aquello que es conexo con ellas; cómo considerar que los contratos que celebra el administrador fiduciario en el marco del contrato de fiducia y como titular el patrimonio autónomo, no hacen parte de ese giro ordinario. A decir la verdad, cuesta razonar una respuesta como la que se ofrece en la sentencia, en la medida que las obligaciones de los contratos celebrados por la fiduciaria recaen en el patrimonio autónomo, sin afectar el suyo propio, o bajo menciones según las cuales, el artículo 105 solo es aplicable frente a contratos en los que la entidad fiduciaria sea una “parte real”, como si existieran contratos con partes que no lo son, tales contratos no hacen parte de ese giro ordinario de la entidad fiduciaria. (...) Por ello, a juicio del suscrito, una interpretación como la realizada resulta insuficiente, pues rompe el criterio normativo que define la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyo carácter unívoco no se debe afectar por haber quedado, tal determinación, contenida en dos artículos, el 104 y 105 del CPACA; así, es necesario señalar que, la pauta que identifica los asuntos que debe conocer esta jurisdicción sólo se completa al identificar los asuntos que quedaron separados de ésta, criterio de razón suficiente que impone abordar el análisis de la competencia de esta jurisdicción considerando ambas disposiciones, por ser contenedoras de una sola regla. Así, conforme a la premisa legal que expresamente excluye del conocimiento de esta jurisdicción las controversias relativas a contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, es evidente que la hipótesis de exclusión se configura en el presente caso, (...) De este modo, como la interpretación del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, se debe apoyar en los contenidos del artículo 104 del CPACA, e ineludiblemente en el artículo 105 ibidem, el medio de control judicial atinente al recurso extraordinario de anulación cuyo conflicto proviene de un contrato celebrado por una entidad fiduciaria, a juicio del suscrito, no es de conocimiento de esta jurisdicción, ante la configuración de la hipótesis de exclusión ya referida; en esta línea, expreso mi voto de disenso, con la pretensión de que estas reflexiones pueden contribuir a delinear, bajo una interpretación integral, los contornos en que transita el recurso de anulación, en función de las competencias asignadas en la materia a esta Corporación.”

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

ACLARACIÓN DE VOTO / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / ENTIDAD PÚBLICA / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / CAPACIDAD PARA SER PARTE / NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO / PATRIMONIO AUTÓNOMO

Problema jurídico 1: *¿La jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene competencia para conocer de los recursos de anulación interpuestos contra los laudos en los que interviene el Fomag a través de la fiduciaria vocera?*

Tesis 1: “Si bien coincido con la Sala frente a que el recurso debe declararse infundado, algunas de las consideraciones en las que se fundamentó la competencia para conocer de recurso de anulación interpuesto merecen de mi parte las siguientes aclaraciones. En particular considero que en el presente caso efectivamente le corresponde a esta jurisdicción conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto porque, sin importar la naturaleza del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, lo que resulta determinante para justificar ese conocimiento estriba en que los efectos del laudo arbitral recurrido a través del recurso en cuestión recaen sobre esa cuenta especial de la Nación, integrada por recursos públicos. Además, para el caso del FOMAG, es el patrimonio autónomo constituido de acuerdo con las directrices de la Ley 89 de 1991 el que lo representó en la instancia arbitral y también en el trámite del presente recurso extraordinario de anulación, con mayor razón si, con el artículo 53 del CGP, los patrimonios autónomos se encuentran entre quienes pueden ser parte en un proceso. Con ese entendimiento y coincidiendo con las consideraciones de la providencia de la Sala, en el sentido de que debe reconocerse de la complejidad que caracteriza a la actual estructura de la administración pública y de la constante evolución en su concepción y enfoque, la “entidad pública” –a términos del inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012– es precisamente el FOMAG, representado legalmente en este caso por el referido patrimonio autónomo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de septiembre de \(2021\), C. P. María Adriana Marín radicación 11001-03-26-000-2020-00076-00\(66091\)A.](#)

3. El desconocimiento del principio de planeación no genera nulidad absoluta del contrato estatal.

Síntesis del caso: *En ejercicio del medio de control de controversias contractuales, en contra de la Secretaría Distrital de Ambiente, contratista solicitó la declaratoria de la nulidad absoluta de un contrato de obra por la inobservancia del principio de planeación.*

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN CONTRACTUAL - Su desconocimiento no genera la nulidad absoluta del contrato estatal / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIAL / CAUSALES DE NULIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CAUSALES DE NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / OBJETO ILÍCITO DEL CONTRATO ESTATAL / INEXISTENCIA DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL / CAUSALES DE NULIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CAUSALES DE NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / OBLIGACIONES DEL PROPONENTE / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBJETO DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL / BUENA FE CONTRACTUAL / APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

Problema jurídico: *¿Es procedente argumentar que existe nulidad absoluta del contrato estatal por violación del principio de planeación?*

Tesis: “[E]l demandante pretendió, precisamente, que se declarara la nulidad absoluta del contrato por la inobservancia del principio de planeación; pretensión principal frente a la que se advierte que la ilicitud del objeto contractual no se configura por la no atención de este principio, tal y como lo resolvió el Consejo de Estado en la referida Sentencia de 21 de agosto de 2014. En ese sentido, la inobservancia del principio de planeación no es una causal de nulidad de los contratos estatales porque la ley no lo estableció, comoquiera que es al legislador a quien le corresponde definir las causas que hacen nulo un negocio jurídico. (...) el demandante no probó (artículo 167 del Código General del Proceso) que la falta de ejecución del contrato estuviera atada a la inobservancia de la planeación, sino que, por el contrario, está acreditado que la entidad demandada atendió sus deberes precontractuales y la debida planeación, con la elaboración oportuna y puesta en conocimiento de los interesados de los estudios y documentos previos necesarios para la ejecución del objeto contractual. Aunque el actor alegó que estaba en la imposibilidad de material de cumplir el objeto, lo cierto es que la supuesta falta de diseños no existió y que el contratista podía, perfectamente, haber cumplido con sus

obligaciones. (...) la planeación contractual trae aparejada unas cargas para los interesados en participar en procesos de selección. Por ello, el comportamiento del demandante, quien guardó silencio frente a los diseños y demás estudios y documentos previos, desatiende la buena fe cuando, durante la etapa de ejecución, pretende excusar el incumplimiento de sus obligaciones en una antojadiza y no probada imposibilidad material, y en una supuesta nulidad absoluta del contrato, que no se configuró en el caso concreto.”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de abril de 2013, Exp. 27315; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencias de 21 de agosto de 2014; Exp. 01919-00(AC) y de 13 de junio de 2013; Exp. 24809; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 8 de septiembre de 2021; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-36-000-2015-02527-01\(61583\).](#)

4. Quien reclama por la ocupación permanente de un predio debe probar no solo la ocupación sino la relación entre esta y la actividad de la entidad demandada.

Síntesis del caso: *El propietario de dos predios rurales demanda reparación de los perjuicios que afirma le ocasionó Invías por la ocupación permanente de unas franjas de terreno. Según el demandante, la ocupación permanente se produjo a partir de la ejecución del contrato de obra que tenía por objeto el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía San Pablo-Simití que atraviesa sus predios.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / OCUPACIÓN PERMANENTE DE BIEN INMUEBLE / DAÑO CAUSADO A LA PROPIEDAD, A LA POSESIÓN O A LA TENENCIA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR DAÑOS CAUSADOS A LA PROPIEDAD / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR DAÑOS CAUSADOS POR OBRA PÚBLICA / DAÑO CAUSADO POR OBRA PÚBLICA / CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / AUSENCIA DE PRUEBA / FALTA DE PRUEBA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / AUSENCIA DE PRUEBA DEL DAÑO

Problema jurídico: *¿Probó el actor en debida forma el daño antijurídico por ocupación permanente de inmueble?*

Tesis: “Cabe primero precisar que el contrato [...] nunca tuvo por objeto la construcción de la carretera San Pablo – Simití, por el contrario, el objeto de dicho negocio jurídico se circunscribía al “diseño, reconstrucción, pavimentación, y/o repavimentación” de una vía ya existente, no pudiéndose determinar, de las cláusulas contractuales, si por medio de la ejecución de dicho proyecto se amplió el ancho de la antigua carretera. Cuestión que tampoco puede deducirse de las adiciones y modificaciones realizadas al contrato primigenio, pues tales escritos solo hicieron referencias a la prórroga de ejecución de la obra y al aumento del valor del mismo. [...] Si bien, como lo advirtió el Ministerio Público, el dictamen practicado en este proceso fue realizado por el mismo profesional que elaboró el plano aportado con la demanda, la Sala encuentra que, con ello, el auxiliar de la justicia no incurrió en uno de los impedimentos que, conforme al artículo 236.3 del CPC le correspondía expresar al momento de posesionarse. De esta situación no se deriva un interés directo o indirecto en el proceso, ni un conocimiento previo del asunto como perito, ni una relación de dependencia o representación, que diera lugar a los num. 1º, 2º y 5º del artículo del CPC. Esta, no obstante, es una circunstancia que afecta la credibilidad del perito, haciéndolo sospechoso (artículo 217, CPC). Asimismo, se observa que, en dicho experticio, se soslayó que la construcción de la carretera en mención afectó cada uno de los predios del actor en 10 metros de profundidad por cada metro de longitud que estos tuvieran, sin embargo, se advierte que tal conclusión no se encuentra sustentada en ningún documento técnico, ni tampoco tuvo en cuenta el hecho de que antes de la ejecución del contrato [...] ya existía una vía que atravesaba tales inmuebles, por lo tanto, es imposible saber si la afectación mencionada en dicho informe tuvo su génesis en la antigua carretera o en la ejecución del contrato de diseño y pavimentación referido. Finalmente, es prudente advertir que el ingeniero perito que rindió el experticio tiene especialidad en “avalúos comerciales y de renta de inmuebles rurales y urbanos”, y de esa formar el informe presentado ante el Tribunal de primera instancia se ocupó más de determinar el valor del metro cuadrado del terreno en esa zona y los perjuicios causados por la afectación del predio que dar visos de claridad sobre cuál fue la causa de la ocupación alegada, así como de determinar si en la ejecución del objeto contractual del contrato referido se ocuparon los terrenos de propiedad

del actor. En consideración a la valoración probatoria precedente, la Sala concluye que el accionante, quien tenía la carga de la prueba, no demostró el daño antijurídico alegado en la demanda, es decir, la ocupación permanente de los predios bajo su dominio y mucho menos que esta haya sido con-secuencia de la ejecución del contrato [...].”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la carga de la prueba del daño antijurídico, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de febrero de 2010, rad. 17720, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de mayo de 2021, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 13001-33-31-004-2010-00011-01\(51815\).](#)

5. Cuando la condena contra el Estado se produce con posterioridad a la muerte del exservidor que causó el hecho antijurídico y la repetición se inicia con posterioridad, la obligación no es transmisible a sus herederos, por tratarse de un asunto de naturaleza personal.

Síntesis del caso: *Mediante acto administrativo, exgobernador dispuso una reforma de la planta de personal de la administración departamental y, en acto distinto, desvinculó a ciudadano que prestaba sus servicios como auxiliar de la Secretaría de Hacienda. La persona mencionada promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, a fin de que se declarara la nulidad de los citados actos administrativos, con fundamento en que no se adelantaron los estudios técnicos conforme a lo dispuesto en la Ley 443 de 1998. A título de restablecimiento del derecho, pidió el reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior jerarquía, así como el pago de todos los salarios dejados de percibir, sin solución de continuidad. En segunda instancia, el Consejo de Estado accedió a las pretensiones de la demanda y el ente demandado efectuó el correspondiente pago. El comité de conciliación del departamento instauró acción de repetición en contra de los herederos del exfuncionario, da-do que aquel falleció el 5 de mayo de 2003.*

MUERTE / PERSONA NATURAL / EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN / PRUEBA DE LA CALIDAD DE HEREDERO / ELEMENTOS DE LA CAUSACIÓN DE PERJUICIOS / OBLIGACIONES DE LA PARTE DEMANDANTE / CUMPLIMIENTO DE LA NORMA PROCESAL / CALIDAD DE LAS PARTES DEL PROCESO / HEREDERO / SUCESIÓN / TRANSMISIÓN DE DERECHOS POR CAUSA DE MUERTE / TRANSMISIÓN DE OBLIGACIONES POR CAUSA DE MUERTE / LEGITIMACIÓN POR ACTIVA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Problema jurídico: *¿Es procedente la transmisión de derechos cuando uno de los sujetos procesales ha fallecido?*

Tesis: “[E]l final de las personas naturales es la muerte, sea real o presunta, momento desde el cual se abre su sucesión en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, los cuales pasan a sus herederos in totum o en la cuota que les corresponda -salvedad de aquellos intuitus personae o personalísimos - sea bajo los parámetros definidos en la ley (ab intestato) o en el testamento (testato). De manera que, cuando una persona fallece serán sus herederos los legitimados por activa o por pasiva para actuar en favor de la herencia o responder por sus cargas y, en ese orden, “el presupuesto capacidad para ser parte demandante o demandada sólo se da cuando se aduce la prueba de la calidad de heredero de quien a este título demanda o es demandado” siempre y cuando el asunto que se ventila no sea de naturaleza personal.”

ACCIÓN DE REPETICIÓN / INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES INSOLUTAS / CONDENA CONTRA EL ESTADO - Fue posterior a la muerte del demandado en repetición / MUERTE DE PERSONA NATURAL / ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA SERVIDOR PÚBLICO / DEMANDA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO / MUERTE DE AGENTE DEL ESTADO / CERTIFICADO DE DEFUNCIÓN - Fue expedido antes de iniciada la acción de repetición / REGISTRO CIVIL DE DEFUNCIÓN / HEREDEROS / TRANSMISIÓN DE OBLIGACIONES POR CAUSA DE MUERTE - Improcedente / ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLE-CIMIENTO DEL DERECHO / REINTEGRO AL CARGO PÚBLICO / PAGO DE LAS

PRESTACIONES SOCIALES DEJADAS DE PERCIBIR / PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / RECONOCIMIENTO DEL PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN - Muerte del funcionario antes de la interposición de la acción / ACCIÓN DE REPETICIÓN - Contra herederos

Problema jurídico 2: *¿En el marco de la acción de repetición, se encuentran legitimados en la causa por pasiva material, los herederos del exservidor que fallece luego de proferida la condena judicial contra el Estado?*

Tesis 2: “[S]e dice que los herederos están legitimados para ejercer los derechos del causante, así como para responder por las obligaciones insolutas, pero precisando que tales obligaciones son anteriores a la muerte. (...) [E]n el asunto objeto de estudio no existían obligaciones insolutas, ya que la condena en contra del Estado fue posterior a la muerte y por esa razón el proceso de repetición se inició con posterioridad a la defunción del servidor público, de manera que, al tratarse de un asunto de naturaleza personal, no es transmisible a sus herederos. En efecto, la decisión mediante la cual el Consejo de Estado declaró la nulidad parcial de los Decretos 1984 y 2320 de 2001, ordenó al Departamento de Antioquia reintegrar a su cargo al señor (...) y lo condenó al pago de sueldos y prestaciones dejadas de devengar se proferió el 19 de agosto de 2010, esto es cuando ya el ex servidor público había fallecido. Precisado lo anterior, si bien la acción de repetición envuelve un interés público, lo que apenas es una realidad incuestionable, no se admite por el derecho, que ese medio de control jurisdiccional se utilice de manera indebida, calificativo que no se explica por el resultado fallido del proceso, sino por la improcedencia absoluta del medio judicial que se promueve.(...) En este aspecto la Sala, basada en el texto constitucional (art 90), adopta el criterio según el cual el fundamento de la responsabilidad que se persigue con la acción de repetición, es de índole subjetivo (se requiere determinar el elemento volitivo de culpa grave o dolo) y no objetivo (en el que la obligación de repetición se soporta solo en el daño), por lo que no procede tal acción contra los herederos, en tanto resulta imposible adelantar un juicio de imputación para determinar el elemento volitivo del daño frente al servidor o ex servidor público que ya falleció.”

NOTA DE RELATORÍA: En relación con las presunciones legales de culpa grave o dolo ver sentencia de la Corte Constitucional C 374 de 2002. Sobre la carga de la prueba en la acción de repetición, ver sentencia del 29 de mayo del 2014, Exp. 40755, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 13 de agosto de 2021; C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, radicación: 05001-23-31-000-2011-01583-01\(53008\).](#)

6. El Ejército Nacional no debe responder, a título de falla del servicio relativa del servicio, por la toma guerrillera al municipio de Nariño – Antioquia, la cual, no fue probada por los demandantes.

Síntesis del caso: *“Los frentes 9 y 47 de las FARC se tomaron el municipio de Nariño-Antioquia, con armamento de largo alcance y no convencional (cilindros bomba), y la Policía Nacional y la Fuerza Aérea respondieron al ataque. Los demandantes lesionados alegan falla del servicio por omisión en impedir la incursión armada, por la ausencia de tropas en tierra y por desproporción en la respuesta de la Fuerza Aérea”.*

POSICIÓN DE GARANTE / DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / DEBER DE VIGILANCIA DEL ESTADO / ALCANCE DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / DEBERES DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FALLA RELATIVA EN EL SERVICIO / TEORÍA DE LA RELATIVIDAD DE LA FALLA DEL SERVICIO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ACTO TERRORISTA / MUNICIPIO / TOMA GUERRILLERA / AMENAZA / DELITO DE AMENAZA / DAÑO / OMISIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN CIVIL / FALLA EN EL SERVICIO DE SEGURIDAD / POBLACIÓN CIVIL / DAÑO ESPECIAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL / TEORÍA DEL DAÑO ESPECIAL / DAÑO ANTIJURÍDICO / PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PÚBLICAS / BIEN JURÍDICO TUTELADO / IMPUTACIÓN / NEXO DE CAUSALIDAD / JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / MIEMBROS DEL GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / PROTECCIÓN AL CIUDADANO / IMPROCEDENCIA DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / NEGACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL

/ RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR RIESGO EXCEPCIONAL / TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / LESIONES FÍSICAS / CONFLICTO ARMADO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CONFLICTO ARMADO INTERNO

Problema jurídico 1: *¿La declaratoria de responsabilidad por ataques guerrilleros sólo procede cuando la entidad demandada conoció oportunamente de la posible ocurrencia de un acto violento o podía anticiparlo, dada las circunstancias específicas de orden público e información de inteligencia, y, además, tenía la competencia y la capacidad real de contenerlo o de mitigar los efectos lesivos y, a pesar de ello, omitió ejercer oportunamente sus deberes jurídicos de seguridad y protección, pero no a título de daño especial o riesgo excepcional sino de falla relativa del servicio?*

Tesis 1: “El Estado es responsable civilmente patrimonialmente por actos terroristas, por las denominadas tomas guerrilleras, cuando: (i) existían amenazas de la acción armada sobre el municipio, verificadas con información concreta que va más allá de simples rumores, y las autoridades, competentes y con la capacidad para contener el ataque, omiten ese deber o brindan las condiciones de seguridad de forma insuficiente o tardía; (ii) cuando, a pesar de no existir amenazas, el acto era previsible y resistible y no adoptó las medidas necesarias e idóneas encaminadas a anticipar, evitar o mitigar el resultado dañoso, cuando tenía la capacidad y el deber hacerlo y (iii) cuando en su respuesta armada contra el municipio resulta desproporcionada, indiscriminada contra la población civil o en desatención de los protocolos establecidos para ello (...) El acto terrorista es irresistible cuando, a pesar de que se adoptan las medidas de seguridad, el Estado no puede impedirlo dada su magnitud y la limitación de recursos y capacidades. El acto terrorista es imprevisible cuando no es posible advertir por anticipado su ocurrencia, es decir, que el acontecimiento sucedió de manera súbita y repentina. La declaratoria de responsabilidad sólo procede cuando la entidad demandada conoció oportunamente de la posible ocurrencia de un acto violento o podía anticiparlo, dada las circunstancias específicas de orden público e información de inteligencia, y, además, tenía la competencia y la capacidad real de contenerlo o de mitigar los efectos lesivos y, a pesar de ello, omitió ejercer oportunamente sus deberes jurídicos de seguridad y protección. (...) En los eventos en los cuales el acto terrorista corresponde a tomas guerrilleras de municipios, no procede la condena con fundamento en el daño especial, como se sostuvo en algunas decisiones. El daño especial, cuyo fundamento se encuentra en la desigualdad derivada de la alteración de las cargas públicas, supone que el daño antijurídico es consecuencia de una actuación legítima del Estado que, no obstante, lesiona un bien jurídico cuyo titular no se encuentra en el deber de soportar. Esto impone un estudio de la relación de causalidad material para poder imputar responsabilidad. Una [causalidad abstracta] derivada de los deberes jurídicos generales de las autoridades públicas, implicaría, en el fondo, una atribución ilimitada de responsabilidad: Del ámbito de la responsabilidad civil del Estado, propio del juzgador, se trasladaría al de la solidaridad, el aseguramiento y la equidad, propios de la formulación de políticas públicas, ajenos al juez de la administración. Además, como todos los ciudadanos se benefician de la seguridad y la protección y de las condenas cuando se incumplen estos deberes (falla del servicio relativa), también corresponde a todos los ciudadanos soportar las cargas que se derivan de la existencia del Estado, incluidas, las consecuencias de las acciones armadas de los grupos al margen de la ley en su contra. Esta circunstancia descarta el daño especial, pues no se trata de una carga pública excesiva o que vaya más allá de aquella que todos deben soportar en condiciones de igualdad, dada la necesidad de la existencia del Estado y la exigencia que se le hace en cuanto a la protección de los derechos de los ciudadanos. También debe descartarse la imputación con fundamento en el riesgo excepcional al que se refieren otros pronunciamientos, pues este tiene su origen en el ejercicio de actividades peligrosas, que reportan beneficios a quienes las ejercen y que justifican la obligación de indemnizar perjuicios cuando con ellas se ocasionen daños.”

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de julio de 1969, exp 541, [fundamento jurídico 62], ver también en Antología Jurisprudencias y Conceptos, 1817-2017, Tomo B; sentencia de 11 de noviembre de 1990, exp. 5737, C.P. Jesús María Carrillo ballesteros [fundamento jurídico párrafo 61], ver también en Antología Jurisprudencias y Conceptos, 1817-2017, Tomo B; sentencia de 29 de octubre de 1998, exp. 10747, C.P. Delio Gómez Deiva, [fundamento jurídico b], ver también en Antología Jurisprudencias y Conceptos, 1817-2017, Tomo B, p. 88; sentencia de 20 de junio de 2017, exp. 18860, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, [fundamento jurídico 14], ver también en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017, Tomo B, 2018 p, 493; sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 20957, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, [fundamento jurídico 7]; sentencia de 11 de diciembre de 1990, exp. 5417 [fundamento jurídico 4]; sentencia de 9 de febrero de 1999, exp. 10731, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, [fundamento jurídico 11], ver también en Antología Jurisprudencias y Conceptos, 1817-2017, Tomo B, 2018 pp. 283-284 y sentencia de 6 de octubre de 2005, exp. AG-949, C.P. [fundamento jurídico 5.2].

ORDEN PÚBLICO / ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO / OMISIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN CIVIL / FALLA EN EL SERVICIO DE SEGURIDAD / POSICIÓN DE GARANTE / DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / DEBER DE VIGILANCIA DEL ESTADO / MUNICIPIO / FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA EJERCITO DEL PUEBLO / FUERZA PÚBLICA / FALLA EN EL SERVICIO DE LA FUERZA PÚBLICA / NEGACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA

PÚBLICA / MUNICIPIO / POLICÍA NACIONAL / ATAQUE TERRORISTA / TOMA GUERRILLERA / MEDIOS DE PRUEBA / PRUEBA / TESTIMONIO / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / DEPARTAMENTO / TERRITORIO / GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / EJÉRCITO NACIONAL / FALLA RELATIVA EN EL SERVICIO / TEORÍA DE LA RELATIVIDAD DE LA FALLA DEL SERVICIO / AUSENCIA DE PRUEBA / FALTA DE PRUEBA / CARGAS PROCESALES / CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS PROCESALES / INCUMPLIMIENTO DE CARGA DE LA PRUEBA / INEXISTENCIA DE LA FALLA EN EL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA EN EL SERVICIO DE VIGILANCIA / FALLA DEL SERVICIO / FALLA EN EL SERVICIO / RESPONSABILIDAD POR FALLA EN EL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / AGENTE DE POLICÍA / TESTIMONIO / JURAMENTO / CONFESIÓN / NEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA / EJÉRCITO NACIONAL / RESPONSABILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL / EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL / FALLA EN EL SERVICIO DE LA POLICÍA NACIONAL / INEXISTENCIA DE LA FALLA EN EL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL / FALLA EN EL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL / RESPONSABILIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL / CONFLICTO ARMADO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CONFLICTO ARMADO INTERNO

Problema jurídico 2: *¿la falla del servicio por omisión en las medidas de seguridad es relativa cuando se trata de ataques terroristas y debe ser probada por los demandantes?*

Tesis 2: “La Sala reitera que en los eventos en que se imputa omisión, como se dijo atrás (...) la falla del servicio es relativa. Debe juzgarse la posibilidad de contener la acción armada, de acuerdo con la capacidad operativa y los medios de los que dispone el Estado. En materia de acciones terroristas, esa capacidad debe ser valorada dada la magnitud del ataque y las demás alteraciones de orden público que se presentaron en determinado momento, con el fin de establecer si el Estado podía hacerle frente. Lo contrario significaría exigir que en cada municipio de Colombia existiera una infraestructura militar que permitiera repeler ataques de esta naturaleza, lo cual sin duda supera la capacidad operativa y económica del Estado. (...) Los demandantes no probaron, pues, una falla del servicio por omisión por la falta de medidas de seguridad o por la insuficiencia de la fuerza pública, no obstante, los rumores probados en el proceso, ni que la acción terrorista fuera resistible. Se acreditó que el ataque superó la capacidad de respuesta de la fuerza pública, pues también estaba comprometida en contener las alteraciones al orden público en todo el departamento (...) Aunque se probó que las tropas no llegaron a tiempo (...) para apoyar la acción de defensa de la estación de policía, también se demostró ese retardo no se debió a una omisión o abandono por parte de la Fuerza Pública, como lo afirma la demanda, sino que fue consecuencia de las dificultades para desembarcar cerca al municipio por los ataques de las FARC, los retenes realizados por ese grupo armado, la instalación de minas en las vías de acceso y la dificultad del terreno. Los medios probatorios descartan la falla del servicio alegada en la demanda. Se demostró que la fuerza pública no solo apoyó mediante fuego aéreo la defensa de los agentes de policía, sino que trató, a través de los medios que tenía a su disposición, trasladar las tropas a Nariño para enfrentar la acción armada de las FARC sobre ese municipio.”

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de julio de 1969, exp 541, [fundamento jurídico 62], ver también en Antología Jurisprudencias y Conceptos, 1817-2017, Tomo B; sentencia de 11 de noviembre de 1990, exp. 5737, C.P. Jesús María Carrillo ballesteros [fundamento jurídico párrafo 61], ver también en Antología Jurisprudencias y Conceptos, 1817-2017, Tomo B; sentencia de 29 de octubre de 1998, exp. 10747, C.P. Delio Gómez Deiva, [fundamento jurídico b], ver también en Antología Jurisprudencias y Conceptos, 1817-2017, Tomo B, p. 88; sentencia de 20 de junio de 2017, exp. 18860, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, [fundamento jurídico 14], ver también en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017, Tomo B, 2018 p, 493; sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 20957, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, [fundamento jurídico 7]; sentencia de 11 de diciembre de 1990, exp. 5417 [fundamento jurídico 4]; sentencia de 9 de febrero de 1999, exp. 10731, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, [fundamento jurídico 11], ver también en Antología Jurisprudencias y Conceptos, 1817-2017, Tomo B, 2018 pp. 283-284 y sentencia de 6 de octubre de 2005, exp. AG-949, C.P. [fundamento jurídico 5.2].

CONCEPTO DE TESTIMONIO DE OÍDAS / ELEMENTOS DEL TESTIMONIO DE OÍDAS / TESTIMONIO DE OÍDAS / VALIDEZ DEL TESTIMONIO DE OÍDAS / VALORACIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO DE OÍDAS / TESTIGO / JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / PRUEBA / MEDIOS DE PRUEBA / EJÉRCITO NACIONAL / ORDEN PÚBLICO / ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO / ATAQUE TERRORISTA / TOMA GUERRILLERA / MUNICIPIO / POLICÍA NACIONAL / MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL / FUERZA PÚBLICA / MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / INEFICACIA DEL TESTIMONIO DE OÍDAS / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / CONFLICTO ARMADO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CONFLICTO ARMADO INTERNO

Problema jurídico 3: *¿Para efectos de analizar la contundencia del testimonio de oídas, cobrará particular importancia el hecho de que la declaración del testigo se coteje con el resto del acervo*

probatorio, para efectos de determinar la coincidencia de tal declaración con los aspectos fácticos que reflejen los demás medios de prueba legalmente recaudados?

Tesis 3: “La Sala, en relación con el mérito probatorio del llamado testimonio de oídas, ha considerado que para evitar que los hechos le lleguen alterados, el juzgador ha de ser particularmente cuidadoso en verificar, entre otros aspectos: i) las calidades y condiciones del testigo de oídas; ii) las circunstancias en las cuales el propio testigo de oídas hubiere tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; iii) la identificación plena y precisa de quién o quiénes, en calidad de fuente, hubieren transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos sobre los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con un rumor, en cuanto proviniera de fuentes anónimas o indeterminadas; iv) la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado. Así mismo, para efectos de analizar la contundencia del testimonio de oídas, cobrará particular importancia el hecho de que la declaración del testigo se coteje con el resto del acervo probatorio, para efectos de determinar la coincidencia de tal declaración con los aspectos fácticos que reflejen los demás medios de prueba legalmente recaudados. La Sala no puede dar credibilidad al testigo dado que no precisó la forma en que recibió la información, esto es, si le contaron o si correspondió a su actividad como Fiscal y tampoco identificó las fuentes que le informaron sobre esos hechos, ni demostró cómo los puso en conocimiento de las autoridades. Adicionalmente, la razón de su dicho no pasa de una opinión sobre cuál fue el comportamiento del Ejército Nacional sin soporte alguno que pruebe que no se hizo nada para controlar el orden público en la zona. Por el contrario, obra evidencia de que el Ejército Nacional, mediante la fuerza de contraguerrilla (...) realizaba patrullajes, grupo que, ante la información puntual recibida sobre la toma de (...) se dirigió al municipio con el fin de apoyar a los miembros de la policía nacional (...) Como sus afirmaciones no pasan de rumores y de apreciaciones subjetivas sobre cuál fue el comportamiento de la fuerza pública, se descarta su valor probatorio.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre del 2009, exp.17629, C.P. Mauricio fajardo Gómez, [fundamento jurídico II].

Aclaración de voto del consejero Nicolás Yepes Corrales

EJÉRCITO NACIONAL / POLICÍA NACIONAL / MUNICIPIO / GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / MIEMBROS DEL GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA EJERCITO DEL PUEBLO / RESPONSABILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL / EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL / FALLA EN EL SERVICIO DE LA POLICÍA NACIONAL / INEXISTENCIA DE LA FALLA EN EL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL / FALLA EN EL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL / RESPONSABILIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL / TOMA GUERRILLERA / ATAQUE TERRORISTA / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DAÑO ESPECIAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO ESPECIAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL / TEORÍA DEL DAÑO ESPECIAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR RIESGO EXCEPCIONAL / TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / LESIONES FÍSICAS

Problema jurídico 1: *¿La declaratoria de responsabilidad por ataques guerrilleros sólo procede a título de falla relativa del servicio y no a título de daño especial o riesgo excepcional?*

Tesis 1: “En efecto, aunque comparto la decisión adoptada, esto es, que la sentencia de primera instancia debía ser revocada porque no había lugar a condenar a la Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Ejército Nacional por las lesiones que sufrieron los demandantes durante la toma de las FARC al municipio (...) estimo necesario precisar que mediante sentencia de unificación (...) la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó que el artículo 90 de la Constitución Política no privilegió ningún régimen de responsabilidad, por lo que el juez puede establecer cuál es el régimen aplicable al caso concreto, de acuerdo con lo que encuentre probado en el proceso. En este sentido, me aparto de la consideración contenida en el proyecto, según la cual frente a la responsabilidad del Estado por tomas guerrilleras no son aplicables los títulos de imputación de daño especial y riesgo excepcional, pues considero que dichos títulos no se encuentran proscritos y pueden resultar aplicables, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y lo que se encuentre probado en el expediente.”

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 19 de noviembre de 2015, exp. 43153, C.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 25 de marzo de 2015, exp. 30021, C.P. Hernán Andrade Rincón (E); sentencia del 26 de febrero de 2015, exp. 31061, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia del 18 de agosto de 2013, exp. 26026, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz;

sentencia del 3 de agosto de 2020, exp. 58797, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; sentencia del 30 de mayo de 2019, exp. 48280; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia del 30 de octubre de 2013, exp. 29735; C.P. Danilo Rojas Betancourth y sentencia del 30 de octubre de 2013, exp. 25544, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero

Salvamento de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas

POSICIÓN DE GARANTE / DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / DEBER DE VIGILANCIA DEL ESTADO / ALCANCE DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / DEBERES DEL ESTADO / FALLA RELATIVA EN EL SERVICIO / TEORÍA DE LA RELATIVIDAD DE LA FALLA DEL SERVICIO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PÚBLICAS / GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / MIEMBROS DEL GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / PROTECCIÓN AL CIUDADANO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL / TEORÍA DEL DAÑO ESPECIAL / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / ACTO TERRORISTA / FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA EJERCITO DEL PUEBLO / POLÍCIA NACIONAL / MIEMBROS DE LA POLÍCIA NACIONAL / MUERTE DE MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 1: *¿Debe declararse la responsabilidad por el ataque guerrillero al municipio Nariño – Antioquia a título de daño especial?*

Tesis 1: “En la parte motiva del fallo se expuso que [todos los ciudadanos se benefician de la seguridad y la protección y de las condenas cuando se incumplen estos deberes (falla del servicio relativa), también corresponde a todos los ciudadanos soportar las cargas que se derivan de la existencia del Estado, incluidas, las consecuencias de las acciones armadas de los grupos al margen de la ley en su contra. Esta circunstancia descarta el daño especial, pues no se trata de una carga pública excesiva o que vaya más allá de aquella que todos deben soportar en condiciones de igualdad, dada la necesidad de la existencia del Estado y la exigencia que se le hace en cuanto a la protección de los derechos de los ciudadanos]. En relación con este aserto, considero que se encuentra al margen de la jurisprudencia trazada por la Sala Plena de esta Corporación frente a la procedencia del título de imputación del daño especial para atribuir responsabilidad al Estado en el marco de un acto terrorista. (...) Y en el caso sub examine venía pertinente aplicar el aludido título de imputación, por cuanto se acreditó que el ataque que ejecutaron los frentes (...) de las FARC se dirigieron contra las autoridades de policía del municipio (...) dado que los integrantes de tales frentes detonaron una bomba cerca a la estación de policía y dispararon en contra de dicha infraestructura, dando muerte a varios uniformados que se encontraban en ese lugar. Así las cosas, considero que se debió confirmar la decisión del Tribunal que declaró la responsabilidad de la Nación, bajo el título de imputación de daño especial.”

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 20 de junio de 2017, exp. 25000-23-26-000-1995-00595-01 (18860), C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Así mismo, ver, Corte Constitucional, sentencia SU-353 del 26 de agosto de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de junio de \(2020\), C. P. Guillermo Sánchez Luque radicación 05001-23-31-000-2001-00020-01\(48563\).](#)

7. La improcedencia del medio de control de repetición, como un tratamiento especial del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, no es un beneficio automático, sino que se encuentra condicionado a que exista un pronunciamiento de la JEP en el que se conceda expresamente.

Síntesis del caso: *Ciudadanos fueron presentados como bajas en combate de la operación militar “Hércules”, llevada a cabo por integrantes del Ejército Nacional; sin embargo, los familiares de cada uno de ellos promovieron procesos de reparación directa, con ocasión de los cuales se condenó a dicha institución a pagar las indemnizaciones equivalentes a \$435’349.022,28 y \$623’959.098,35, respectivamente. Por lo anterior, el Ejército Nacional demandó en repetición a los uniformados que*

participaron en la referida operación militar, por considerar que el día de los hechos sus conductas fueron dolosas o, al menos, gravemente culposas.

ACCIÓN DE REPETICIÓN / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / PROCESO PENAL / PRO-CESO PENAL / JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ / JUSTICIA TRANSICIONAL / COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ESPECIAL PA-RA LA PAZ / TRIBUNAL PARA LA PAZ / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PROCESO DE DOBLE INSTANCIA / SITUACIÓN JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL / RESOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / IMPROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA / RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHO A LA VERDAD / DERECHO A LA JUSTICIA / DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO A UNA PRONTA JUSTICIA / DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA / DEBER DE OBEDIENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO / DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL / NORMA INTERNACIONAL / GARANTÍA DE SATISFACCIÓN / GARANTÍA DE NO REPETICIÓN / JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ / JUSTICIA TRANSICIONAL / COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ / CONFLICTO ARMADO INTERNO / CONFLICTO ARMADO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / DELITO EN CONFLICTO ARMADO / RECONOCIMIENTO DE VERDAD Y RESPONSABILIDAD / TRIBUNAL PARA LA PAZ

Problema jurídico: *¿Es competente la jurisdicción de lo contencioso administrativo para decidir un asunto relacionado con el medio de control de repetición cuando aún se encuentra por definir la situación jurídica de los demandados ante la Jurisdicción Especial para la Paz?*

Tesis: “La improcedencia del medio de control de repetición, como un tratamiento especial del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, no es un beneficio general o automático, sino que se encuentra condicionado a que exista un pronunciamiento de la JEP en el que se conceda expresamente. Así lo establecen el artículo transitorio 1° del mismo acto legislativo y el artículo 20 de la Ley 1957 de 2019, de conformidad con los cuales los tratamientos especiales del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición están subordinados al cumplimiento del régimen de condicionalidades y a la verificación de la JEP. Además, el literal j del artículo 79 de la Ley 1957 de 2019 estableció que los procesos que traten sobre conductas ocurridas hasta el 1° de diciembre de 2016 de competencia de la JEP, cometidas con ocasión del conflicto armado, permanecerán a cargo de las autoridades judiciales que los adelantan hasta que la JEP asuma su conocimiento, lo cual ocurre cuando la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad anuncia públicamente que presentará su resolución de conclusiones ante el Tribunal para la Paz y será en ese momento en el que los órganos respectivos remitirán la totalidad de investigaciones. (...) [E]l proceso penal que se adelanta en contra de los aquí demandados cursa, en estos momentos, en la JEP y que ante dicha autoridad judicial se puso en conocimiento de los procesos de repetición que cursaban ante esta jurisdicción. (...) En definitiva, la Sala tiene competencia para conocer de este asunto, porque se trata de las apelaciones interpuestas en contra de dos sentencias proferidas, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Casanare en un proceso de repetición con vocación de doble instancia, en el que, además, la JEP aún no ha resuelto la situación jurídica de los demandados, ni les ha otorgado algún tratamiento que implique para ellos el beneficio de la improcedencia de la acción de repetición.”.

ACCIÓN DE REPETICIÓN / FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / NORMATIVA APLICABLE DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD / ACTUACIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO / ACTUACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / SENTENCIA CONDENATORIA / CONDENA CONTRA EL ESTADO / CONDENA JUDICIAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL / SENTENCIA CONDENATORIA / MIEMBROS DEL EJÉRCITO NACIONAL / MUERTE DE CIVIL / CASO FALSO POSITIVO / OPERACIÓN MILITAR / PROCESO PENAL / VIGENCIA DEL PROCESO PENAL / JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ / AGENTES DE LA FUERZA PÚBLICA / DOLO / CONDUCTA DOLOSA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA SERVIDOR PÚBLICO / REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / CALIDAD DE SERVIDOR PÚBLICO / AGENTE DEL ESTADO / ACTUACIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO / ACTUACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / DOLO / PRESUNCIÓN LEGAL / PRESUNCIÓN DEL DOLO

Problema jurídico 2: *¿Es procedente aplicar la presunción de dolo consagrada en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 678 de 2001, cuando no se ha proferido sentencia penal condenatoria en contra de los demandados en la repetición?*

Tesis 2: “[L]a jurisprudencia de esta Corporación tiene establecido que las conductas constitutivas de dolo no se limitan a los supuestos de hecho consagrados en el artículo 5 de la Ley 678 de 2001. (...) Uno de los eventos se presenta cuando, en la demanda, el Estado estructura la responsabilidad del demandado en uno de los supuestos consagrados en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, en los cuales se presume el dolo o la culpa grave que le es imputable al agente público en nexa con el servicio, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. (...) También pueden presentarse casos no consagrados en los mencionados artículos que, sin embargo, dan lugar a que el Estado repita contra el agente por haber obrado con dolo o culpa grave en una actuación que produjo un daño antijurídico a un tercero por el cual se haya visto en la necesidad de indemnizar. La Subsección precisó que en esos eventos no opera la presunción del dolo o de la culpa grave y que, por ello, se deberán no solo describir las conductas constitutivas de la culpa grave o el dolo que se alega, sino acreditarse adecuadamente. (...) Entonces, es lógico que al Tribunal no le fuera posible aplicar la presunción de que trata el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 678 de 2001, en vista de que, al tiempo de proferirse el fallo recurrido -y todavía- los demandados (...) aún no han sido hallados penalmente responsables de las muertes por las que se declaró la responsabilidad patrimonial del Estado. En ese orden de ideas, el dolo de los demandados, en sede de primera instancia, se analizó a la luz de una conducta diferente a aquellas enlistadas en el artículo 5° de la Ley 678 de 2001, caso en el cual no aplicó ninguna presunción, sino que se efectuó el análisis de conformidad con los hechos alegados, la conducta atribuida y las pruebas aportadas. La Sala advierte, por último, que en ambas demandas el Ejército Nacional precisó que repetía contra estos exagentes, porque “ajusticiaron” a [los señores] (...), en el desarrollo de la operación denominada “Hércules” y que fue esa actuación, que calificó de dolosa, la que produjo un daño a los familiares de los occisos y que se vio en la necesidad de indemnizar. Por lo anterior, el análisis realizado por el a quo no desbordó el principio de congruencia, según el cual la demanda es el acto procesal en el que se establece el objeto del litigio y fija los límites fácticos y jurídicos dentro de los que se resolverá la controversia.”

VALOR DE LA SENTENCIA PENAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / DIFERENCIA ENTRE PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y PROCESO PENAL / EFECTO DEL PROCESO PENAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / AUTONOMÍA DEL JUEZ / EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DEL JUEZ / FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ / LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ / LÍMITES DE LA FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / ACCIÓN DE REPETICIÓN / JUEZ DE REPETICIÓN / PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / LÍMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / PROCESO PENAL / PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Problema jurídico 3: *¿En el marco de la acción de repetición, tienen carácter vinculante para el juez administrativo, las conclusiones de las sentencias proferidas en el curso de otras actuaciones judiciales?*

Tesis 3: “[E]sta Corporación ha reiterado que las conclusiones de las sentencias dictadas en otros procesos no son vinculantes y que cada operador judicial debe efectuar un análisis propio de las pruebas, que bien puede coincidir o no con el que se haga en el proceso al cual se allegan. En línea con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-354 de 2020 fijó los presupuestos constitucionales que debían ser tenidos en cuenta por los funcionarios judiciales al resolver las demandas de repetición y que la entidad demandante, entre ellos, debía probar plenamente, y al margen del análisis efectuado en la providencia que declara la responsabilidad del Estado, “la atribución de la conducta determinante del daño antijurídico al agente, a título de dolo o culpa grave”. (...) Dicho lo anterior y ante la imposibilidad de darle plenos alcances demostrativos a la decisión que se profiera en el proceso penal, la determinación de la responsabilidad de los apelantes se sustentará en los elementos de juicio allegados al proceso de repetición, en el cual los demandados tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, lo que, además, encuentra respaldo en la autonomía e independencia que caracteriza a esta acción”.

EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / CONFIGURACIÓN DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / CASO FALSO POSITIVO / USO ILEGÍTIMO DE ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / MUERTE DE CIVIL / OPERACIÓN MILITAR / FUNCIONARIO DEL GAULA / DOLO / CONDUCTA DOLOSA / ACTUACIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO / ACTUACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN - Configurados / CASO FALSO POSITIVO / MUERTE DE CIVIL / OPERACIÓN MILITAR / MISIÓN TÁCTICA / FUNCIONARIO DEL GAULA / DOLO

/ CONDUCTA DOLOSA / ACTUACIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO / AG-TUACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA

Problema jurídico 4: *¿Puede a través de la acción de repetición resarcirse al Estado la condena pagada con ocasión del daño antijurídico cometido por sus exservidores, al haberse acreditado un actuar doloso en la ejecución extrajudicial de ciudadanos en una operación militar?*

Tesis 4: “El artículo 2 de la Ley 678 de 2001 definió a la repetición como “una acción civil de carácter patrimonial”, expresión que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-484 de 2002, al concluir que la responsabilidad patrimonial que le asistía a los servidores del Estado en esta acción no tenía carácter sancionatorio, sino reparatorio. En esa decisión, también se dijo que esa responsabilidad no tenía carácter “ni penal ni administrativo, pues (...) tiene una finalidad meramente resarcitoria”, lo que, además, guarda concordancia con el artículo 90 de la Constitución Política, que le impone el deber al Estado de repetir en contra de sus agentes, con el único propósito de reintegrar el valor de la condena que tuvo que pagar como consecuencia de su actuar doloso y/o gravemente culposo. (...) [P]ara esta Sala la conducta dolosa (...) quedó plenamente individualizada, porque fue quien ordenó la misión táctica denominada “Hércules”, estuvo presente en el momento en el que los civiles fueron embarcados en la camioneta del Gaula sin ningún tipo de justificación y llevados a otro lugar con el objetivo único de asesinarlos; además, fue quien cambió y amañó la versión de cómo sucedieron los hechos ante sus superiores jerárquicos, con el objetivo de proporcionar, con invenciones, un manto de legalidad a la actuación nefasta desplegada por la tropa que él lideraba. En definitiva, está plenamente probado que las conductas de los recurrentes, el día de los hechos, se encontraban dirigidas a causar un daño, en este caso, de atentar contra la vida de dos civiles indefensos. (...)”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la suspensión de las actuaciones y el envío de los expedientes a la JEP ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de 31 de enero de 2019, M.P. José Luis Barceló Camacho, Exp: STP785-2019. Sobre la normatividad de la acción de repetición, ver sentencia del 23 de marzo de 2018, Exp. 59245, C.P. María Adriana Marín. En cuanto al concepto de prueba sumaria, ver sentencia de 1 de marzo de 2018, Exp. 52209; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia de 1 de octubre de 2018, Exp. 46994, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia de 30 de agosto de 2018, Exp. 52462, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia del 16 de julio de 2021, Exp. 49051, C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Igualmente ver sentencia de la Corte Constitucional en sentencia C 523 de 2009. Sobre el valor probatorio de la prueba documental, ver sentencia de unificación del 11 de septiembre de 2013, Exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth. En cuanto al valor probatorio de la indagatoria, ver sentencia de 12 de marzo de 2013, Exp. 11001-03-15-000-2011-00125-00, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 5 de noviembre de 2014, Exp. 11001-03-15-000-2012-00900-00, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo y sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, C.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero. Sobre los efectos de garantizar el derecho al debido proceso de los demandados, y la autonomía del juez respecto de otros procesos, ver sentencia de 16 de diciembre de 2020, Exp. 57904, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Igualmente ver sentencia de la Corte Constitucional, SU 354 de 2020, del 26 de agosto de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y sentencia C 484 de 2002 del 25 de junio de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 27 de agosto de 2021; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 85001-12-33-000-2013-00191-01\(54750\).](#)

8. Cuando los asuntos relacionados con la competencia no aparecen de plano claros en la primera audiencia de trámite, serán objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.

Síntesis del caso: *Contratista constructora convocó a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a un Tribunal de Arbitramento con el fin de resolver diferencias surgidas con ocasión del contrato de concesión. Mediante laudo arbitral, el Tribunal de Arbitramento declaró la falta de competencia para conocer algunas pretensiones de la demanda, negó aquellas frente a las cuales consideró ser competente para pronunciarse de fondo y desestimó las excepciones formuladas. Inconforme con la decisión del Tribunal de Arbitramento, el concesionario solicitó la anulación del laudo con fundamento en las causales 7ª y 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, planteadas, en lo sustancial, sobre la base de cuestionar, por un lado, la circunstancia de haberse declarado en el Laudo arbitral la incompetencia del Tribunal para pronunciarse sobre algunas de las pretensiones de la demanda, a pesar de que previamente, en el curso de la primera audiencia de trámite llevada a cabo en el proceso arbitral, el Tribunal de Arbitramento asumió la competencia para conocer del asunto y, por otro, la*

condena en costas y agencias en derecho, la cual, a juicio del recurrente, fue impuesta sin sustento jurídico ni probatorio.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / COMPETENCIA DEL ÁRBITRO / LÍMITE DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Sobre su propia competencia / POTESTAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR PARTICULARES / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL / TÉRMINO PARA PROFERIR LAUDO ARBITRAL / ESTUDIO DE FONDO DE LA SENTENCIA / PRONUNCIAMIENTO DE FONDO / MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA / ANÁLISIS DE LA PRUEBA POR EL JUEZ / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN CONJUNTO

Problema jurídico: *¿Violó el laudo arbitral el principio de congruencia, al haber asumido el Tribunal de Arbitramento la competencia para conocer del asunto en la primera audiencia de trámite, pero al proferir su decisión se declaró incompetente para pronunciarse respecto de algunas pretensiones de la demanda?*

Tesis: “[E]n el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra consagrado el denominado principio de kompetenz-kompetenz, como se desprende claramente del artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, de acuerdo con el cual el tribunal de arbitramento es competente para resolver sobre su propia competencia. De otro lado, en relación con la oportunidad para pronunciarse sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia, asunto controvertido a lo largo del recurso por parte de la demandante, debe anotarse que el Tribunal de Arbitramento en la primera audiencia de trámite profiere una decisión preliminar a partir del análisis de factores subjetivos y objetivos que debe revisar en ese estadio del proceso, de tal suerte que otro tipo de análisis, que implique un estudio sobre el contenido y alcance de las pretensiones o que requiera una valoración integral de las pruebas o un análisis jurídico acerca de la materia objeto del proceso, es realizado por el panel arbitral al momento de proferir el laudo arbitral, pudiendo suceder que, pese a la decisión inicial adoptada en la primera audiencia de trámite, en el laudo arbitral el tribunal encuentre que no es competente para pronunciarse sobre todas o algunas de las pretensiones. (...) Lo anterior se explica en las características propias de la definición de la competencia arbitral, la cual se basa en parámetros diferentes a los establecidos en el Código General del Proceso, motivo por el cual han señalado la jurisprudencia y la doctrina que si asuntos relacionados con la competencia no aparecen de plano claros en la primera audiencia de trámite, serán objeto de pronunciamiento en el laudo mismo. (...) [N]o había lugar a que el Panel Arbitral se pronunciara respecto del referido medio probatorio, puesto que el mismo tuvo por objeto la cuantificación de las pretensiones relativas al componente de condena, puntualmente los valores dejados de cancelar por la ANI al demandante en virtud del acuerdo suscrito el 28 de noviembre de 2007, posteriormente renegociado, y el monto de los intereses causados. En efecto, si las pretensiones declarativas frente a las cuales el Tribunal de Arbitramento declaró ser competente para pronunciarse fueron negadas, no había lugar a que en el laudo arbitral se examinaran las pretensiones de condena y, por lo mismo, no resultaba pertinente entrar a pronunciarse en relación con el dictamen pericial de carácter financiero que se practicó para la cuantificación de los perjuicios reclamados.”

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - No configurada / INEXISTENCIA DEL FALLO EN CONCIENCIA / CONDENA EN EL LAUDO ARBITRAL / CONDENA EN COSTAS - A la parte vencida / PRESUPUESTOS DE LA CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DECLARATIVA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONDENA EN AGENCIAS EN DERECHO / NORMATIVIDAD DE AGENCIAS EN DERECHO / PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / TARIFA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / NORMATIVIDAD DE AGENCIAS EN DERECHO / PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / TARIFA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / FIJACIÓN DE LOS HONORARIOS DEL ABOGADO / TARIFA DE LOS HONORARIOS DEL ABOGADO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - No configurada / INEXISTENCIA DEL FALLO EN CONCIENCIA

Problema jurídico 2: *¿Fue acertada y debidamente fundamentada la condena en costas y agencias en derecho en el laudo arbitral?*

Tesis 2: “[R]especto del último cuestionamiento planteado en el recurso con fundamento en la causal 7ª de anulación invocada, relacionado con la inexistencia de sustento que soporte la condena en costas y agencias en derecho impuesta en el laudo arbitral, la Sala observa que la decisión proferida por el Tribunal de Arbitramento abordó en capítulo aparte dicha temática, concluyendo, con fundamento en lo previsto en los

artículos 188 de la Ley 1437 de 2011 y 365 del Código General del Proceso, que "(...) no prosperan las pretensiones de la demanda, de modo que corresponde a la parte Demandante, CSS CONSTRUCTORES S.A., asumir el grueso de las expensas procesales, -incluidas las agencias en derecho- (...)". En este orden de ideas, el Tribunal de Arbitramento consideró que la parte convocante debía asumir todas las costas por ella incurridas y, además, reconocer a la parte convocada el 50% de aquellas que ésta asumió en el proceso, incluyendo una partida de agencias en derecho. (...) [E]l Tribunal de Arbitramento recordó que en el Laudo se hizo la mención correspondiente a la liquidación de las agencias, tomando como referente el valor de los honorarios fijados en el proceso para un árbitro, y anotó sobre el particular que "...se trata de un parámetro de valoración regulado normativamente, que ubica el monto de las agencias en derecho por debajo del límite máximo fijado en las tablas que, para los efectos respectivos propios de esa regulación en la jurisdicción ordinaria, establece el Consejo Superior de la Judicatura (...)." De conformidad con lo anteriormente expuesto, en conclusión, el cargo formulado por el recurrente con fundamento en la causal de anulación establecida en el numeral 7° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no está llamado a prosperar, puesto que el laudo arbitral recurrido fue proferido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, se estructuró en normas jurídicas, y los árbitros apreciaron las pruebas que fundamentaban los hechos y las pretensiones de la demanda frente a las cuales consideró ser competente para pronunciarse de fondo."

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la naturaleza jurisdiccional del arbitramento y sus principales manifestaciones, ver sentencia de la Corte Constitucional SU 174 del 14 de marzo de 2007, Exp. T 980611. Sobre la facultad de los árbitros, ver sentencia del 8 de marzo de 2017, Exp. 46745, C.P. Hernán Andrade Rincón y sentencia de la Corte Constitucional, C 330 de 2012, Exp. D 8677. Sobre la naturaleza y características del recurso de anulación, ver Sentencia del 18 de enero de 2019, Exp. 62476, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia de 23 de abril de 2018, Exp. 59731, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia del 19 de julio de 2017, Exp. 59067, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia de 31 de agosto de 2015, Exp. 53585, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz y sentencia del 9 de abril de 2018, Exp. 59270, C.P. Guillermo Sánchez Luque. Sobre las facultades del juez del recurso de anulación, sentencia del 28 de junio de 2019, Exp. 63494, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas y sentencia de 31 de agosto de 2015, Exp. 53585, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz. Sobre el laudo en conciencia, ver sentencia del 7 de junio de 2007, Exp. 32896, C.P. Mauricio fajardo Gómez, sentencia del 21 de febrero de 2011, Exp. 38621, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 18 de enero de 2019, Exp. 62476, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia del 24 de mayo de 2017, Exp. 58675, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia del 19 de julio de 2017, Exp. 59067, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. En relación con el fallo en derecho, ver sentencia del 2 de mayo del 2016, Exp. 55307, C.P. Danilo Rojas Betancourth y sentencia del 28 de octubre de 2019, Exp. 64280, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Sobre las causales de anulación de laudo arbitral ver sentencias del 31 de octubre de 2016, Exp. 59949, sentencia del 27 de noviembre de 2017, Exp. 59913, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y sentencia del 5 de marzo de 2020, Exp. 64627, C.P. María Adriana Marín. Sobre el principio de congruencia, ver sentencia del 6 de junio de 2002, Exp. 20634, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sobre la falta de jurisdicción y competencia ver sentencias del 13 de abril de 2015, Exp. 52556, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y sentencia del 27 de noviembre de 2017, Exp. 59913, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa Sobre la condena en costas ver sentencia de 19 de junio de 2019, Exp. 61809, C.P. Alberto Montaña Plata, y sentencia de 10 de abril de 2019, Exp. 62596, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 7 de octubre de 2020; C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-26-000-2018-00080-00\(61704\).](#)

SECCIÓN CUARTA

1. En la constitución del contrato de fiducia mercantil la base gravable del impuesto de registro es el monto de la remuneración u honorarios fijados a favor del fiduciario, por el plazo de duración del contrato.

Síntesis del caso: *Se anularon los actos administrativos por los cuales el departamento de Antioquia negó la devolución de las sumas que la parte fideicomitente en un contrato de fiducia mercantil pagó en exceso, con ocasión del impuesto de registro originado por la inscripción de la escritura pública de constitución de dicho contrato. Lo anterior, porque la Sala concluyó que el tributo se liquidó sobre una base errada, dado que, en ese caso, la base gravable del impuesto de registro no es el avalúo de los bienes transferidos al fiduciario, sino el valor de la comisión o la remuneración pactada a favor del mismo. En consecuencia, como restablecimiento del derecho, se ordenó la devolución solicitada, junto con el pago de los intereses corrientes y moratorios en los términos de los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario.*

IMPUESTO DE REGISTRO - Hecho generador / IMPUESTO DE REGISTRO - Base gravable / IMPUESTO DE REGISTRO - Tarifa / IMPUESTO DE REGISTRO SOBRE ACTOS, CONTRATOS O NEGOCIOS JURÍDICOS REFERIDOS A BIENES INMUEBLES - Alcance para efectos del inciso cuarto del artículo 229 de la Ley 223 de 1995 / BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO DE REGISTRO - Regla general. Es el valor incorporado en el acto, contrato o negocio jurídico documental inscrito, siempre que no implique la enajenación o transferencia de dominio de bienes inmuebles / IMPUESTO DE REGISTRO EN INSCRIPCIÓN DE CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL Y ENCARGO FIDUCIARIO SOBRE MUEBLES E INMUEBLES - Base gravable. Corresponde al valor total de la remuneración o comisión pactada / BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO DE REGISTRO - Regla especial. Se aplica a la inscripción de actos, contratos o negocios jurídicos relacionados con inmuebles que impliquen la enajenación o transferencia de dominio de los mismos / IMPUESTO DE REGISTRO SOBRE ACTOS, CONTRATOS O NEGOCIOS JURÍDICOS REFERIDOS A BIENES INMUEBLES QUE IMPLIQUEN TRANSFERENCIA DE DOMINIO - Base gravable mínima. Su aplicación constituye una regla especial que presupone que los actos, contratos o negocios jurídicos relacionados con inmuebles impliquen la enajenación o transferencia de dominio de los mismos / IMPUESTO DE REGISTRO - Departamento de Antioquia / BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO DE REGISTRO EN CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL QUE INVOLUCREN TRANSFERENCIA DE BIENES INMUEBLES A TERCEROS - Departamento de Antioquia. Aplicación de la regla especial de la base gravable mínima

Problemas Jurídicos: *¿Procede la devolución del pago en exceso reclamado por la parte demandante? ¿La base gravable del impuesto de registro que se tuvo en cuenta en la liquidación oficial es la correcta, atendiendo el acto sujeto a inscripción (fiducia mercantil), en concreto, aplica la regla prevista en el inciso primero o final del artículo 7 del Decreto 650 de 1996?*

Tesis: “Según el artículo 226 de la Ley 223 de 1995, el **hecho generador** del impuesto de registro «[e]stá constituido por la inscripción de actos, contratos o negocios jurídicos documentales en los cuales sean parte o beneficiarios los particulares y que, de conformidad con las disposiciones legales, deban registrarse en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos o en las Cámaras de Comercio». (...) En materia de **base gravable**, el artículo 229 de la Ley 223 de 1995, modificado por el artículo 187 de la Ley 1607 de 2012, previó que se encontraba constituida por el valor incorporado en el documento contentivo del acto, contrato o negocio jurídico, con reglas específicas para los casos de inscripción de contratos de constitución de sociedades, reformas estatutarias o actos que impliquen el incremento del capital social o suscrito; actos, contratos o negocios jurídicos con participación de entidades públicas y particulares; documentos sin cuantía y actos, contratos o negocios jurídicos referidos a bienes inmuebles. Conforme al inciso final de dicha norma, «[c]uando el acto, contrato o negocio jurídico se refiera a bienes inmuebles, el valor no podrá ser inferior al del avalúo catastral, el autoavalúo, el valor del remate o de la adjudicación, según el caso. Para efectos de la liquidación y pago del impuesto de registro, se considerarán actos sin cuantía las fusiones, escisiones, transformaciones de sociedades y consolidación de sucursales de sociedades extranjeras; siempre que no impliquen aumentos de capital ni cesión de cuotas o partes de interés». A su vez, el artículo 4 del Decreto 650 de 1996, reglamentario de la Ley 223 de 1995, concretó el alcance de la alusión legal a «los actos, contratos o negocios jurídicos referidos a bienes inmuebles», en los siguientes términos: «**Base gravable respecto de inmuebles.** Para efectos de lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 229 de la Ley 223 de 1995, se entiende que el acto, contrato o

negocio jurídico se refiere a inmuebles cuando a través del mismo se enajena o transfiere el derecho de dominio. En los demás casos la base gravable estará constituida por el valor incorporado en el documento, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo» [Se destaca]. De la misma forma, el reglamento se refirió a la liquidación del impuesto de registro en la inscripción de los contratos de fiducia mercantil y encargo fiduciario sobre muebles o inmuebles, para los cuales el artículo 7 del citado decreto dispuso que el impuesto recae sobre el valor total de la remuneración o comisión pactada, al tiempo de prever formas de liquidación especial de acuerdo con la periodicidad acordada para los pagos. Así mismo, el último inciso de la referida norma dispuso que, si en desarrollo del contrato de fiducia mercantil los bienes objeto de la misma se transfieren a un tercero, aun en el caso de que sea heredero o legatario del fideicomitente, el impuesto se liquidará sobre el valor de los bienes que se transfieren o entregan y que cuando se trata de inmuebles, se respetará la base gravable mínima establecida en el inciso cuarto del artículo 229 de la Ley 223 de 1995. (...) [E]sta Sala, al analizar la legalidad del artículo 7 del Decreto 650 de 1996, expuso que en su inciso primero se establece la regla, conforme con la cual, la base gravable del impuesto de registro de la inscripción de los contratos de fiducia mercantil y encargo fiduciario, independientemente si opera sobre bienes muebles o inmuebles, será el valor total de la remuneración o comisión pactada, a diferencia de lo que prevé su inciso final, según el cual, cuando deba transferirse la propiedad de un bien inmueble debe respetarse la base gravable mínima del artículo 229 de la Ley 223 de 1995. De modo que, cuando el acto de registro no sea el mercantil, sino el de transferencia del dominio, la base gravable no será la remuneración pactada, sino el correspondiente avalúo catastral o el autoavalúo. A nivel local, se advierte que en la Ordenanza 15 del 4 de octubre de 2010, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, vigente para la época de los hechos, se reguló la base gravable del impuesto de registro en esa jurisdicción. Conforme con el artículo 143 de dicha ordenanza, la base gravable del impuesto de registro está constituida por el valor incorporado en el documento que contiene el acto, contrato o negocio jurídico. Además, en esa norma se previeron, entre otras, las siguientes reglas: (i) cuando el acto, contrato o negocio jurídico se refiera a bienes inmuebles, el valor no podrá ser inferior al del avalúo catastral, al del valor del remate o de la adjudicación, según el caso (inciso tercero del art. 143) y (ii) cuando se trate de la fiducia comercial, la base gravable la constituye el monto de honorarios que se fijen al fiduciario, pero, si no se fija el plazo de duración, la base gravable la constituye el valor de las cuotas que correspondan a veinte (20) años (inciso octavo del art. 143). (...) Legalmente, la base gravable del impuesto de registro se expresa en la regla general del valor incorporado en el documento contenido en el acto, contrato o negocio jurídico documental inscrito, y si este se relaciona con inmuebles, se aplica la regla especial de «base mínima» a través de la prohibición de liquidar el impuesto sobre valores inferiores al avalúo catastral, el autoavalúo, el valor del remate o de la adjudicación, según el caso. Esta regla opera en el departamento de Antioquia, por cuenta del inciso tercero del artículo 143 de la Ordenanza 15 de 2010. Reglamentariamente, la aplicación de esa regla especial de «base mínima» presupone que los actos, contratos o negocios jurídicos relacionados con inmuebles impliquen la enajenación o transferencia de dominio de los mismos, de modo que a los que carezcan de ese alcance se les aplica la regla legal general de base gravable, es decir, el valor incorporado en el acto, documento o negocio jurídico. La base gravable en los contratos de fiducia comercial no tiene una regulación específica en la Ley 223 de 1995, pero, en consonancia con la regla legal general impartida por el artículo 229 ibídem, el reglamento sobre la materia ordenó que en tales casos el impuesto se liquidará sobre el valor de la comisión o remuneración pactada. Tales mandatos fueron adoptados en el orden departamental, por el inciso octavo del artículo 143 de la Ordenanza 15 de 2010. Pero, si en desarrollo del contrato de fiducia comercial se enajena o transfiere el derecho de dominio sobre bienes inmuebles a un tercero, para efectos de la liquidación del impuesto de registro se deberá tener en cuenta la base mínima establecida en el artículo 229 de la Ley 223 de 1995. [N]o cabe duda de que el acto sometido a inscripción en el registro, respecto del cual se centra la discusión, corresponde a la fiducia mercantil, figura en la que, como lo expuso la Sala en otra oportunidad, siempre habrá transferencia de bienes al fiduciario, como elemento esencial de la relación jurídico contractual involucrada en el negocio fiduciario, sin el cual no podría constituirse el patrimonio autónomo. Pero tal transferencia no opera como forma de adquisición plena de propiedad, sino sujeta a la obligación de que esta se transfiera a un tercero beneficiario, al momento de verificarse una condición predeterminada que, simultáneamente, cumple las funciones de suspender el nacimiento del derecho de propiedad del beneficiario-fideicomisario y, una vez cumplida, de extinguir el derecho adquirido previamente por el fiduciario. Si bien es cierto, con la constitución de la fiducia mercantil mediante la Escritura Pública número 54 del 23 de enero de 2014, otorgada en la Notaría Décima del Círculo de Medellín, se transfirieron unos bienes inmuebles al fiduciario, no cabe duda de que esa operación se realizó para efectos de la constitución del patrimonio autónomo Clínica Medellín – Comfenalco, puesto que así consta en la mencionada escritura, de modo que, como lo sostuvo el tribunal, en este caso aplica la regla prevista en el inciso primero del artículo 7 del Decreto 650 de 1996, conforme con la cual, la base gravable del impuesto de registro de la inscripción de los contratos de fiducia mercantil y encargo fiduciario, independientemente si opera sobre bienes muebles o inmuebles, corresponde al valor total de la remuneración o comisión pactada. No se puede tener en cuenta la regla indicada en el inciso final del artículo 7 del Decreto 650 de 1996, como lo solicita el departamento de Antioquia, porque no está probado que en la Escritura Pública número 54 del 23 de enero de 2014, se haya enajenado o transferido el derecho de dominio sobre bienes inmuebles a un tercero (beneficiario). Por lo expuesto, se concluye que le asiste razón al tribunal al declarar la nulidad de la Resolución 032222 del 1º de abril de 2014, porque la negativa de devolución del pago en exceso reclamado por la parte actora está fundamentada en la Liquidación del Impuesto de Registro 101485729 del 3 de febrero de 2014,

expedida por la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia, en la que se tomó como base gravable la señalada en el inciso final del artículo 229 de la Ley 223 de 1995, que establece la base gravable mínima cuando el acto, contrato o negocio jurídico se refiera a bienes inmuebles, que como se expuso con anterioridad, no aplica en este caso”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de junio de 2021, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 05001-23-33-000-2015-01990-01 \(25081\).](#)

2. La base gravable especial de IVA en los contratos de construcción de bien inmueble prevista en el artículo 3 del Decreto 1372 de 1992 no riñe con el reconocimiento de la operación gravada subyacente que surge cuando los elementos que se incorporan en una construcción son elaborados por quien se encarga de la ejecución de la obra.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad del acto administrativo por el cual la DIAN modificó la declaración del IVA del sexto bimestre de 2009 de una constructora, en el sentido de desconocerle impuestos descontables y sancionarla por inexactitud, con el argumento de que tales impuestos no estaban vinculados a los honorarios o utilidad de la construcción, como lo prevé el artículo 3 del Decreto 1372 de 1992, por lo que se debían tomar como un mayor valor del costo. La Sala anuló la liquidación oficial de revisión acusada y, como restablecimiento del derecho, declaró la firmeza de la declaración cuestionada porque concluyó que procedía el reconocimiento del IVA descontable incurrido en los insumos que adquirió la contribuyente para producir el concreto que inyectó en la ejecución de unas obras, bien sobre el que se generó el impuesto sobre las ventas. Al respecto la Sala precisó que una interpretación diferente desconocería la dinámica propia del IVA (valor agregado) y pondría en desventaja a quien produce los elementos o bienes que incorpora a una obra respecto de aquel que simplemente los adquiere y adiciona a la construcción.*

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA - Características / IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA - Hechos que se consideran venta / IVA DESCONTABLE - Requisitos / IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS EN CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE BIEN INMUEBLE – Base gravable especial / BASE GRAVABLE ESPECIAL DEL IVA EN CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE BIEN INMUEBLE E IVA DESCONTABLE POR ADQUISICIÓN DE BIENES CORPORALES MUEBLES DESTINADOS A OPERACIONES GRAVADAS CON IVA - Compatibilidad / IVA DESCONTABLE POR INCORPORACIÓN DE BIENES CORPORALES MUEBLES A INMUEBLES CUANDO HAYAN SIDO CREADOS, CONSTRUIDOS, FABRICADOS, ELABORADOS O PROCESADOS POR QUIEN EFECTÚA LA INCORPORACIÓN O TRANSFORMACIÓN - Procedencia / IVA DESCONTABLE POR ADQUISICIÓN DE INSUMOS PARA FABRICACIÓN DE CONCRETO INYECTADO EN CONSTRUCCIÓN – Procedencia del descuento para el constructor fabricante del concreto / IVA EN VENTA DE INMUEBLES – No sujeción. Se trata de una operación no sujeta al IVA / IVA EN VENTA DE CONCRETO INYECTADO EN CONSTRUCCIÓN - Tratamiento tributario

Problema jurídico: *¿El IVA pagado por la demandante en la compra de insumos para la fabricación del concreto que luego inyectó en una construcción, tiene la connotación de impuesto descontable por corresponder a una venta pura y simple de dicho material o es un mayor valor del costo de la obra?*

Tesis: “Si bien, el artículo 3° del Decreto 1372 de 1992 determina una base especial en los contratos de construcción de bien inmueble a partir de la cual no es posible tomar como impuesto descontable el impuesto al valor agregado pagado por los costos y gastos necesarios para la correspondiente construcción, la Sala observa que este precepto no riñe con el reconocimiento de la operación gravada subyacente que surge cuando los elementos incorporados en una construcción son elaborados por quien se encarga de su ejecución. Así, en el caso bajo examen, sucede que el encargado de la ejecución de la construcción, en vez de adquirir el concreto, lo fabricó para lo cual, adquirió los insumos necesarios para el efecto, hecho que está demostrado en el plenario (...). También, y como fue expuesto previamente, en el expediente está probado que la actora generó el correspondiente impuesto sobre las ventas, lo cual no fue controvertido por la DIAN, sobre el valor del concreto, es decir, que tuvo ocurrencia una subsecuente operación gravada. Ahora bien, teniendo en cuenta el artículo

488 del Estatuto Tributario concede a los contribuyentes de IVA el derecho de descontar impuesto al valor agregado pagado en la adquisición de bienes corporales muebles que se destinan a operaciones gravadas con este impuesto, como ha quedado precisado ocurrió en este caso respecto de los insumos de cemento, arena lavada y triturado, cuyas compras están demostradas (...), para la Sala, resulta procedente el reconocimiento del IVA descontable incurrido en los insumos para producir el bien (concreto) sobre el cual se generó el impuesto sobre las ventas. Para la Sala es importante destacar que una interpretación diferente a la anterior desconocería la dinámica propia del IVA (valor agregado) y pondría en desventaja a quien produce los elementos o bienes que incorpora a una obra respecto de aquel que simplemente los adquiere y adiciona a la construcción, escenario que puede graficarse de la siguiente forma:

Tratamiento en compra de concreto a terceros (adquisición de concreto)		Fabricación del concreto de la obra (incorporación del concreto)	
Cemento, arena lavada, trillada	500.000	Cemento, arena lavada, trillada	500.000
IVA materiales (16% año 2008)	80.000	IVA materiales (16% año 2008)	80.000
Mano de obra y utilidad	500.000	Mano de obra y utilidad	500.000
Valor concreto vendido	1.000.000	Valor concreto producido	1.000.000
IVA cobrado al constructor y que se traslada como costo (no es descontable porque se destina a la operación no gravada)	160.000	IVA del concreto producido y que se incorpora al proyecto y que se traslada como costo (no es descontable porque se destina a la operación no gravada)	160.000

En la declaración de IVA el tercero lleva el valor que le cobra al constructor de 160.000 y descuenta los 80.000 de los materiales que se destinaron a la operación gravada.	En la declaración de IVA el constructor que incorpora el concreto declara el IVA de 160.000 (literal c art. 481) y si no puede descontar los 80.000 del IVA de los materiales se incrementan el costo del proyecto.
--	---

El anterior ejercicio, pone de presente que, de no poder el fabricante de concreto tomar como descontable el IVA de \$80.000 en que incurrió por los insumos requeridos para producir el concreto, se incrementaría el valor de la obra sin justificación alguna, se derivaría una mayor carga impositiva en comparación con la operación de quien simplemente adquirió el concreto y trasladó su valor al dueño de la obra, junto con el IVA incurrido en el mismo, esto es, los \$160.000. Justamente para evitar este desequilibrio, fue que el legislador previó como operación gravada la ocurrencia del supuesto previsto en el numeral c) del artículo 421 del Estatuto Tributario, dando lugar a la aplicación del artículo 488 ibídem. Importante observar finalmente que como quiera que en la siguiente etapa del proceso estamos frente a una operación no sujeta, ya por la venta de un inmueble, o frente a una base especial si se trata de un servicio de construcción, el último IVA generado en la cadena (IVA sobre la venta de concreto), será el que se considere como mayor valor del costo, justo porque se rompió el esquema de valor agregado. Por lo anterior, debe dar la Sala la razón al recurrente y, en consecuencia, se revocará la sentencia apelada para en su lugar, declarará la nulidad de los actos administrativos demandados.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de septiembre de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 05001-23-33-000-2013-01064-01 \(22732\).](#)

3. Se precisa cómo se determina la parte analizada para efectos del Régimen de Precios de Transferencia y cuándo procede su cambio por la empresa vinculada del exterior.

Síntesis del caso: Se analizó la legalidad de los actos administrativos en los que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2007 de un contribuyente, para desconocer costos y gastos originados en las operaciones de egreso que reportó en su declaración informativa individual de precios de transferencia DIIPT, al considerar que los servicios administrativos que pagó a su vinculada en Estados Unidos no se ajustaron a los precios de mercado, que se habrían pactado con otros proveedores. Lo anterior, como consecuencia de tomar como referencia la DIIPT y la documentación comprobatoria presentada inicialmente por la actora, en la que se determinó que

dicha operación se encontraba por fuera del rango de mercado. La Sala anuló los actos acusados porque concluyó que la contribuyente estaba legalmente facultada para corregir su DIIPT y su documentación comprobatoria, como en efecto lo hizo, por lo que la DIAN debió tener en cuenta la información remitida en tales correcciones, en las que se estableció que las operaciones cuestionadas se ajustaron al principio de plena competencia. Ello, sin perjuicio del hecho de que en la corrección a la DIIPT la demandante haya optado por tomar como parte analizada a su vinculada en el exterior y no a la empresa colombiana, como ocurrió en la declaración inicial, frente a lo cual, la Sala precisó que la actora estaba en libertad de escoger la parte analizada, porque, para el periodo gravable 2007, así lo permitía la DIIPT en la casilla 92, a lo que agregó que en el estudio de precios de transferencia referido a la transacción en cuestión se justificó el análisis de la parte en Estados Unidos y que la demandante cumplió con los requisitos de su información comprobatoria junto con el principio de plena competencia, razón por la que había lugar a declarar en firme su denuncia rentística del año gravable 2007.

RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Deberes formales / DEBERES FORMALES EN RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Finalidad / CORRECCIÓN DE LA DECLARACIÓN INFORMATIVA INDIVIDUAL DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA DIIPT - Procedencia / CORRECCIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Procedencia / CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA EN RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Procedencia del examen de las correcciones de la declaración informativa de precios de transferencia DIIPT y de la documentación comprobatoria / RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Parte analizada / PARTE ANALIZADA EN RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Selección / PARTE ANALIZADA EN RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Objeto / DIRECTRICES DE LA OCDE EN RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Selección de la parte analizada. Coherencia con el análisis funcional de la operación / CARTILLA DE INSTRUCCIONES PARA DILIGENCIAMIENTO DE LA DECLARACIÓN INFORMATIVA INDIVIDUAL DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA DIIPT Año 2007 - Selección de la parte analizada en la operación. / ESTUDIO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Método aplicable / DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Justificación del análisis de comparabilidad con parte analizada del exterior / CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA EN RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Alcance. Reiteración de jurisprudencia / CAMBIO DE PARTE ANALIZADA EN CORRECCIÓN A DECLARACIÓN INFORMATIVA INDIVIDUAL DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA DIIPT - Procedencia. Año gravable 2007 / CAMBIO DE PARTE ANALIZADA EN CORRECCIÓN DE DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Procedencia y alcance. Año gravable 2007 / MÉTODOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Alcance. Recaen sobre transacciones individuales / ANEXOS DE DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Suficiencia

Problema jurídico: *¿Es procedente tener en cuenta la corrección de la declaración informativa de precios de transferencia presentada por la demandante y su documentación comprobatoria, en la que se tomó como parte analizada la sociedad vinculada a la demandante?*

Tesis: “El Estatuto Tributario estableció dos deberes formales especiales como parte fundamental del régimen de precios de transferencia: el de presentar la declaración informativa individual de precios de transferencia, y el de preparar y enviar la documentación comprobatoria. Estos deberes formales, impuestos por la ley, tienen por objeto posibilitar la labor de fiscalización administrativa, por cuanto permiten determinar si el contribuyente autoliquidó el impuesto de renta observando el principio de plena competencia y, en general, las exigencias del régimen de precios de transferencia. En cuanto a la posibilidad de que los contribuyentes corrijan su DIIPT y la documentación comprobatoria, esta Sala se pronunció en sentencia del 12 de noviembre de 2020, (...) De acuerdo con el criterio expuesto, la corrección de la DIIPT y de la documentación comprobatoria es procedente, de acuerdo con el artículo 260-10 del Estatuto Tributario. En consecuencia, la DIAN debió tener en cuenta la corrección presentada por la demandante de la DIIPT y la documentación comprobatoria, con el fin de determinar si las operaciones con vinculados económicos se ajustaron al principio de plena competencia. (...) Se aclara que en materia de precios de transferencia debe existir una parte analizada, la cual puede ser la entidad que presta un servicio o a la que se le prestan un servicio. Los precios de la parte analizada son los que se comparan con los que las partes independientes hayan tenido en operaciones comparables, con el fin de determinar si se cumple con el principio de plena competencia. Las Directrices de la OCDE Aplicables en Materia de Precios de Transferencia explicaban, que la selección de la parte objeto de análisis debe ser coherente con el análisis funcional de la operación. Además, como norma general la parte objeto de análisis es aquella a la que puede aplicarse el método de determinación de precios de transferencia con más fiabilidad, y con la que existe comparables más sólidos, por lo que es aquella cuyo análisis funcional resulte menos complejo y con menos ajustes. (...) De lo determinado por la actora en su DIIPT y en su documentación comprobatoria inicial

se puede establecer, que rindió informe de dos perspectivas respecto a la operación de egreso de prestación de servicios administrativos, la primera como parte analizada la empresa en Colombia y la segunda como parte analizada la empresa ubicada en Estados Unidos. Desde la primera perspectiva la operación analizada quedó fuera del rango, pero desde la segunda quedó dentro del rango. (...) La razón principal para negarse a la modificación de la operación de egreso fue, que pese a que en su DIIPT original informó que en dicha operación se realizó un análisis de la empresa en Colombia, en la corrección transmitida el 3 de julio de 2009 se modificó la casilla 92 en la que indicó que la parte analizada es la empresa vinculada de los Estados Unidos, por lo que la operación fue a valores de mercado. La Sala advierte, que efectivamente la actora presentó corrección de su DIIPT el 3 de julio de 2009, realizó pago de sanción por \$1.755.000, y remitió a la demandada corrección de su documentación comprobatoria en noviembre de 2009. La Sala resalta que la corrección de la DIIPT fue remitida previo a la notificación del requerimiento especial a la demandante el 3 de julio de 2009 y no se modificaron los montos totales de las operaciones de ingreso y de egreso, sino que se corrigió la casilla 92 en la que se indicó que la parte analizada fue la vinculada en el exterior en el análisis de la operación de egreso de pago de servicios administrativos, como lo explicó la demandante en respuesta al requerimiento especial y que no se discute por la DIAN. (...) Con el fin de que los contribuyentes realicen el análisis de operaciones comparables en el periodo gravable 2007 la DIIPT en la casilla 92 permitía que se identificara la empresa analizada entre la empresa en Colombia y en el exterior (...) De acuerdo con la explicación de la liquidación oficial, era evidente para la DIAN que los contribuyentes podían elegir la parte a analizar en su estudio de precios de transferencia, que en el presente caso lo realizó la demandante en la corrección de su DIIPT, por lo que fue procedente su cambio. En consecuencia, pese a que en la corrección de la documentación comprobatoria se realizó un análisis de la prestación del servicio de administración tanto de la empresa en Colombia como de la empresa en Estados Unidos, al haberse declarado en la corrección del DIIPT, que se debía tomar en cuenta el análisis de la empresa en el exterior, esa fue a la que se le debió dar prioridad por la DIAN. (...) En el presente caso, la DIAN en los actos administrativos demandados solo manifestó que lo más razonable era analizar la empresa colombiana, ya que el declarante era la parte examinada. Sin embargo, en la documentación comprobatoria el demandante explicó de forma razonable, que en el presente caso era procedente el análisis de la empresa en Estados Unidos, debido a que dicha empresa fue la que prestó el servicio de administración, por lo que al tener la opción y no existir una limitante legal era procedente. (...) [E]l principio de plena competencia se cumple desde que el precio de la transacción controlada se encuentre dentro del rango de precios determinado por independientes, luego del análisis de comparabilidad respectivo y aplicar el método más apropiado. En el presente caso, la demandante en la corrección de DIIPT y su documentación comprobatoria realizó su análisis de comparabilidad, por medio del método márgenes transaccionales de utilidad de operación de la operación de egreso por servicios administrativos, en la que se aclaró que la parte analizada era la empresa en Estados Unidos y el resultado fue que la operación se encontraba dentro de los rangos del precio determinado por independientes, por lo que se cumple con el principio de plena competencia. Se aclara que, a diferencia de lo establecido en los actos demandados y en la contestación de la demanda, la documentación comprobatoria cumple con los requisitos del artículo 7 del Decreto 4349 de 2004, debido a que así lo certificó la DIAN en documento del 24 de diciembre de 2010, y contiene información general, información específica, e información anexa. En el mismo sentido, se reitera que la DIAN en la liquidación oficial demandada acepta que se probaron las transacciones con la vinculada en Estados Unidos. (...) En el mismo sentido, se advierte que desde respuesta al requerimiento especial la demandante advirtió que la información de la empresa en Estados Unidos era más fiable, debido a que tiene un control estricto de costos y gastos de administración al tener acceso a la información de sus empresas en otros países. Adicionalmente, advirtió que por la posibilidad de la empresa en el exterior de acceder a información internacional no se requirieron ajustes en la información de precios de transferencia en comparación con la empresa colombiana, y aclaró que al no considerarse Estados Unidos un país de menor imposición no hay beneficio en transmitirle ingresos. Se observa que no se realizaron ajustes de información al análisis de precios de transferencia en cuanto a la transacción en discusión, de acuerdo con el organigrama de la demandante la empresa en Estados Unidos tiene una mayor posibilidad de tener acceso a información de precios de gastos de administración, y se puede determinar que es la parte menos compleja, ya que es la que presta el servicio de administración a la empresa en Colombia y a otras empresas a nivel internacional. (...) [S]e reitera que se encontraba soportado el cambio de la parte analizada y se aclara que dicho cambio solo afecta la información de la transacción de los servicios administrativos, ya que los métodos de precios de transferencia recaen sobre transacciones individuales, como lo determina el artículo 260-2 del Estatuto Tributario. Además, a diferencia de lo establecido en los actos demandados la demandante remitió en su documentación comprobatoria a título de anexos, la matriz de los comparables, descripción de las compañías comparables, información financiera de las compañías comparables, descripción técnica de los ajustes, descripción de activos junto con los estados financieros, y demás contratos, por lo que el solo hecho de decir que no es suficiente no desvirtúa la veracidad de la información o la razón de haber elegido el análisis de la empresa del exterior. (...) En este orden de ideas, la actora podía corregir su DIIPT y su documentación comprobatoria, se debió de tener en cuenta la información remitida en sus correcciones, la demandante tenía la libertad de elegir realizar su análisis de la empresa extranjera, y cumplió con los requisitos de su información comprobatoria junto con el principio de plena competencia”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de julio de 2021, C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2012-00182-02 (20641).

4. Cuando el contrato de leasing se suscriba por más de un locatario, la deducción del artículo 158-3 del Estatuto Tributario procede en forma proporcional a la inversión de cada uno, la cual será en partes iguales, salvo que en el contrato se pacte lo contrario; además, el locatario puede pedir la deducción en el año gravable de suscripción del contrato o en aquel en el que hace la inversión, que es cuando inicia el negocio y registra el activo en su patrimonio.

Síntesis del caso: Mediante los actos administrativos acusados la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2009 de un contribuyente, en el sentido de rechazar parcialmente la deducción por inversión en activos fijos reales productivos prevista en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario. La Sala anuló tales actos en forma parcial, porque consideró que procedía la deducción de la inversión en el referido año gravable respecto de los bienes que la demandante adquirió mediante contrato de leasing financiero, suscrito en el año 2008, porque el artículo 4 del Decreto 1766 de 2004 faculta al locatario para pedir la deducción en el periodo gravable en el que hace la inversión (que es cuando inicia el contrato y registra el activo en su patrimonio) o en el año gravable en el que suscribe el contrato. No obstante, precisó que no hay lugar a reconocer a la actora el total de la deducción, sino el 50%, porque el contrato de leasing fue suscrito por dos locatarios, caso en el cual la deducción procede en forma proporcional a la inversión efectuada por cada uno de ellos. Lo anterior, dado que la base del cálculo de la deducción es el costo de adquisición del bien (art. 4 Decreto 1766 de 2004), de modo que si son varios los adquirentes, dicho costo se entiende asumido, en la misma proporción, por quienes hacen la inversión, a menos que el contrato de leasing disponga lo contrario. Además, la Sala señaló que no existe norma tributaria que permita a uno de los locatarios tomar el 100 % de la deducción en los casos en que los demás locatarios no hagan uso de la misma o cuando uno solo registre contablemente la totalidad del bien y que la declaración de importación ordinaria o la declaración de cambio no son requisitos legales para la procedencia de la deducción en mención cuando los bienes se importan de manera temporal.

DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS MEDIANTE LEASING FINANCIERO EN DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Procedencia / DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS - Vigencia / ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS - Definición / DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS EN DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Oportunidad / DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS EN DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Base de cálculo o liquidación. Corresponde al costo de adquisición del bien / DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS EN DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Alcance de la expresión *podrá* del artículo 4 del Decreto 1766 de 2004 / CONTRATO DE LEASING FINANCIERO - Tratamiento tributario y contable. Reiteración de jurisprudencia / DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS MEDIANTE LEASING EN DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Alcance del artículo 158-3 del Estatuto Tributario. Reiteración de jurisprudencia / SOLICITUD DE DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS MEDIANTE LEASING FINANCIERO EN LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Oportunidad. Periodo gravable en el que procede la deducción. Reiteración de jurisprudencia / DEDUCCIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS MEDIANTE CONTRATO DE LEASING FINANCIERO SUSCRITO POR VARIOS LOCATARIOS - Procedencia proporcional a la inversión de cada locatario, sin perjuicio del manejo contable dado al bien /

MANEJO CONTABLE DE BIEN ADQUIRIDO MEDIANTE CONTRATO DE LEASING FINANCIERO SUSCRITO POR VARIOS LOCATARIOS - Efectos jurídicos

Problema jurídico 1: *¿La deducción por inversión en activos fijos reales productivos adquiridos mediante contrato de leasing solo procede en el año en que se suscribió el contrato? ¿Procedía reconocer a la actora el 100% de la deducción, pese a que el contrato de leasing fue suscrito por dos locatarios?*

Tesis 1: “El artículo 158-3 del E.T establece que los contribuyentes del impuesto sobre la renta podrán deducir el valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos adquiridos, aun bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra, a partir del 1º de enero de 2004. El porcentaje de la deducción era del 30% para los años gravables 2004 a 2006 y del 40% a partir del 1 de enero de 2007. Con la Ley 1430 de 2010 se prohibió hacer uso de esta deducción a partir del año gravable 2011. El artículo 158-3 del ET fue reglamentado por el Decreto 1766 del 2004, norma que señaló que los activos fijos reales productivos son *“los bienes tangibles que se adquieren para formar parte del patrimonio, participan de manera directa y permanente en la actividad productora de renta del contribuyente y se deprecian o amortizan fiscalmente”* [art. 2]. Respecto a la oportunidad para solicitar la deducción, dispuso que *“deberá solicitar en la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable en que se realiza la inversión, y la base de su cálculo corresponde al costo de adquisición del bien”* [art. 3]. Por su parte, el artículo 4 del Decreto 1766 de 2004 dispone que *“cuando la inversión en activos fijos reales productivos se efectúe mediante el sistema de leasing, en todos los casos se deberá ejercer la opción irrevocable de compra. El arrendatario podrá deducir de la renta del período en el cual se suscribe el contrato el treinta por ciento (30%) del costo del activo fijo real productivo objeto del contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6º del presente decreto. [...]”* Del total de la deducción de activos fijos reales productivos solicitada por la demandante en la declaración de renta de 2009 (\$5.656.299.000), la DIAN aceptó \$1.440.804.000 y rechazó \$4.215.495.000. De esa suma, el Tribunal aceptó \$3.616.753.141. En relación con los activos respecto de los cuales el Tribunal aceptó la deducción por inversión en activos fijos reales productivos, la Sala precisa lo siguiente: **1. Respecto a la GRÚA T8269.** Del valor del activo (\$3.661.984.433), la DIAN rechazó \$1.464.793.777 y el Tribunal aceptó la deducción por ese valor porque la demandante registró el activo en la cuenta 162535 «bienes recibidos en arrendamiento financiero leasing» en el año gravable 2009, en el que se inició la ejecución del contrato (...) Al analizar la legalidad de algunos apartes del artículo 2 del Decreto 1766 de 2004, relativo a la definición de activo real productivo, además de hacer la distinción entre el leasing operativo y el leasing financiero, esta Sección estableció que a los contratos de leasing financiero debe darse el tratamiento tributario y contable del artículo 127-1 numeral 2 literal a) del Estatuto Tributario y señaló que ese tratamiento es compatible con la deducción especial del artículo 158-3 de la misma normativa. Así, al regular la deducción especial por inversión en activos fijos, el artículo 158-3 del Estatuto Tributario se refiere al leasing financiero y no al operativo, lo que implica que desde el inicio del contrato de leasing el bien hace parte del patrimonio del arrendatario para los fines contables y tributarios, pues, de lo contrario, no sería una inversión sino un gasto. De esta manera, solo es posible la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos si los bienes se registran como un activo del contribuyente. En lo pertinente, en sentencia de 4 de noviembre de 2015 esta Sección precisó (...) [E] locatario en un contrato de leasing financiero puede pedir la deducción especial del artículo 158-3 del Estatuto Tributario **en el periodo gravable en el que hace la inversión** (que es cuando se da inicio al contrato y se registra el activo en su patrimonio) **o en el año gravable en el que suscribe el contrato.** En similar sentido se pronunció la Sala en sentencia de 10 de junio de 2021. En el caso concreto, se encuentra probado que el 24 de septiembre de 2008 la demandante y Transportes Montejo Ltda, como locatarios, suscribieron el contrato de leasing N° 0490-1000-000000336 con BBVA Leasing S.A., sobre el bien denominado Grúa T8269, con un valor financiado de \$3.651.984.433 (...) En el anexo del contrato de arrendamiento financiero figura como fecha de iniciación el 6 de agosto de 2009 y fecha de terminación el 6 de agosto de 2014. Como quedó demostrado, en el presente asunto el contrato de leasing financiero fue suscrito en el año gravable 2008. En consecuencia, la demandante podía solicitar la deducción por inversión en activos fijos reales productivos en la declaración de renta de dicho periodo gravable, pues el artículo 4 del Decreto 1766 de 2004 le otorga esa facultad. No obstante, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 1766 de 2004, la actora también podía solicitar la deducción especial en la declaración de renta del periodo gravable 2009, como lo hizo en este caso. Lo anterior, porque el contrato inició en el año gravable 2009, pues en ese año se entiende realizada la inversión ya que es al inicio del contrato cuando los bienes se deben registrar en el patrimonio del contribuyente, de acuerdo con el artículo 127-1 numeral 2 literal a) del E.T. Ahora bien, frente al argumento del apelante en el sentido de que no procede reconocer a la actora el total de la deducción sino el 50% de esta porque el contrato de leasing fue suscrito por dos locatarios, la Sala precisa que en los casos en que el contrato de leasing sea suscrito por más de un locatario, la deducción prevista en el artículo 158-3 del ET., procede en forma proporcional a la inversión hecha por cada uno de ellos. Lo anterior, teniendo en cuenta que la base del cálculo de la deducción es el costo de adquisición del bien (art 4 Decreto 1766 de 2004) y si son varios los que adquieren el bien, dicho costo se entiende asumido, en la misma proporción, por quienes hacen la inversión, a menos que el contrato de leasing disponga lo contrario. En el caso concreto, se encuentra probado que el contrato de leasing (...) sobre el activo Grúa T8269, fue suscrito por **Montejo Heavy Lift S.A. y Transportes Montejo Ltda**, como locatarios y no se

discute que la inversión de cada locatario se hizo por partes iguales, pues el contrato de leasing no indica lo contrario. Por esa razón, el valor que tiene derecho a deducir la demandante, es del 50%, o sea, \$732.396.888 y no \$1.464.793.777 (que equivale al 40% del valor del activo), como lo dispuso el Tribunal. Si bien solo la demandante registró el total del activo en su contabilidad y el otro locatario decidió no registrarlo, es una decisión que tiene efectos únicamente entre los locatarios y no resulta oponible a la Administración. Como se indicó, el beneficio debe ser proporcional a la inversión, sin perjuicio del manejo contable dado al bien. No existe norma tributaria que habilite a uno de los locatarios para tomar el 100% de la deducción en los casos en que los demás locatarios no hagan uso de la misma o cuando en los contratos de leasing existen varios locatarios”.

DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS - Requisitos / DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS – Requisito de depreciación del activo por el sistema de línea recta / DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS – Cumplimiento del requisito de depreciación del activo por el sistema de línea recta / PROCEDENCIA DE LA DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS MEDIANTE IMPORTACIÓN TEMPORAL – Inexistencia de requisitos legales adicionales a los previstos en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario.

Problema jurídico 2: *¿Se cumplieron los requisitos legales para la procedencia de las deducciones por inversión en activos fijos reales productivos respecto de los bienes adquiridos mediante importación temporal, así como la depreciación por el sistema lineal del activo denominado BOOM T8269?*

Tesis 2: “El artículo 158-3 del E.T establece que los contribuyentes del impuesto sobre la renta podrán deducir el valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos adquiridos, aun bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra, a partir del 1º de enero de 2004. El porcentaje de la deducción era del 30% para los años gravables 2004 a 2006 y del 40% a partir del 1 de enero de 2007. Con la Ley 1430 de 2010 se prohibió hacer uso de esta deducción a partir del año gravable 2011. El artículo 158-3 del ET fue reglamentado por el Decreto 1766 del 2004, norma que señaló que los activos fijos reales productivos son *“los bienes tangibles que se adquieren para formar parte del patrimonio, participan de manera directa y permanente en la actividad productora de renta del contribuyente y se deprecian o amortizan fiscalmente”* [art. 2]. Respecto a la oportunidad para solicitar la deducción, dispuso que *“deberá solicitar en la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable en que se realiza la inversión, y la base de su cálculo corresponde al costo de adquisición del bien”* [art. 3]. Por su parte, el artículo 4 del Decreto 1766 de 2004 dispone que *“cuando la inversión en activos fijos reales productivos se efectúe mediante el sistema de leasing, en todos los casos se deberá ejercer la opción irrevocable de compra. El arrendatario podrá deducir de la renta del período en el cual se suscribe el contrato el treinta por ciento (30%) del costo del activo fijo real productivo objeto del contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6º del presente decreto.[...]”* Del total de la deducción de activos fijos reales productivos solicitada por la demandante en la declaración de renta de 2009 (\$5.656.299.000), la DIAN aceptó \$1.440.804.000 y rechazó \$4.215.495.000. De esa suma, el Tribunal aceptó \$3.616.753.141. En relación con los activos respecto de los cuales el Tribunal aceptó la deducción por inversión en activos fijos reales productivos, la Sala precisa lo siguiente: **1. Respecto a la GRÚA T8269.** Del valor del activo (\$3.661.984.433), la DIAN rechazó \$1.464.793.777 y el Tribunal aceptó la deducción por ese valor porque la demandante registró el activo en la cuenta 162535 «bienes recibidos en arrendamiento financiero leasing» en el año gravable 2009, en el que se inició la ejecución del contrato (...) Al analizar la legalidad de algunos apartes del artículo 2 del Decreto 1766 de 2004, relativo a la definición de activo real productivo, además de hacer la distinción entre el leasing operativo y el leasing financiero, esta Sección estableció que a los contratos de leasing financiero debe darse el tratamiento tributario y contable del artículo 127-1 numeral 2 literal a) del Estatuto Tributario y señaló que ese tratamiento es compatible con la deducción especial del artículo 158-3 de la misma normativa. Así, al regular la deducción especial por inversión en activos fijos, el artículo 158-3 del Estatuto Tributario se refiere al leasing financiero y no al operativo, lo que implica que desde el inicio del contrato de leasing el bien hace parte del patrimonio del arrendatario para los fines contables y tributarios, pues, de lo contrario, no sería una inversión sino un gasto. De esta manera, solo es posible la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos si los bienes se registran como un activo del contribuyente. En lo pertinente, en sentencia de 4 de noviembre de 2015 esta Sección precisó (...) [E] locatario en un contrato de leasing financiero puede pedir la deducción especial del artículo 158-3 del Estatuto Tributario **en el periodo gravable en el que hace la inversión** (que es cuando se da inicio al contrato y se registra el activo en su patrimonio) **o en el año gravable en el que suscribe el contrato.** En similar sentido se pronunció la Sala en sentencia de 10 de junio de 2021. En el caso concreto, se encuentra probado que el 24 de septiembre de 2008 la demandante y Transportes Montejo Ltda, como locatarios, suscribieron el contrato de leasing N° 0490-1000-000000336 con BBVA Leasing S.A., sobre el bien denominado Grúa T8269, con un valor financiado de \$3.651.984.433 (...) En el anexo del contrato de arrendamiento financiero figura como fecha de iniciación el 6 de agosto de 2009 y fecha de terminación el 6 de agosto de 2014. Como quedó demostrado, en el presente asunto el contrato de leasing financiero fue suscrito en el año gravable 2008. En consecuencia, la demandante

podía solicitar la deducción por inversión en activos fijos reales productivos en la declaración de renta de dicho periodo gravable, pues el artículo 4 del Decreto 1766 de 2004 le otorga esa facultad. No obstante, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 1766 de 2004, la actora también podía solicitar la deducción especial en la declaración de renta del periodo gravable 2009, como lo hizo en este caso. Lo anterior, porque el contrato inició en el año gravable 2009, pues en ese año se entiende realizada la inversión ya que es al inicio del contrato cuando los bienes se deben registrar en el patrimonio del contribuyente, de acuerdo con el artículo 127-1 numeral 2 literal a) del E.T. Ahora bien, frente al argumento del apelante en el sentido de que no procede reconocer a la actora el total de la deducción sino el 50% de esta porque el contrato de leasing fue suscrito por dos locatarios, la Sala precisa que en los casos en que el contrato de leasing sea suscrito por más de un locatario, la deducción prevista en el artículo 158-3 del ET., procede en forma proporcional a la inversión hecha por cada uno de ellos. Lo anterior, teniendo en cuenta que la base del cálculo de la deducción es el costo de adquisición del bien (art 4 Decreto 1766 de 2004) y si son varios los que adquieren el bien, dicho costo se entiende asumido, en la misma proporción, por quienes hacen la inversión, a menos que el contrato de leasing disponga lo contrario. En el caso concreto, se encuentra probado que el contrato de leasing (...) sobre el activo Grúa T8269, fue suscrito por **Montejo Heavy Lift S.A.** y **Transportes Montejo Ltda**, como locatarios y no se discute que la inversión de cada locatario se hizo por partes iguales, pues el contrato de leasing no indica lo contrario. Por esa razón, el valor que tiene derecho a deducir la demandante, es del 50%, o sea, \$732.396.888 y no \$1.464.793.777 (que equivale al 40% del valor del activo), como lo dispuso el Tribunal. Si bien solo la demandante registró el total del activo en su contabilidad y el otro locatario decidió no registrarlo, es una decisión que tiene efectos únicamente entre los locatarios y no resulta oponible a la Administración. Como se indicó, el beneficio debe ser proporcional a la inversión, sin perjuicio del manejo contable dado al bien. No existe norma tributaria que habilite a uno de los locatarios para tomar el 100% de la deducción en los casos en que los demás locatarios no hagan uso de la misma o cuando en los contratos de leasing existen varios locatarios”.

Salvamento de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

DEDUCCIÓN DE INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS MEDIANTE LEASING EN LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA – Oportunidad / DEDUCCIÓN DE INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS MEDIANTE LEASING EN LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA – Alcance de la expresión *podrá* del artículo 4 del Decreto 1766 de 2004 / DEDUCCIÓN DE INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ADQUIRIDOS MEDIANTE LEASING EN LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA – Período gravable de aplicación del beneficio. Correspondía al año en el que se hubiera suscrito el correspondiente contrato de leasing y no al año siguiente, como lo consideró la sala

Tesis: “Para el año 2009, época de los hechos, la oportunidad para tomar el beneficio por inversión en activos fijos reales productivos adquiridos mediante leasing, se encontraba expresamente regulada en el Decreto Reglamentario 1766 de 2004 y correspondía al año gravable en el que se suscribiera el contrato de Leasing. (...) No consagró la norma reglamentaria una opción respecto del año gravable. La expresión “podrá” se encontraba referida a la posibilidad de tomar o no el beneficio, lo que dependía de las particulares condiciones de cada contribuyente, mas no al período gravable de ejercicio de la opción. Era perentorio que, si se optaba por ese tratamiento, la deducción se tomara en el período gravable en el cual se hubiera suscrito el correspondiente contrato de leasing. Por tanto, considero que haber tomado el beneficio en el año siguiente a aquel en que había sido suscrito el contrato de leasing (2008) no era procedente y, es por esta razón que me aparto de la decisión de la Sala.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 29 de julio de 2021, C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2014-01283-01 \(24492\).](#)

5. La Sala precisa que, en razón del perfeccionamiento de la fusión, no hay lugar a la terminación anticipada del periodo de causación o de declaración del impuesto ni a una declaración por fracción del respectivo periodo, sino que el cumplimiento del deber de presentar la declaración del periodo en que ocurrió el perfeccionamiento corresponde a la sociedad absorbente.

Síntesis del caso: *En la autoliquidación del IVA del 6º bimestre del 2013, la demandante imputó el saldo a favor contenido en la declaración de IVA del 5.º bimestre del mismo año de una sociedad que absorbió mediante escritura pública protocolizada el 27 de diciembre también de 2013 e inscrita en el registro mercantil el 21 de enero de 2014. Mediante los actos administrativos acusados la DIAN accedió a la devolución de dicho saldo a favor, previa compensación de igual valor, porque consideró que no procedía la imputación, dado que la fusión le fue oponible desde el registro de la escritura pública de fusión, de modo que la declaración de IVA del 6.º bimestre presentada por la absorbida surtió todos los efectos legales, a la par que la absorbente no tenía derecho a la referida imputación. La Sala anuló tales actos tras concluir que desde el perfeccionamiento de la fusión, que ocurrió con el otorgamiento de la respectiva escritura pública, la absorbente adquirió el derecho sobre el saldo a favor del IVA que en el periodo inmediatamente anterior autoliquidó la sociedad absorbida y que, consecuentemente, la absorbente estaba facultada para imputar dicho saldo en la declaración de IVA del periodo durante el cual se formalizó la fusión, o para solicitarlo en compensación y/o devolución. Para el efecto reiteró que las obligaciones tributarias sustanciales que se causen, así como los deberes formales exigibles, con posterioridad al perfeccionamiento a la fusión tienen como obligado tributario a la absorbente y precisó que con motivo de ese perfeccionamiento no hay lugar a la terminación anticipada del periodo de causación o de declaración del impuesto, ni a la declaración por fracción del respectivo periodo, sino que el cumplimiento del deber formal de presentar la declaración asociada al periodo en que ocurrió el perfeccionamiento corresponde a la absorbente, de tal manera que, si bien el IVA es un tributo de causación instantánea pero con declaración o liquidación periódica, era deber de la demandante, y no de la absorbida, autoliquidar el IVA del 6.º bimestre del año en cuestión.*

FUSIÓN DE SOCIEDADES - Existencia. Reiteración de jurisprudencia / ACUERDO DE FUSIÓN DE SOCIEDADES - Formalización. Reiteración de jurisprudencia / FUSIÓN DE SOCIEDADES - Oponibilidad. Reiteración de jurisprudencia / FUSIÓN DE SOCIEDADES - Existencia, perfeccionamiento y eficacia entre las partes. Reiteración de jurisprudencia / EFECTOS TRIBUTARIOS O FISCALES DEL PERFECCIONAMIENTO DE LA FUSIÓN DE SOCIEDADES - Precisión jurisprudencial / FUSIÓN DE SOCIEDADES - Efectos tributarios o fiscales respecto de la sociedad absorbente. Reiteración de jurisprudencia / EFECTOS TRIBUTARIOS O FISCALES DE LA FUSIÓN DE SOCIEDADES - Titularidad del derecho a la devolución de saldos a favor declarados por la sociedad absorbida. Reiteración de jurisprudencia / IMPUTACIÓN IMPROCEDENTE DE SALDO A FAVOR - No configuración

Problemas Jurídicos: *¿La sociedad absorbente era titular del derecho al saldo a favor del IVA que imputó y que en un periodo de declaración previo fue autoliquidado por la sociedad absorbida? ¿La premisa de los actos acusados (i.e. imputación impropia por parte de la absorbente del saldo a favor del IVA de la absorbida) para compensar de oficio se ajusta al ordenamiento tributario?*

Tesis: “[E]sta Sección consideró que la existencia y perfeccionamiento del negocio jurídico de fusión ocurre «al formalizarse el acuerdo de fusión», lo cual, para aquellos tipos societarios en los cuales las reformas estatutarias se llevan a cabo mediante escritura pública –como es el caso que ocupa a la Sala–, sucede al protocolizar mediante escritura pública el acuerdo de fusión correspondiente, según el artículo 177 del CCo. Una vez perfeccionada en esos términos la fusión, la absorbente adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión, según preceptúan los artículos 172 y 178 ibidem. También (...) se precisó la diferencia entre perfeccionamiento y existencia del negocio jurídico de fusión frente a su oponibilidad ante terceros. En ese sentido, (...) señaló que la fusión está sometida a una formalidad ad solemnitatem (i.e. escritura pública) para que exista como negocio jurídico y sea eficaz entre los sujetos

negociales, pero su oponibilidad ante terceros está restringida hasta tanto sea inscrito en el registro mercantil (artículos 28.9, 158 y 901 ejusdem). De manera que, para tipos societarios como el analizado (i.e. sociedad anónima), el negocio jurídico de fusión se perfecciona y es eficaz para las partes (i.e. absorbente y absorbida) desde que el acuerdo de fusión se formaliza mediante escritura pública, independientemente de cuándo se inscriba en el registro mercantil, lo que solo tiene fines de oponibilidad. Esa premisa sobre la existencia y eficacia de la fusión subyace en el artículo 319-9 del ejusdem, por cuanto preceptúa que, desde el momento en que dicho negocio jurídico «se perfeccione», la absorbente adquiere la calidad de deudora solidaria de las obligaciones fiscales a cargo de la absorbida, incluyendo «intereses, sanciones, anticipos, retenciones, contingencias y demás obligaciones tributarias». Incluso, desde esa fecha la absorbente no solo asume la referida «solidaridad», sino que también adquiere los derechos de la absorbida, tal como lo estimó esta Sección en sentencia del 19 de octubre de 2017, exp. 19221, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, cuando juzgó que a partir de la fecha de la escritura pública de fusión, la absorbente es responsable por el cumplimiento de las obligaciones tributarias sustanciales y deberes formales que surjan o sean exigibles a partir de esa fecha, al tiempo que «adquiere los derechos que se deriven de dicha relación». Con base en lo cual, en esa oportunidad la Sección decidió que la sociedad absorbente tenía derecho a la devolución del saldo a favor declarado por la absorbida «en virtud de la transferencia en bloque del patrimonio de la sociedad absorbida a favor de la sociedad absorbente, con ocasión del proceso de fusión». Conforme a las consideraciones antes expuestas, la Sala concluye que, desde la fecha del perfeccionamiento de la fusión, la absorbente es titular del derecho sobre el saldo a favor del IVA que en el periodo inmediatamente anterior hubiese sido autoliquidado por la absorbida. Consecuentemente, la absorbente se encuentra facultada para imputar dicho saldo a favor en la declaración de IVA del periodo durante el cual se formalizó la fusión, o para solicitarlo en compensación y/o devolución. (...) De conformidad con la premisa del fundamento jurídico nro. 3 de la presente providencia, y dado que el 27 de diciembre de 2013 la fusión se perfeccionó y surtió efectos entre las partes del negocio jurídico, en esa fecha la demandante —como absorbente— adquirió el derecho sobre el saldo a favor del IVA que la absorbida autoliquidó en su declaración privada del 5.º bimestre del año 2013 por cuantía de \$220.442.000. Perfeccionada la fusión durante el transcurso del bimestre 6.º del año 2013, la absorbente tenía derecho a disponer del referido saldo a favor mediante imputación en la declaración del IVA del 6.º bimestre del año 2013, conforme a lo preceptuado en el artículo 815, letra a., del ET. Es pertinente traer a colación que las obligaciones tributarias sustanciales que se causen, así como los deberes formales exigibles, con posterioridad al perfeccionamiento a la fusión tendrán como obligado tributario a la absorbente, tal como lo señaló esta Sección en la sentencia del 19 de octubre de 2017, exp. 19221, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, y en el fundamento jurídico nro. 5 de la sentencia del 30 de julio de 2020, exp. 21606, CP: Julio Roberto Piza; con lo cual, en esta oportunidad se precisa lo enunciado en el fundamento jurídico nro. 7 de la mencionada sentencia del 30 de julio de 2020, para indicar que con motivo del perfeccionamiento de la fusión no hay lugar a la terminación anticipada del periodo de causación del impuesto o de declaración del impuesto, ni una declaración por fracción del respectivo periodo, sino que el cumplimiento del deber formal de presentar la declaración asociada al periodo en que ocurrió el perfeccionamiento de la fusión tiene como obligado a la sociedad absorbente. Por consiguiente, si bien el IVA es un impuesto de causación instantánea pero con declaración o liquidación periódica, corresponde a la demandante, que no a la absorbida, el deber formal de presentar la declaración del IVA correspondiente al 6.º bimestre en el sub examine”.

Aclaración de voto del consejero Milton Chaves García

FUSIÓN DE SOCIEDADES - Oponibilidad. Se hace efectiva en el momento del registro mercantil de la operación, no de la suscripción de la escritura / SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE SALDO A FAVOR DE SOCIEDAD ABSORBIDA - Titularidad. El derecho a solicitarlo corresponde a la sociedad absorbente

Tesis: “[C]onsidero que, aunque en el presente caso no se modifica la conclusión a la que llegó la sala, la oponibilidad frente a terceros de la fusión se hace efectiva en el momento del registro, no de la suscripción de la escritura. La DIAN como tercero ajeno a la operación, solo tiene la posibilidad de conocer la fusión una vez se haga el registro mercantil de la operación. En todo caso, es la sociedad absorbente la que tiene la facultad de solicitar el saldo a favor, por lo que comparto el sentido de la decisión.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de junio de 2021, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 08001-23-33-000-2015-00622-01 \(24475\).](#)

6. De la base gravable de la contribución especial de obra pública se excluye la porción del valor del contrato gravado correspondiente al IVA repercutido a la entidad contratante.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los actos administrativos por los cuales la DIAN determinó la contribución de obra pública que le correspondía retener a una entidad pública respecto de los pagos que efectuó a un contratista con ocasión de un contrato de obra pública que suscribieron en el año 2012. La Sala anuló parcialmente los actos referidos, porque concluyó que liquidaron la contribución de obra pública sobre cuantías no gravadas con el tributo, dado que este no se causa respecto de las cuantías pagadas por la entidad contratante que no remuneran la prestación contratada, sino que obedecen al pago de la repercusión obligatoria de impuestos indirectos por parte del contratista a su contratante, razón por la cual hay lugar a excluir tales sumas de la base gravable.

CONTRIBUCIÓN DE OBRA PÚBLICA - Sujeto pasivo. Es el contratista / **CONTRIBUCIÓN DE OBRA PÚBLICA - Hecho generador.** Somete a imposición el ingreso percibido por el contratista de la obra, no el gasto efectuado por la entidad contratante / **CONTRIBUCIÓN DE OBRA PÚBLICA - Base gravable / HECHO GENERADOR DE LA CONTRIBUCIÓN DE OBRA PÚBLICA – Alcance.** No se realiza el hecho generador por aquella parte del pago realizado por la entidad contratante al contratista para soportar la repercusión del IVA causado por los servicios prestados por este, pues no se subsume en el supuesto fáctico prescrito por la ley como determinante del nacimiento de la obligación tributaria / **HECHO GENERADOR DE LA CONTRIBUCIÓN DE OBRA PÚBLICA – Causación.** **Exclusión del IVA repercutido a la entidad contratante / LIQUIDACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN DE OBRA PÚBLICA SOBRE CUANTÍAS NO GRAVADAS CON EL TRIBUTO – Ilegalidad.** **Repercusión del IVA causado por los servicios prestados / CONTRIBUCIÓN DE OBRA PÚBLICA – Tarifa**

Problema jurídico: ¿Hay lugar a excluir de la base gravable de la contribución de obra pública la porción del valor del contrato gravado que corresponda al IVA repercutido a la entidad contratante?

Tesis: “[O]bserva la Sala que el artículo 6.º de la Ley 1106 de 2006 dispone que estarán gravados con el tributo quienes sean contratistas de obra de las entidades públicas y que la cuota tributaria se determinará sobre «valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición». De acuerdo con esa formulación legal del hecho generador y del sujeto pasivo del impuesto, la figura tributaria en cuestión somete a imposición el ingreso percibido por el contratista de la obra, no el gasto efectuado por la entidad contratante. Ese dato jurídico implica que el tributo no se causa respecto de aquellas cuantías pagadas por la entidad contratante que no remuneran la prestación contratada, sino que obedecen al pago de la repercusión obligatoria de impuestos indirectos por parte del contratista a su contratante. De modo que, como lo alega la apelante única, no se realiza el hecho generador del tributo por aquella parte del pago realizado por la entidad contratante al contratista para soportar la repercusión del IVA causado por los servicios prestados por este, pues no se subsume en el supuesto fáctico prescrito por la ley como determinante del nacimiento de la obligación tributaria denominada «contribución de obra pública». Siendo una circunstancia fáctica relativa a la configuración del hecho generador del tributo, a efectos de no integrar el IVA repercutido en el monto respecto del cual se causa la contribución de obra pública, no se requiere la existencia de una norma de exclusión o de depuración de la base gravable para acompasar la cuantificación del tributo con la realización del hecho generador, al contrario de lo que argumenta la demandada. (...) [D]el total del contrato de obra por el cual se causó el tributo debatido (\$3.161.201.000), solo \$3.140.264.906 remuneraron la obra llevada a cabo por el sujeto pasivo del impuesto, pues la diferencia con lo pagado por la entidad contratante (\$20.935.097) correspondía a la repercusión del IVA causado por los servicios prestados. Por tanto, está demostrado el alegato de la apelante acerca de que los actos acusados liquidaron la contribución de obra pública sobre cuantías no gravadas con el tributo. Procede el cargo de apelación. 4- Atendiendo a los fundamentos jurídicos establecidos en la presente providencia, el tributo causado en el caso que se enjuicia corresponde al 5% del ingreso percibido por el contratista de obra pública en cuantía de \$3.140.264.906, es decir, a \$157.013.245. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia impugnada, para declarar la nulidad parcial de los actos acusados con miras a fijar la cuantía de la contribución de obra pública de conformidad con las prescripciones legales del hecho generador”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de julio de 2021, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 41001-23-33-000-2017-00570-01 \(25466\).](#)

SECCIÓN QUINTA

1. Se confirmó la sentencia de primera instancia que negó la nulidad del acto de elección de la personera municipal de Maicao en La Guajira.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de la personera municipal de Maicao en La Guajira bajo el cargo de expedición irregular, aduciendo que hubo irregularidades en la calificación de la entrevista. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, luego de concluir que la entrevista permite al entrevistador valorar los conocimientos de los aspirantes y de establecer que las preguntas realizadas en la entrevista sí guardan relación con las funciones misionales de los personeros y que debían ser del conocimiento de los aspirantes.*

ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL / ENTREVISTA EN EL CONCURSO DE MÉRITOS - Conducencia y pertinencia de las preguntas formuladas / ENTREVISTA EN EL CONCURSO DE MÉRITOS – La convocatoria permitía al entrevistador valorar los conocimientos de los aspirantes / PRUEBA DE OFICIO - No implica subsanar la falta de actividad probatoria de las partes

Problema jurídico: *La Sección entrará a resolver si existe mérito para confirmar, modificar o revocar la sentencia de 22 de marzo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el acto de designación de Mayerlis Pérez Granados como personera de municipio de Maicao.*

Tesis: “[L]a entrevista también permite al entrevistador valorar los conocimientos de los aspirantes y, además, porque en el acto de convocatoria se informó a los interesados que dicha etapa se valorarían conocimientos de los concursantes. En este punto, conviene traer a colación las funciones de los personeros [misionales, complementarias, delegadas y accesorias]. (...). Para la Sala la primera pregunta sí guarda relación con las funciones misionales de los personeros las cuales deben ser conocidas por quienes aspiran a desempeñar ese cargo, dado que la ejecución de los contratos estatales concierne la protección del interés público. (...). En el mismo sentido, según el artículo 178 de la Ley 136 de 1994, a los personeros les corresponde, entre otras funciones, defender el patrimonio público interponiendo las acciones judiciales y administrativas pertinentes y ejercer la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales. (...). [N]o es de recibo el planteamiento del actor según el cual la pregunta es sospechosa porque la demandada era la única participante especialista en contratación estatal, dado que, como se explicó, se trata de un tema cuyo conocimiento es esperable de quien aspira a ser personero. Acerca de la segunda pregunta, la Sala advierte que también guarda relación con las funciones misionales de los personeros. (...). Finalmente, en cuanto a la tercera pregunta, si bien puede pensarse que pretendía inducir a error a los entrevistados, dado que las personerías no están facultadas para adelantar procesos de responsabilidad fiscal, la Sala considera que los aspirantes debían tener conocimiento de dicho aspecto, en tanto la vigilancia de la gestión fiscal, por mandato constitucional (artículos 119 y 267) y legal (artículo 1 de la Ley 617 de 2000) está atribuida a la Contraloría General de la Nación. Es decir, debían saber que esa función no le corresponde al Ministerio Público sino a otra entidad, puesto que las preguntas también pueden tener como propósito verificar si el aspirante conoce cuáles son los límites y el alcance de sus funciones. (...). [A] actor le correspondía allegar el acervo probatorio que permitiera concluir que la calificación fue desproporcionada, de modo que debió solicitar en la oportunidad procesal adecuada, las pruebas pertinentes y conducentes para acreditar ese supuesto. Sin embargo, no es posible establecer dicha circunstancia dado que debía hacerse un ejercicio de comparación entre las respuestas del demandante y las de la demandada, pero estas últimas no fueron allegadas al proceso. (...). Es claro entonces que el análisis comparativo que echa de menos el apelante, con el que pretendía demostrar que la puntuación de la entrevista fue desproporcional, no pudo efectuarse en primera instancia ni tampoco en esta etapa del proceso, dada su incuria probatoria, la cual (...), no le corresponde suplir al juez.”

Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araujo Oñate

NULIDAD ELECTORAL - Garantía de incorporación de los antecedentes administrativos del acto electoral

Tesis: “Aunque [se comparte] la decisión de negar la pretensión principal de la demanda, al constatarse que las preguntas realizadas en el proceso electoral se ajustaron a las exigencias propias del cargo de personero municipal, [se discrepa] de las consideraciones según las cuales, no se pudieron analizar los motivos de inconformidad sobre las respuestas que el demandante suministró a éstas y verificar si eran acertadas, incorrectas o incluso compararlas con lo que contestó la demandada, porque no fueron aportados tales

documentos al proceso. No obstante lo anterior, de conformidad con el primer párrafo del artículo 175 y el segundo inciso del artículo 285 de la Ley 1437 de 2011, debían ser aportados con la contestación de la demanda, como también incorporarse al expediente por las autoridades que intervinieron en la expedición del acto, quienes están obligados a remitir al juez la totalidad de los antecedentes administrativos del acto de designación acusado. (...). [E]l eje central de la presente aclaración gira en torno a la necesidad que los antecedentes administrativos del acto electoral, [se deja] constancia que no es la primera vez que estas consideraciones han sido expuestas, por cuanto algunas veces no se cuenta con la totalidad de los documentos electorales que dan fe de la voluntad electoral, casos en los cuales es menester que el juez o el magistrado ponente se cerciore y adopte medidas para garantizar que la totalidad de los antecedentes del acto sean incorporados. (...). En ese orden ideas, no [se comparte] el hecho de que al omitir el actor aportar los cuestionarios de la entrevista y las respuestas a la misma y, al haber el ad quo requerir al Concejo Municipal de Maicao su remisión sin que hubiera cumplido con su deber legal, no se haya estudiado de fondo los motivos de inconformidad, pues tal situación implicaba, en el medio de control de naturaleza pública, como es la nulidad electoral, que el Juez ha debido garantizar dichos antecedentes. Ello, al tenor del párrafo 1 del artículo 175, en consonancia con el artículo 213 de la ley 1437 de 2011. Desde luego, ello implicaba la garantía del derecho de contradicción a los sujetos procesales.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 5 de agosto de 2021, C. P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 44001-23-40-000-2020-00215-01.](#)

2. Se declaró la nulidad del acto de elección de los representantes principal y suplente de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de Corpoguajira.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de los representantes principal y suplente de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de Corpoguajira alegando que hubo: (i) una exclusión irregular de los miembros de los consejos comunitarios inscritos para el proceso de elección; (ii) se permitió la votación de personas que no pertenecen a la comunidad; y, (iii) se permitió que los presidentes de los Consejos Comunitarios votaran cuando esa facultad está radicada en los representantes legales. La Sala declaró la nulidad del acto de elección luego de concluir que hubo una exclusión irregular de consejos comunitarios del proceso electoral.*

ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE DE LAS COMUNIDADES NEGRAS ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL - Exclusión irregular de consejos comunitarios inscritos para el proceso de elección

Problema jurídico: *Se limita a determinar si es nulo el acto de elección de la representante principal y su suplente de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de CORPOGUAJIRA para el período 2020-2023, contenido en el acta del 2 de octubre de 2020. Para la resolución del interrogante planteado se establecerá: i) si hubo una exclusión irregular de los miembros de los consejos comunitarios inscritos para el proceso de elección; ii) si se permitió la votación de personas que no pertenecen a la comunidad; y, iii) si fue irregular permitir el ejercicio del voto de los presidentes de los consejos comunitarios.*

Tesis: “[E]s claro que la postura de este juez de lo contencioso es que el trámite de adjudicación no inicia con el auto admisorio dictado por la Agencia Nacional de Tierras, sino con la sola radicación de la solicitud por parte de la comunidad que la presentó. (...). Así las cosas, mientras el artículo 20 del Decreto 1745 de 1995, regula lo concerniente a la solicitud para iniciar el trámite de adjudicación colectiva de tierras, el artículo 21 ídem, señala el inicio de las diligencias tendientes a la efectiva titulación, las cuales son: i) publicación de la solicitud, ii) visita a la comunidad, iii) la expedición del informe técnico de la visita, iv) oposición al trámite de adjudicación, v) revisión previa del concepto de la comisión técnica, vi) evaluación de las solicitudes y determinación de los límites del territorio, vii) la expedición de la resolución constitutiva y, viii) la publicación y registro del territorio titulado. (...). [E]l trámite de adjudicación de tierras, inicia con la solicitud de titulación, la cual permite poner en marcha el aparato administrativo y con esta se da comienzo a las actuaciones para lograr la entrega de las tierras a las comunidades negras, trámite que no puede tener decisión administrativa sin que se radique la debida petición, con la que se activan las competencias de la ANT para proceder a cumplir con el procedimiento, el cual debe ser atendido bajo los parámetros legalmente establecidos so pena de vulnerar derechos fundamentales. (...). Como ya se determinó, la debida interpretación y aplicación de dicha exigencia normativa consiste en entender que el trámite de adjudicación no inicia con el auto admisorio dictado por la Agencia

Nacional de Tierras, sino con la sola radicación de la solicitud por parte de la comunidad que la presentó. Lo que conlleva que para cumplir con este requisito bastará con aportar el certificado de la ANT que dé cuenta de que dicha petición de adjudicación esté en trámite. (...). En conclusión, según las pruebas allegadas al plenario y las razones antes expuestas es lo cierto que los consejos comunitarios de (...) sí cumplieron con el requisito establecido en el literal b) del artículo 2.2.8.5.1.2. del Decreto 1076 de 2015, por lo que, por esta circunstancia, no debieron ser excluidos del proceso electoral, lo que conlleva anular la elección que se acusa de ilegal pues, claramente se trata de un yerro que tiene incidencia respecto del resultado de la votación que terminó con la designación de los demandados como representantes de las comunidades negras ante el consejo directivo de CORPOGUAJIRA.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 5 de agosto de 2021, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2020-00094-00.](#)

3. Se confirmó la decisión de primera instancia que declaró la nulidad del acto de elección del concejal municipal de Turbo, Antioquia, por haber incurrido en doble militancia en la modalidad de apoyo.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de un concejal del municipio de Turbo, Antioquia, aduciendo que incurrió en la prohibición de doble militancia al apoyar candidatos de otros partidos políticos distintos a aquel por el cual se inscribió. La Sala confirmó la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto de elección toda vez que en el proceso se acreditó que la demandada realizó actos de apoyo en favor de un candidato a la alcaldía de Turbo, que no fue avalado por el Partido Conservador por el cual militaba.*

DOBLE MILITANCIA POLÍTICA – En la modalidad de apoyo / DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - Valoración del acervo probatorio / DOBLE MILITANCIA POLÍTICA – Alcance de la objeción de conciencia

Problema jurídico: *Le corresponde a la Sala resolver, en los precisos términos expuestos en el recurso de apelación, si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 20 de mayo de 2021. Para el efecto, se debe determinar si la concejal demandada incurrió en la causal de doble militancia por apoyo, como lo encontró probado el Tribunal en primera instancia, o si, como lo señala la recurrente: i) el a quo le dio un alcance de confesión que no tiene a las consideraciones efectuadas por el apoderado de la demandada en la contestación ii) las fotografías y demás pruebas valoradas no acreditan de manera puntual, fehaciente o inequívoca el apoyo por parte de la señora Gilma Jiménez Angulo a candidatos a la alcaldía de Turbo, Antioquia, que no pertenecían al Partido Conservador y, iii) las pruebas fotográficas aportadas carecen de autenticidad y validez.*

Tesis: “[L]a objeción de conciencia que efectuó la demandada, respecto a la candidatura del aspirante William Palacio Valencia ante la Dirección Nacional del Partido Conservador, no la autorizaba para apoyar a otros candidatos de otros partidos para la alcaldía de Turbo, Antioquia. (...). [D]e la valoración probatoria en conjunto, tanto de la confesión que hizo el apoderado de la demandada, como los registros fotográficos descritos anteriormente (extraídos directamente de la página de Facebook de la demandada), dan cuenta que la señora Gilma Jiménez Angulo realizó actos de apoyo en favor de un candidato a la alcaldía de Turbo, que no fue avalado por el Partido Conservador por el cual militaba. Es decir, la valoración efectuada por el Tribunal es acertada, comoquiera que, se insiste, de las fotografías traídas a colación se advierte claramente que la [demanda] (...), a través de su perfil de la red social Facebook, expresó públicamente su apoyo al candidato a la Alcaldía de Turbo Felipe Maturana González, toda vez que las imágenes compartidas retratan palmariamente a la candidata acompañada de personas que portaban camisetas azules con el eslogan “Conservadores con Felipe Maturana” e incluso ella en una de esas imágenes se aprecia con una de esas camisetas, lo que respalda la confesión efectuada por su apoderado en cuanto a que, de manera libre y pública, apoyó la candidatura de la coalición “Alianza por un Turbo Lleno de Fe”, de la cual no hacía parte el Partido Conservador.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 12 de agosto de 2021, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 05001-23-33-000-2019-03316-01.](#)

4. Se negó la nulidad del acto de elección del rector de la Universidad de Córdoba.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del rector de la Universidad de Córdoba, alegando que el acto electoral cuestionado incurre en infracción de norma superior y fue expedido con falta de competencia y afectación del derecho al debido proceso porque en la votación que finalizó con la elección del demandado, (i) participaron personas, refiriéndose a los suplentes, que no estaban habilitadas por la ley, (ii) no debió participar el gobernador del departamento; y, (iii) que el demandado fue elegido por un período personal cuando debió serlo por un período institucional. La Sala negó las pretensiones de la demanda luego de concluir que, (i) algunos de los miembros del Consejo Superior Universitario cuentan con suplentes; (ii) el gobernador hace parte del Consejo Superior de la Universidad de Córdoba sumado al hecho de que no participó de la elección cuestionada; y, (iii) que el periodo del rector es de carácter personal.*

CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD - La figura de la suplencia para algunos de sus miembros / RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA – El acto de elección demandado no incurrió en desconocimiento de norma alguna ni del quorum requerido como tampoco fue expedido con falta de competencia / CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD - Participación del gobernador del departamento como miembro / RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA – Periodo personal

Problema jurídico: *Se limita a establecer si el acto demandado es nulo, por presuntamente incurrir en infracción de norma superior, falta de competencia y en la causal de nulidad de que trata el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, para lo cual se deberá establecer: (i) si en la votación que finalizó con designación del demandado como rector de la Universidad de Córdoba participaron personas que no estaban habilitadas por la ley, desconociendo el quórum y el debido proceso, dada la condición de suplentes de algunos de los miembros del consejo directivo; ii) si el gobernador del departamento debe o no tener asiento en el consejo superior de la Universidad de Córdoba y; iii) si el periodo de la elección es personal o institucional.*

Tesis: “[E]n la actualidad en la Universidad de Córdoba los representantes de las directivas académicas, de los docentes, egresados, estudiantes, del sector productivo y de los ex rectores, cuentan con suplentes que son elegidos en el mismo proceso electoral del titular. (...). Así las cosas, quienes fungen como suplentes de cada estamento que compone el consejo superior, son las personas que resultaron electas dentro de cada proceso de selección de quienes los representarían, esto es, al someter a votación los candidatos de los representantes de los estudiantes, docentes, ex rectores y egresados, quienes participan, seleccionan la candidatura en fórmula por el representante principal y suplente. (...). [N]o se advierte yerro alguno en lo relativo al quorum de la sesión de 5 de marzo de 2021, en la medida que el consejo superior de la Universidad de Córdoba está conformado por 10 miembros, de los cuales para el momento que decidieron elegir al demandado como rector, estaban presente 6 de ellos, asistencia con lo cual se cumple con la participación mínima exigida en el artículo 22 inciso 3º, del Acuerdo 270 de 2017, pues cinco de ellos tenían derecho a voto. (...). [L]a participación del gobernador en el Consejo Superior de la Universidad de Córdoba encuentra fundamento en sus estatutos - Acuerdo 270 de 2017 que en su artículo 20 dispone que este colegiado es el máximo órgano de dirección y gobierno de la Universidad y estará integrado por: i) El ministro de Educación Nacional o su delegado, quien ejerce como su presidente; ii) Un representante del presidente de la República, que haya tenido vínculos en el sector universitario, quien ejerce como presidente, en ausencia del ministerio o de su delegado; iii) El gobernador del departamento de Córdoba y de otros siete (7) miembros, entre ellos el rector que no tiene derecho a voto. (...). Sumado a lo anterior, no podemos desconocer que el gobernador de Córdoba para el caso en concreto, no participó en la sesión del 5 de marzo de 2021, en la cual el consejo superior universitario eligió como rector al señor Jairo Miguel Torres Oviedo. (...). Entonces, al no haber hecho parte de los miembros que decidieron la elección cuestionada, no resulta relevante para el juez electoral, determinar si existe competencia en cabeza de este para ser miembro del órgano elector. (...). [L]a Sala debe acudir a los estatutos de la Universidad de Córdoba y en especial al artículo 41. (...). De este precepto, contrario al dicho de los demandantes, no se advierte que de manera expresa se determine que el periodo del rector es institucional. (...). [E]s lo procedente concluir que, contrario a lo formulado en la demanda, el periodo del rector es de carácter personal, porque se cuenta a partir de su posesión y se ejerce por 5 años, entonces, no puede ser institucional, dado que el precepto no contempla una fecha determinada de inicio y finalización.”

Salvamento de voto del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra**CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD – La figura de las suplencias no está respaldada por disposición legal / AUTONOMÍA UNIVERSITARIA - Límites**

Tesis: “[Se estima] que la composición de los consejos superiores de las universidades oficiales fue establecida por el legislador, razón por la cual no es posible alterar su estructura sin quebrantar el orden jurídico. (...). Nótese que esta norma no contempla la figura de “suplentes” de los representantes de los estudiantes, del sector productivo y de las directivas académicas, pues solamente prevé la posibilidad de transferir la representación vía “delegación”, pero en el específico caso del ministro de Educación Nacional. En otros términos, al no establecer dicha posibilidad para los demás integrantes del colegiado, el legislador consideró que, salvo el ministro, los demás miembros son irremplazables, es decir, no pueden sustraerse de la obligación de concurrir a las sesiones, dada su condición de miembros insustituibles. Además, el párrafo segundo del artículo 64 ibídem circunscribe la facultad de reglamentación del consejo superior en los estatutos de la universidad respecto de las “calidades, elección y periodo de permanencia” de los miembros de este cuerpo directivo, lo cual traduce que la “elección” se refiera a los aspectos operativos, logísticos, pero no a la variación del diseño institucional del consejo superior previsto en la ley. (...). En tales condiciones, es indispensable recordar que la autonomía universitaria encuentra su límite en la constitución y la ley, y esta prerrogativa, según lo indican con claridad los artículos 28 y 29 de la Ley 30 de 1992, significa para las instituciones de educación superior de carácter oficial, entre otros derechos, poder “designar sus autoridades académicas y administrativas”, siempre que estas decisiones se adopten dentro de la estructura orgánica fijada por el propio legislador. (...). A propósito, es menester recordar que constituye un principio axial del derecho público, que a las autoridades y a los servidores públicos, lo que no les está permitido les está prohibido, y no como se deja entrever en el presente fallo, en el cual tácitamente se indica que, como quiera que la norma no lo prohíbe, lo permite, lo que, como es bien sabido, es una regla que solo aplica en el ámbito de los particulares. Así las cosas, [se considera] que en la providencia puesta a consideración de la Sala se debió abordar el asunto relativo al alcance del principio de la autonomía universitaria y elucidar si este permite la reconfiguración del consejo superior de las universidades públicas con la creación de las suplencias en dicho órgano directivo o no.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 16 de septiembre de 2021, C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2021-00020-00.](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. La Ley 1821 de 2016, “[p]or medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas” no es aplicable a los trabajadores del Banco de la República a los que se refiere el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992

Síntesis del caso: La Sala de Consulta y Servicio Civil considera que la generalidad de los trabajadores del Banco de la República a los que se refiere el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992, se encuentran sometidos al régimen legal propio de la entidad, el cual no contempla una edad de retiro forzoso. En esa medida, los trabajadores mencionados no pueden acogerse a la opción que estableció el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, en el sentido de permitirles permanecer en sus cargos hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, a pesar de haber alcanzado los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de vejez. “Por tal razón, el empleador (el Banco) puede hacer uso de la facultad que le concede el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consistente en solicitar la pensión de jubilación, en nombre del trabajador que haya cumplido los requisitos para su reconocimiento, y, posteriormente, dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, siempre y cuando se haya notificado el acto de reconocimiento pensional e incluido en nómina de pensionados al beneficiario”.

EDAD DE RETIRO FORZOSO – Ley 1821 de 2016 / TRABAJADORES DEL BANCO DE LA REPÚBLICA – Literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992

Problema jurídico: “¿La Ley 1821 de 2016, ‘Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas’ es aplicable a los trabajadores del Banco de la República a que refiere el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992?”

Tesis: “La Ley 1821 de 2016 no es aplicable a los trabajadores del Banco de la República a los que se refiere el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992. Estos trabajadores continuarán sometidos al régimen legal propio del Banco, a los contratos de trabajo bajo las normas del Código Sustantivo de Trabajo, el reglamento interno de trabajo y la convención colectiva, en cuanto no contradigan dicho régimen propio y especial, el cual no establece una edad de retiro forzoso”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 9 de agosto de 2021, C.P. Oscar Darío Amaya Navas, radicación 11001-03-06-000-2021-00052-00\(2466\).](#)

2. Las facultades administrativas sancionatorias de la Superintendencia de Transporte pueden ejercerse sobre todas las personas naturales o jurídicas que violen la normativa del sector transporte, sean estas entidades vigiladas por dicha autoridad o no.

Síntesis del caso: La Sala de Consulta y Servicio Civil determinó que la autoridad administrativa competente para ejercer las funciones de inspección y vigilancia sobre la sociedad Lieber Colombia S.A.S. (antes Uber Colombia S.A.S.), es la Superintendencia de Sociedades. No obstante, precisó que dicha competencia, no limita ni afecta el ejercicio de las facultades sancionatorias que le correspondan a la Superintendencia de Transporte para garantizar la prestación del servicio de transporte conforme a la ley.

SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE – Facultades sancionatorias / CASO CONCRETO – Autoridad competente

Problema jurídico: *¿Determinar la autoridad competente para ejercer las funciones de inspección y vigilancia sobre la sociedad Lieber Colombia S.A.S. (antes Uber Colombia S.A.S.)?*

Tesis: “Así las cosas, [...] no es una entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia de Transporte, por cuanto esta no constituye una empresa de transporte, habilitada y autorizada de conformidad con la ley para el efecto. Lo anterior, no implica que la Superintendencia de Transporte no pueda ejercer las facultades sancionatorias y demás que le confiera la ley, respecto de los sujetos que desconozcan la normativa que regula la prestación del servicio de transporte, tal y como quedó explicado en el acápite anterior. [...] Tal y como se ha venido explicando, la sociedad [...] estaba siendo sujeto de supervisión por parte de la Superintendencia de Sociedades desde el año 2016, según lo indicado por la referida entidad, y lo certificado por el revisor fiscal de la empresa el 16 de octubre de 2020. Se resalta asimismo, que el monto de los activos de [...] enmarcarían a la sociedad dentro de lo dispuesto por el artículo 2.2.2.1.1.1. del Decreto 1074 de 2015. En ese sentido, como sociedad comercial es sujeto de las funciones de inspección, vigilancia y control que, de acuerdo con el artículo 82 de la Ley 222 de 1995, son de la competencia de la Supersociedades, como regla general. Finalmente, la Sala desea resaltar que la competencia de la Superintendencia de Sociedades para ejercer la vigilancia de la sociedad citada, no limita o afecta el ejercicio de las facultades sancionatorias y demás que le correspondan a la Superintendencia de Transporte, para garantizar la prestación del servicio de transporte conforme a la ley, ni las de la Superintendencia de Industria y Comercio en orden a que se cumplan las normas del derecho a la libre competencia.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 20 de abril de 2021, C.P. Édgar González López, radicación 11001-03-06-000-2020-00226-00\(C\).](#)

3. Cuando la reforma estatutaria de una fundación o institución de utilidad común prestadora del servicio de salud se refiera a la disminución de capital y ampliación del objeto social a actividades no relacionadas con la prestación de dichos servicios, se requiere autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud.

Síntesis del caso: *La Sala de Consulta y Servicio Civil al dirimir un conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia Nacional de Salud y la Gobernación del Atlántico - Secretaría de Salud, determinó que cuando la reforma estatutaria de una fundación o institución de utilidad común prestadora de servicios de salud se refiere a la disminución de capital y ampliación del objeto social a actividades no relacionadas con la prestación de dichos servicios, se requiere autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud; empero si la reforma estatutaria de la fundación o institución de utilidad común que presta servicios de salud no se refiere a esas materias, la autorización corresponde a la autoridad que le haya otorgado personería jurídica, esto es, gobernadores, alcalde Mayor de Bogotá o Ministro de Salud, según corresponda.*

REFORMA ESTATUTARIA DE UNA INSTITUCIÓN DE UTILIDAD COMÚN PRESTADORA DEL SERVICIO DE SALUD – Competencia general atribuida a la autoridad que le haya otorgado personería jurídica / REFORMA ESTATUTARIA DE UNA INSTITUCIÓN DE UTILIDAD COMÚN PRESTADORA DEL SERVICIO DE SALUD – Competencia especial de la Superintendencia Nacional de Salud

Problema jurídico: *“[C]uál autoridad —la Superintendencia Nacional de Salud o la Gobernación del Atlántico-Secretaría de Salud— tiene la competencia para conocer y tramitar la solicitud de aprobación de la reforma de los estatutos de la Fundación [...], reforma recogida en el acta núm. [...]”*

Tesis: “En principio, existe una competencia general atribuida a «la autoridad que le haya otorgado personería jurídica» para decidir sobre las solicitudes de aprobación de reforma estatutaria que realicen las fundaciones o instituciones de utilidad común que tengan por finalidad la atención, fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud. Esa autoridad, como se refirió atrás, es i) el Ministerio de Salud, si la finalidad de la fundación es prestar el servicio en la jurisdicción de más de un departamento; ii) el gobernador del respectivo departamento, a través del organismo de dirección seccional de salud, si la finalidad de la fundación es prestar el servicio en un solo departamento; y iii) la Alcaldía Mayor de Bogotá, a través del Organismo Distrital de Salud

de Bogotá, D.C., si la finalidad de la fundación es prestar el servicio en la capital del país. Sin embargo, esta norma general coexiste con la competencia especial de la Superintendencia Nacional de Salud para aprobar o negar, «previamente», las reformas estatutarias de las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando dicha reforma esté relacionada, particularmente, con la disminución del capital y ampliación del objeto social a actividades no relacionadas con la prestación de servicios de salud. Esto es, la función de la Supersalud está determinada por el contenido de las reformas estatutarias. La vigilancia especial a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud se entiende porque este tipo de reformas implican operaciones que pueden impactar o generar riesgos en la prestación del servicio de salud. Por demás, es claro que la Superintendencia Nacional de Salud funge como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que dentro de sus objetivos está vigilar el cumplimiento de las normas del sistema General de Salud, así como velar por la eficiencia de los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud. [...] Por lo tanto, cuando la reforma estatutaria de la fundación o institución de utilidad común que presta servicio de salud se refiere, particularmente, sobre disminución de capital y ampliación del objeto social a actividades no relacionadas con la prestación de servicios de salud, requiere autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud. Por el contrario, si la reforma estatutaria de la fundación o institución de utilidad común que presta servicio de salud no se refiere a estas materias, la autorización corresponde a «la autoridad que le haya otorgado personería jurídica», esto es, gobernadores, alcalde Mayor de Bogotá o Ministro de Salud, en los términos de la distribución normativa”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 25 de mayo de 2021, C.P. Germán Alberto Bula Escobar, radicación 11001-03-06-000-2020-00254-00\(C\).](#)