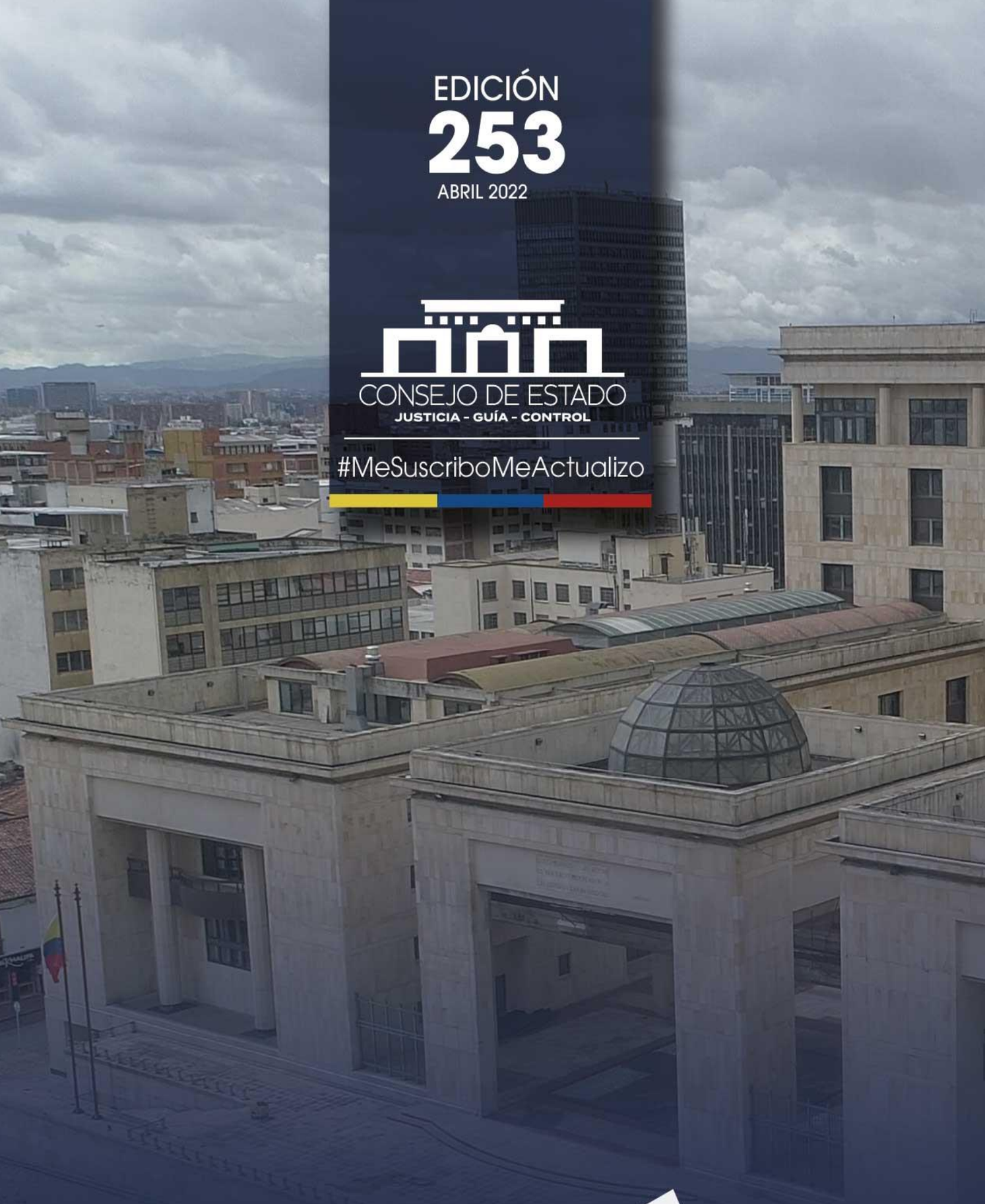

EDICIÓN
253
ABRIL 2022

CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

#MeSuscriboMeActualizo

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Carlos Enrique Moreno Rubio
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate
Hernando Sánchez Sánchez
Sandra Lisset Ibarra Vélez
Jaime Enrique Rodríguez Navas
Myriam Stella Gutiérrez Argüello
Nandy Melissa Rozo Cabrera

RELATORÍAS

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo
Liliana Marcela Becerra Gámez
Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo
Gloria Cristina Olmos Leguizamón
Antonio José Sánchez David
Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo
Jorge Eduardo González Correa
Natalia Yadira Castilla Caro
Guillermo León Gómez Moreno
Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo
María Magaly Santos Murillo
Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo
Wadith Rodolfo Corredor Villate
Sala de Consulta y Servicio Civil
Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
Juan Sebastián Solarte Álvarez
Acciones Constitucionales
Pedro Javier Barrera Varela
Camilo Augusto Bayona Espejo
Juan Alejandro Suárez Salamanca

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 253, abril de 2022
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co
Consejo de Estado
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.
Palacio de Justicia
Bogotá D.C. – Colombia

CONTENIDO

CONTENIDO 3

EDITORIAL 4

I. NORMAS ANULADAS Y SUSPENDIDAS 5

II. EXHORTOS 6

III. ASUNTOS CONSTITUCIONALES 7

IV. SALA PLENA DEL CONTENCIOSOS 22

V. SECCIÓN PRIMERA 30

VI. SECCIÓN SEGUNDA 36

VII. SECCIÓN TERCERA 43

VIII. SECCIÓN CUARTA 57

IX. SECCIÓN QUINTA 70

X. SALA DE CONSULTA YSERVICIO CIVIL 76

XI. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO 82

EDITORIAL

En este número, el Boletín «Jurisprudencia y Conceptos» del Consejo de Estado, recopila una serie de decisiones en distintas áreas del derecho Constitucional y administrativo, las cuales garantizan la protección de los derechos de las personas que acuden a la jurisdicción y como órgano consultivo del Estado, en procura de consolidar la paz y la convivencia.

En asuntos de materia constitucional, resaltamos una acción de tutela en donde se reitera que, los empleados públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, que se encuentran en situación de debilidad manifiesta por razón de salud, tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada en el empleo.

Así mismo, recuerda que, la autoridad judicial incurre en defecto sustantivo y fáctico en sus decisiones por desconocimiento del precedente y, por ende, vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y mínimo vital, por negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, al exigir al demandante acreditar la carencia absoluta de recursos económicos.

Por otro lado, en sentencia proferida por la sección segunda, se insiste en que el pago incompleto de las cesantías a un empleado de la rama judicial, no otorga al servidor público el derecho a percibir el pago de la sanción moratoria, consagrada en la Ley 50 de 1990.

Por su parte, la sección quinta declaró la nulidad del acto de elección del segundo vicepresidente del Senado de la República, al concluir que se vulneró el artículo 112 de la Constitución Nacional, en la medida que se dio indebida aplicación al artículo 258 ídem, al momento de realizar las votaciones.

En nuestro continuo compromiso de contribuir a la supresión de cualquier clase de discriminación entre mujeres y hombres, además de entregar nuestra Separata de Género mensual, en esta ocasión compilamos una en materia de equidad de género y enfoque diferencial con los pronunciamientos más relevantes de la sección tercera en este tema.

Esperamos cumplir con las altas expectativas de nuestros lectores con esta edición 253, para el mes de abril.

I. NORMAS ANULADAS Y SUSPENDIDAS

Normas anuladas

SECCIÓN PRIMERA

1. Las Resoluciones 003205 de 2010, "*Por la cual se autoriza la instalación de una caseta de peaje y se establece el cobro de la tasa a los usuarios de la ruta No. 90 de la Vía COVEÑAS - TOLÚ - TOLUVIEJO, localizada en el PR 55+800 con una cobertura de 36 kilómetros, estación denominada El Golfo.*" y 005258 de 2010, *"Por la cual se modifica la Resolución No. 03205 del 4 de agosto de 2010 en la que se autoriza la instalación de una caseta de peaje y se establece el cobro de la tasa a los usuarios de la ruta No. 90 de la Vía COVEÑAS – TOLÚ – TOLUVIEJO, localizada en el PR 55+800 con una cobertura de 36 kilómetros, estación denominada El Golfo.",* expedidas por el Ministerio de Transporte.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de marzo de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2011-00210-00. (ver página 31 de este boletín).

2. El Acuerdo 006 de 2010, "*Por medio del cual se modifican las condiciones de acceso a la prestación del Servicio Público de Televisión por Suscripción, la tarifa de Compensación que deben cancelar los Operadores de este servicio a la Comisión de Televisión, y se dictan otras disposiciones*", expedido por Comisión Nacional de Televisión: El artículo 3.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 4 de marzo de 2022; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2011-00062-00. (ver página 32 de este boletín).

SECCIÓN CUARTA

Las Ordenanzas 569 del 27 de enero de 2005 y 594 del 29 de abril de 2006, expedidas por la Asamblea del departamento del Meta: El artículo 2.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de marzo de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 50001-23-33-000-2015-00088-01 (25417) (ver página 60 de este boletín).

Normas suspendidas

SECCIÓN PRIMERA

La Resolución 930 de 2018, "*Por la cual se otorga permiso de vertimientos de aguas residuales domésticas, se apruebas las obras del sistema de tratamiento de aguas residuales domésticas y se dictan otras disposiciones",* expedida por la Corporación Autónoma Regional de Risaralda –CARDER.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; auto de 3 de marzo de 2022; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-0324-000-2021-00200-00. (ver página 33 de este boletín).

II. EXHORTOS

1. La Sección Quinta exhortó a la Corporación Autónoma del Cesar CORPOCESAR, para que en los procedimientos eleccionarios sucesivos se ciña a las etapas y plazos previstos en el Decreto 1850 de 2015.

Sobre el particular dispuso en la parte resolutiva lo siguiente: "EXHORTAR a CORPOCESAR para que en las sucesivas elecciones de los representantes del sector privado ante su Consejo Directivo realice las invitaciones públicas correspondientes con la suficiente antelación para el debido cumplimiento de los plazos que rigen cada una de sus etapas y, en particular, la fecha límite establecida para la reunión de elección, de conformidad con el Decreto 1850 de 2015 y los periodos institucionales correspondientes."

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 24 de marzo de 2022, C. P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 11001-03-28-000-2020-00091-00.

2. La Sección Quinta exhortó al Tribunal Administrativo de Boyacá, para que cumpla lo dispuesto en sentencia de unificación del 26 de septiembre de 2017, en el sentido de que se pronuncie sobre todos los cargos planteados en la demanda.

Sobre el particular dispuso en la parte resolutiva lo siguiente: "Exhortar al Tribunal Administrativo de Boyacá para que cumpla lo dispuesto en la sentencia de unificación del 26 de septiembre de 2017, radicado No. 25000-23-41-000-2015-02491-01, de esta Sección del Consejo de Estado y, en consecuencia, en los medios de control de nulidad electoral se pronuncie sobre todos los cargos planteados en la demanda y que hayan integrado el problema jurídico del proceso."

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 17 de marzo de 2022, C. P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 15001-23-33-000-2020-01662-03.

1
ASUNTOS
CONSTITUCIONALES

CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIONES DE TUTELA

1. Se reitera que los empleados públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, que se encuentren en situación de debilidad manifiesta por razones de salud, tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Síntesis del caso: *La accionante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Asistente Administrativo grado 5 en la Oficina de Apoyo de los juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias de Barranquilla, el 3 de diciembre de 2015. En el mes de julio del año 2019, fue diagnosticada con "nódulo en el seno izquierdo, neoplasia de seno izquierdo". La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, mediante la resolución núm. CSJATR21-1309 de 21 de mayo de 2021, publicó la lista de elegibles para el cargo de Asistente Administrativo grado 5 en la Oficina de Apoyo de los juzgados Civiles de Circuito, Municipal y de Familia de Ejecución de Sentencias. El Comité Coordinador de los Juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias de Barranquilla expidió la resolución núm. 036 de 18 de agosto de 2021, por medio de la cual nombró en propiedad a una persona que conformaba la lista de elegibles en el cargo que venía ocupando la tutelante. Esta Corporación concluyó, en sede de tutela, que, si bien los empleados públicos nombrados en provisionalidad no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, las entidades deben agotar la lista de elegibles teniendo en consideración las condiciones particulares de los empleados que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, por lo que deben verificar si existen plazas disponibles en las que puedan ser reubicados.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL / ACCIÓN DE TUTELA EN LOS CASOS DE DESVINCULACIÓN LABORAL DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / DESVINCULACIÓN DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / DEBILIDAD MANIFIESTA / DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR POR ENFERMEDAD / VIOLACIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DIGNA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO / SOLICITUD DE REINTEGRO DEL TRABAJADOR / REINTEGRO AL CARGO PÚBLICO / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO IRREMEDIABLE / REUBICACIÓN DEL FUNCIONARIO JUDICIAL

Problema jurídico: *¿De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la estabilidad laboral reforzada de los funcionarios nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, las accionadas vulneraron los derechos fundamentales invocados, al desvincular al accionante del cargo que venía desempeñando en provisionalidad, cuando la misma se encontraba con quebrantos prolongados de salud?*

Tesis: "[L]a Sala observa que se encuentra acreditado que la señora [M.G] presenta una especial

condición de salud a causa de la patología denominada "TUMOR MALIGNO DE LA MAMA PARTE NO ESPECIFICADA", de conformidad con los anexos aportados con la solicitud de amparo, además, no cuenta con un trabajo u otro medio de apoyo económico, por lo que se hace necesaria la intervención del juez constitucional en el asunto, a fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, de tal forma que se cumplen los presupuestos para la procedencia de la acción de tutela de la referencia. (...) Del material probatorio recaudado en la acción de tutela de la referencia, se desprende que la accionante fue desvinculada del cargo encontrándose con padecimientos de salud, los cuales la han llevado a permanecer incapacitada por largos períodos debido a su diagnóstico denominado "TUMOR MALIGNO DE LA MAMA PARTE NO ESPECIFICADA", situación que fue dada a conocer a su nominador, quien concedió dichas incapacidades y permisos, lo que demuestra que este último tenía conocimiento de la condición de salud de la señora [M.G] (...) De lo anterior, se infiere que de los 32 cargos de Asistente Administrativo Grado 5 existentes en la Oficina de Apoyo de los Juzgados Civiles Municipales de Sentencias de Barranquilla, cinco (5) de ellos se encuentran publicados dentro de la Convocatoria núm. 4, la cual aún está en trámite y en la que no existe lista de elegibles, por lo que resulta evidente que las demandadas hicieron caso omiso de los criterios expuestos por la jurisprudencia constitucional en el asunto. En este punto, la Sala resalta que, de acuerdo con la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, las entidades deben agotar la lista de elegibles, teniendo en consideración las condiciones particulares de quienes están nombrados en provisionalidad, por lo que deben identificar las personas en situación de debilidad manifiesta y verificar si existen plazas disponibles en las cuales puedan ser reubicadas y/o asegurarse que sean estas las últimas personas en ser desvinculadas. (...) [L]a Sala advierte que se vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la actora, toda vez que no se encuentra probado en el expediente que las accionadas hubiesen previsto algún mecanismo de protección, tratándose de una persona en condición de debilidad manifiesta por su estado de salud, esto es, no identificaron las plazas disponibles para reubicar a la señora [M.G], ni se aseguraron de que esta fuera de las últimas en ser desvinculadas con ocasión del concurso de méritos."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia del 17 de marzo de 2022; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 08001-23-33-000-2021-00553-01 (AC).

2. Se incurre en los defectos sustantivo, fáctico y por desconocimiento del precedente y, por ende, en vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al mínimo vital, cuando se niega el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, aduciendo que se debe acreditar la carencia absoluta de recursos.

Síntesis del caso: *La accionante solicitó al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo mientras prestaba sus servicios en el Ejército Nacional. El reconocimiento fue negado a través de Resolución 2168 del 9 de junio de 2017. La tutelante presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para obtener la anulación del acto administrativo que negó la pensión. El 15 de mayo de 2020, el Juzgado Tercero Administrativo de Girardot accedió parcialmente a las pretensiones. El 28 de abril de 2021 la Subsección C, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó el fallo apelado y negó las pretensiones al considerar que la tutelante no logró demostrar la dependencia económica respecto de su hijo.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO / CONFIGURACIÓN DEL

DEFECTO SUSTANTIVO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECONOCIMIENTO A PADRES DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / DEPENDENCIA ECONÓMICA DE LOS PADRES / PROTECCIÓN AL ADULTO MAYOR / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Problema jurídico: *¿Las decisiones judiciales acusadas, dictadas en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la tutelante contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional (expediente 25307-33-33-003-2017-00404-01), que negaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los padres por no acreditar la dependencia económica, incurrieron en los defectos sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente?*

Tesis: "Esta Sala considera que el razonamiento del a quo fue correcto, pues encontró que la sentencia atacada aplicó indebidamente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 al considerar que su literal d) exigía acreditar la carencia absoluta de recursos (defecto sustantivo), lo que a su vez contrarió la interpretación hecha sobre dicha norma por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado (desconocimiento del precedente). Sobre el defecto fáctico, esta Sala considera que el a quo del proceso de tutela concluyó de manera acertada que los testimonios de las señoras [S.M.] y [Y.T.] no fueron valorados de forma adecuada. Lo anterior, pues la autoridad accionada consideró que dichos testimonios no permitían acreditar la dependencia plena, lo que es contrario al literal d), artículo 47 de la Ley 100 de 1993. (...) [D]el análisis de los testimonios de las señoras [S.M.] y [Y.T.] se aprecia que ambas afirmaron que después del 2002, fecha en la que la accionante y su hijo se mudaron a El Colegio, el hijo de la accionante pagaba los servicios públicos, cubría los gastos de la casa, le daba dinero y llevaba mercado, sin que en ningún momento se haya indicado que estas actividades cesaron una vez él ingresó al servicio militar. Por esto, el a quo concluyó que las condiciones mínimas de subsistencia de la accionante fueron afectadas en gran medida por el fallecimiento de su hijo. Esta Sala está de acuerdo con que la autoridad accionada vulneró los derechos fundamentales de la accionante en tanto: (i) los testimonios de las señoras [S.M.] y [Y.T.] permitían acreditar la dependencia económica echada de menos por la autoridad accionada y ésta no los valoró debidamente; (ii) la autoridad judicial accionada interpretó indebidamente el literal d), artículo 47 de la Ley 100 de 1993; y (iii) desconoció el precedente de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en la materia."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia del 7 de marzo de 2022; C.P. Martin Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-15-000-2021-07576-01 (AC).

3. En virtud del principio de coordinación entre entidades gubernamentales y gobiernos extranjeros y la protección de los derechos fundamentales de los niños, le corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores la traducción de los documentos remitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, contentivos de solicitudes de reconocimiento de alimentos en el exterior.

Síntesis del caso: *Una ciudadana inició el trámite de solicitud de alimentos en el exterior para su hija menor, ante el Consejo Superior de la Judicatura, autoridad que, mediante el Oficio OAIO20-325 del 21 de octubre de 2021, remitió los documentos al Ministerio de Relaciones Exteriores para que fueran traducidos al idioma inglés. Por su parte, el referido ministerio se abstuvo de*

realizar la traducción de los respectivos legajos, aduciendo que carecía de competencia para tal efecto.

.

ACCIÓN DE TUTELA / CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS / SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE ALIMENTOS EN EL EXTERIOR / ALIMENTOS A MENOR DE EDAD / COLOMBIANO RESIDENTE EN EL EXTERIOR / PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA / TRADUCCIÓN DEL DOCUMENTO EN IDIOMA EXTRANJERO / FUNCIÓN DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES / MADRE CABEZA DE FAMILIA

Problema jurídico: *¿El Ministerio de Relaciones Exteriores vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y de los niños, al no traducir los documentos contentivos de la solicitud de reconocimiento de alimentos en el exterior que radicó Ángela Patricia Umaña Murgueitio en representación de su hija menor de edad?*

Tesis: "[E]l Ministerio de Relaciones Exteriores no podía simplemente abstenerse de atender la solicitud del Consejo Superior de la Judicatura y devolver las diligencias, sino que, debió generar el conflicto de competencias ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de manera tal que esta última decidirá a quien correspondía la citada función. (…) La señora [U.M.] es madre cabeza de familia, pues de la lectura del escrito de tutela y las pruebas aportadas, es posible concluir que reúne los requisitos previstos por la Corte Constitucional para tener esa condición, estos son: tiene la responsabilidad permanente de su hija menor; no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia; y su pareja se sustrajo del cumplimiento de sus obligaciones. (…) Lo anterior, al tener en cuenta que existe sentencia judicial que privó a [C.B.S.] de la patria potestad de su hija y le impuso una cuota alimentaria que no cumple, y que la señora Umaña debió iniciar el trámite de solicitud de alimentos en el exterior dado que los gastos de manutención debe asumirlos en su totalidad. (…) De todas las circunstancias antes descritas, esta Sala encuentra que el Ministerio de Relaciones Exteriores tenía la obligación de traducir los documentos contentivos de la solicitud de reconocimiento de alimentos en el exterior que radicó [A.P.U.M.] en representación de su hija menor [K.G.B.M.], puesto que, en el marco de sus funciones previstas en los numerales 4 y 6 del artículo 4 del Decreto 869 de 2016, en concordancia con el principio de colaboración armónica, debía articular la acción que el Consejo Superior de la Judicatura estaba desarrollando como entidad remitente con la autoridad intermediaria designada por el gobierno del Reino de Noruega, en virtud del Convenio de Nueva York. (…) Cabe aclarar que esta articulación, de ninguna manera implica que el Ministerio de Relaciones Exteriores estuviera asumiendo las funciones propias del Consejo Superior de la Judicatura como autoridad remitente de forma tal que se rompa el principio de colaboración armónica; sino que, se trata de una labor que permite, precisamente, el correcto trámite de la solicitud de alimentos en el exterior. (…) En todo caso, no es de recibo que la traducción de los documentos de la solicitud que radicó el accionante desborde las normas de presupuesto de la entidad, ya que, como el mismo Ministerio de Relaciones Exteriores lo reconoció, este tiene la obligación de asumir la traducción cuando se requiera, como ocurre en este evento, en el que sus funciones de articulación y colaboración armónica le imponían actuar de manera activa para lograr el correcto trámite de la solicitud de alimentos en el exterior. Incluso, los argumentos de impugnación en este sentido perdieron fuerza, pues la Sala observó que el ente ministerial pudo dar cumplimiento al fallo de primera instancia sin necesidad de realizar una licitación o contratación especifica sino acudiendo a los recursos humanos con los que actualmente cuenta. (…) Finalmente, es necesario dejar claro que las sentencias proferidas dentro del expediente de esta tutela no pueden constituir precedente jurisprudencial para otros casos, dado que sus efectos, por naturaleza, son inter partes y no erga omnes. En este sentido, el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá generar en otros casos, si lo considera pertinente, el conflicto de competencias ante Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para que defina el asunto de manera general."

Salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE TUTELA / PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA / ASIGNACIÓN DE FUNCIONES A UNA ENTIDAD SIN COMPETENCIA / MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES / TRADUCCIÓN OFICIAL

Tesis: "La Constitución, como norma de normas, o competencia de competencias, distribuye el ejercicio del poder constituido, de modo que cada faceta del poder público debe y puede actuar dentro del ámbito que señala la misma Constitución (art. 113 CN). La distribución de competencias, que también corresponde a la ley, entre entidades persigue el cumplimiento articulado y ordenado de los fines del Estado y el ejercicio limitado, pero coordinado, de las atribuciones de cada órgano estatal, en el marco del principio de legalidad (arts. 2, 5, 6, 121 a 123 y 209 CN). Por ello, la anómala asignación -por vía judicial- de funciones a entidades que no las tienen, so pretexto de una pretendida "colaboración armónica" entre los órganos del Estado, además de oponerse al principio de legalidad, que es fundamento esencial del Estado de derecho, atenta contra el normal funcionamiento del Estado al introducir un criterio personal que desconoce la atribución del poder por los cauces normales, en una democracia liberal."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia del 26 de noviembre de 2021; C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 11001-03-15-000-2021-05113-01 (AC) SV. Guillermo Sánchez Luque.

4. Violación del derecho al debido proceso por la configuración del defecto fáctico en la providencia judicial al no tener en cuenta el aporte de nuevos tiempos de servicio para determinar si había lugar o no a la reliquidación pensional.

Síntesis del caso*: Al accionante se le reconoció una pensión de jubilación a través de un proceso en la justicia ordinaria laboral. Luego, solicitó la reliquidación pensional, ya que no se tuvo en cuenta que laboró un año más a partir de que le fuera reconocida la pensión. Al respecto, Colpensiones guardó silencio sobre la solicitud, razón por la que el actor acudió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para solicitar la nulidad y restablecimiento del derecho del acto ficto o presunto. En primera instancia, se accedió a las pretensiones de la demanda y, en segunda, se revocó la decisión al precisar que se había configurado la cosa juzgada en referencia al primer proceso que se adelantó ante la jurisdicción ordinaria. En el trámite constitucional de la acción de tutela contra la decisión anterior, se alegó el defecto fáctico porque la providencia de segunda instancia no tuvo en cuenta los nuevos tiempos de servicios aportados; en cuyo caso, había lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación y no se podía concluir que había operado el fenómeno de la cosa juzgada. En primera instancia, se concedió el amparo de derechos fundamentales.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO / INDEBIDA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / CERTIFICADO LABORAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DECLARACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA / PRETENSIONES DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SOLICITUD DE RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INEXISTENCIA DE LA COSA JUZGADA / REQUISITOS DE LA COSA JUZGADA / FALTA DE IDENTIDAD DE OBJETO / IDENTIDAD DE CAUSA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema Jurídico: *¿Determinar si confirma, modifica o revoca el fallo de primer grado por medio del cual se concedió la protección constitucional deprecada por el actor al acreditarse la ocurrencia del defecto fáctico deprecado contra el Tribunal Administrativo de Sucre – Sala Cuarta de Decisión?*

Tesis: "En el caso objeto de estudio, la parte actora sostiene que el Tribunal Administrativo de Sucre – Sala Cuarta de Decisión, al declarar de oficio la excepción de cosa juzgada incurrió en un defecto fáctico, al dejar de valorar las pruebas arrimadas al proceso que denotaban la diferencia de causas y pretensiones con lo resuelto en el proceso ordinario laboral con radicado No. 2006-00243-00, más específicamente, la certificación laboral emitida por la E.S.E. Unidad de Salud San Francisco de Asís de Sincelejo, con fecha de 24 de octubre de 2011. En los términos precedentes, esta Sala se ocupará de verificar si como lo afirma la entidad pública que impugna la sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Sucre no incurrió en el yerro o vicio alegado por la parte actora. Valoradas las circunstancias fácticas que dieron lugar a que se formulara el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, las pruebas aportadas al proceso y el contenido en sí mismo considerado de la providencia dictada en segunda instancia, encuentra esta Sala que el Tribunal Administrativo de Sucre - Sala Cuarta de Decisión- efectivamente incurrió en el defecto específico que acaba de caracterizarse, pues no medió la cosa juzgada en tanto el actor lo que pretende es la reliquidación de su mesada pensional valorando un tiempo de servicio que inicialmente no fue considerado. Ciertamente, de la lectura de la sentencia objeto de censura puede extraerse que la instancia judicial demandada declaró de oficio la excepción de cosa juzgada, al considerar que lo pretendido por el accionante ya había sido objeto de discusión judicial en el proceso ordinario laboral promovido por el demandante contra el ISS, en el que, tanto el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo en fallo del 2 de febrero de 2007 como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, en sentencia del 29 de junio de la misma anualidad, habían accedido a las pretensiones de la demanda. Indica Colpensiones que, en ambos procesos, existía identidad de partes, objeto y causa. Colpensiones puso de presente que, comparado el contenido del acto administrativo mediante el cual se reconoció la pensión al actor con el fallo que constituyó el derecho pensional a su favor en la jurisdicción ordinaria laboral, se podía advertir que la Resolución 008325 de 2008 fue expedida con estricta sujeción a lo ordenado por el juez laboral y el ISS, hoy Colpensiones, en su momento, asignó mesada pensional incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, como lo dispone el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y en consecuencia, "la reliquidación que se duele en esta oportunidad con fundamento en la Ley 33 de 1985, es igual a la liquidación considerada en la decisión judicial del 2 de febrero de 2007". Por demás, descartó la relativización de la cosa juzgada, al no estarse en presencia de un hecho nuevo que lo ameritara. Sobre esa base, la autoridad judicial dejó por sentado que "el asunto pensional que se discute en este medio de control (liquidación de la base pensional conforme todos los salarios devengados en el último año de servicio), guarda estrecha, directa e indisoluble relación con lo decidido por el juez ordinario laboral en otrora oportunidad, hecho que comporta la configuración y acreditación de cada uno de los elementos constitutivos de la cosa juzgada". En tal virtud, procedió a revocar la sentencia de primera instancia pronunciada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la que se habían concedido las pretensiones de la demanda. Pues bien, esta Sala considera que el Tribunal Administrativo de Sucre -Sala Cuarta de Decisión- pretermitió el análisis del certificado laboral emitido el 24 de octubre de 2011 por la E.S.E. Unidad de Salud San Francisco de Asís de Sincelejo, que fue sustento de la petición presentada a Colpensiones solicitando la reliquidación pensional el 31 de marzo de 2012, de la cual no se obtuvo respuesta alguna y de la decisión adoptada por el A quo en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, accediendo a la pretensión de reliquidación. En dicha pieza probatoria, la entidad estatal afirma que el [actor] trabajo "desde el 9 de agosto de 2002 hasta el 8 de enero de 2004 y sus aportes para pensión se hicieron a favor del Instituto de Seguridad Social". (…) La prueba omitida, como bien lo expuso el juez de primera instancia, resultaba relevante para definir si el actor ostenta o no la posibilidad de acceder a la reliquidación pensional alegada y si, por tanto, debían anularse, tanto la Resolución 008325 de 2008 mediante el cual se reconoció su derecho pensional, así como también el acto ficto o presunto que negó aumentar el monto pensional asignado al actor con base en la información transcrita. Por lo anterior, se confirmará el amparo a los derechos fundamentales del accionante. No obstante, esta Sala no comparte las apreciaciones que hace la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado en el fallo de 4 de noviembre de 2021, dirigidas al Tribunal Administrativo de Sucre, para que decida nuevamente el asunto y que versan sobre: i) tener en cuenta el reconocimiento de la suma de $29.913.556,52 que hizo el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo, por concepto de las mesadas pensionales retroactivas causadas a partir del 5 de mayo de 2003 hasta el 31 de enero de 2007, ii) que el reconocimiento de la reliquidación debería ser desde el 1 de febrero de 2007, iii) analizar lo referente a la prescripción trienal y la indexación o ajuste al valor. Lo anterior, por cuanto, dichas orientaciones hacen parte de las consideraciones propias que el juez natural de la causa deberá estudiar, implican un direccionamiento indebido en la decisión del juez natural de la causa a cuyo cargo estará definir la demanda, sin que le sea dado al juez de tutela imponer ningún criterio sobre el particular, por lo que se concederá el amparo dado por el juez de primera instancia solo en el sentido de que se valore el certificado laboral emitido el 24 de octubre de 2011 por la E.S.E. Unidad

de Salud San Francisco de Asís de Sincelejo, debiendo definir, entre otras varias cosas, los medios exceptivos que proponga la demandada y las razones de la acción y la defensa. En consecuencia, la Sala confirmará el amparo a los derechos fundamentales invocados por el [actor], que ordenó la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado en fallo de 4 de noviembre de 2021, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 18 de febrero de 2022, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 11001-03-15-000-2021-05214-01 (AC).

5. Aunque prevalezca el derecho a ser nombrado de quien ocupa el primero lugar en la lista de elegibles, debe procurarse por no ofertar aquellos cargos que se encuentren ocupados por funcionarios que acreditan la calidad de prepensionables hasta tanto cumplan con el requisito pensional

Síntesis del caso: *En esta oportunidad, la Sección Cuarta del Consejo de Estado consideró que, en el marco de un concurso de méritos para proveer cargos de empleados en la rama judicial, debe observarse especial cuidado en no ofertar aquellas plazas que se encuentren ocupadas por funcionarios en provisionalidad cuya condición de prepensionable esté acreditada. Por lo tanto, aunque se declaró la carencia actual de objeto porque la persona de la lista de elegibles que había optado por el cargo de escribiente nominado del Juzgado 01 Promiscuo Municipal de Nechí, finalmente no tomó posesión, el juez constitucional instó al Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, para que, en lo sucesivo, se abstenga de ofertar el cargo, hasta tanto se consolide el derecho pensional.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / NOMBRAMIENTO DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONCURSO DE MÉRITOS / CARENCIA ACTUAL DE OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR HECHO SUPERADO / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL PREPENSIONADO

Problema Jurídico: *A la Sala le corresponde establecer si procede la acción de tutela de la referencia para ordenar a las accionadas suspender la provisión del cargo de escribiente nominado del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Nechí, que la actora ocupa en provisionalidad, hasta que se consolide el número de semanas necesario para obtener el derecho pensional, en consideración a la presunta condición de sujeto de especial protección que ostenta, por estar próxima a obtener la pensión de vejez. La actora acude al ejercicio de la presente acción como mecanismo transitorio, porque tiene la edad de 60 años, ha cotizado más de 1.221 semanas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y, afirma, se encuentra próxima a adquirir el estatus de pensionada, sin embargo, se encuentra en peligro inminente de ser retirada del cargo de escribiente nominado en el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Nechí, Antioquia, con ocasión a la provisión del cargo mediante concurso público de méritos.*

Tesis: Con Resolución nro. 001 del 26 de enero de 2022, el Juez 01 Promiscuo Municipal de Nechí nombró de la lista de elegibles en propiedad como escribiente grado nominado del Juzgado Promiscuo Municipal de Nechí, a la señora [A.L.R.L.] Acto administrativo que se notificó en la misma fecha por correo electrónico. Según informó la señora [R.L.], el 31 de enero de 2022, no aceptó el nombramiento en el Juzgado Promiscuo Municipal de Nechí, porque desde el 19 de enero del mismo año, se posesionó en el cargo de escribiente nominado del Juzgado Promiscuo Municipal de Tarazá, Antioquia. El 18 de marzo de 2022, se estableció comunicación telefónica con la señora [E.d.H.Z.], quien manifestó que,

actualmente, sigue vinculada al Juzgado 01 Promiscuo Municipal de Nechí, ante el rechazo del nombramiento de la señora [R.L.], por habérsele nombrado en otro Juzgado. De acuerdo con lo anterior, la presunta vulneración invocada se encuentra superada, pues, como se vio, en el cargo de escribiente nominado del Juzgado 01 Promiscuo Municipal de Nechí no se posesionó la señora [A.L.R.L.] y actualmente, lo sigue desempeñando la señora [E.d.H.Z.]. (...) De acuerdo con lo anterior, la Sala declarará la carencia actual de objeto, ya que la situación que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la [tutelante], al respecto ya fue corregida. (...) Sin embargo, la Sala no puede pasar por alto que la [accionante] probó su condición de prepensionada, pues cuenta con la edad para acceder a la pensión de jubilación, y le falta un poco más de un año, para cumplir el requisito de tiempo de servicio, razón por la que se encuentra en situación laboral reforzada; además, manifestó que promovió un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se declare sin efecto el traslado a la AFP Porvenir y se devuelva a Colpensiones. A pesar de ello, se publicó dentro del listado de vacantes el cargo que ocupaba la accionante. En tal sentido, la Sala estima conveniente instar al Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia y al Juez 01 Promiscuo Municipal de Nechí, para que, en lo sucesivo, se abstengan de ofertar y/o proveer el cargo de escribiente nominado del Juzgado 01 Promiscuo Municipal de Nechí, que desempeña la señora [E.d.H.Z.], hasta que cumpla con el tiempo (1.300 semanas) para acceder al derecho pensional. ”

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 31 de marzo de 2022, C.P. Milton Chaves García, radicación 11001-03-15-000-2022-00677-00 (AC).

6. Se vulnera el derecho fundamental de petición ante la falta de diligencia para establecer que entidad tiene la competencia para dar respuesta a una solicitud de información, y así su función no esté directamente relacionada con emitir esta clase de respuestas

Síntesis del caso: *El juez de tutela consideró vulnerado el derecho fundamental de petición al no dar respuesta de fondo a una solicitud de información que se dirigió al Consejo Superior de la Judicatura, con el objeto de conocer si existía algún proceso judicial de reparación directa promovido por la solicitante y su difunto hermano que falleció en un centro penitenciario. A su vez, esta entidad remitió por competencia, de manera tardía, el derecho de petición a la Unidad de Informática de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Ambas entidades alegaron carecer de legitimidad en la causa para dar respuesta de fondo. Sin embargo, el Consejo de Estado consideró que no le asiste razón a la Unidad de Informática, porque se trata de una información pública que reposa en las bases de datos que están bajo su competencia y dominio.*

ACCIÓN DE TUTELA / DERECHO DE PETICIÓN / COMPETENCIA PARA RESOLVER EL DERECHO DE PETICIÓN / DILIGENCIA EN EL TRÁMITE DEL DERECHO DE PETICIÓN

Problema Jurídico: [C]orresponde a la Sala determinar si el Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Unidad de Informática de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial vulneró los derechos fundamentales de petición y de acceso a información pública de la señora [B.E.F.V.], al no suministrar la información requerida por la accionante mediante derecho de petición del 30 de septiembre de 2021.

Tesis: “[E]l 30 de septiembre de 2021 la tutelante elevó un derecho de petición, sobre el cual aún no existe una respuesta de fondo que atienda sus solicitudes. [Por una parte,] dos autoridades, a saber: el Consejo Superior de la Judicatura y la Unidad de Informática de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial argumentaron carecer de legitimación en la causa para dar respuesta de fondo a la solicitud. Al respecto, la Sala se aparta de la conclusión a la que arribó esta última. Es cierto que del artículo 1° del

Acuerdo Nro. 1591 de 20021 se desprende que la función asignada a la Unidad de Informática de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en lo concerniente al Sistema de Información de Gestión de Procesos y Manejo Documental (Justicia XXI), es eminentemente técnica. Sin embargo, esto no implica que dicha autoridad carezca de competencia para suministrarle a la accionante una información pública que versa sobre la posible existencia de un proceso judicial a su nombre. (...) Por consiguiente, se reitera que, el hecho de que las funciones de la referida Unidad frente al Sistema de Información de Gestión de Procesos y Manejo Documental se caractericen por su naturaleza técnica, no imposibilita a tal autoridad para otorgar información pública de las bases de datos de su competencia. Más aun cuando el artículo 6 del Acuerdo PSAA11-9109 de 2011 dispone que, junto con el Cendoj, la Unidad de Informática de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial tiene competencia sobre la publicación de la información contenida en dicho sistema de información. De otra parte, no puede olvidarse que la información solicitada por la accionante es de naturaleza pública, no sujeta a reserva. (...) Con base en lo expuesto hasta el momento, la Sala considera que la Unidad de Informática de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial vulneró los derechos de petición y de acceso a información pública de la [accionante]. Esto se debe a que, si bien expidió un pronunciamiento sobre la solicitud de la tutelante, no dio respuesta de fondo a la petición, en tanto que no suministró la información pública requerida por la accionante, pese a que aquella no está sujeta a reserva legal. (...) En consecuencia, y con base en las consideraciones previas, se ampararán los derechos fundamentales de petición y de acceso a información pública de la accionante. (...) Finalmente, en lo que respecta al Consejo Superior de la Judicatura, la Sala observa que esta autoridad vulneró el término dispuesto por la ley, para la remisión por competencia de peticiones."

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 228, LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 21 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, ACUERDO PSAA11-9109 DE 2011 - ARTÍCULO 6.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 31 de marzo de 2022, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación 11001-03-15-000-2021-10952-00 (AC).

7. Providencia judicial incurrió en defecto procedimental absoluto al declarar indebidamente sustentado el recurso de apelación cuando si hubo reparos concretos contra la sentencia de primer grado.

Síntesis del caso: El Consorcio IDRD 14-13 promovió demanda de controversias contractuales, pues, a su juicio, el IDRD incumplió las obligaciones contractuales relacionadas con el principio de planeación y eso derivó en sobrecostos en el cumplimiento del contrato. Además, reclamó la devolución de descuentos irregularmente realizados del IDRD. Por sentencia del 2 de septiembre de 2019, el Juzgado 60 Administrativo de Bogotá denegó las pretensiones de la demanda. El Consorcio IDRD 14-13 apeló la sentencia del 2 de septiembre de 2019 y, mediante sentencia del 5 de mayo de 2021, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, confirmó la sentencia del 2 de septiembre de 2019. En síntesis, el tribunal demandado dijo que el recurso de apelación no fue debidamente sustentado, por cuanto no se cuestionaron los argumentos que justificaron la decisión de primera instancia.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA / CUMPLIMIENTO DE REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

DE REVISIÓN / REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE TUTELA / PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / EXAMEN DE FONDO

Problema Jurídico 1: ¿Si el a quo acertó al tener por no cumplido el requisito de subsidiariedad, por supuestamente ser procedente el recurso extraordinario de revisión, previsto en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011?

Tesis 1: "La subsidiariedad consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales, pues eso sería tanto como desconocer que la Constitución y la ley estipulan una serie de mecanismos judiciales igualmente eficaces e idóneos para garantizar el ejercicio pleno de los derechos. (...) Entonces, para que el juez estudie una solicitud de tutela, el interesado debe, por lo menos, probar que se agotaron los recursos que tenía a su disposición, pues, de lo contrario, la tutela deviene improcedente. El requisito de subsidiariedad no solo involucra la interposición de los recursos que proceden, sino también que en éstos se cuestionen las decisiones que, en concreto, se atacan en la acción de tutela. 2.3. En el caso concreto, el a quo consideró que la tutela no cumplió el requisito de subsidiariedad, por existir otro mecanismo de defensa idóneo y eficaz, esto es, el recurso extraordinario de revisión, con fundamento en la causal 5 el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011. El a quo explicó que las discusiones sobre el principio de congruencia y de falta de motivación de la sentencia cuestionada pueden configurar una nulidad originada en la sentencia y que, por ende, pueden proponerse mediante demanda de revisión. 2.4. Al respecto, conviene precisar que el recurso extraordinario de revisión es un medio de impugnación excepcional de las sentencias ejecutoriadas, que permite el rompimiento del principio de cosa juzgada para restablecer tanto el imperio de la justicia como del ordenamiento jurídico que suelen resultar desconocidos por hechos externos al proceso judicial. 2.4.1. El recurso extraordinario de revisión no está previsto para cuestionar los fundamentos jurídicos de las providencias ni para cuestionar la actividad interpretativa del juez, sino para discutir y ventilar ciertos hechos procesales externos a la labor funcional del juez, que afectan el principio de justicia. De hecho, la mayoría de las causales del recurso extraordinario de revisión previstas en el artículo 2505 de la Ley 1437 de 2011 tienen que ver justamente con vicios de naturaleza procesal, que no sustancial, como ocurre, por ejemplo, con la causal de revisión denominada «nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede el recurso de apelación». (...) en este caso, a juicio de la Sala, el recurso extraordinario de revisión no resulta idóneo ni eficaz, toda vez que la parte actora no alega que el tribunal demandado haya desconocido el principio de congruencia. Como se vio en los antecedentes, la demanda de tutela se sustenta en el desacuerdo frente a la decisión de estimar mal formulado el recurso de apelación contra la sentencia del 2 de septiembre de 2019, dictada por el Juzgado 60 Administrativo de Bogotá. (...) Siendo así, los alegatos formulados en la demanda de tutela no pueden encuadrarse en la causal de nulidad originada en la sentencia, pues realmente la parte actora no alega falta de motivación de la sentencia o desconocimiento del principio de congruencia. 2.5.3. La Sala no desconoce que el recurso extraordinario de revisión puede estimarse como otro medio de defensa judicial. Sin embargo, para llegar a esa conclusión debe estar bien demostrado que los argumentos expuestos en la demanda de tutela pueden encajar de manera directa y clara en alguna de las causales de procedencia de dicho recurso. Como eso no ocurre en este caso, la Sala tiene por cumplido el requisito de subsidiariedad. Adicionalmente, se advierten cumplidos los demás requisitos generales para la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, por lo tanto, procede a estudiar el fondo del asunto, en los términos propuestos en la demanda de tutela."

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / DEFECTO PROCEDIMENTAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / INDEBIDA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / IMPROCEDENCIA DEL RECHAZO DEL RECURSO DE APELACIÓN / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema Jurídico 2: ¿Determinar si la sentencia del 5 de mayo de 2021, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, incurrió en defecto procedimental al estimar indebidamente sustentado el recurso de apelación formulado por el Consorcio IDRD 14-13 contra la sentencia del 2 de septiembre de 2019, dictada por el Juzgado 60 Administrativo de Bogotá?

Tesis 2: "[E]l tribunal demandado señaló que la parte actora no formuló argumentos concretos de inconformidad con la sentencia apelada, sino que se limitó a reiterar los argumentos expuestos en la demanda de controversias contractuales. Además, el tribunal sostuvo que la parte actora introdujo nuevos elementos a la discusión y que eso resulta contrario al principio de lealtad procesal y la garantía de defensa frente a la entidad cuestionada. (...) El artículo 322 del Código General del Proceso estable que «para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada». Sobre el particular, en sentencia SU-418 de 2019, la Corte Constitucional consideró que «la apelación no debe convertirse en el instrumento a través del cual se pretenda probar suerte ante el juez superior, sino que solo debería acudirse a ella en aquellos supuestos en los que existan elementos sólidos que den cuenta de que el juzgador de primera instancia incurrió en una equivocación. Eso explica por qué se exige que la apelación deba ser sustentada». (...) Así, la sustentación del recurso de apelación no puede limitarse a simplemente calificar la providencia recurrida como ilegal o irregular, puesto que estos calificativos son vagos e imprecisos. Lo procedente es que la sustentación dé cuenta clara de los motivos de la inconformidad del apelante y que esté acompañada de argumentaciones que cuestionen las razones lógicas y jurídicas a las que llegó el juez de primera instancia. (...) Precisado lo anterior, la Sala procede a contrastar el recurso de apelación presentado por la parte actora con los argumentos expuestos en la sentencia del 2 de septiembre de 2019 para verificar la razonabilidad de la decisión del tribunal de tener por indebidamente sustentado el recurso. 3.4.1. De la revisión del expediente, la Sala advierte que el recurso de apelación estuvo sustentado en los siguientes temas: (i) la ruptura del equilibrio económico del contrato por falta de planeación, (ii) la mayor permanencia en obra como consecuencia de la falta de planeación en la estructuración del pliego de condiciones del Contrato 2360 de 2013; (iii) el incumplimiento por no pago de las obras convenidas en el acta 4 – factura 22; (iv) el enriquecimiento sin causa, y (v) la defraudación de la confianza legítima. 3.4.2. De entrada, se encuentra que los temas de enriquecimiento sin causa y de defraudación de la confianza legítima son argumentos nuevos, pues no fueron propuestos desde la demanda de controversias contractuales. Esa actuación desconoce que el recurso de apelación no es una oportunidad para formular argumentos o pretensiones nuevas, toda vez que, se insiste, está previsto exclusivamente para cuestionar el fundamento de las decisiones de primera instancia. Luego, le asiste razón a la autoridad judicial demandada cuando concluyó que era improcedente pronunciarse sobre el enriquecimiento sin causa y la defraudación de la confianza legítima porque la parte actora sólo vino a proponerlos en el recurso de apelación. 3.5. Respecto del restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, derivado de las mayores cantidades de obra o actividades desarrolladas para la ejecución del contrato, se advierte que el juzgado desestimó dicho cargo, habida cuenta de que la parte actora no demostró la configuración de situaciones imprevistas durante la ejecución del contrato, según lo exige el artículo 5 de la Ley 80 de 1993. 3.5.1. Sobre el particular, en el recurso de apelación, la parte actora adujo que el equilibrio económico del contrato se rompió con ocasión de los problemas suscitados con la sociedad fiduciaria encargada del pago de los emolumentos pactados y en la falta de planeación. (...) En criterio de la Sala, es cierto que en este punto no está debidamente sustentado el recurso de apelación, puesto que la parte actora modifica sustancialmente el argumento que inicialmente justificó el supuesto rompimiento del equilibrio económico del contrato. Como lo advirtió el juzgado de primera instancia, la parte demandante adujo mayores cantidades de obra como causal del rompimiento económico del contrato. Sin embargo, en la apelación, el rompimiento del equilibrio económico se sustenta en la demora en el giro de los pagos pactados y en la supuesta falta de planeación. Ahora, en cuanto al reconocimiento de los costos derivados de mayor permanencia en obra, el juzgado los desestimó, por cuanto encontró acreditado que la demora tuvo origen en una solicitud de prórroga del propio contratista. Es decir, el juzgado consideró que la mayor permanencia de obra tuvo origen en una solicitud voluntaria de la parte actora y no en la falta de planeación de la entidad contratante. (...) la Sala entiende que la parte actora intenta justificar la solicitud de prórroga y busca que el tribunal de segunda instancia atribuya a la entidad contratante el costo por mayor permanencia de la obra. En criterio de la Sala, en este aspecto, sí existe una debida sustentación de la apelación, toda vez que la parte actora cuestiona la conclusión referida a que la solicitud de prórroga fue voluntaria. Concretamente, la parte demandante aduce que si bien hubo solicitud de prórroga, lo cierto es que tuvo origen en ciertos hechos que derivaron en demoras imprevisibles de la obra. (...) Por otra parte, el juzgado de primera instancia denegó la reclamación del gasto derivado del incumplimiento por el no pago de las obras convenidas en el acta 4 – factura 22. (...) En el recurso de apelación, la parte actora alegó que el juzgado de primera instancia desconoce la finalidad de la figura de la interventoría y exime a la entidad contratante de responder por sus obligaciones (...). A juicio de la Sala, en este punto también está debidamente sustentado el recurso de apelación, puesto que la parte actora propone una interpretación en la que supuestamente se evidencia la solidaridad entre el interventor y la entidad contratante, de modo que son responsables conjuntamente por el pago de las obras reseñadas en el acta 4. (...) A partir de lo anterior, la Sala estima que la providencia cuestionada sí incurre en defecto procedimental, pues pasó por alto

que los temas referidos a la mayor permanencia en obra como consecuencia de la falta de planeación en la estructuración del pliego de condiciones del Contrato 2360 de 2013, y el incumplimiento por no pago de las obras convenidas en el acta 4 – factura 22 sí están debidamente sustentados. En últimas, como se expuso en el análisis probatorio, lo cierto es que la parte actora sí expone inconformidades relacionadas con las argumentaciones de la sentencia del 2 de septiembre de 2019 y el tribunal demandado debió decidirlas. (...) El defecto en el que incurrió el tribunal demandado desconoció el derecho de acceso a la administración de justicia previsto en el artículo 229 de la Constitución Política, que incluye como garantía fundamental el derecho a obtener una resolución de fondo. El derecho a obtener una resolución de fondo implica que el derecho de acceso a la administración de justicia no se materializa simplemente con la posibilidad de acudir a la jurisdicción, sino que requiere de la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas. Por supuesto, esta garantía no puede traducirse en el derecho a obtener una decisión favorable a las pretensiones. Lo verdaderamente importante es la decisión de fondo, bien sea favorable o desfavorable."

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 3 de marzo de 2022, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación 11001-03-15-000-2021-05536-01 (AC).

ACCIONES POPULARES

La responsabilidad de la comunidad en la causación del riesgo no constituye una causal de exoneración para las autoridades públicas por haber omitido el cumplimiento de sus funciones frente a la prevención de desastres.

Síntesis del caso: *Distintas viviendas ubicadas en el barrio Bajo Cervantes del municipio de Manizales resultaron seriamente afectadas por cuenta de un fenómeno de remoción en masa que se presentó el 19 de abril de 2017 y que fue activado por una ola invernal. Dicho fenómeno generó la inestabilidad del terreno sobre el cual se edificaron tales viviendas. Con ocasión de dicha emergencia, la administración municipal construyó algunos anclajes pasivos. Sin embargo, estos se encuentran sumamente deteriorados, al extremo de presentar filtraciones de agua que afectan las casas aledañas. El sector, actualmente, se encuentra en una situación de riesgo de desastre, la cual no ha sido conjurada pese a las recomendaciones formuladas por la Personería Municipal de Manizales en el informe de visita del 1.º de febrero de 2019. Se interpuso acción popular para la protección de los derechos colectivos. En primera instancia, se declaró el amparo de los derechos colectivos. El municipio de Manizales inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, con sustento en que los pobladores del sector aumentan o favorecen el riesgo de desastres y participan de la producción del daño.*

ACCIÓN POPULAR / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR EN SEGUNDA INSTANCIA / MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / DESLIZAMIENTO DE TIERRA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA PREVENCIÓN DE DESASTRES TÉCNICAMENTE PREVISIBLES / RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO / ORDEN JUDICIAL / PLAN DE REUBICACIÓN DE VIVIENDA EN CONDICIONES DE ALTO RIESGO / SOLUCIÓN DE REUBICACIÓN DE VIVIENDA / EXHORTO / COMUNIDAD / PRODUCCIÓN DEL DAÑO / PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD / DEBER DE AUTOPROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA

Problema Jurídico: *¿Corresponde a la Sala: (i) establecer si le es atribuible a la alcaldía municipal de Manizales la afectación del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, y (ii) determinar si las actuaciones de las accionantes y de los residentes del sector en riesgo no mitigable, exoneran al ente territorial del deber de reubicar a esas familias y adelantar las actuaciones necesarias para contener esos riesgos?*

Tesis: "[[E]sta autoridad judicial reconoce que la administración municipal de Manizales ha desplegado acciones iniciales de control de riesgos de desastre, demolición de edificaciones y reubicación de las familias. Sin embargo, estas medidas no han sido suficientes ni efectivas para declarar la configuración del fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado. [E]s indudable que la entidad demandada está admitiendo que el nivel de riesgo de desastre de la zona afectada se eleve progresivamente al permitir e incluso consentir -al igual que hace 40 años- que esta área sea ocupada por cada vez más personas. 119. Nótese que, según las pruebas recaudadas, existen nuevos asentamientos y edificaciones en la zona afectada y, particularmente, en áreas de especial importancia ecosistémica y determinante ambiental como la zona de ronda de una quebrada aledaña. La ley es clara al «ordenar, (al alcalde) con el concurso de las autoridades de policía, la desocupación de los inmuebles ubicados en sitios de alto riesgo cuando los habitantes se rehúsen abandonarlos». 120. Es menester

resaltar que el alto riesgo de desastre que se presenta en la zona afectada del barrio Bajo Cervantes, en criterio de la Sala no obedece exclusivamente a actividades humanas. Por ende, en el marco de la planificación ambiental sostenible, resulta claro que el municipio de Manizales, de manera prioritaria, debe disponer de las medidas técnicas necesarias para gestionar el riesgo de desastres, proteger a la población y, simultáneamente, salvaguardar los recursos naturales mediante las delimitaciones, categorizaciones y zonificaciones específicas. La armonización de estos tres elementos resulta fundamental para una adecuada planificación del territorio. 121. De todo lo dicho, la Sala concluye que el municipio de Manizales ha cumplido parcialmente con sus obligaciones en materia de gestión del riesgo de desastres, pero su actividad, en materia de control urbanístico y ambiental, ha sido deficiente, conforme a lo que se ha señalado anteriormente. Por ende, al ente territorial le es atribuible la perturbación del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente. (...) «la responsabilidad de la comunidad en la causación del riesgo no constituye una causal de exoneración de responsabilidad para las autoridades públicas por haber omitido el cabal cumplimiento de sus funciones, en el marco de las competencias administrativas establecidas en el ordenamiento jurídico, por cuanto los entes territoriales no pueden excusar su responsabilidad alegando que la comunidad que sufre el riesgo es responsable de su causación (…), pues la violación de la ley por los ciudadanos en modo alguno exonera a las autoridades del cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales». [E]n aras a hacer efectivos los principios de responsabilidad, resulta procedente exhortar a la comunidad ubicada en el sector objeto de amparo, para que cumplan sus deberes de prevención del riesgo impuestos por el artículo 2 de la Ley 1523, particularmente en lo relacionado con el desalojo de las viviendas ubicadas en zona de alto riesgo no mitigable, y en la postulación a la oferta de vivienda que ofrezca para tal efecto el ente territorial.”

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 10 de marzo de 2022, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 6 17001-23-33-000-2019-00256-01 (AP)

2

SALA PLENA DEL CONTENCIOSO

CONSEJO DE ESTADO

JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

1. El Consejo de Estado, en el marco del control inmediato de legalidad, declaró parcialmente ajustado a derecho la Resolución Nro. 167 del 26 de junio de 2020, "Por medio de la cual se deja sin efectos la Resolución No.119 del 13 de abril de 2020, se reanudan términos, se restablecen servicios presenciales y se toman otras determinaciones en atención a la contingencia generada por el COVID-19", expedida por la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico -CDA-.

Síntesis del caso: *A través del control inmediato de legalidad, la Sala Plena de la Corporación, a través de la Sala Especial de Decisión No. 13, estudió la legalidad de la Resolución Nro. 167 del 26 de junio de 2020, "Por medio de la cual se deja sin efectos la Resolución No.119 del 13 de abril de 2020, se reanudan términos, se restablecen servicios presenciales y se toman otras determinaciones en atención a la contingencia generada por el COVID-19", expedida por la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico -CDA-.*

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIOS DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 1: *¿La Resolución Nro. 167 del 26 de junio de 2020, expedida por la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico -CDA-, cumple con los requisitos de competencia y debida motivación del acto administrativo?*

Tesis: "Para lo que aquí interesa, los motivos que dieron lugar a la expedición del acto controlado se relacionaron con (i) la declaratoria del Estado de emergencia económica, social y ecológica, (ii) la declaratoria de emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud y de Protección Social, (iii) la adopción de medidas como el aislamiento preventivo obligatorio, (iv) la expedición del Decreto 491 de 2020, por medio del que se adoptaron medidas de urgencia dirigidas, entre otras, a mitigar la afectación de la prestación del servicio a cargo de las diferentes autoridades públicas en atención a las medidas sanitarias de distanciamiento social y de aislamiento obligatorio dispuestas para la prevención, manejo y control del COVID-19; y (v) la necesidad de proteger a los trabajadores, contratistas y usuarios de la entidad en un contexto de reapertura gradual. (…) En este orden de ideas, esta Sala Especial de Decisión considera que se cumple con el elemento de la motivación del acto. De una parte, porque en el acto objeto de control se expusieron las razones que tuvo la entidad para dictarlo y, de otra, porque las razones que lo sustentaron, como acaba de verse, no fueron falsas, sino que obedecieron a motivos reales y existentes al momento de la expedición de la resolución controlada. (…)

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las características del control inmediato de legalidad, ver: Consejo de Estado, sentencias de la Sala Plena del 28 de enero de 2003, exp. 2002-0949-01, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; del 7 de octubre de 2003, exp. 2003-0472-01, M.P. Tarcisio Cáceres Toro, del 16 de junio de 2009, exp. 2009-00305-00, y del 9 de diciembre de 2009, exp. 2009-0732-00, M.P. Enrique Gil Botero, del 20 de octubre de 2009, exp. 2009-00549-00, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y del 5 de marzo de 2012, exp. 2010-00369-00. M.P. Hugo Bastidas Bárcenas.

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / PRINCIPIOS DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / PRINCIPIO DE FINALIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Problema jurídico 2: *¿La Resolución Nro. 167 del 26 de junio de 2020, expedida por la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico -CDA-, cumple con el principio de finalidad en el marco del control inmediato de legalidad?*

Tesis: "[L]a resolución objeto del medio de control de la referencia propugnó por el cumplimiento de las medidas no farmacológicas de aislamiento preventivo obligatorio y de distanciamiento social, razón por la que se procedió con la adopción de determinaciones en materia de (i) trabajo en casa (impropiamente denominado teletrabajo…), (ii) suspensión de atención presencial y limitación de acceso a las instalaciones de la entidad, (iii) notificaciones y/o comunicaciones por medios electrónicos, (iv) uso de medios electrónicos para la prestación del servicio (canales digitales de atención), y (v) medidas para garantizar la continuidad del servicio a cargo de los contratistas de la entidad. Eso se refuerza al considerar, también, que para la publicidad de lo decidido se acudió a la publicación del acto en la página web (artículo 14); aspecto relevante ya que correspondió al uso de una herramienta tecnológica que no requería la presencia física para la divulgación de la información y que, en esa medida, garantizó el cumplimiento de las medidas no farmacológicas de distanciamiento social y de aislamiento obligatorio, vigentes para el momento de expedición del acto controlado. Siendo así, la Sala estima que en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la CDA no se advierte una desviación de poder. Por ende, no se desconoció la finalidad y objetivo asociado a las medidas establecidas por el legislador extraordinario en los artículos 3, 4, 5, 6, 8 y 16 del Decreto 491 de 2020".

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / PRINCIPIOS DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / PRINCIPIO DE FINALIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Problema jurídico 3: *¿La Resolución Nro. 167 del 26 de junio de 2020, expedida por la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico -CDA-, cumple con el principio de finalidad en el marco del control inmediato de legalidad?*

Tesis: "[L]a resolución objeto del medio de control de la referencia propugnó por el cumplimiento de las medidas no farmacológicas de aislamiento preventivo obligatorio y de distanciamiento social, razón por la que se procedió con la adopción de determinaciones en materia de (i) trabajo en casa (impropiamente denominado teletrabajo…), (ii) suspensión de atención presencial y limitación de acceso a las instalaciones de la entidad, (iii) notificaciones y/o comunicaciones por medios electrónicos, (iv) uso de medios electrónicos para la prestación del servicio (canales digitales de atención), y (v) medidas para garantizar la continuidad del servicio a cargo de los contratistas de la entidad. Eso se refuerza al considerar, también, que para la publicidad de lo decidido se acudió a la publicación del acto en la página web (artículo 14); aspecto relevante ya que correspondió al uso de una herramienta tecnológica que no requería la presencia física para la divulgación de la información y que, en esa medida, garantizó el cumplimiento de las medidas no farmacológicas de distanciamiento social y de aislamiento obligatorio, vigentes para el momento de expedición del acto controlado. Siendo así, la Sala estima que en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la CDA no se advierte una desviación de poder. Por ende, no se desconoció la finalidad y objetivo asociado a las medidas establecidas por el legislador extraordinario en los artículos 3, 4, 5, 6, 8 y 16 del Decreto 491 de 2020".

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIOS DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 4: *¿El objeto de la Resolución Nro. 167 del 26 de junio de 2020, expedida por la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico -CDA-, cumple íntegramente con el objeto por el cual fue expedido y con las normas en las que debió fundarse?*

Tesis: "La resolución controlada consideró el contenido del Decreto 491 de 2020, a más de que la competencia se ejerció dentro de los límites establecidos por el legislador extraordinario: la vigencia de las medidas no se estableció por términos superiores al de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y de la Protección Social o al del aislamiento preventivo obligatorio, según

correspondiera en cada una de ellas. Con todo, se observa que diversos apartados del acto controlado se expidieron en ejercicio de lo establecido en el Decreto 465 del 23 de marzo de 2020, por lo que es necesario proceder a establecer si los mismos se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico (numerales 4.2.5.1 a 4.2.5.3), en orden a lo cual se tendrá en cuenta el pronunciamiento emitido por la Sala Especial de Decisión Nro. 10 a través de la que examinó la legalidad de dicho decreto. Finalmente, en el numeral 4.5.2.4. se establecerá si lo previsto en el acto controlado con relación a las visitas en el trámite de concesión de aguas se encuentra conforme a las normas superiores, específicamente el Decreto 1076 de 2015. (…) [P]ara que el acto controlado resulte conforme a las normas superiores en las que debería fundarse se requiere que la reducción de términos para el trámite de las concesiones de aguas sea condicionada. Esto, bajo el entendido de que dicha reducción sólo se refiere a la etapa del procedimiento cuyo trámite compete a las autoridades ambientales, es decir, la etapa final atinente a la expedición del acto administrativo que decide (i) la oposición u oposiciones si las hubiere y (ii) si es procedente o no, otorgar la concesión solicitada, la cual ya no será de 15 días sino de 5 días, mientras se mantenga la vigencia de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Para esta Sala Especial de Decisión lo dispuesto en el acto analizado implicó la suspensión, temporal, de las exigencias establecidas en el Decreto 1076 de 2015 para el adelantamiento de las actividades de prospección y exploración de aguas subterráneas: so pretexto del aval de la autoridad ambiental se dejó de exigir el permiso concedido por dicha entidad (artículo 2.2.23.2.16.4 del Decreto 1076), así como el informe que debía rendir el permisionario (artículo 2.2.23.2.16.10 del mismo decreto). Esa modificación temporal no resultaba conforme a derecho. Primero, porque el aval de la autoridad competente con base en el informe geoeléctrico no aportaba la información requerida para adelantar el procedimiento correspondiente. (…) Segundo, porque esa disminución de la información requerida afectaba los controles para el uso planificado de los recursos naturales: se dejarían de valorar elementos relevantes para el desarrollo de la actividad (v.gr., ubicación, extensión, propiedad, posesión o tenencia del predio a perforar, la existencia y representación legal de la empresa perforadora, personería jurídica e identificación del interesado, los equipos a usarse, sistemas de perforación, planes de trabajo, otros aprovechamientos de aguas subterráneas en el área). (…) [S]e declarará la nulidad de los numerales 9 y 10 del parágrafo del artículo 3° del acto controlado. Y, siguiendo la línea de decisión fijada por la Sala Especial de Decisión N° 10 para el Decreto 465 de 2020, la anulación tendrá efectos "ex tunc", de manera que las obras de perforación para prospección y exploración de aguas subterráneas que se encuentren en curso en el área de influencia de la CDA y sin los debidos permisos de las autoridades ambientales, deberán ser suspendidas de manera inmediata, hasta que los interesados obtengan el permiso correspondiente. (…) [L]a visita ocular es obligatoria dentro del trámite de concesiones de aguas, no solo por la relevancia de los elementos que en ella se verifican, sino, también, porque define la oportunidad en la que puede presentarse la oposición, en caso de que exista. Considera esta Sala Especial de Decisión que la autonomía de las corporaciones autónomas regionales no les permite establecer cuáles partes del ordenamiento jurídico deben agotarse, pues su autonomía está sujeta a la regulación general dictada en el orden nacional. (…) Por tal razón, (i) se decretará la nulidad de las expresiones "las que se necesiten para dar trámite a" y "en el evento de que sea necesaria su realización", contenidas en el numeral 2 del parágrafo del artículo 3° de la Resolución Nro. 167, (ii) se anulará el numeral 2.2. del parágrafo del mismo artículo, y (iii) se decretará la nulidad de la expresión "y en el evento que sea necesario realizar" contenida en el numeral 5 del parágrafo del artículo 3° del acto controlado".

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la legalidad del Decreto Legislativo 465 de 2020, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión Nro. 10, M.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 13 de agosto de 2020, exp.: 11001-03-15-000-2020-01058-00.

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIOS DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIO DE CONEXIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Problema jurídico 5: *¿Las medidas ordenadas en la Resolución Nro. 167 del 26 de junio de 2020, expedida por la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico -CDA-, cumplen con el criterio de conexidad en el marco del control inmediato de legalidad?*

Tesis: "[L]as medidas guardan relación con los Decretos 417 y 637, ambos de 2020, que declararon la emergencia económica, social y ecológica, pues se orientaron (i) al manejo de una de las causas que dieron origen a su expedición, esto es, el tratamiento del factor de transmisión del virus con miras a su reducción, a fin de proteger la vida, salud e integridad personales de los trabajadores del sector regulado, y (ii) a la mitigación de los efectos negativos del virus respecto de la vida y la salud, al igual que en la economía mediante la contribución a la reactivación económica. Siendo así las cosas, existió una

correlación directa entre lo previsto por el legislador extraordinario y lo establecido en el acto controlado en esta sede judicial".

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIOS DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Problema jurídico 6: *¿Las medidas ordenadas en la Resolución Nro. 167 del 26 de junio de 2020, expedida por la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico -CDA-, cumplen con el criterio de proporcionalidad en el marco del control inmediato de legalidad?*

Tesis: "Esa medida desarrolló el artículo 4° del Decreto 491 de 2020, el cual, como se expuso, fue declarado exequible condicionalmente con el fin de que no se convirtiera en limitante para quienes no contaran con herramientas tecnológicas, por lo que debía permitirse el uso de medios alternativos. Por lo cual, "ante la imposibilidad manifiesta de una persona de suministrar una dirección de correo electrónico, [ella] podrá indicar un medio alternativo para facilitar la notificación o comunicación de los actos administrativos, por ejemplo, a través de una llamada telefónica, el envío de un mensaje de texto o de voz al celular o un aviso por una estación de radio comunitaria". Es por ello, que la legalidad de la medida debe estar sujeta a la anterior condición, de modo que no puede exigirse un correo electrónico si el usuario no cuenta con ello y, en su lugar, brinda otro medio que permita la notificación. - En los numerales 11 y 12 se reiteró el contenido de lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 491 de 2020, norma cuya exequibilidad fue condicionada porque, como se anotó, "el legislador excepcional no incluyó como destinatarios del beneficio a los titulares de las licencias que vencerán los días inmediatamente siguientes a la finalización de la emergencia sanitaria, con lo cual, a pesar de que durante la misma tampoco pudieron gestionar la renovación correspondiente, no tendrán un plazo prudencial para adelantar el trámite respectivo." En consecuencia, siguiendo lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-242 de 2020, se declarará la legalidad condicionada de estos dos numerales bajo el entendido de que "la medida se hace extensiva también a los permisos, autorizaciones, certificados y licencias que venzan dentro del mes siguiente a la finalización de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social y que no pudieron ser renovadas en vigencia de la misma debido a las medidas adoptadas para conjurarla. En consecuencia, las referidas habilitaciones se entenderán prorrogadas por el tiempo faltante para completar el término de un mes previsto por el legislador".

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la exequibilidad del Decreto Legislativo 491 de 2020, ver: Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2020.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Decimotercera Especial de Decisión; sentencia del 14 de marzo de 2022; C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-15-000-2020-03485-00(CA)

Salvamento de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

SALVAMENTO DE VOTO / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / DECLARACIÓN DE ESTADO DE EXCEPCIÓN / IMPROCEDENCIA DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Problema jurídico: *¿La Resolución Nro. 167 del 26 de junio de 2020, expedida por la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico -CDA-, desarrolló una medida general prevista en un decreto legislativo dictado en el estado de excepción y, en consecuencia, era objeto del control inmediato de legalidad?*

Tesis: "[L]a competencia de la referida Corporación Autónoma Regional para expedir el acto controlado, se deriva del ejercicio directo e inmediato de la función administrativa inherente y exclusiva a los asuntos asignados a esa entidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 5 de la Ley 489 de 1998, que regula lo correspondiente a la organización y funcionamiento para las entidades del orden nacional; y en uso de las atribuciones legales y en desarrollo de los fines y funciones de la entidad. Es decir, el acto objeto de control se adoptó con el fin de implementar medidas necesarias para prevenir y minimizar el riesgo de propagación de la pandemia Covid-19, proteger a sus funcionarios y a quienes acuden a

esa entidad; en consecuencia, en mi criterio, la resolución controlada no desarrolla una medida general prevista en un decreto legislativo dictado en el estado de excepción, en tanto que obedece a las facultades propias y ordinarias que tiene el director de la CAR del Oriente Amazónico. En consideración a lo expuesto, en mi criterio, el control inmediato de legalidad de la referida resolución no procedía y así debió declararse".

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Decimotercera Especial de Decisión; sentencia del 14 de marzo de 2022; C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, S.V. Carlos Enrique Moreno Rubio radicación: 11001-03-15-000-2020-03485-00(CA).

2. El Consejo de Estado, en el marco del control inmediato de legalidad, declaró ajustado a derecho el Decreto No. 1320 del 1° de octubre de 2020, "Por el cual se autorizan y regulan las líneas de crédito con tasa compensada, con recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME y se dictan otras disposiciones", expedido por el Gobierno Nacional.

Síntesis del caso: *A través del control inmediato de legalidad, la Sala Plena de la Corporación, a través de la Sala Especial de Decisión No. 8, estudió la legalidad del Decreto No. 1320 del 1° de octubre de 2020, "Por el cual se autorizan y regulan las líneas de crédito con tasa compensada, con recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME y se dictan otras disposiciones", expedido por el Gobierno Nacional.*

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / COMPETENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

Problema jurídico 1: *¿Las disposiciones del Decreto 1320 del 1 de octubre de 2020 fueron expedidas íntegramente por el funcionario competente para dictarlas?*

Tesis: "El Decreto núm. 1320 de 1o. de octubre de 2020 se expidió por el GOBIERNO NACIONAL a quien, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, le corresponde, entre otras funciones, la de "ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes", lo anterior, con la finalidad de establecer los parámetros necesarios para que el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO pueda ejercer la facultad de proveer financiamiento a través de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A.· FINDETER y el Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. – BANCÓLDEX, con los recursos del FOME. Con fundamento en tales atribuciones, la Sala considera que el GOBIERNO NACIONAL estaba autorizado, en ejercicio de la facultad reglamentaria, para establecer las condiciones a observar por parte del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en el otorgamiento de las líneas de crédito con tasa compensada dirigidas a sectores afectados por el Coronavirus Covid-19 o sectores que pueden contribuir a la reactivación económica".

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los presupuestos de procedibilidad del control inmediato de legalidad, ver: Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de marzo de 2012 Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00369-00(CA) Actor: Gobierno Nacional C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIO DE CONEXIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Problema jurídico 2: *¿Las disposiciones del Decreto 1320 del 1 de octubre de 2020 cumplen el criterio de conexidad con el decreto legislativo que le sirve de fundamento?*

Tesis: "[S]e aprecia que el Decreto núm. 1320 de 1o. de octubre de 2020 tiene conexidad con los decretos legislativos 444 y 468 de 2020, por cuanto el acto reglamenta medidas encaminadas a atender los efectos adversos generados en la economía con ocasión de la pandemia, a través del mecanismo de otorgamiento de líneas de crédito con tasa compensada, en este caso, mediante la financiación de proyectos y actividades en sectores que puedan contribuir a conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos".

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIOS DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / PRINCIPIO DE FINALIDAD

Problema jurídico 3: *¿Las disposiciones del Decreto 1320 del 1 de octubre de 2020 cumplen con el principio de finalidad?*

Tesis: "En el presente caso, el GOBIERNO NACIONAL autorizó a las entidades financieras del Estado el otorgamiento de líneas de crédito con tasa compensada dirigidas a sectores afectados por el coronavirus Covid-19; estableció los requisitos de la propuesta que debe presentarse para la creación de dichas líneas de crédito; e indicó a quién corresponde el establecimiento de sus condiciones financieras; los criterios para su aprobación; el financiamiento de los recursos para la línea de crédito; y, a quién corresponde el seguimiento de los recursos de las líneas aprobadas. Dichas disposiciones cumplen con los propósitos previstos en los decretos legislativos 444 y 468 de 2020, por cuanto tienen como finalidad reglamentar las condiciones en que el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO provee financiamiento a través de las entidades financieras estatales, esto es, la Financiera de Desarrollo Territorial S.A.· FINDETER y el Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. – BANCÓLDEX, para el otorgamiento de líneas de crédito con tasa compensada por parte de dichas entidades, con el fin de financiar proyectos y actividades en los sectores que puedan ayudar a conjurar la crisis generada por la pandemia o impidan la extensión de sus efectos, en el marco del estado de emergencia declarado a través del Decreto Declarativo 417 de 2020".

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS FORMALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIO DE NECESIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Problema jurídico 4: *¿Las disposiciones del Decreto 1320 del 1 de octubre de 2020 cumplen con el criterio de necesidad?*

Tesis: "En este caso se satisface el requisito de necesidad, comoquiera que las medidas implementadas por el GOBIERNO NACIONAL establecen las condiciones para ejecutar las funciones del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de brindar financiamiento a empresas y otorgar subsidios, a tasas de interés, garantías, entre otras y las de las entidades financieras estatales de otorgar líneas de crédito con tasa compensada dirigidas a sectores afectados por el coronavirus Covid-19, acudiendo a los recursos del FOME; estableciendo las condiciones para su creación, financiación y seguimiento, con la finalidad de facilitar el acceso de los distintos sectores a los recursos financieros que requieren para solventar la falta de liquidez ocasionada por la pandemia. (…) Teniendo en cuenta lo anterior, resultaba necesario reglamentar las condiciones de creación, financiación y seguimiento de las líneas de crédito con tasa compensada, con miras a que los sectores afectados por el coronavirus Covid-19, pudieran acceder a los préstamos en condiciones mejores que las del mercado, para poder utilizar dichos recursos para mitigar los efectos negativos de la pandemia o contribuir con la recuperación de la economía nacional".

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la necesidad de otorgar créditos financieros por parte de FINDETER y BANCÓLDEX con tasa compensada y dirigidos a financiar proyectos y actividades para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos, ver: Corte Constitucional, sentencia C-160 de 2020. M.P. Carlos Bernal Pulido.

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Problema jurídico 5: *¿Las disposiciones del Decreto 1320 del 1 de octubre de 2020 cumplen con el criterio de proporcionalidad?*
Tesis: "En este punto, debe considerarse que las medidas implementadas por el GOBIERNO NACIONAL cumplen con el requisito de proporcionalidad, por cuanto se encuentran dentro de los parámetros establecidos por el artículo 5° del Decreto Legislativo 444 de 2020 y el Decreto Legislativo 468 de 2020 y se orientan a implementar las herramientas puestas al alcance del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y las entidades financieras del estado para mitigar la afectación económica de sectores afectados por el coronavirus Covid-19 o inyectar recursos a los sectores que puedan contribuir a la reactivación de la economía".

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIOS DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD / PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Problema jurídico 6: *¿Las disposiciones del Decreto 1320 del 1 de octubre de 2020 desconocen los principios de intangibilidad de ciertos derechos y no discriminación?*

Tesis: "En lo que respecta a estos principios, la Sala considera que la decisión adoptada por el GOBIERNO NACIONAL no desconoce derechos de carácter fundamental, pues su principal motivación es reglamentar las líneas de crédito de tasa compensada financiadas con recursos del FOME para mitigar los efectos adversos generados en la economía con ocasión de la pandemia ocasionada por el coronavirus Covid-19. En cuanto a la no discriminación, se tiene que las medidas adoptadas por el GOBIERNO NACIONAL no vulneran dicho principio, pues las determinaciones adoptadas a través del acto objeto del presente control no comportan segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas".

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / JUICIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 7: *¿Las disposiciones del Decreto 1320 del 1 de octubre de 2020 se ajustan al ordenamiento legal vigente?*

Tesis: "Finalmente y en razón a que este control supone un análisis integral, no completo ni absoluto del ordenamiento jurídico, encuentra la Sala que el Decreto núm. 1320 de 1o. de octubre de 2020 se ajusta a la legalidad, pues las decisiones adoptadas sobre el otorgamiento de líneas de crédito con tasa compensada dirigidas a sectores afectados por el coronavirus Covid-19, son desarrollo del artículo 5° del Decreto Legislativo 444 de 2020 y del Decreto Legislativo 468 de 2020 y encuentran justificación en la competencia del funcionario que lo expidió y en las normas superiores que se analizaron frente a los principios que orientan la Ley 137 de 1994, lo que impone declararlo ajustado a derecho".

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Octava Especial de Decisión; sentencia del 14 de diciembre de 2021; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-15-000-2020-04339-00(CA)

3
SECCIÓN
PRIMERA

CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se declaran nulos los actos por los cuales se autorizó la instalación de una caseta de peaje y se estableció el cobro de la tasa a los usuarios de la ruta No. 90 de la Vía COVEÑAS - TOLÚ – TOLUVIEJO.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, para cuestionar la legalidad de las Resoluciones 003205 de 4 de agosto de 2010, por medio de la cual, se autoriza "la instalación de una caseta de peaje y se establece el cobro de la tasa a los usuarios de la ruta No. 90 de la Vía COVEÑAS – TOLU – TOLUVIEJO localizada en el PR 55+800 con una cobertura de 36 kilómetros estación denominada El Golfo"; y 005258 de 1 de diciembre de 2010, que modificó la primera, expedidas por el Ministerio de Transporte, con fundamento, en síntesis, en que fueron expedidas de forma irregular y desconociendo los artículos 5, numeral 14, del Decreto 2053 de 2003 y 6 del Decreto 101 de 2000.*

INSTALACIÓN DE PEAJE / CONCEPTO / MINISTERIO DE TRANSPORTE/ FUNCIONES DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE / VIOLACIÓN DE LA LEY / EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: *[D]eterminar si las resoluciones 003205 de 2010 mediante la cual se autorizó la instalación de una caseta de peaje y estableció el cobro de una tasa y 005258 de 2010 que modificó la primera, expedidas por el Ministerio de Transporte, incumplieron la exigencia prevista en los numerales 5.14 del artículo 5º. del Decreto 2053 de 2003 y 10 del artículo 6º. del Decreto 101 de 2000, de contar con el concepto vinculante previo al establecimiento del peaje, emitido por el Ministro de Transporte en su calidad de suprema autoridad del Sector Transporte y del Sistema Nacional de Transporte, configurándose o no la violación a una norma superior y la expedición irregular de un acto administrativo.*

Tesis: "En desarrollo del objetivo del Ministerio de Transporte de formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, las funciones del Despacho del Ministro de Transporte están relacionadas en el artículo 5º. del Decreto 2053 de 2003, en sus numerales 5.1 al 5.23, entre las que se encuentran la 5.14 y 5.15 que son independientes y se deben ejercer cada una por parte del servidor púbico indicado y que refieren en su orden, a: (i) emitir, en su calidad de suprema autoridad del Sector Transporte y del Sistema Nacional de Transporte, concepto vinculante previo al establecimiento de los peajes que deban cobrarse por el uso de las vías a cargo de la Nación, los departamentos, distritos y municipios; y (ii) establecer los peajes, tarifas, tasas y derechos a cobrar por el uso de la infraestructura de los modos de transporte, excepto el aéreo. Aun cuando en los considerandos de la Resolución 003205 de 2010, se mencionó el "ESTUDIO SOCIOECONÓMICO Y DE TRÁNSITO PARA LA INSTALACIÓN DE UNA ESTACIÓN DE PEAJE EN LA VÍA COVEÑAS – TOLÚ - TOLUVIEJO RUTA 90" y unas reuniones efectuadas con las autoridades locales, gremios y la comunidad, este documento no es el concepto técnico, que también debe valorar la conveniencia del establecimiento del peaje y que se debe emitir: i) de conformidad con la política general en esta materia, cuya formulación compete al Ministro de Transporte; y, ii) por el mismo funcionario, en uso de la facultad prevista en el numeral 5.14 del artículo 5º. del Decreto 2053 de 2003. En la expedición de la Resolución 003205 de 2010, modificada por la Resolución 005258 de 2010, se infringió lo ordenado en el numeral 5.14 del artículo 5º. del Decreto 2053 de 2003, al no cumplir con la emisión del concepto vinculante previo al establecimiento del peaje, configurándose las causales de nulidad de vulneración de la norma en que debían fundarse y expedición irregular de los actos administrativos indicados. En consecuencia, y bajo el contexto expuesto, la Sala encuentra plenamente acreditadas las razones que desvirtúan la presunción de legalidad de las Resoluciones 003205 y 005258 de 2010 expedidas por el Ministro de Transporte, lo que conduce a que se declare su nulidad, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de marzo de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2011-00210-00

2. Se declara nulo el aparte del Acuerdo 006 de 2010 de la Comisión Nacional de Televisión, que establece el valor de la compensación que deben cancelar los operadores del Servicio Público de Televisión por Suscripción.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, para cuestionar la legalidad del Acuerdo No. 006 de 2010 expedido por la Comisión Nacional de Televisión, "Por medio del cual se modifican las condiciones de acceso a la prestación del Servicio Público de Televisión por Suscripción, la tarifa de Compensación que deben cancelar los Operadores de este servicio a la Comisión de Televisión, y se dictan otras disposiciones", en razón a que, en criterio del actor, sin sustento alguno, la CNTV disminuyó la tarifa de un 10% de los ingresos brutos mensuales por la prestación del servicio, a una del 7%. Adicionalmente, estableció una tarifa del 10% sobre los ingresos brutos mensuales por publicidad del servicio de televisión por suscripción.*

FACULTAD REGLAMENTARIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN / TARIFA / COMPENSACIÓN / TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN / DESCONOCIMIENTO DE LA NORMA / FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: *[D]eterminar si el artículo 3º del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010 es nulo, por haber incurrido la CNTV en los vicios de: ii) vulneración de las normas superiores en las que debía fundarse; iii) falta de motivación; iv) falsa motivación.*

Tesis: "[L]a Sala evidencia que, en el asunto sub examine, no se encuentra acreditado por parte de la CNTV, que se hubiera dado cumplimiento a las exigencias legales para dictar el Acuerdo 006 de 2010. Por el contrario, lo allegado al expediente demuestra que la CNTV se apartó de los mandatos imperativos del legislador al tratar de justificar la expedición del Acuerdo 006 de 2010 en memorandos que no respaldan las medidas adoptadas o en estudios que no hacen parte de los antecedentes de dicho acto administrativo. Para la Sala está probado que con la información con la que contaba la CNTV al momento de expedir el Acuerdo 006 de 2010, no podía garantizarse ni establecerse si la reducción de la tarifa permitía recaudar los recursos necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos. Tampoco si con la fijación del porcentaje adicional del 10% sobre los ingresos brutos por publicidad, se afectaba, para los concesionarios de la televisión por suscripción, la recuperación de los costos del servicio público de televisión. Frente a este último tema, la Sala encuentra que ninguno de los memorandos referidos en la parte considerativa del Acuerdo 006 de 2010127 hizo alusión al valor de la tarifa mensual por el servicio de televisión por suscripción, relacionada con un porcentaje de los ingresos brutos mensuales por pauta publicitaria. Tampoco en los otros memorandos allegados con los antecedentes administrativos. En el único documento que aparece alguna referencia al tema, es en el informe que contiene las respuestas a las observaciones recibidas en el trámite de participación ciudadana del proyecto de acuerdo. Sobre el particular, la Sala resalta que la mención de la CNTV para justificar la existencia de dicha disposición es que se trataba de la fuente «de financiación de la Unidad de Dirección General». En esa medida, para la Sala esta afirmación no cuenta con ningún sustento técnico y, mucho menos, jurídico en los antecedentes allegados. En esa medida, la Sala evidencia que de los antecedentes administrativos del Acuerdo 006 de 2010 no se encuentran elementos que permitan acreditar que la CNTV dio cumplimiento a los criterios del literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, para sustentar la reducción de la tarifa de la compensación del 10% al 7% de los ingresos brutos mensuales ni el establecimiento de la tarifa del 10% sobre los ingresos brutos por publicidad. Ahora bien, cabe resaltar que la CNTV, al desatender los criterios del literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995 para fijar derechos, tasas y tarifas para la prestación del servicio de televisión, de paso está desconociendo los artículos 365 de la Constitución Política y el 17 de la Ley 182, que velan por la debida prestación del servicio público, en este caso, de la televisión. Pone de presente la Sala que la Ley 182 de 1995 exige que la CNTV, como entidad técnica que dicta la política para la debida prestación del

servicio de televisión, al regular lo referente a los derechos, tasas y tarifas, necesariamente debía contar con la información y con los estudios técnicos y jurídicos que le permitiesen cumplir con los parámetros legales que le demanda el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995. Esa era la única manera en la que podría realizar, a cabalidad, el análisis del impacto social y económico de sus decisiones, en atención a las características propias del servicio público que está regulando, dada su importancia y trascendencia para el interés público. En ese orden, el cargo de desconocimiento de las normas en las que debía fundarse presentado por el demandante respecto de la legalidad del Acuerdo 006 de 2010, está llamado a prosperar, por cuanto la CNTV debía motivarlo conforme con los parámetros previstos en la Constitución Política y la Ley 182 de 1995. Como consecuencia de estar probado el cargo referido, encuentra la Sala que tal circunstancia deviene necesariamente en que se den los presupuestos del cargo de falsa motivación frente a la reducción de la tarifa de la compensación, y los del cargo de falta de motivación respecto del establecimiento de la tarifa del 10% de los ingresos brutos por publicidad […] Al respecto, y continuando con el análisis del sub lite, la Sala encuentra que, ni los argumentos señalados en las consideraciones del acto demandado y tampoco los antecedentes administrativos allegados, justifican la disminución de la compensación mensual del 7% por concepto de los ingresos percibidos por la prestación del servicio de televisión por suscripción. […] La Sala reitera que, muestra de ello, es que los mismos memorandos que expusieron la propuesta de modelo para fijar la tarifa de la compensación, fueron enfáticos en advertir que el modelo no garantizaba el recaudo de los ingresos para el FonTV. 194. Así las cosas, la Sala encuentra que no es cierto lo referido en los considerandos del Acuerdo 006 de 2010, relativo a que los memorandos allí citados sustentaban la modificación de las reglas regulatorias de la prestación del servicio de televisión por suscripción, difieren de la realidad. […] En línea con lo expuesto, en relación con el cargo de falta de motivación, la Sala precisa que en el sub examine, como se ha venido exponiendo a lo largo de esta providencia, el Acuerdo 006 de 2010 carece de fundamento técnico, jurídico y económico para establecer la tarifa sobre los ingresos brutos sobre la publicidad."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 4 de marzo de 2022; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2011-00062-00.

3. Se suspenden, provisionalmente, los efectos jurídicos del acto mediante el cual se otorgó un permiso de vertimiento de aguas residuales domésticas dentro del Santuario de Fauna y Flora Otún Quimbaya.

Síntesis del caso: *La Corporación Autónoma Regional de Risaralda – CARDER presentó demanda, previa suspensión provisional, para obtener la nulidad de la Resolución Nº. 0930 del 30 de mayo de 2018, por medio de la cual la Subdirección de Gestión Ambiental Sectorial de esa entidad, otorgó Permiso de Vertimientos de las Aguas Residuales Domésticas en un caudal de 0.004 l/s, con destino a cuerpo de agua, en las coordenadas X: 1015223 y Y: 1165492, a favor de las poseedoras del predio denominado LA CABAÑA LA SUIZA. Como fundamento de la solicitud adujo, en síntesis, que se desconoció que el predio objeto de dicha Resolución se encuentra localizado al interior de los Parques Nacionales Naturales, y la actividad de cabañas no es acorde y no se encuentra contemplada en el Plan de Manejo Ambiental establecido para dicha jurisdicción; antes de adelantar el trámite ambiental de la referencia, era necesario obtener el concepto de uso del suelo favorable señalado por el artículo 51 (numeral 3) del Decreto 1469 de 2010; y en las áreas protegidas, solo se permiten las actividades contempladas en sus planes de manejo ambiental.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / VERTIMIENTO DE AGUA / ÁREA PROTEGIDA / USO DEL SUELO/ SISTEMA NACIONAL DE PARQUES NATURALES / EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO PERICULUM IN MORA / PRINCIPIO FUMUS

BONI IURIS / PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: *¿Se debe acceder a la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución 930 de 30 de mayo de 2018, «Por la cual se otorga permiso de vertimientos de aguas residuales domésticas, se aprueban las obras del sistema de tratamiento de aguas residuales domésticas y se dictan otras disposiciones», expedida por la Subdirección de Gestión Ambiental Sectorial de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda – CARDER?*

Tesis: "[L]a Corporación Autónoma Regional de Risaralda – CARDER, solicitó la suspensión provisional de la Resolución 930 de 2018, tras considerar que ese acto administrativo se expidió de forma irregular y desconoce lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 99 de 1993, en el artículo 51 (numeral 3) Decreto 1469 de 2010, en el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, en el Decreto 1076 de 2015, y en las Resoluciones 061 de 2007, 1245 de 1998 y 1723 de 29 de diciembre de 2017. […] Según lo dispuesto en artículo 2.2.3.3.5.2. del Decreto 1076 y en el numeral 3° del artículo 51 del Decreto 1469 de 2010, el «concepto sobre el uso del suelo expedido por la autoridad municipal» es un requisito que debe verificar la autoridad ambiental competente durante la etapa inicial de evaluación del permiso de vertimientos. En el caso concreto, la omisión del citado requisito permitió, de un lado, que la CARDER evaluará un permiso de afectación de los recursos naturales de un área del Sistema de Parques Naturales de Colombia. Y del otro, que no considerará las determinantes ambientales que caracterizaban el territorio objeto de debate. El artículo 2° del Decreto Ley 3572 de 2011 encomendó a la Unidad Administrativa Especial Parques Nacionales Naturales de Colombia la tarea de «otorgar permisos, concesiones y demás autorizaciones ambientales para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables en las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales». En consecuencia, la no verificación del requisito reglamentario relacionado con el concepto del uso del suelo permitió que la CARDER actuara más allá del margen de competencias enunciados en el artículo 31 de la Ley 99. Resalta la Sala unitaria que el referido concepto estaba llamado a clarificar cuáles de las determinantes ambientales enunciadas en las Resoluciones 061 de 2007, 1245 de 1998 y 1723 de 29 de diciembre de 2017 eran aplicables al proyecto. De manera que le asiste la razón a la entidad demandante cuando afirma que «en las áreas protegidas solo se permiten (las) actividades contempladas en los planes de manejo adoptados». Los artículos 331 y 336 del CNRNR, el artículo 2.2.2.1.11.3 y el parágrafo 2º del artículo 2.2.2.1.4.2 del Decreto 1076 de 2015 dan cuenta de dicha realidad cuando señalan que la zonificación consignada en el Plan de Manejo Ambiental del Santuario de Fauna y Flora Otún Quimbaya era de obligatorio cumplimiento. Es importante recordar que el SINAP tiene por objeto la conservación de los ecosistemas y hábitats naturales y, el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en su entorno natural. De ahí que las actividades permitidas en los Santuarios de Fauna y Flora estén dirigidas a conservar, recuperar y controlar, investigar y educar para la preservación de dichos territorios. Aunado a ello, «el vertimiento, introducción, distribución, uso o abandono de sustancias (…) contaminantes que puedan perturbar los ecosistemas o causar daños en ellos» está prohibido cuando altera significativamente el ambiente natural. Así las cosas, en esta etapa inicial de la controversia, el Despacho observa que la Resolución 930 de 30 de mayo de 2018 se expidió de forma irregular y desconoce lo dispuesto en el artículo 51 (numeral 3) Decreto 1469 de 2010, en el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, y en el Decreto 1076 de 2015, en cuanto al procedimiento que regula esta materia. Sumado a lo anterior, a la Corporación Autónoma Regional de Risaralda y a la Unidad Administrativa Especial Parques Nacionales Naturales de Colombia les asiste la razón cuando señalan que la primera autoridad ambiental ejerció una competencia que sobrepasa las funciones enunciadas en el artículo 31 de la Ley 99 de 1993. En ese orden, la decisión de suspender la Resolución 930 es proporcional y adecuada porque los permisos de vertimientos otorgados dentro del Santuario de Fauna y Flora Otún Quimbaya deben ser evaluados por la Unidad Administrativa Especial Parques Nacionales Naturales de Colombia, con el fin de darle cumplimiento a los fines que busca esa categoría de protección ambiental."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; auto de 3 de marzo de 2022; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-0324-000-2021-00200-00.

4. La Comisión Nacional de Televisión era competente para reglamentar la publicidad en televisión de cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico.

Síntesis del caso: *La sociedad RCN Televisión S.A., demandó, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Acuerdo 004 de 19 de octubre de 2005, expedido por la Comisión Nacional de Televisión, con fundamento en que tal entidad transgredió los artículos 1°, 6°, 20, 29, 76, 77, 78, 113, 121, 150 (numeral 21), 333 y 334 de la Constitución Política y el artículo 29 de la Ley 182 de 1995. Los cargos de nulidad formulados se encuentran asociados a la falta de competencia de la Comisión Nacional de Televisión para expedir el acto acusado y el de falsa motivación.*

PUBLICIDAD DE CIGARRILLOS Y BEBIDAS ALCOHÓLICAS / DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA / LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA / PUBLICIDAD COMERCIAL / COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN / FACULTADES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN / FACULTAD REGLAMENTARIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN / AUTONOMÍA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

Problema jurídico: *[E]stablecer si el Acuerdo 004 de 19 de octubre de 2005, es nulo por haber transgredido el ordenamiento constitucional que le ha debido de servir de fundamento, especialmente, las siguientes disposiciones de rango superior: los artículos 150 (numeral 21), 333 y 334 de la Constitución Política.*

Tesis: "[S]urge como interrogante el asociado a establecer si, la Comisión Nacional de Televisión, en ejercicio de la facultad de regulación, tenía competencia para incorporar la medida tendiente a prohibir la publicidad comercial del tabaco, cigarrillos y bebidas alcohólicas. Lo anterior, por cuanto el argumento de la demanda y del recurso de apelación se enfocan en afirmar que esa materia se encuentra reservada al legislador, por tratarse de una limitación a las libertades económicas. La respuesta debe resolverse en sentido positivo, por las siguientes razones que se pasan a enunciar a continuación: […] se colige que la Comisión Nacional de Televisión, por expreso mandato del artículo 29 de la Ley 182 de 1995 -disposición normativa que sirvió de sustento para expedir el acto censurado- como titular de la potestad regulatoria atribuida por el constituyente de 1991, tenía competencia para regular los contenidos de la publicidad en televisión, estableciendo la restricción que se demanda, para lograr la efectividad de los principios y fines que son inherentes al servicio público de televisión, especialmente, para proteger los derechos al medio ambiente, la vida y la salud de los niños, niñas y adolescentes (artículos 44 y 49 Superior); objetivos que, a todas luces, son compatibles con los preceptos de la Carta Fundamental. […] Por las consideraciones anotadas, por expreso mandato del propio legislador, la Comisión Nacional de Televisión tenía competencia para expedir esta clase de medidas. En consecuencia, la autorización legal que exige el artículo 333 de la Constitución Política para limitar las actividades económicas aparece consagrada de manera especial, en la Ley 182 de 1995 (particularmente el artículo 5, literal c) y el artículo 29), motivo por el cual, se colige, no hubo desconocimiento al principio de reserva legal que se reprocha en el escrito de alzada. […] Ahora bien, la más reciente decisión del legislador de expedir la Ley 1335 de 2009, mediante la cual se adoptan «disposiciones por medio de la cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana» obedece a la libertad de configuración normativa para desarrollar los contenidos normativos de la Carta Fundamental, sin que ello sea excluyente de la función de regulación en cabeza de la Comisión Nacional de Televisión (extinta), como organismo autónomo e independiente encargado de la intervención en el espectro electromagnético para los servicios de televisión, la dirección de la política en la materia y su regulación."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 4 de marzo de 2022; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-2324-000-2006- 00165-01.

4
SECCIÓN
SEGUNDA

CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se niega la nulidad del acuerdo de la CNSC que reglamentó la Convocatoria N.° 145 de 2012, del concurso abierto de méritos de la carrera docente en el Distrito Capital de Bogotá.

Síntesis del caso: La Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el Acuerdo 189 del 2 de octubre de 2012, que determinó las reglas de la Convocatoria n.° 145 de 2012, de la carrera docente del Distrito Capital de Bogotá. Ese reglamento fue demandado en el medio de control de nulidad, en el cual se adujo que este fue expedido con violación de las normas superiores, al haber permitido la publicación conjunta de los resultados de las pruebas de aptitudes y competencias básicas y la psicotécnica. Frente a lo alegado, la Sala consideró que tal vicio no se configuró, porque la publicación de los resultados se hizo conforme con lo señalado en los artículos 8.° y 9.° (literales e. y f.) del Decreto Ley 1278 de 2002 y de los artículos 2.°, 3.° (literal d.), 10, 13 y 14 del Decreto 3982 de 2006.

REGULACIÓN SOBRE LA METODOLOGÍA DE EVALUACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LAS PRUEBAS EN LOS CONCURSOS DE LA CARRERA DOCENTE

Problema jurídico: ¿Es ilegal la publicación conjunta de los resultados de las pruebas de aptitudes y competencias básicas y la psicotécnica?

Tesis: «[…] No es ilegal, por cuanto las normas de rango legal que regulan particularmente esta cuestión, que están contenidas en los literales d. y e. del artículo 9.° del Decreto Ley 1278 de 2002, consagran que, en el concurso de méritos de la carrera docente, después de la etapa de verificación de requisitos mínimos y publicación de los admitidos a las pruebas, lo que sigue es la selección mediante «prueba de aptitudes y competencias básicas» y después la «publicación de resultados de selección por prueba de aptitud y competencias básicas». En esa ilación, es posible observar que el legislador extraordinario se refirió de manera singular a esta clase de prueba y no la dividió, como lo afirmó la parte demandante, en dos distintas categorías. Esta lectura se acompasa con lo señalado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en la cual, a partir de lo que consagra el artículo 10 del Decreto Reglamentario 3982 de 2006, se ha dicho que existe, por un lado, una prueba de aptitudes y competencias básicas, y por el otro, una prueba psicotécnica. Ahora bien, la definición de los detalles de la metodología de evaluación en estos exámenes le corresponde al ICFES y, en ese sentido, dicha entidad precisó, en la Guía de Orientación de las pruebas, que la de aptitudes y competencias básicas se integra de los componentes relativos a las aptitudes verbal, numérica, pedagógica y el dominio sobre los conocimientos disciplinares básicos para cada cargo docente al que se aspire, lo cual coincide plenamente con la discriminación de los resultados de las pruebas que expuso el demandante en el acápite de los hechos del libelo. Por otro lado, la Subsección resalta que lo relativo a la aplicación del modelo de análisis Rasch, se constituye como un desarrollo de las facultades otorgadas al ICFES para diseñar las pruebas y su metodología de evaluación, y en nada interfiere en lo que prevén las normas invocadas como violadas por el demandante que, se reitera, desvirtúan su tesis de que la prueba de aptitudes y competencias básicas debía dividirse en dos tipos de pruebas. […]» NOTA DE RELATORIA: En relación con la metodología de evaluación en los concursos de la carrera docente ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda (Sala Plena), sentencia de tutela del 17 de junio de 2010, C.P. Alfonso Vargas Rincón, radicación 05001233100020100065201(AC).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 3 de febrero de 2022, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-24-000-2014-000-0400(5276-19)

2. El pago incompleto de las cesantías no otorga al servidor público el derecho a percibir el pago de la sanción moratoria, consagrada en la Ley 50 de 1990.

Síntesis del caso: *Una servidora de la Rama Judicial, señala que la administración incumplió con el deber de consignarle correctamente sus cesantías para el año 2016, dentro del término legal, esto es, antes del 15 de febrero del año siguiente. La DEAJ reliquidó sus cesantías, incluyendo los montos correspondientes del 01 de enero al 01 de noviembre de 2016. consignando la precitada prestación solo hasta el 20 de diciembre de 2017, incurriendo en mora en su pago. La servidora elevó petición tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990, la cual fue resuelta desfavorablemente, mediante el acto ficto o presunto, derivado del silencio negativo administrativo de la entidad demandada*.

REGÍMENES DE LAS CESANTÍAS / RECLAMACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA / SANCIÓN MORATORIA POR PAGO INCOMPLETO DE CESANTÍAS / EMPLEADO JUDICIAL / PAGO PARCIAL DE CESANTÍAS / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA

Problema jurídico: *¿Un servidor de la Rama Judicial por no recibir el pago completo de sus cesantías causadas durante el año 2016, antes del 15 de febrero de 2017, tiene derecho a que le sea reconocido el pago sancionatorio establecido en la Ley 50 de 1990?*

Tesis: "[…] El legislador estableció una sanción económica para los eventos en que ocurra el pago tardío de las cesantías, que debe ser liquidada y reconocida mediante acto administrativo en firme, equivalente a un día de retardo por cada día de mora hasta que se haga efectivo su pago. […] De la misma manera, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consagra lo referente al pago de las cesantías y a su vez, la sanción moratoria por incumplir dicho pago dentro del término estipulado: (…) ARTÍCULO 99.- Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin Página 1 de 2 perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo. 2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente. 3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. (…) […] Si bien la entidad demandada incurrió en error al realizar el cálculo y liquidación de las cesantías de la demandante (…) porque no liquidó diez meses servidos que corresponden a los meses de enero a octubre del mismo año, no puede confundirse la situación fáctica que genera la sanción moratoria establecida por la ley, con el pago de reliquidación después de desatar la discusión sobre el monto consignado. La sanción moratoria es una penalidad para el Estado – empleador, por su incumplimiento en la consignación de las cesantías en el respectivo fondo, en tiempo oportuno, consistente en el pago de un día de salario por cada día de retardo; de manera que solo la ausencia en el pago de las cesantías es la castigada con la mora. Por consiguiente, no puede extenderse la sanción cuando se presenta una discusión sobre ese monto que puede, a su turno, generar o no un reajuste. […] Dilucidado lo anterior, la sanción moratoria no tiene el alcance que pretende endilgarle la actora para extenderla a los eventos en que hubo lugar a un reajuste de las cesantías por inconsistencia en el monto liquidado o discutido al tiempo de liquidación. De igual forma, el nuevo valor correspondiente a la reliquidación se genera con ocasión de la controversia que la actora provocó al punto que le fue modificado por la administración el acto de reconocimiento aceptando sus argumentos, pero sin que ello encuadre en la descripción de la norma que regula la penalidad. […] En ese orden de ideas, la Sala confirmará la sentencia (…) que negó las pretensiones de la demanda, por los argumentos expuestos en precedencia. […]"

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 10 de febrero de 2022, C.P Sandra Liseth Ibarra Vélez, radicación: 25000-23-42-000-2018-02833-01 (0612-2021)

3. Se debe reconocer por el juez la pensión de jubilación al servidor público que cumple los requisitos en aplicación de la Ley 100 de 1993, así en vía gubernativa y en las pretensiones de la demanda se haya invocado el régimen de transición, en arras de la protección de los derechos de las personas de la tercera edad, la aplicación del principio iura novit curia y de la tutela judicial efectiva.

Síntesis del caso: *Una servidora pública solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, por considerar que era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. La administración negó la prestación solicitada, por considerar que no era beneficiaria del régimen de transición al no contar con 750 semanas de cotización a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2015.*

EXTINCIÓN DEL REGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL / PENSIÓN DE JUBILACIÓN / BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES / FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA / PROTECCIÓN DE LA PERSONA DE LA TERCERA EDAD / DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD / INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN

Problema jurídico: *¿El servidor público conserva el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005?; ¿El servidor público que no sea beneficiario del régimen de transición, pero acredite que cumple con los requisitos pensionales de la Ley 100 de 1993, se le debe reconocer la prestación en la instancia judicial, sin que medie previo agotamiento de la vía gubernativa ni constituya una de las pretensiones de la demandada, en aras de proteger los derechos de las personas de la tercera edad y la aplicación del principio iura novit curia y la tutela judicial efectiva?*

Tesis: " […]Acto Legislativo 01 de 2005 regula la extinción del régimen de transición en los siguientes términos: "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014"(…) para el 25 de julio de 2005, la actora no tenía 750 semanas, sino solamente 701,835(…), la demandante no conserva el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, la Sala no pasa por alto que conforme el citado reporte de semanas expedido por Colpensiones con fecha del 20 de septiembre de 2018, la actora tenía cotizadas 1.373,44 semanas, de modo que cumpliría los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez regulada por la Ley 100 de 1993.(…) la Sala concluye que la entidad reconoció una indemnización aún cuando la actora continuaba en servicio activo y realizaba aportes, indistintamente de que el acto de reconocimiento se haya señalado que la interesada manifestó su imposibilidad de seguir cotizando. En
ese contexto y dado que la demandante cumple con el requisito de las 1.300 semanas que exige el artículo

33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, se debe realizar el estudio bajo dichas normas. Sobre el particular se resalta que esta pretensión no fue incluida en la demanda ni en sede gubernativa. No obstante, en criterio de la Sala se considera procedente estudiarlo con el objeto de garantizar la tutela judicial efectiva, en aplicación del principio iura novit curia, toda vez que la actora tiene 80 años.(…) la demandante cumplió la edad de 57 años el 28 de diciembre de 1998 y adquirió el estatus al cumplir 1300 semanas. Por tanto, la Sala modificará la decisión del Tribunal, en el sentido de ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez de la accionante, acorde con las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, desde el retiro del servicio, pues si bien obran cotizaciones hasta el mes de agosto de 2018, no consta en el expediente la fecha cierta de desvinculación. La pensión se liquidará en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con los factores sobre los que se realizaron cotizaciones en armonía con el Decreto 1158 de 1994. La tasa de remplazo será la prevista en el artículo 34 de la referida Ley 100 de 1993. Conforme lo ordenado por el Tribunal deberá descontarse del retroactivo pensional a la que tiene derecho la demandante, el pago realizado por concepto de indemnización sustitutiva. Por último, debe decir la Sala que la actora por su avanzada edad tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional, por tanto, de forma excepcional, se habilita el reconocimiento pensional pese a que cuando agotó vía gubernativa no tuviese consolidado su estatus pensional por faltarle semanas de cotización. Esto para no someterla a acudir nuevamente ante la administración, lo que en la práctica podría hacer nugatorio su derecho al disfrute de la mesada.[…]”

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto de 17 de febrero de 2022, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 2300-12-333-000-2018-00201-01 (5793- 2019)

.

4. Los agentes escoltas de la Unidad Nacional de Vigilancia, incorporados del DAS, no tienen derecho al reconocimiento de horas extras.

Síntesis del caso: *Un agente escolta de la Unidad Nacional de Protección, incorporado del Das, solicitó el reconocimiento y pago de horas extras diurnas, nocturnas y de días festivos, con la consecuente liquidación salarial y prestacional. La petición fue negada por la administración.*

IMPROCEDENCIA DE LAS HORAS EXTRAS / UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN /ESCOLTA DEL DAS / LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES

Problema jurídico *: ¿A un agente escolta de la Unidad Nacional de Protección, incorporado del Das, le asiste derecho al reconocimiento de horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas laboradas y recargos nocturnos, dominicales y festivos, así como al recargo por trabajo nocturno, generados en las comisiones de servicios y pago de viáticos, liquidados con el número de horas laborales previstas para la generalidad de los empleados públicos, con la consecuente afectación en la liquidación de los factores salariales y prestaciones sociales incluidas las cesantías?*

Tesis : “[…]Si Los recargos nocturnos, dominicales y festivos se reconocen a aquellos empleados que cumplen su jornada laboral total o parcialmente en horas nocturnas, es decir, que en algunos casos se presenta una jornada mixta, de manera que causan el derecho a que se les reconozca el 35% adicional sobre la asignación mensual. (…) Resulta evidente que el trabajo que se realiza en días previstos por la ley como de descanso obligatorio (dominicales y festivos), debe ser recompensado con una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, 200%, si es diurno, y 235%, en caso de ser nocturno, más el disfrute de un día de descanso compensatorio. (…) De lo anterior se colige que la jornada laboral de los empleados del extinguido DAS era de 44 horas semanales, excepto para aquellos con funciones discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación o seguridad, quienes podían tener una jornada de 12 horas diarias y máximo 66 semanales, sin perjuicio de que, por situaciones especiales, el jefe de la entidad podía establecer una jornada de hasta 18 horas sin que excediera las 72 semanales. Además, debido a la naturaleza de las funciones que desempeñaban tales empleados, no era dable el reconocimiento como horas extras del pago de horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo, o en días dominicales o festivos y, en su lugar, se concedían compensatorios para

descansar, adicionales a los establecidos por ley. (…) No es dable, como lo pretende el actor, desconocer las previsiones que regulan el régimen laboral especial de los empleados del otrora DAS que fueron incorporados al organismo accionado, en especial, las del Decreto 1932 de 1989 (artículos 12 y 13), en virtud de las cuales las horas extras no son reconocidas a los servidores que realizan funciones que implican el ejercicio de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad, como es el caso de aquel (agente escolta), amén del carácter de organismo nacional de seguridad y la misión institucional de la entidad. En ese entendimiento, a pesar de que se encuentra acreditado en el proceso la realización de las comisiones de servicio y el pago de los viáticos, ello no implica, per se, el reconocimiento de horas extras y recargos (sin perjuicio de que pudiese parecer que ellas vienen implícitas en esa situación administrativa), en la medida en que, por un lado, no se tiene certidumbre de que en la comisión se haya excedido la jornada laboral; y, por otro, la más relevante, existe una prohibición legal acerca de ese otorgamiento, pues, se insiste, el Decreto 4065 de 2011 remite es al 1932 de 1989 y no al 1042 de 1978, esto es, no se trata de un factor dentro del régimen especial que le resulta aplicable a los referidos servidores.[…]"

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de diciembre de 2021, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 0500-12-33-3000-2016-00565-01(4233-2017)

5. En aplicación del principio de la buena fe, el servidor que fue nombrado sin requisitos, pero se condujo con rectitud ante la administración, no está obligado a devolver los salarios que percibió mientras estuvo desempeñando el cargo.

Síntesis del caso: *El municipio de Tunja, por conducto de apoderada, formuló demanda en orden a declarar la nulidad parcial del Decreto 0414 del 26 de diciembre de 2011, expedido por el alcalde de dicho ente territorial, en cuanto trasladó a la señora (...) del cargo de secretaria de despacho, código 20, grado 9, de la Secretaría Jurídica, al de jefe de oficina asesora, código 115, grado 6, de la Oficina de Control Interno de Gestión, ambos adscritos a la planta de personal de la entidad demandante. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, el municipio de Tunja solicitó condenar a la demandada a devolver los sueldos devengados desde el momento en que fue designada en la Oficina de Control Interno de Gestión del referido ente.*

REVOCATORIA DIRECTA / REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE NOMBRAMIENTO / REQUISITOS DEL CARGO PÚBLICO / DEVOLUCIÓN DEL SALARIO / DEVOLUCIÓN DE LAS PRESTACIONES PERIÓDICAS / PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Problema jurídico: *¿Quien se desempeñó como jefe de la Oficina de Control Interno de la Alcaldía sin el lleno de requisitos legales para dicho cargo debe reintegrar los salarios y prestaciones percibidos o no hay lugar a ello frente a la actuación ajustada al principio de buena fe por parte de la funcionaria para obtener el nombramiento?*

Tesis 1: « [E]l servidor que fue nombrado sin requisitos, pero se condujo con rectitud ante la administración, no está obligado a devolver los salarios que percibió mientras estuvo desempeñando el cargo, en aras de salvaguardar la presunción de buena fe y los consecuentes efectos ante situaciones que no son deseables, pero que terminan ocurriendo sin que medie una intervención dolosa por parte del beneficiado. Bajo este contexto, se evidencia que el error en la designación es imputable a la administración y, por tal motivo, no es viable que alegue su propia culpa para recuperar unas sumas que había sufragado a una persona que estuvo vinculada mediante una relación legal y reglamentaria.[…] [L]as actuaciones de los particulares y de las entidades públicas, deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones

que aquellos adelanten ante estas, por ende, la administración está en la obligación de desvirtuarla cuando alegue que un ciudadano se apartó de este principio. […]En el presente caso, la administración no demostró que la demandada se haya valido de maniobras fraudulentas para ser nombrada en un empleo para el cual no acreditaba los requisitos legales y tampoco aportó documentación falsa tendiente a lograr ese cometido. Por el contrario, el acta de posesión del 26 de diciembre de 2011, en virtud del cual la señora (…) tomó juramento para desempeñar el empleo para el que fue designada mediante el decreto enjuiciado, da cuenta de que «[n]o se exigieron más documentos por tratarse de un traslado de cargo y por encontrarse vinculada en la administración municipal». Lo anterior significa que el ente territorial demandante se fundó en las certificaciones de estudio y experiencia aportadas por la interesada en anterior oportunidad y que conformaban su historia laboral, por ende, la indebida valoración de esa información era atribuible al municipio de Tunja, toda vez que los artículos 49 y 50 del Decreto 1950 de 1973 impusieron a los jefes de personal de las entidades públicas el deber de verificar, entre otros, los documentos que «acreditan las calidades para el desempeño del cargo» para que un servidor pueda tomar posesión de este. Inclusive, el desacato a esta obligación constituye causal de mala conducta. Esta corporación ha indicado que cuando por un error atribuible a una entidad se concede un derecho a quien no cumplía los requisitos legales, no es posible que se valga de su incuria para recuperar las sumas percibidas de buena fe. […] Teniendo en cuenta el anterior criterio interpretativo, y en la media en que en esta instancia no se discute la decisión del a quo en cuanto a que la demandada no cumplía con los requisitos para desempeñarse como jefe de control interno, se concluye que la Alcaldía de Tunja incurrió en un error al designarla sin haber acreditado las exigencias legales. A su vez, como no se demostró que la beneficiara hubiera actuado de manera desleal o engañosa para obtener ese nombramiento, debe concluirse que no hay lugar a devolver suma alguna por concepto de los salarios y prestaciones que percibió mientras ejerció el empleo. […]».

NOTA DE RELATORIA: Referente a la presunción del principio de buena fe en casos de ocupar cargos sin requisitos y, por ende, no estar obligado a devolver los salarios que percibió mientras estuvo desempeñándolo, ver: C. de E, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 12 de abril de 2012, Rad. 25000-23- 25-000-2006-04197-01(0461-09). Frente la connotación de periódicas que tienen las prestaciones que se pagan con regularidad mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente la cual se pierde una vez ocurre el retiro, ver: C. de E, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 21 de marzo de 2019, radicado: 13001-23- 31-000-2010-00335-01(5019-14). En relación a los casos cuando por un error atribuible a una entidad se concede un derecho a quien no cumplía los requisitos legales, no es posible que se valga de su incuria para recuperar las sumas percibidas de buena fe, ver: C. de E, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de junio de 2021, Rad. 05001-23- 33-000-2017-00374-01 (5584-18).

Consejo de Estado, de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2022, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02(3491-20)

5
SECCIÓN
TERCERA

CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Por encontrar omisión al deber de protección y seguridad se condena al Estado a reparar a Juez Penal Militar que tuvo que exiliarse y salir del país por amenazas recibidas de grupos al margen de la Ley

Síntesis del caso*: Se demanda la indemnización de perjuicios por parte del grupo familiar al no brindarse protección por parte del Ejército Nacional que causó exilio y desarraigo a las víctimas al sufrir amenazas en razón y con ocasión de sus funciones como Juez.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / RECURSO DE APELACIÓN / ADMISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / ALCANCE DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / OMISIÓN DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD / AMENAZA / LATENTE AMENAZA DE DAÑO / ASILO / CONCEPTO DE ASILO / CONVENCIÓN SOBRE ASILO / DESARRAIGO / REFUGIADO / CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DEL REFUGIADO / DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS / SOLICITUD DE REFUGIADO / SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE ESTATUS DE REFUGIADO / RECONOCIMIENTO DE ESTATUS DE REFUGIADO / AUTORIDAD JUDICIAL / OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD JUDICIAL / JUSTICIA PENAL MILITAR / RIESGO / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DAÑO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / ANTIJURICIDAD DEL DAÑO / CONFIGURACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / PRUEBA / ANÁLISIS DE LA PRUEBA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / ADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / PRUEBA DOCUMENTAL / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL / VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL / TRADUCCIÓN DEL DOCUMENTO EN IDIOMA EXTRANJERO / TRADUCTOR / TRADUCTOR OFICIAL DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURÍDICO / PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Presupuestos para la configuración y declaratoria / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Definición / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Eventos de configuración / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Presupuestos / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Presupuestos para probarlo / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – No probado

Problema Jurídico: *Decide la Corporación sobre la existencia, o no, de daño antijurídico imputable al Estado y, en consecuencia, de la declaración de responsabilidad patrimonial contra la Nación, por omisión en el deber de seguridad y protección hacia una autoridad judicial, quien recibió amenazas por razón y en desarrollo de sus funciones de juez de la república, lo que desencadenó en una situación de asilo en país extranjero y reconocimiento del estatus de refugiada*

Tesis: La Sala estudiará de fondo las pretensiones porque la acción se presentó en término. (…) En consecuencia, el término de caducidad se contabiliza desde el momento en que el grupo demandante abandonó el país, pues con ello cesó la omisión por la cual se imputa responsabilidad al Ejército. El grupo familiar demandante salió del país el 10 de marzo de 2005 y la demanda se presentó el 1° de marzo de 2007. (…) Se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la

demanda, porque está demostrado el daño, esto es, que el grupo familiar demandante abandonó el país motivado por las amenazas que recaían sobre la señora C.G. Adicionalmente, el daño es imputable al Ejército Nacional porque fue determinado por la omisión de seguridad a la demandante, quien, en calidad de Jueza de Instrucción Penal Militar, sí le comunicó las amenazas de las que era objeto. (…) En efecto, el artículo 260 del CPC establece que la valoración de documentos en idioma extranjero requiere de la correspondiente traducción oficial. Sin embargo, la anterior regla debe ser interpretada en conjunto con el artículo 228 de la Constitución Política que da primacía al derecho sustancial y el artículo 187 del CPC que establece la valoración en conjunto de los medios probatorios de acuerdo con las reglas de la sana crítica. (…) Negar el estatus de refugiados de los demandantes en aplicación irrestricta del artículo 260 del CPC supondría incurrir en un exceso ritual manifiesto el cual, en términos de la Corte Constitucional, se presenta cuando "incurre en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas" o por "apego extremo y aplicación mecánica de las formas". (…) Con base en lo anterior, usando tales herramientas tecnológicas, este documento será valorado para concluir que, en conjunto con las otras pruebas obrantes en el expediente, el mismo permite concluir que a algunos de los demandantes efectivamente se les otorgó la condición de refugiados en Italia. (…) El documento en el que se reconoció estatus de refugiados a la señora C.G. y a sus dos hijas no especificó la razón de dicho reconocimiento. Sin embargo, de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951 los refugiados son personas que se encuentran fuera de su país de origen por temor a la persecución, al conflicto, la violencia generalizada, u otras circunstancias y, en consecuencia, requieren protección internacional, debido a la imposibilidad de acogerse a la protección del país de origen a causa de dichos temores. (…) La Sala considera acreditado que los demandantes no salieron del país voluntariamente, sino debido a las amenazas que recibió M.P.C.G. quien se desempeñaba como Jueza de Instrucción Penal Militar. (…) Las amenazas están acreditadas con las pruebas documentales aportadas al proceso (…).Las declaraciones testimoniales recibidas en el proceso dan cuenta del temor y zozobra que experimentaron la señora C.G. y su familia con ocasión de las amenazas recibidas, e igualmente que la salida del país fue motivada por las referidas amenazas. (…) Para declarar la responsabilidad patrimonial de una entidad pública en los términos del artículo 90 de la C.P. es necesario acreditar que el daño cuya indemnización se reclama fue causado por la acción o por la omisión de un agente suyo. En el caso de omisiones, la responsabilidad procede, entre otros, cuando el Estado no otorgó protección a una persona que la solicitó o cuando era evidente que tal protección debía otorgársele. (…) La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que el deber de protección y seguridad por parte de la fuerza pública no requiere solicitud expresa, pues "las autoridades que por algún medio obtienen conocimiento o infieren una situación de riesgo inminente están en la obligación de ejecutar el deber positivo de protección y seguridad". En consecuencia, debe acreditarse que la entidad tuvo conocimiento de las amenazas o situación concreta de riesgo (…). M.P.C.G. expuso irregularidades presentadas dentro del Ejército, expresó claramente que era víctima de amenazas con ocasión de sus funciones y manifestó que tanto su vida como la de su hija corrían peligro. Lo anterior se puso en conocimiento de la ministra de Defensa, quien tiene a su cargo la definición de las políticas generales del ministerio y la coordinación y control de las entidades adscritas a esta. (…) La Sala concluye que el Ejército conocía las amenazas y la situación de riesgo de la demandante y, pese a ello, no adoptó las medidas de seguridad necesarias para salvaguardar la vida e integridad personal de ella y las de su familia, para que ejerciera su cargo de forma libre y sin presión. (…) Así, el daño resulta imputable a la entidad demandada, pues el desconocimiento del deber de seguridad y la desprotección de que fue objeto la señora C.G. motivó el exilio forzado del grupo familiar ante el miedo derivado de las amenazas.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de enero de 2022, C. P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación 52001-23-31-000-2007-00060-02(49824), A.V. Fredy Ibarra Martínez y Alberto Montaña Plata.

2. Las obligaciones de la administración en ejercicio de la actividad médico-sanitaria son de medio y no de resultado.

Síntesis del caso: *Un menor de edad acudió a un hospital regional por presentar dolor abdominal, siendo diagnosticado y tratado por parasitosis. Semanas más tarde acude nuevamente al servicio*

médico con dolor de cabeza, por lo que fue diagnosticado con cefalea migrañosa. Poco después el menor fallece a causa de dengue, enfermedad que por la demora en el diagnóstico pudo evolucionar hasta acabar con su vida.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / ACREDITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERRORES EN LA ACTIVIDAD MÉDICA / CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FALLA PROBADA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA MÉDICA / RESPONSABILIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / DAÑO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA / RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL / NEXO DE CAUSALIDAD / PRUEBA DEL NEXO DE CAUSALIDAD / PRUEBA DEL NEXO CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Problema jurídico: *¿Es obligación de la parte demandante probar la falla del acto médico o basta con demostrar la producción del daño?*

Tesis: "La jurisprudencia actual de esta Corporación ha sostenido que, por regla general, el título de imputación aplicable en asuntos médico-sanitarios es el de falla probada del servicio, lo que implica que el demandante además de acreditar el daño debe necesariamente probar la falla del acto médico (el desconocimiento de la lex artis) y el nexo causal entre este y el daño, sin perjuicio de que el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva. Se debe precisar que, en oportunidades anteriores, esta Subsección ha reconocido la dificultad probatoria en punto al nexo causal que suelen tener los demandantes en este tipo de casos, dado el especialísimo carácter técnico inherente a los procedimientos médicos asistenciales […]. […] [S]i bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médico-sanitarias es, de manera general, el de la falla probada del servicio, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al juez de la causa acudir a diversos medios probatorios, por ejemplo, la prueba indiciaria para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume. De igual forma, se debe considerar la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia, pues no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico. […] [E]n este caso la parte actora no probó, como le correspondía, que el hospital demandado hubiera incurrido en una falla del servicio médico, ni mucho menos demostró que la muerte del menor hubiera sido determinada por alguna actuación del centro médico -nexo-, pues como se vio, el curso de la enfermedad fue atípico y provocó el desenlace fatal que dio origen a este proceso, a pesar de los esfuerzos médicos realizados. En este punto de la sentencia, la Sala debe recordar que las obligaciones que surgen en desarrollo de la actividad médico-sanitaria a cargo de la Administración son de medio y no de resultado, por lo que la prestación exigible es la aplicación de las técnicas idóneas y pertinentes en función de la práctica médica (lex artis ad hoc), sin que pueda aceptarse una responsabilidad basada en la sola producción del daño."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de marzo de 2022, C. P. María Adriana Marín, radicación: 73001-23-31-000-2011-00439-01 (48147).

2. Los herederos de un agente o ex agente del Estado no tienen legitimación en la causa por pasiva en la acción de repetición cuando éste ha fallecido antes de la sentencia que condena al Estado y antes de la demanda de repetición.

Síntesis del caso: *"se demandó en repetición a herederos indeterminados y determinados de ex contralor de la Contraloría General del Departamento de Norte de Santander, debido a que la entidad fue condenada en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con ocasión de la aceptación de una renuncia con desviación de poder".*

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / LEGITIMACIÓN POR PASIVA / EXCEPCIÓN DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / PODER OFICIOSO DEL JUEZ / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / ACCIÓN DE REPETICIÓN / HEREDERO / AGENTE DEL ESTADO / DERECHO A LA DEFENSA / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA / EMPLEADO PÚBLICO / SERVIDOR PÚBLICO / CULPA GRAVE / DOLO / FUNCIONES DEL SERVIDOR PÚBLICO / PRUEBA / MEDIOS DE PRUEBA / DAÑO ANTIJURÍDICO / PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / DERECHO DE CONTRADICCIÓN PROCESAL / CONDENA CONTRA EL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CARGA DE LA PRUEBA / CARGAS PROCESALES / AUSENCIA DE PRUEBA / FALTA DE PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS PROCESALES / NEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

Problema jurídico 1: *¿Tienen legitimación en la causa por pasiva, en la acción de repetición, los herederos de un agente o ex agente del Estado que falleció antes de que se impusiera condena al Estado y antes de la presentación de la demanda de repetición?*

Tesis 1: "[E]n el caso concreto, no se satisface el presupuesto de legitimación pasiva en la causa, teniendo en cuenta que se trata de una excepción susceptible de ser declarada de oficio, la Sala revisará la naturaleza de la acción de repetición de acuerdo con la ley, lo señalado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y, finalmente, concluirá que, de adelantarse el estudio del juicio de repetición en contra de los herederos del agente estatal, se vulneraría de forma insuperable el derecho de defensa de los demandados. (…) [L]a Sala señala que, aunque comparte que la vinculación de los herederos a la acción de repetición comporta dificultades, lo que motiva en esta oportunidad la decisión de declarar la falta de legitimación es que, en el caso concreto, el juicio de responsabilidad personal que se realiza sobre el comportamiento del agente o ex agente estatal que falleció antes, incluso, de que se impusiera la condena al Estado y antes de la presentación de la demanda de repetición, vulnera de forma insuperable el derecho de defensa de los herederos del agente, porque para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, en donde se alegue que la conducta cometida por un ex empleado público ocurrió con culpa grave o dolo, se requiere: (…) [1] Conocer la función desarrollada por el agente, toda vez que, solo a partir de saber cuál era la función y que acciones implicaban el (…) [deber ser] y el desempeño acorde con el ordenamiento jurídico, se podría determinar si actuó con dolo o con culpa grave, teniendo en cuenta que se trata de una función de tipo personal e intransferible. Además, no resulta válido pensar que, de la revisión del manual de funciones se podría verificar o tener certeza de cuál era la labor a desarrollar, en vista de que puede tratarse de una función técnica y específica, o delegada que ni siquiera hubiera reposado en ese documento. (…) [2] Conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre las particularidades que conllevaron al agente a adoptar la decisión por la que se repetiría, por ejemplo, directrices dadas por la entidad en el momento de los hechos. Es decir, si en todo caso, se conociera la función, ello no necesariamente implica comprender porque se adoptó una u otra decisión, dado que existen circunstancias de contexto que la determinan. No obstante, los herederos, por razones evidentes de prestación propia del servicio, no las conocieron y tendrían dificultades para, en virtud de este proceso de repetición, acceder a ellas. (…) [3] Acceder a las pruebas para defenderse, pues solo a partir de aquí se puede consolidar una defensa real. Sin embargo, para los herederos la falta de inmediación a las mismas por lo ajenos a la función desarrollada por el agente, sumado al paso del tiempo entre el momento en que ocurrió el daño antijurídico y la interposición de la demanda de repetición, obstaculiza el ejercicio pleno del derecho de contradicción y defensa. (…) La Sala advierte que, en aquellos procesos de responsabilidad patrimonial que, por su naturaleza, son transmisibles en virtud del artículo 2343 del Código Civil no se requiere que la conducta sea calificada, esto es, dolosa o gravemente culposa ni que previamente exista una declaratoria de responsabilidad, contrario a lo que sucede en el juicio de repetición, pues la existencia de la condena al Estado y de una conducta dolosa o gravemente culposa sí determinan su procedencia. (…) En el caso concreto, debe destacarse que, incluso, la entidad demandante a pesar de tener cercanía a los medios probatorios y de tener la carga de la prueba , no

aportó al proceso de repetición el expediente administrativo o judicial que diera cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron origen a la condena en contra del Estado y mucho menos que demostraran que la conducta del agente fue dolosa o gravemente culposa, de tal suerte que, para la Sala, se configura una vulneración insuperable de su derecho de defensa. (…) Entender entonces que, a pesar de esas dificultades, ellos estén legitimados (en forma pasiva) para soportar este juicio que busca declarar una responsabilidad patrimonial contraría el ordenamiento constitucional razón que impone la declaratoria de oficio de falta de legitimación pasiva en la causa y, en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda (…).

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 50001-23-31-000-1997-06093-01(21060), C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de mayo de 2020, exp. 25000-23-26-000-2009-00160-01 (45417), C.P. Martín González Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, exp. 64790, C.P. María Adriana Marín; sentencia de 10 de septiembre de 2020, C.P. María Adriana Marín y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 13 de agosto de 2021, exp. 05001-23-31-000-2011-01583-01 (53008), C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

Salvamento de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / LEGITIMACIÓN POR PASIVA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / PODER OFICIOSO DEL JUEZ / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / ACCIÓN DE REPETICIÓN / HEREDERO / AGENTE DEL ESTADO / DERECHO A LA DEFENSA / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA / EMPLEADO PÚBLICO / SERVIDOR PÚBLICO / CULPA GRAVE / DOLO / FUNCIONES DEL SERVIDOR PÚBLICO / PRUEBA / DAÑO ANTIJURÍDICO / PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / DERECHO DE CONTRADICCIÓN PROCESAL / CONDENA CONTRA EL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO / CARGA DE LA PRUEBA / CARGAS PROCESALES / INCUMPLIMIENTO DE CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS PROCESALES

Problema jurídico 1: *¿Tienen legitimación en la causa por pasiva, en la acción de repetición, los herederos de un agente o ex agente del Estado que falleció antes de que se impusiera condena al Estado y antes de la presentación de la demanda de repetición?*

Tesis 1: "No comparto la decisión aprobada por la mayoría de la Sala de Subsección en la cual se declaró de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva de los herederos determinados e indeterminados de (…) por cuanto, considero, debió analizarse de fondo la existencia de responsabilidad del funcionario fallecido, por las siguientes razones: 1) Tal como se anuncia en el fallo, la acción de repetición es eminentemente patrimonial según lo ha definido la Corte Constitucional en las sentencias C-484 de 2002, C-338 de 2006 y SU-354 de 2006, entendimiento que refuerza la tesis contraria a la planteada en la sentencia de la cual se salva el voto pues, corrobora la posibilidad de repetir contra los herederos indeterminados de un exagente estatal fallecido por el hecho de tratarse de una obligación transmisible mortis causa que tiene sustento legal en el artículo 2343 del Código Civil. 2) La acción de repetición que se ejerce contra los herederos de un agente estatal fallecido no implica la violación del debido proceso por cuanto los accionados tienen a su disposición las garantías procesales que les ofrecen las normas propias de los códigos procesales, más aún cuando, como en este caso, es la entidad demandante quien tiene la carga de demostrar que el agente estatal incurrió en dolo o culpa grave en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil sobre la base de los hechos tuvieron ocurrencia antes de la vigencia de la Ley 678 de 2001 y no son aplicables las presunciones es esta consagradas. 3) La acreditación del elemento subjetivo de la acción de repetición exige demostrar la existencia de dolo o culpa grave lo cual comporta, para la parte demandante, una específica y mayor carga probatoria que la que normalmente se requiere para la responsabilidad civil ordinaria donde basta con probar la culpa sin ningún tipo de cualificación adicional, aspecto que redunda en garantía tanto de los exservidores públicos como de los herederos en caso de que este fallezca, quienes, en uno y otro, tienen toda la posibilidad y garantía procesales para controvertir las pruebas que se aduzcan en su contra y por tanto demostrar la ausencia de dolo o culpa grave que se invoquen como fundamento de la repetición en su contra."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 18 de noviembre de 2021; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 54001-23-31-000-2007-00149-01(52710)

4. Cuando se controviertan decisiones de carácter precontractual de prestadores de servicios públicos domiciliarios, que no correspondan a actos administrativos y no se haya empleado la acción que corresponda, el juez deberá resolver de fondo.

Síntesis del caso: *Una empresa de servicios públicos domiciliarios adjudicó un contrato como resultado de una invitación pública. Los miembros de una unión temporal derrotada interpusieron demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por considerar que el acto de adjudicación fue expedido con desviación de poder. El a quo declaró probada la excepción de indebida escogencia de la acción y se inhibió de pronunciarse sobre el fondo del asunto.*

FUENTE DEL DAÑO / ACTO PRECONTRACTUAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO PRECONTRACTUAL / NORMA DE DERECHO PRIVADO / ACTO DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATO ESTATAL / ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PRESTADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Problema jurídico: *¿Procede la excepción de indebida escogencia de la acción cuando se controvierten actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios?*

Tesis: "[L]a fuente del daño es el acto precontractual, de naturaleza privada, por medio del que Acuavalle E.S.P. adjudicó el contrato derivado de la invitación pública [al consorcio favorecido]. No obstante, se pone de presente que, durante los últimos años, ha existido dentro de la Sección Tercera disparidad de criterios respecto de la acción procedente para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo este tipo de actos. Esta problemática fue zanjada recientemente, en un fallo de unificación jurisprudencial, en el que se estableció que cuando en una demanda se controviertan decisiones de carácter precontractual de prestadores de servicios públicos domiciliarios, que no correspondan a actos administrativos, la acción a emplearse es la de reparación directa, "no para controvertir su legalidad, sino para alegar el daño que se derivaría de ella y solicitar los perjuicios correspondientes". […] La unificación precitada estableció, además, que debido a la disparidad de criterios acerca de la acción a emplear para demandar dichos actos y para efectos de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias deberá resolverlas de fondo, aunque no se haya empleado la acción que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos. Así las cosas, la Sala encauza la acción procedente de acuerdo a las pretensiones exhibidas por la parte actora, que, como se dijo, es la de reparación directa."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza jurídica de los actos precontractuales proferidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 3 de noviembre de 2020, rad. 42003, C. P. Alberto Montaña Plata.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de noviembre de 2021, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 76001-23-31-000-2007-01179-01(49509).

5. Se declaró la nulidad de los actos administrativos precontractuales que adjudicaron el contrato en el marco de un proceso de selección abreviada para la prestación del servicio de transporte escolar, por no aplicar la regulación especial relativa a la prestación de este servicio.

Síntesis del caso: "*El objeto de la controversia, regida bajo la normativa del CPACA, tiene por fin determinar, si procede la nulidad de los actos administrativos precontractuales que adjudicaron el contrato en el marco de un proceso de selección abreviada para la prestación del servicio de transporte escolar. El a quo accedió a las pretensiones, al advertir que el departamento accionado desconoció en los pliegos la regulación especial relativa a la prestación de este servicio y, asimismo, declaró la nulidad absoluta del contrato suscrito como consecuencia del aludido proceso de selección. En su apelación, el departamento de San Andrés insistió en la legalidad de sus actos e indicó que el Tribunal interpretó de forma errónea la regulación especial del sector transporte.*"

ACTO SEPARABLE / ACTO PRECONTRACTUAL / NULIDAD DEL ACTO PRECONTRACTUAL / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD / ACCIÓN DE NULIDAD DE ACTOS / FIJACIÓN DEL LITIGIO / ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO PRECONTRACTUAL / ACCIÓN DE NULIDAD

Problema jurídico 1: *¿Cuándo el Tribunal delimita los actos precontractuales sobre los cuales se tratará la controversia, en atención a su categorización como definitivos y, por ende, pasibles de control ante esta jurisdicción y fijó el litigio en la audiencia inicial como una acción de nulidad simple, pues el debate se limitó a los actos que no tienen una relación directa con derechos o intereses del demandante, el medio de control que se revisa en segunda instancia es el de simple nulidad?*

Tesis 1: "[En vigencia del CPACA se acogió la teoría de los actos separables –tesis que imperó en el sistema procesal administrativo bajo el Código Contencioso Administrativo de 1984 hasta su modificación mediante la Ley 446 de 1998– consistente en el requerimiento de demandar de forma individual e independiente los actos previos a la celebración del contrato de cara a las controversias que surjan con ocasión del perfeccionamiento, ejecución y liquidación del negocio jurídico. De modo que, si se pretende discutir la legalidad de los actos precontractuales, en términos del artículo 141 del CPACA, ello debe realizarse mediante el ejercicio de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso. (...) En el presente asunto, la actora solicitó la declaratoria de nulidad de: (a) la Resolución 1075 de 2017, mediante la cual se ordenó la apertura de la selección abreviada 9 de 2017, (b) la respuesta de la Administración a la observación al pliego de condiciones que la actora presentó, (c) la negativa del departamento a la solicitud de aclaración adicional al pliego de condiciones, formulada por la demandante, (d) el acta de cierre del proceso de selección, (e) las evaluaciones técnica y jurídica proferidas dentro de la selección abreviada en estudio y (f) el pliego de condiciones. Igualmente, pide se declare que, mediante sendos escritos del 29 de marzo y 3 de abril de 2017, presentó observación contra el pliego de condiciones y solicitud de aclaración adicional a dicho acto administrativo, respectivamente. (...) Sin embargo, el a quo, desde el auto admisorio del asunto de la referencia manifestó que sólo daba trámite a la demanda respecto de la nulidad, (i) del pliego de condiciones, (ii) el acto de apertura del proceso de selección abreviada y (iii) las evaluaciones técnica y jurídica. De modo que al inicio del proceso el Tribunal delimitó los actos sobre los cuales se ventilaría la controversia, en atención a su categorización como definitivos y, por ende, pasibles de control ante esta jurisdicción y así, igualmente, se fijó el litigio en la audiencia inicial. (...) En este orden de ideas y ante la delimitación del objeto del debate respecto de actos que no tienen una relación directa con derechos o

intereses del demandante, para la Sala es claro que el medio de control que fue decidido por el Tribunal de primera instancia y el que ahora procede a resolver en el curso de esta instancia, sin protesta alguna del demandante, hace referencia al medio de control de simple nulidad y en estos términos y bajo los condicionamientos que impone la ley en el ejercicio del mismo avanzará la Sala en el estudio del recurso de apelación y la definición de los motivos de controversia propuestos contra la sentencia de primera instancia por parte del departamento demandado.

ACTO PRECONTRACTUAL / NULIDAD DEL ACTO PRECONTRACTUAL / ACTO SEPARABLE /IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO PRECONTRACTUAL / ACTO ADMINISTRATIVO DE TRÁMITE / CONTROL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE TRÁMITE / ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / INFORME DE EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / EVALUACIÓN DE LA OFERTA / EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / ACTA DE EVALUACIÓN DE PROPUESTAS

Problema jurídico 2: *¿Son susceptibles de control judicial los informes de evaluación técnica y jurídica de un proceso de selección de contratistas?*

Tesis 2: "[A]l acudir a los preceptos de la Ley 1437 de 2011, es posible distinguir entre actos definitivos y actos de trámite, siendo los primeros aquellos que "deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o ha[cen] (sic) imposible continuar la actuación"; y los de trámite, en general, entendidos como aquellos que corresponden a actuaciones que son necesarias en la construcción y formación del acto definitivo. (...) Esta distinción conduce a determinar, a su turno, la procedencia o improcedencia del control judicial de dichos actos, en la medida que, conforme con los artículos 74 y 75 del CPACA, sólo los de carácter definitivo pueden ser escrutados por los medios de control dispuestos en la ley, pues en ellos se expresa de manera cierta la manifestación de voluntad de la administración susceptible de enjuiciamiento. Contrario sensu, se excluyen de control judicial los actos que adolecen de carácter definitorio frente a la actuación, pues, aunque éstos traen elementos necesarios para la conformación de la decisión, individualmente no expresan un acto completo y final, (...) En el caso concreto, si bien la Sala comparte la medida de no tramitar el proceso en relación con los demás documentos indicados por la actora en el libelo inicial –por su connotación de ser de trámite– debe precisar que, tampoco son susceptibles de control judicial los informes de evaluación técnica y jurídica, toda vez que no constituyen en un acto definitivo que pueda crear, modificar o definir una situación jurídica, pues éstos deben pasar por un tamiz posterior para definir si se acogen o no, lo que evidencia que, en sí mismos, no entrañan una decisión. En estos términos, una vez emitidos los informes de evaluación, los cuales están sujetos a los parámetros establecidos en las reglas precontractuales, pasan a consideración del representante legal de la entidad, a quien le compete acoger las recomendaciones allí plasmadas para realizar la adjudicación, o apartarse de ellas en atención al marco legal y las reglas del proceso que conducen su decisión, lo que ratifica que estos actos no tienen la connotación de indiscutibles o concluyentes, sino de preparatorios.."

ACTO ADMINISTRATIVO QUE DA APERTURA AL PROCESO DE SELECCIÓN / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / CONTROL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE TRÁMITE / ACTO ADMINISTRATIVO DE TRÁMITE

Problema jurídico 3: *¿Cuándo el acto de apertura no consagra una previsión de fondo relativa al proceso de selección, sino que se limita a darle impulso al mismo, al invitar a los posibles interesados a participar en éste, en atención a las reglas y objeto que serían planteados en el pliego de condiciones, se trata de un acto de trámite o preparatorio no suceptible de control judicial?*

Tesis 3: "[E]n tratándose del acto de apertura, hay que indicar que éste, conforme con su naturaleza y con la función que despliega en el ámbito precontractual, corresponde a un acto unilateral de carácter general por cuya virtud la Administración anuncia al público la necesidad que busca satisfacer con el futuro contrato, para que, de una pluralidad de sujetos indeterminados, quienes estén interesados puedan participar del proceso de selección, según las reglas que sean definidas en el respectivo pliego de condiciones. (...) En lo que atañe al control jurisdiccional del acto en mención, esta Corporación ha tenido oportunidad de señalar que el acto de apertura es preparatorio o de trámite en la medida en que imprime impulso a la actuación que debe adelantarse para poder llegar a la etapa conclusiva de la

decisión; sin embargo, en algunas ocasiones se ha advertido que es posible su revisión, cuando contenga decisiones sobre el fondo del asunto o que pueden afectar los principios que deben regir a la actividad contractual estatal (...) En el caso concreto, el acto de apertura de la selección abreviada (...) se concretó con la Resolución (...) acá demandada (...) En este acto, el Secretario de Educación del departamento (...) señaló el cronograma y convocó a diferentes veedurías ciudadanas, para que realizaran control social al proceso de selección, e igualmente ordenó dar publicidad al mismo. (...) Así, al examinar el contenido de la referida resolución, encuentra la Sala que, en caso concreto, se ratifica su carácter de acto preparatorio de la actuación administrativa, en la medida que no consagra una previsión de fondo relativa al proceso de selección, sino que se limitó a darle impulso al mismo, al invitar a los posibles interesados a participar en éste, en atención a las reglas y objeto que serían planteados en el pliego de condiciones."

NULIDAD DEL PLIEGO DE CONDICIONES / CONTRATO DE TRANSPORTE / TRANSPORTE DE PASAJEROS / EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS / TRANSPORTE PARA ESTUDIANTES / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL / PROCEDENCIA DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DE PLIEGO DE CONDICIONES

Problema jurídico 4: *¿Adolece de nulidad del pliego de condiciones del proceso de selección abreviada para contratar el servicio de transporte escolar cuando se fundamenta en normas que no le son aplicables a un municipio de más de 30.000 habitantes?*

Tesis 4: "Sobre el pliego de condiciones, esta Colegiatura ha conservado el criterio de definirlo como un acto administrativo de contenido general que crea situaciones jurídicas generales, impersonales, abstractas y objetivas y, por tanto, sujeto al control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como se pide en el sub examine. Bajo estas precisiones y por cuanto procede el control judicial del pliego de condiciones, la Sala pasa a examinar los aspectos de fondo necesarios para resolver este asunto. (...) se discute la legalidad del pliego de condiciones proferido dentro de la selección abreviada (...), por cuanto la parte actora considera que el objeto consagrado en éste desconoce la legislación particular relativa a la contratación del servicio de transporte especial, acabada de desarrollar (...) es evidente que para 2017, año de realización del proceso de selección abreviada que originó el sub lite, estaba corroborada la población de la isla de San Andrés, en virtud del censo de 2015. De manera que, como se vio en párrafos precedentes, para la contratación del servicio de transporte escolar la Administración debía aplicar la regulación vigente para los municipios con más de 30.000 habitantes, en los términos ya aludidos. (...) No obstante, en el desarrollo de los estudios previos y en el objeto mismo de la mencionada selección abreviada no se observa el cumplimiento de lo prescrito en el Decreto 1079 de 2015, para la contratación del servicio de transporte escolar en los municipios con más de 30.000 habitantes. (...) En efecto, la regla general consiste en que en esos municipios la prestación del servicio de transporte escolar debe proveerse a través de la suscripción de un contrato entre la entidad territorial –como ocurre en este caso- y una empresa legalmente constituida y habilitada para la prestación del servicio de transporte terrestre en la modalidad especial; sin embargo, desde el planteamiento en los estudios previos, así como en el pliego de condiciones de la selección abreviada (...) se indicó que el objeto de dicho proceso de selección debía ser prestado por empresas de servicio de transporte terrestre colectivo municipal de pasajeros, sin que se configurara la excepción de daba lugar a dicha contratación por medio de empresas distintas a las habilitadas en la modalidad especial. (...) El artículo 2.2.1.6.10.2.1. del Decreto 1079 de 2015, ya referenciado, permite la contratación del transporte escolar por medio de empresas de transporte automotor colectivo municipal, siempre que las condiciones topográficas y de difícil acceso no permitan su prestación por parte de empresas habilitadas en la modalidad especial, previa comunicación de la justificación de la necesidad del servicio al Ministerio de Transporte, en aras de solicitar concepto previo que autorice dicha contratación por parte de esta autoridad. (...) Vistos los antecedentes que sustentan el proceso de selección que se examina, no se advierte la indicación de condiciones topográficas o de difícil acceso que sustenten el ejercicio del supuesto de excepción en la contratación, tampoco se hace mención del concepto previo requerido por parte del Ministerio de Transporte, ni se encuentra alusión o prueba alguna que demuestre que en la isla de San Andrés no existían empresas de servicio de transporte terrestre en la modalidad especial. (...) Así y ante la constatación de que San Andrés tiene una población superior a los 30.000 habitantes, es evidente que no era aplicable el referido Decreto 48 de 2013; además, para

2017, año de realización de la selección abreviada 9 de ese año, ese decreto se encontraba derogado, estando toda la regulación comprendida en el decreto único reglamentario del sector transporte. (...) Sumado a lo anterior, en los antecedentes de la selección abreviada que acá se examina se torna evidente la falta de aporte del concepto previo y de la autorización expedidos por el Ministerio de Transporte –omisión que además reconoció el departamento en el curso de este proceso-, requerimientos indispensables para contratar el servicio de transporte a través de empresas habilitadas en las modalidades mixto o colectivo, los cuales de ninguna manera pueden tomarse como una simple formalidad que pueda obviarse en garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de la isla, con el fin de asegurar su derecho a la educación, pues justamente tales garantías están expresadas en los condicionamientos que se definen en el reglamento y en las autorizaciones que se debían tramitar. (...) En este punto, aunque reiterada jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de barreras injustificadas para el acceso al sistema educativo por parte de menores de edad, las cuales resultan violatorias del derecho fundamental a la educación, entre ellas, la inexistencia de un transporte escolar, también es cierto que el reconocimiento del sistema de transporte escolar como una herramienta para la materialización y garantía de la educación de los menores de escasos recursos no da lugar a que su implementación se realice al margen de las regulaciones específicas del sector, sin que esta afirmación implique un apego arraigado e injustificado a formalismos sin utilidad o beneficio en pro del interés general. (...) Lo anterior, comoquiera que no hay lugar a desconocer que el transporte como actividad se edifica en los principios rectores que guían su funcionamiento, entre los cuales se encuentran la intervención del Estado, mediante la planeación, el control, la regulación y la vigilancia de esta actividad y la seguridad de las personas, como pilar fundamental en garantía de quienes acceden a este servicio, principios que no resultan ajenos a la exigencia del artículo 2.2.1.6.10.2.1. del Decreto 1079 de 2015, ya referida, en la medida que el requerimiento del concepto previo por parte del Ministerio de Transporte denota una labor de control y vigilancia por parte de esta entidad, la cual, vale resaltar, es la autoridad a la que compete la regulación del servicio de transporte terrestre automotor especial –artículo 2.2.1.6.1.1. del mencionado decreto-. (...) Además, a través del referido concepto previo, la autoridad de transporte puede constatar si, en efecto, se presentan las condiciones que permiten contratar el servicio de transporte especial a través de empresas que no tienen habilitación en la modalidad especial, análisis que de ninguna manera se edifica como un mero formalismo, pues por medio de esta labor se verifican las reales condiciones de transporte del municipio solicitante y la necesidad de permitir dicha actividad en cabeza de empresas que no tienen asignada esa labor como regla general, en condiciones de seguridad, en este caso, para los menores. (...) De modo que, la anterior comprobación y revisión no se edifica en una simple constatación carente de una función sustancial, pues lo que en realidad autoriza son las medidas para viabilizar el derecho a la educación de los menores, en condiciones que propendan a que la movilización entre sus instituciones educativas y lugares de residencia se ejecute en cumplimiento de las normas técnicas, en garantía de su integridad personal. (...) En este orden de ideas y ante la verificación del desarrollo de la selección abreviada No. (...), sin el cumplimiento de los preceptos en que debía fundamentarse, en particular, la aplicación del procedimiento de que trata el artículo 2.2.1.6.10.2.1. del Decreto 1079 de 2015, así como la observancia que la entidad demandada se sustentó en una norma –Decreto 048 de 2013- que no era aplicable a dicho proceso de selección, resulta forzoso colegir que el objeto de la selección abreviada en estudio, plasmado en el acto administrativo demandado, infringió las normas superiores en que debía fundarse, al establecer que el servicio de transporte escolar debía contratarse por medio de empresas de transporte automotor terrestre colectivo de pasajeros, sin cumplir las previsiones normativas que daban lugar a la contratación de estas empresas, razón por la cual se declarará la nulidad del pliego de condiciones enjuiciado."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el control jurisdiccional de los actos previos, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de enero de 2019, radicación 25000-23-36-000-2014-01265-01(57741), Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES CONTRACTUALES Y EXTRACONTRACTUALES / ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PROCEDENCIA DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES / NULIDAD DEL CONTRATO / NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

Problema jurídico 5: *¿Cuándo la causa petendi se limita a la petición de nulidad de los actos previos acusados, sin que la parte actora acumulara dichas pretensiones con la de nulidad absoluta del contrato celebrado, no es posible incursionar en un pronunciamiento al respecto?*

Tesis 5: "[E]n la legislación actual deben demandarse de forma independiente las pretensiones de nulidad de los actos previos y la de nulidad absoluta del contrato, a través del medio de control de controversias contractuales, con la anotación que es posible acumularlas, siempre que se ejerciten en el término previsto en la ley para cada una de ellas. (...) Por consiguiente, dado que la causa petendi del asunto de la referencia se limitó únicamente a la petición de nulidad de los actos previos acusados, sin que la parte actora acumulara dichas pretensiones con la de nulidad absoluta del contrato celebrado, advierte la Sala que no es posible incursionar en un pronunciamiento relacionado con el contrato celebrado, en tanto el objeto de este proceso no gravitó en torno al citado contrato y sus elementos. Para precisar este aspecto, es necesario indicar que si bien el legislador ha conferido atribuciones de carácter oficioso al juez, como ocurre en tratándose de la declaratoria de nulidad del contrato estatal al señalar que el "juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso", ello tiene como presupuesto ineludible que el objeto del litigio verse sobre un contrato, tal como lo establece el medio de control de controversias contractuales (art.141 del CPACA) que justamente se dirige a conocer de asuntos relacionados con su incumplimiento, nulidades de actos administrativos contractuales, la petición de condenas por indemnización de perjuicios y, en general, todas aquellas referidas al contrato estatal."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de marzo de 2020, radicación 47001-23-33-000-2014-00045-02(62538), Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

Aclaración de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez

ACTO JURÍDICO / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / ACTO ADMINISTRATIVO PREPARATORIO / ACTO ADMINISTRATIVO DE TRÁMITE / CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO QUE DA APERTURA AL PROCESO DE SELECCIÓN / CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / DAÑO / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONTROL DE LEGALIDAD / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CARACTERÍSTICAS DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 1: *¿La función que cumple el acto de apertura se contrae a ser el impulsor inicial del proceso de selección acto preparatorio y no definitivo, por ende, no es viable equipararlo a un acto que incida en el fondo de la actuación administrativa o que en sí mismo vulnere los principios de la contratación estatal, pues no fija sus condiciones o lineamientos sustanciales?*

Tesis 1: "He considerado necesario aclarar mi voto en relación con el análisis expuesto sobre la posibilidad de controlar judicialmente el acto de apertura de un proceso de selección, pues si bien la sentencia puso de presente el criterio mayoritario de la Sección que reconoce que dicho acto es de carácter preparatorio o de trámite, a su vez se ha inclinado por señalar que existen unos supuestos que abren paso a su control jurisdiccional (…) En esta línea, a juicio del suscrito, las hipótesis de excepción antes referidas no se ciñen a la naturaleza del acto de apertura, en tanto éste corresponde a una manifestación unilateral de la Administración cuyo único propósito y finalidad es anunciar el comienzo de un proceso de selección y la necesidad que se busca satisfacer con el futuro contrato. De modo que, posterior a este anuncio, vendrán los actos que, concatenados a la finalidad de selección, son los que definen el alcance y reglas que disciplinan tanto el proceso de participación y escogencia como aspectos propios del contrato que se busca celebrar, de lo que en nada se ocupa el acto de apertura. En efecto, el examen del contenido del mencionado acto administrativo me ha llevado a ofrecer esta respetuosa aclaración frente a la tesis mayoritaria, pues considero que un acto de trámite no muta su naturaleza a un acto definitivo por incorporar en sus determinaciones consecuencias que afecten situaciones jurídicas concretas, en tanto conserva su característica de no contener efectos decisorios sobre la actuación administrativa. En otras palabras, como el acto de apertura actúa como una herramienta enunciativa de la Administración, relacionada con el principio de publicidad, que informa sobre el inicio del proceso de selección y su objeto, si los administrados consideran que las estipulaciones allí señaladas, por ejemplo, las relativas a las condiciones de participación o los sujetos indeterminados a los cuales está dirigido el proceso, trasgreden los principios de la contratación estatal, tales reproches deben ser cuestionados

frente al pliego de condiciones, por ser la expresión de la Administración en la determinación de las reglas que inciden en el proceso de selección, así como del futuro contrato. De modo que la función que cumple el acto de apertura se contrae a ser el impulsor inicial del proceso de selección –acto preparatorio y no definitivo–; por ende, no es viable equipararlo, ni en los casos de excepción indicados por la jurisprudencia, a un acto que incida en el fondo de la actuación administrativa o que en sí mismo vulnere los principios de la contratación estatal, pues no fija sus condiciones o lineamientos sustanciales. Indico, eso sí, que en los eventos en que se considere que dicho acto es fuente de un daño éste sería pasible de control jurisdiccional por la vía de la reparación directa, más no desde la perspectiva de un control de legalidad del acto, pues por voluntad del legislador y por su naturaleza jurídica aquel seguirá siendo un acto de trámite y por ello está excluido del control jurisdiccional de que trata el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. El enunciado así propuesto es perfectamente concordante con la arquitectura que el legislador fijó frente a los medios de control previstos en la legislación procesal, al tenor del cual, el mecanismo de la reparación directa está estatuido para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado cuando la causa del daño sea un hecho u omisión, operación administrativa, o cualquier otra causa imputable a una entidad pública, hipótesis que recoge o sustenta la tesis que aquí se explica. En línea de lo dicho, el alcance del acto de apertura, conforme a su naturaleza jurídica y funcional, impide asignarle, en cualquier caso, la caracterización de un acto definitivo pues se trata de una manifestación de la administración orientada a un solo fin: el anuncio del comienzo de un proceso de selección, el cual es carente de una determinación medular o definitoria del proceso de selección al que dio paso."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 07 de diciembre de 2021; C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 88001-23-33-000-2017-00023-01(60483)

6. La declaratoria de nulidad de un contrato no afecta la existencia de la cláusula compromisoria.

Síntesis del caso: *El municipio de Pereira y la sociedad de Energía y Alumbrado de Pereira Enelar Pereira SA ESP celebraron un contrato de concesión, el cual fue liquidado mediante acta de liquidación bilateral. Posteriormente el acuerdo municipal que sirvió de fundamento al contrato de concesión fue declarado nulo y el Consejo de Estado declaró la nulidad del contrato de concesión, determinando que podía darse aplicación a la cláusula de reversión, así como a la terminación y liquidación del contrato, en los términos del inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993; no obstante, el Consejo de Estado no se pronunció sobre la nulidad de la cláusula compromisoria. El municipio de Pereira interpuso demanda de controversias contractuales a fin de que se declarara la nulidad absoluta del acta bilateral de liquidación del contrato de concesión. En la audiencia inicial, el Tribunal Administrativo de Risaralda declaró no probada la excepción previa de cláusula compromisoria formulada por la demandada.*

CLÁUSULA COMPROMISORIA / CLÁUSULA COMPROMISORIA DEL CONTRATO / VALIDEZ DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA / AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

Problema jurídico: *¿La declaratoria de nulidad de un contrato afecta la existencia de la cláusula compromisoria?*

Tesis: "El artículo 5 de la Ley 1563 de 2012 es claro en disponer que la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, la autonomía de la cláusula compromisoria impone que el pacto arbitral sea considerado de manera independiente al contrato que le dio origen. La autonomía de la cláusula compromisoria no solo habilita a los árbitros para pronunciarse sobre la existencia y validez del contrato, sino que también permite que, aun cuando se declare la nulidad del contrato, la cláusula compromisoria conserve su validez. Se trata de dos negocios jurídicos distintos.

La Corte Constitucional, al declarar exequible el parágrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998 -recogido en el parágrafo del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998- según el cual la cláusula compromisoria es autónoma con respecto a la existencia y la validez del contrato del cual forma parte, subrayó que como el legislador confirió un carácter autónomo a la cláusula compromisoria -al no tener un carácter accesorio- no sigue la suerte de lo principal."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del 10 de diciembre de 2021, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 66001-23-33-000-2017-00341-01(64409).

6
SECCIÓN
CUARTA

CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. El establecimiento de exenciones y tratamientos preferenciales sobre tributos de carácter nacional cuyas rentas han sido cedidas a las entidades territoriales compete al legislador.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad de los artículos 2° de la Ordenanza 569 del 27 de enero de 2005 y 1° y 2° de la Ordenanza 594 del 29 de abril de 2006, en los que la Asamblea del departamento del Meta estableció descuentos sobre el valor de la matrícula de automotores nuevos y sobre la radicación o traslado de cuenta de los mismos que se efectuara, por primera vez, ante el Instituto de Tránsito y Transporte departamental, así como sobre el impuesto de vehículos automotores del año siguiente al de la matrícula o radicación de cuenta ante dicho instituto. Luego de precisar el carácter de impuesto nacional que ostenta el aludido gravamen y la potestad que el artículo 154 de la Constitución Política le confiere al legislador para establecer exenciones y beneficios sobre tributos del orden nacional, así como de indicar que el artículo 294 ibídem prevé que las entidades territoriales sólo pueden disponer exenciones o tratamientos preferenciales respecto de tributos de su propiedad, la Sala tuvo por desvirtuada la presunción de legalidad del artículo 2° de la Ordenanza 594 de 2006, porque concluyó que el descuento sobre el impuesto nacional de vehículos automotores del año siguiente al de la matrícula corresponde a una exención temporal que reduce la cuantificación del tributo, respecto del cual el departamento sólo podía ejercer las facultades de administración y control que le otorga el artículo 147 de la Ley 488 de 1998, en cuanto cesionario legal de las rentas provenientes del mismo. Frente al descuento sobre el valor de la matrícula (art. 2° Ordenanza 569 de 2005, modificado por el art. 1° Ordenanza 594 de 2006), la Sala señaló que, aunque se trata de un concepto retributivo del servicio de matrícula, cuyo pago es independiente del impuesto de vehículos y respecto del cual la normativa departamental podía disponer descuentos, procedía confirmar su anulación, porque en la apelación no se discutió la violación del artículo 7 de la Ley 819 de 2003, que fue el fundamento para su expulsión del ordenamiento jurídico.*

FACULTAD O POTESTAD DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL LEGISLADOR EN MATERIA TRIBUTARIA – Alcance / COMPETENCIA PARA DECRETAR EXENCIONES Y BENEFICIOS SOBRE TRIBUTOS DE CÁRACTER NACIONAL – Reserva de ley / EXENCIONES Y BENEFICIOS TRIBUTARIOS – Taxatividad / EXENCIONES Y BENEFICIOS TRIBUTARIOS – Finalidad / EXENCIÓN TRIBUTARIA – Características y alcance / FACULTAD O POTESTAD DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL LEGISLADOR SOBRE TRIBUTOS TERRITORIALES - Alcance y límites / COMPETENCIA PARA DECRETAR EXENCIONES Y TRATAMIENTOS PREFERENCIALES SOBRE TRIBUTOS TERRITORIALES / IMPUESTO DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES – Carácter nacional / DESCUENTO SOBRE IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES CONCEDIDO POR ENTIDAD TERRITORIAL – Ilegalidad. Falta de competencia y extralimitación de funciones de la entidad territorial / DESCUENTO SOBRE IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES DEL AÑO SIGUIENTE AL DE LA MATRÍCULA DEL VEHÍCULO / COMPETENCIA PARA DECRETAR EXENCIONES Y BENEFICIOS SOBRE TRIBUTOS DE CÁRACTER NACIONAL CEDIDOS A ENTIDADES TERRITORIALES - Reserva de ley. Reiteración de jurisprudencia / FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y CONTROL SOBRE EL IMPUESTO DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES CEDIDO A LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Competencia de las entidades cesionarias. Alcance / MATRÍCULA DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES - Naturaleza jurídica y finalidad / DERECHOS DE MATRÍCULA DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES - Naturaleza jurídica / INSTITUTO DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DEPARTAMENTAL DEL META – Patrimonio / DESCUENTO SOBRE DERECHOS DE MATRÍCULA DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES ANTE INSTITUTO DE TRÁNSITO DEPARTAMENTAL - Autonomía impositiva territorial / ARGUMENTOS O CARGOS DE APELACIÓN FORMULADOS EN LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA – Improcedencia / ETAPA DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN - Finalidad

Problema Jurídico: *¿Los descuentos autorizados por el artículo segundo de las ordenanzas demandadas atienden a una exención de exclusiva competencia legislativa, de cara a la naturaleza del impuesto de vehículos y a la autonomía de las entidades territoriales?*

Tesis: "Se ha dicho que el legislador goza de amplia potestad de configuración normativa para establecer tributos y definir sus elementos esenciales; bajo la misma lógica, afianzada en el marco de los artículos 150 [12] y 338 de la CP, y al tenor del artículo 154 ib. que dispone que las leyes del Congreso en las que se *"decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales"*, solo pueden ser *"dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno"*, se tiene que el legislador cuenta con la potestad de crear beneficios tributarios taxativos, limitados, personales e intransferibles, que responden a razones justificadas de política económica o social, o dirigidas a garantizar la igualdad real o efectiva en la materia. Las exenciones, como una de las especies de beneficios tributarios, restringen anticipadamente el hecho gravado, para que la obligación tributaria no nazca frente a determinados hechos generadores o sujetos, o para disminuir su cuantía con técnicas de desgravación que reduzcan las partidas integrantes de la base gravable o de la tarifa y que, en todo caso, deben ajustarse a criterios razonables y equitativos. También se ha hecho alusión a ciertas limitaciones al poder legislativo de configuración normativa en materia de impuestos territoriales, como recursos propios que deben salvaguardarse de la injerencia de las autoridades nacionales y que, en materia de exenciones y tratamientos preferenciales responden a la expresa prohibición del artículo 294 constitucional, según el cual, *"La ley no podrá conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales. Tampoco podrá imponer recargos sobre sus impuestos salvo lo dispuesto en el artículo 317"*. Tal salvaguarda sobre las rentas territoriales frente a la intervención de las autoridades nacionales conduce a que, correlativamente, las entidades territoriales sólo puedan disponer exenciones o tratamientos preferenciales en relación con los tributos de su propiedad. A la luz de esa premisa, queda desvirtuada la presunción de legalidad del artículo segundo de la Ordenanza 594 de 2006, comoquiera que el descuento que establece sobre el impuesto de vehículos automotores del año siguiente al de la matriculación del vehículo gravado ante el Instituto Departamental de Tránsito y Transporte del Meta, corresponde materialmente a una exención temporal que reduce la cuantificación de dicho impuesto nacional, respecto del cual la Asamblea Departamental del Meta sólo podía ejercer las facultades de administración y control que le reconoce el artículo 147 de la Ley 488 de 1998, en cuanto cesionario legal de las rentas provenientes de ese gravamen. (…) En este orden, se avala la anulación del artículo segundo de la Ordenanza 594 de 2006 por falta de competencia y extralimitación de funciones de la Asamblea Departamental del Meta para disponer una exención sobre el impuesto nacional de vehículos automotores. Respecto de la anulación del artículo segundo de la Ordenanza 569 de 2005, (…) los argumentos de fondo de la alzada refutaron indistintamente las dos anulaciones dispuestas *(artículo 2 de la Ordenanza 569 de 2005 y artículo 2 de la Ordenanza 594 de 2006)*, con sustento en la inalterabilidad de los elementos esenciales del impuesto de vechículos [sic] automotores, las facultades derivadas del principio de autonomía territorial para la implementación de descuentos o incentivos aplicables a aquél y la inexistencia de exenciones tributarias en los descuentos ordenados por las normas acusadas. Sin embargo, debe observarse que el descuento establecido en el artículo segundo de la Ordenanza 569 de 2005 no se proyectó sobre un impuesto nacional amparado por el principio de reserva de ley y pasible de las limitaciones a la autonomía territorial que estructuran los cargos de nulidad, sino sobre el valor de la *matrícula* de los vehículos automotores ante el Instituto Departamental de Tránsito y Transporte del Meta, es decir, de un concepto retributivo del servicio de matriculación solicitado por los propietarios o poseedores de dichos vehículos. (…) Los derechos de matrícula a favor de la autoridad de tránsito departamental corresponden al costo del procedimiento de matriculación que se realiza a solicitud de los propietarios o poseedores de los vehículos automotores y, como se anotó, el pago de los mismos conforma el patrimonio del Instituto de Tránsito y Transporte Departamental del Meta; en esa medida, tales derechos corresponden a un concepto independiente del impuesto nacional de vehículos automotores. En consecuencia, las facultades otorgadas por la autonomía territorial que plantea la demanda frente al impuesto cedido no operan sobre el pago de los derechos de matrícula para vehículos automotores ante el Instituto de Tránsito y Transporte Departamental del Meta. Y la normativa departamental podía disponer descuentos sobre el valor de los derechos de matrícula individualmente considerados, máxime cuando acompasan la actividad de recaudo que, según el demandado, se quiso optimizar. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal consideró que el descuento sobre el derecho de matrícula violaba el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, porque carecía del análisis de impacto fiscal; en razón de ello, declaró la nulidad del artículo 2 de la Ordenanza 569 de 2005. Tal aspecto fundante de la decisión judicial impugnada no fue refutado en el recurso de apelación y, por tanto, escapa al análisis de la Sección; el impugnante sólo aludió a dicha conclusión judicial en los alegatos de conclusión, no obstante que éstos corresponden a una etapa procesal legalmente establecida para que las partes refuercen los argumentos del recurso de apelación o de la oposición al mismo, en el marco de un ejercicio lógico deductivo que, a partir del análisis fáctico y jurídico integral de las piezas procesales existentes, persuada el convencimiento judicial sobre la anulación pretendida por el demandante o la legalidad defendida por el demandado. Se reitera, no son los alegatos una oportunidad para sustentar ni adicionar los reparos contra la sentencia apelada".

Salvamento de voto del Consejero Milton Chaves García

COMPETENCIA PARA ESTABLECER DESCUENTOS PARA EL PAGO DEL IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES - Autonomía impositiva territorial / DESCUENTO SOBRE DERECHOS DE MATRÍCULA Y/O TRASLADO DE CUENTA DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES ANTE INSTITUTO DE TRÁNSITO DEPARTAMENTAL - Autonomía impositiva territorial / IMPUESTO DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES – Carácter nacional / FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y CONTROL SOBRE EL IMPUESTO DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES CEDIDO A LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Competencia de las entidades cesionarias. Alcance / RECAUDO DEL IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES - Autonomía impositiva territorial / ESTABLECIMIENTO DE DESCUENTOS PARA EL PAGO DEL IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES POR ENTIDADES TERRITORIALES - Legalidad / FACULTAD IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Alcance del artículo 294 de la Constitución Política / PROHIBICIÓN AL LEGISLATIVO PARA DECRETAR EXENCIONES Y TRATAMIENTOS PREFERENCIALES SOBRE TRIBUTOS TERRITORIALES – Alcance. No conduce a que, correlativamente, las entidades territoriales solo puedan disponer exenciones o tratamientos preferenciales en relación con los tributos de su propiedad / COMPETENCIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES PARA DECRETAR EXENCIONES Y TRATAMIENTOS PREFERENCIALES ÚNICAMENTE SOBRE TRIBUTOS TERRITORIALES - Falta de fundamento constitucional / DESCUENTO PARA EL PAGO DEL IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES - Naturaleza jurídica. Se trata de un beneficio tributario, no de una exención, pues se mantienen todos los elementos de la obligación tributaria establecidos en la ley / DESCUENTO POR PAGO DE IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES CONCEDIDO POR ENTIDAD TERRITORIAL - Legalidad. En ejercicio de sus facultades de recaudo la entidad territorial puede otorgar descuentos que constituyen un gasto público con el objetivo de atraer contribuyentes / FACULTAD DE RECAUDO DEL IMPUESTO NACIONAL DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES POR ENTIDADES TERRITORIALES – Autonomía impositiva territorial. No hay norma constitucional o legal que impida a los departamentos elegir la manera de recaudar el impuesto de vehículos a través de decisiones de gasto público

Tesis: "Con el debido respeto, me aparto de la providencia de la referencia porque considero que debió revocarse la sentencia de primera instancia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda de nulidad. Lo anterior porque el Departamento cuenta con facultades constitucionales para establecer descuentos para el pago del impuesto de vehículos automotores, como el otorgado por matricular los vehículos nuevos o trasladar por primera vez su cuenta a las oficinas de tránsito del Meta. Si bien el impuesto de vehículos automotores establecido en la Ley 488 de 1998 es un tributo del orden nacional cedido a los entes territoriales y para el cual el legislador nacional goza de amplia intervención para fijar todos los elementos de la obligación tributaria; no debe dejarse de lado que el artículo 147 ib. asignó el recaudo, fiscalización, cobro y devolución del impuesto de vehículos automotores al departamento o distrito. Los descuentos del monto a pagar, como el del caso concreto, son un mecanismo de recaudo de los tributos. Se otorga el beneficio con el fin de facilitar, estimular e incentivar el recaudo de los tributos, pero sin afectar ninguno de los elementos de la obligación tributaria. La norma local demandada no modifica o contraría el hecho generador, los sujetos, la base gravable o la tarifa del impuesto de vehículos, lo cual sería una vulneración flagrante de normas superiores. Lo que hizo el departamento en este caso fue ejercer la potestad de recaudo del tributo, eligiendo los procedimientos y formas que consideró más adecuados para lograr el objetivo. Se debe preservar la autonomía que le fue otorgada por la Ley a los departamentos para determinar la manera de recaudar el tributo, incluso aceptando la posibilidad de otorgar descuentos por pronto pago o como en este caso, descuentos por matricular los vehículos nuevos, pues son decisiones que tienen que ver con el gasto público de la entidad territorial en aras de asegurar un mayor recaudo a futuro e incluso en el presente. No comparto lo señalado en la sentencia, en el sentido que la prohibición al congreso para conceder exenciones o tratamientos preferenciales respecto de tributos de propiedad de los entes territoriales conduzca a que *"correlativamente, las entidades territoriales sólo puedan disponer exenciones o tratamientos preferenciales en relación con los tributos de su propiedad."* Tal conclusión no tiene sustento constitucional. El artículo 294 de la Carta contiene una protección a las rentas propias de los entes territoriales, por lo que no tiene fundamento limitar la posibilidad de ejercer sus competencias respecto de los recursos que administra. En todo caso, si bien la norma acusada contiene un beneficio tributario, no es propiamente una exención pues se mantienen todos los elementos de la obligación tributaria establecidos en la ley. Lo que hace el departamento es ejercer sus facultades de recaudo otorgando descuentos que constituyen un gasto público con el objetivo de atraer contribuyentes. No hay norma constitucional o legal que impida a los departamentos elegir la manera de recaudar el impuesto de vehículos a través de decisiones de gasto público como es el descuento en discusión y por lo mismo no era procedente declarar la nulidad de la norma acusada.*".*

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de marzo de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 50001-23-33-000-2015-00088-01 (25417).

2. La inspección tributaria de oficio suspende el término para notificar el requerimiento especial cuando la diligencia efectivamente se practica con el fin de recaudar nuevas pruebas necesarias para la expedición del requerimiento, no cuando con ella solo se pretende la prórroga del respectivo término.

Síntesis del caso: *Mediante los actos administrativos acusados, la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta para la equidad CREE que la parte actora presentó por el año gravable 2013, entre otros aspectos, en el sentido de rechazar costos e imponer sanción por inexactitud. La Sala confirmó la sentencia apelada que anuló dichos actos y, como restablecimiento del derecho, declaró en firme la referida declaración. Para adoptar esta decisión la Sala consideró que la inspección tributaria de oficio que se decretó en el proceso de fiscalización no tuvo la virtualidad de suspender el término para notificar el requerimiento especial, por lo que la notificación del mismo fue extemporánea y, por ende, operó la firmeza de la declaración. Lo anterior, en razón de que la inspección se decretó con el fin de prorrogar el término de expedición del requerimiento especial, pues la Administración ya había solicitado y contaba con las pruebas para el efecto. Sobre el particular, la Sección indicó que si bien las inspecciones efectivamente se practicaron, su objeto no fue el de recaudar nuevas pruebas, pues los actos acusados se fundaron en las que habían sido recaudadas con anterioridad al decreto de tales inspecciones.*

TÉRMINO GENERAL DE FIRMEZA DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS / TÉRMINO PARA NOTIFICAR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO PARA NOTIFICAR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO PARA NOTIFICAR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL POR PRÁCTICA DE INSPECCIÓN TRIBUTARIA DE OFICIO / PRÁCTICA DE INSPECCIÓN TRIBUTARIA DE OFICIO - Duración y requisitos. Reiteración de jurisprudencia

Problema Jurídico: *¿La notificación del requerimiento especial fue extemporánea y operó la firmeza de la declaración privada?*

Tesis: "Los artículos 705 y 714 del Estatuto Tributario, vigentes durante los hechos en discusión, establecen el término general de firmeza de las declaraciones tributarias, al señalar que el requerimiento especial se debe notificar «*dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de vencimiento del plazo para declarar*», y que la declaración tributaria *«quedará en firme, si dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar, no se ha notificado requerimiento especial».* Por su parte, el artículo 706 *ejusdem* dispone que el término para notificar el requerimiento especial se suspende cuando: *i) «se practique inspección tributaria de oficio, por el término de tres meses contados a partir de la notificación del auto que la decrete»*; *ii) «se practique inspección tributaria a solicitud del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, mientras dure la inspección»* y, *iii) «durante el mes siguiente a la notificación del emplazamiento para corregir».* La Sección ha precisado que el término de notificación del requerimiento especial se suspende a partir de la fecha de notificación del auto que decreta la inspección, por un lapso fijo de tres meses, término no prorrogable pero tampoco sujeto a disminución, siempre y cuando efectivamente se realice. De esta manera, la suspensión del término para notificar el requerimiento especial se condiciona a la existencia real de la inspección tributaria, de modo que, mientras los comisionados o inspectores no inicien las actividades propias de su encargo, acordes con el artículo 779 del E.T, no puede entenderse realizada la diligencia ni suspendido el término de notificación del requerimiento especial. En el caso particular, el 11 de abril de 2014 venció el plazo para que la contribuyente presentara la declaración del impuesto de renta - CREE del año 2013, fecha en la que se presentó la declaración privada del citado impuesto, con lo cual la Administración podía notificar el requerimiento especial hasta el 11 de abril de 2016, como lo ordenaba

el artículo 705 del ET. Sin embargo, la DIAN emitió los Autos de Inspección Tributaria 112382016000021 y 112382016000022 de 19 de febrero de 2016, notificados el 23 de febrero del mismo año, por lo que el término para notificar el requerimiento especial se suspendería por tres meses, hasta el 11 de julio de 2016. Teniendo en cuenta que el requerimiento especial se notificó el 5 de julio de 2016, hecho no controvertido, en principio se debería concluir que dicha actuación se surtió dentro del término legal y que no operó la firmeza de la declaración. No obstante, la actora alega que la inspección tributaria fue decretada de forma *"mañosa"* por la Administración para prorrogar el término de expedición del requerimiento especial, pues ya había solicitado y contaba con las pruebas para expedirlo, argumento que fue avalado por el tribunal y respaldado por el Ministerio Público. Al efecto, en el expediente se advierte que, si bien la DIAN afirma que ordenó Auto de Apertura 112382016000144 el 15 de febrero de 2016, dentro del expediente VR2013201400144, lo cierto es que ya existía una investigación (…) adelantada con expediente AB201320140001526, ambas investigaciones por renta CREE 2013. Se precisa que mediante auto de organización se incorporó la información recaudada en el expediente AB201320140001526 al expediente VR2013201400144, que culminó con los actos acusados. Ahora bien, en el marco de la investigación adelantada en el expediente AB201320140001526, la Administración solicitó a la contribuyente mediante Requerimiento Ordinario 112382014000452 del 17 de octubre de 2014: *i) Estados financieros corporativos (por los años 2012 y 2013), debidamente certificados por contador público y/o revisor fiscal, con sus notas integrales; ii) balances de prueba a 6 dígitos a 31 de diciembre de 2013; iii) conciliación contable fiscal por el año 2013, con la respectiva explicación del ajuste; iv) información del margen de utilidad mensual de 2013, indicando mes a mes los ingresos operacionales y el costo de ventas y v) relación detallada de las retenciones en la fuente practicadas, con detalles de identificación del agente de retención, concepto objeto de retención, base, tarifa y valor de la retención.* En respuesta adiada el 31 del mismo mes y año, la contribuyente, además de lo solicitado, aportó un *«estudio de demostración de materias primas en cumplimiento de los compromisos de exportación adquiridos en el año 2013, al amparo del programa autorizado a la compañía de sistemas especiales de importación – exportación (Plan Vallejo), con los respectivos formularios y demás documentos soporte»* y el certificado suscrito por el revisor fiscal de la sociedad. El 3 de junio de 2015 la contribuyente allegó la información solicitada por la DIAN en la visita del 26 de mayo de 2015, a saber: *i) dos actas de castigo de cartera, correspondientes a las agencias de cobro Cobranal SAS y Grupo Empresarial JAAD y VEMA SAS; ii) copias de las actas de destrucción y de inventarios correspondientes al año 2013; iii) movimiento contable de las provisiones de inventario y las destrucciones; iv) relación de los terceros correspondientes al castigo de cartera de los años 2012 y 2013; y v) pagos del impuesto de industria y comercio del Municipio de Medellín por el año gravable en discusión*. Además, el 16 de octubre de 2015, en respuesta al requerimiento ordinario 112382015000332, entregó, entre otros documentos y/o información, la siguiente: *«i) Kardex de los inventarios dados de baja, con la correspondiente descripción del bien, y el valor por el cual se encontraban registrados; ii) una explicación detallada de los motivos por los cuales fueron dados de baja; y, iii) movimientos contables donde se registra la disminución de la cuenta de inventario y la respectiva contrapartida en las cuentas costo».* No obstante contar con la información anterior, la DIAN expidió los Autos de Inspección Tributaria 112382016000021 y 112382016000022 del 19 de febrero de 2016, ambos *«con el fin de verificar la exactitud de las declaraciones, establecer la existencia de hechos gravados o no y verificar el cumplimiento de las obligaciones formales, correspondientes al impuesto y periodo arriba señalados»,* de los que se levantaron dos actas, expedidas el 30 de junio de 2016. En la primera de ellas, se advierte que *«En el desarrollo de la práctica de la Inspección Tributaria, la funcionaria comisionada envió requerimiento Ordinario No. 900012 de fecha 18 de marzo de 2016 (…), el cual fue notificado el 28 del mismo mes y año en curso a la sociedad, en el cual se solicita: 1. Conciliación Contable – Fiscal por el año gravable 2013 por cada uno de los renglones de la declaración de Renta para la Equidad CREE del año gravable 2013. 2. Determinación de la base gravable del Impuesto sobre la Renta para la Equidad CREE del año gravable 2013».* De esta se concluyó que *«la sociedad disminuyó el valor de sus inventarios por concepto de obsolescencia, afectando de manera directa el costo de la mercancía vendida, lo que a la luz de los artículos 147 y siguientes del Estatuto Tributario, no es procedente».* En la segunda acta de inspección tributaria, se observa que el 5 de abril de 2016 se expidió el requerimiento ordinario 112382016000174, mediante el cual se solicitó: *«i) explicación de por qué los productos que se enlistan no se ven reflejados en el movimiento Kardex, según lo informado en la carpeta de "Descripción Glclass"; y ii) allegar las facturas de compra por mes de los productos que se relacionan a folio 217 vto. y 218, teniendo en cuenta lo indicado en la carpeta "Mov Kardex Destrucciones 2013"»,* respondido por la sociedad actora con escrito radicado el 22 de abril de 2016. De la información recaudada, la DIAN concluyó que *«las destrucciones de los inventarios no corresponden a las devoluciones de mercancías por los proveedores seleccionados»*. Analizado el contenido de las actas, se colige que las pruebas practicadas conllevaron a determinar dos aspectos: *i)* que la contribuyente disminuyó el valor de sus inventarios por concepto de obsolescencia, con lo cual afectó el costo de la mercancía vendida y *ii)* que las destrucciones de los inventarios no correspondían a las devoluciones de mercancías por parte de los proveedores señalados. Dichos aspectos ya se encontraban acreditados dentro del proceso de fiscalización, con las pruebas recaudadas con anterioridad al decreto de las inspecciones tributarias. Conforme con lo aducido, se considera que para el momento en que se emitieron los autos que decretaron la inspección tributaria, la DIAN contaba con la información necesaria para expedir el requerimiento especial, lo cual puede contrastarse con el contenido del anexo explicativo del propio requerimiento, que indica que el Jefe del Grupo Interno de

Control a Obligaciones Formales de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos de Medellín inició la investigación contra AVON porque se establecieron hechos que constituyen inexactitud, como *i) Desconocimiento de costos por 16.994.406.000, por disminución de inventarios; ii) Desconocimiento de deducciones por concepto de provisiones para protección de inventarios en cuantía de $3.288.715.000 y iii) Desconocimiento de deducciones por concepto de impuestos pagados por $631.491.000,* los cuales se fundaron en el análisis de los estados financieros, conciliaciones contable y fiscal, actas de destrucción de inventario y *kárdex* de inventarios dados de baja con sus correspondientes motivos. Corolario de lo anterior, y en el entendido de que en cada caso se debe analizar si la inspección suspende o no términos, se advierte que para el asunto particular, en la liquidación oficial se consignó que las conclusiones a que llegó la Administración se fundaron en hechos reflejados en los informes contables, estados financieros y los medios de prueba relacionados en precedencia, y en la disposición legal sobre el manejo del inventario que deben observar los obligados a llevar contabilidad, los cuales, se reitera, se encontraban en el expediente desde antes de decretar las inspecciones tributarias. Y si bien dichas inspecciones efectivamente se practicaron, su objeto no fue el de recaudar material probatorio distinto al obrante, pues los actos acusados se fundaron en las recaudadas con anterioridad, lo que conlleva a concluir que su objeto fue el de prorrogar el término para la expedición del requerimiento. Sobre el particular, la Sala ha reiterado que «*la inspección tributaria no puede constituirse como mecanismo temerario para suspender el término de notificación del requerimiento especial y así evitar el acaecimiento de la firmeza de la declaración*. *Esta premisa, guarda relación con lo señalado en líneas precedentes, en el sentido que la Administración puede verificar el adecuado cumplimiento de las obligaciones fiscales sin necesidad de decretar inspecciones tributarias, según las voces del artículo 684 del ET. Por lo mismo, y dados los efectos que surgen tras la realización de la diligencia de inspección, el respeto de las formas previstas para su práctica, ha de ser riguroso. Lo dicho, parte de la premisa que a pesar de haberse conferido a la Administración la facultad de verificar el cabal cumplimiento de los deberes sustanciales y formales, a través de la realización de procesos administrativos, su ejercicio es reglado y debe apegarse a los preceptos que rigen su ejercicio».".*

Salvamento de voto de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO PARA NOTIFICAR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL – Práctica de la inspección tributaria de oficio / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO PARA NOTIFICAR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL POR PRÁCTICA DE INSPECCIÓN TRIBUTARIA DE OFICIO – Aplicación / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO PARA NOTIFICAR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL POR PRÁCTICA DE INSPECCIÓN TRIBUTARIA DE OFICIO – Alcance del artículo 706 del Estatuto Tributario / NOTIFICACIÓN OPORTUNA DEL REQUERIMIENTO ESPECIAL – Configuración. Legalidad de la actuación administrativa acusada

Tesis: "Con el debido respeto por la decisión mayoritaria, salvo el voto en la sentencia del proceso en referencia, en cuanto concluyó que la inspección tributaria no suspendió el término de firmeza de la declaración de renta, bajo el criterio de que "su objeto no fue el de recaudar nuevas pruebas, pues los actos acusados se fundaron en las recaudadas con anterioridad, lo que conlleva a concluir que su objeto fue el de prorrogar el término para la expedición del requerimiento." Radica mi discrepancia en que la previsión legal de suspender por tres meses el término para notificar el requerimiento especial, cuando se practique inspección tributaria de oficio, debe aplicar en todos los casos en los cuales se establezca que la diligencia fue llevada a cabo, esto es que en desarrollo de la misma, la administración desplegó actividad probatoria. Sobre este particular se ha pronunciado la Sala precisado que " ... la expresión "se practique inspección tributaria" del artículo 706 ibídem, implica que ésta efectivamente se realice, al punto de no admitir distinciones que la propia norma no hace, ni interpretaciones extensivas del concepto. En el sub judice, las pruebas ponían de presente la actividad desplegada por la DIAN en desarrollo de la diligencia y dan cuenta los antecedentes que en virtud de la inspección tributaria recaudó y valoró información pertinente a la investigación como: la Conciliación Contable – Fiscal por cada uno de los renglones de la declaración de CREE del año gravable 2013 con la determinación de la base gravable, así como la relacionada con el inventario no reflejado en el movimiento Kardex y los soportes de compras de inventario, todo lo cual demostraba que la referida inspección había sido efectivamente practicada y en consecuencia, había tenido la virtualidad de suspender el término para notificar el requerimiento especial. Por las razones expuestas, considero que debió dársele prosperidad a la apelación de la DIAN que propugnaba porque el requerimiento especial había sido oportunamente notificado; por eso me aparto de la decisión.".

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de febrero de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 05001-23-33-000-2018-02304-01 (25055).

3. Se precisan los casos en los que, para la devolución de pagos en exceso y de lo no debido, se requiere la corrección de la declaración tributaria.

Síntesis del caso: *El artículo 1 de la Resolución 219 de 2004, de la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital, establecía la tarifa de 11.04 por mil en el impuesto de industria y comercio -ICA- para las actividades de construcción de edificaciones para uso residencial y no residencial realizadas por cuenta propia. Para liquidar el ICA cierto contribuyente aplicó dicha tarifa y así declaró y pagó el tributo de los bimestres 2 de 2004, 1 al 6 de 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 1 del año 2010 en Bogotá D.C. En fallo del 16 de septiembre de 2010 se declaró la nulidad parcial del artículo 1 de la Resolución 219 de 2004. Al estimar que con ocasión de nulidad de dicha tarifa se configuró un pago de lo no debido, el 30 de octubre de 2012 la contribuyente solicitó la devolución y/o compensación de los valores pagados en exceso en las citadas declaraciones, petición que negó la Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá D.C., el 17 de diciembre de 2012, con el argumento de que las declaraciones estaban en firme porque transcurrieron dos años desde el vencimiento del plazo para declarar, además de que se requería la corrección de las mismas para que se consolidara el saldo. Al estudiar la legalidad de los actos administrativos que negaron la devolución, se confirmó el fallo que los anuló parcialmente y ordenó la devolución pretendida. Para la Sala, en el caso no era exigible la corrección de los denuncios tributarios, para solicitar la devolución de los valores pagados en exceso o no debidos, toda vez que estos se generaron como consecuencia de la nulidad de la tarifa prevista en el artículo 1 de la Resolución 219 de 2004, cuyo monto se puede determinar de la declaración original, sin que se requiera un estudio adicional sobre alguno de los elementos del tributo ni el análisis de pruebas, ya que no se cuestiona el valor o la naturaleza de los ingresos, de tal manera que el tributo a devolver se puede simplemente establecer disminuyendo la tarifa del 11.04 por mil al 6.9 por mil.*

DEVOLUCIÓN DE PAGOS EN EXCESO Y DE LO NO DEBIDO – Requisitos / SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE PAGOS EN EXCESO QUE REQUIEREN CORRECCIÓN PREVIA DE LA DECLARACIÓN / SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE PAGOS EN EXCESO Y DE LO NO DEBIDO QUE NO REQUIEREN CORRECCIÓN PREVIA DE LA DECLARACIÓN - Reiteración de jurisprudencia / SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE PAGOS DE LO NO DEBIDO QUE REQUIEREN CORRECCIÓN PREVIA DE LA DECLARACIÓN – Reiteración de jurisprudencia / EFECTOS DE LOS FALLOS DE NULIDAD DE NORMAS DE CARÁCTER GENERAL – Efectos inmediatos sobre situaciones jurídicas no consolidadas / SITUACIÓN JURÍDICA CONSOLIDADA / TÉRMINO PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN DE PAGOS EN EXCESO O DE LO NO DEBIDO – Reiteración de jurisprudencia / INICIACIÓN DEL TÉRMINO PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN DE PAGOS EN EXCESO O DE LO NO DEBIDO – Contabilización

Problemas Jurídicos: *¿Procede la devolución de lo pagado por la demandante en las declaraciones de ICA sin que se requiera corregirlas? ¿En caso afirmativo, el término de prescripción para solicitar la devolución se inicia desde la fecha de la sentencia que declaró la nulidad de la norma que fijó la tarifa en 11,04 por mil o desde la fecha en que se realizó el pago?*

Tesis: "[P]ara esta Sala se requiere la corrección de la declaración privada cuando existe un pago en exceso, ya que se requiere de un título que respalde el valor de la devolución. Sin embargo, es necesario aclarar que en materia de pago de lo no debido existen situaciones en las que no se requiere de corrección y en otras es necesaria. No se necesita corrección de las declaraciones, cuando existe pago en exceso y pago de lo no debido en los casos en los que el valor del tributo que se solicita la devolución se puede determinar de forma directa de la declaración presentada. La mencionada situación se evidencia en casos, que ha resuelto la Sala como el siguiente: *"Entonces, no es como lo afirma la Administración que la sociedad contribuyente pretenda negar su calidad de sujeto pasivo del gravamen de Industria y Comercio, por cuanto indudablemente no se dedica con exclusividad a los servicios de salud, sino que también lleva a cabo actividades gravadas con el ICA; la devolución fue solicitada por haber incluido como gravadas partidas que por ley no están sujetas al impuesto de industria y comercio, es decir, haber cancelado sumas sobre las que nunca se generó la obligación de pago y que sin duda*

deben ser devueltas so pena de configurarse un enriquecimiento sin causa a favor del Estado. Visto lo anterior, se considera que si bien la actora pudo acudir al mecanismo de corrección previsto en los artículos 19 y 20 del Decreto 807 de 1993, esta Corporación ha considerado viable la devolución de los pagos de lo no debido consignados en las declaraciones tributarias sin necesidad de hacer uso del procedimiento de corrección voluntaria, teniendo en cuenta que no se trata de un error del contribuyente en la liquidación del tributo, sino que obedece a la aplicación de la ley que han calificado los pagos como "no debidos" o "excesivos", o a la ausencia de la calidad de sujetos pasivos de la obligación tributaria, lo que hace inocua la corrección del denuncio fiscal." De acuerdo con el aparte de la sentencia transcrita, no se requiere corrección de las declaraciones, cuando el sujeto pasivo declaró partidas no gravadas con el tributo, ya que el valor discutido es únicamente el pagado en exceso o no debido. En otras situaciones en las que no se requiere corrección, para pago de lo no debido, esta Sala en sentencia de 13 de octubre de 2000, explicó lo siguiente: *"Nótese cómo el pago de una cuarentava parte de la contribución especial por el año 1995 constituye el pago de una contribución que en esa fracción no se causó y por ende, se configura un pago de lo no debido o un pago en exceso por parte del contribuyente derivado única y exclusivamente de un fallo de la Corte Constitucional, en relación con la derogatoria de la aludida contribución, y no de un error en su declaración de renta de 1995, fallo que según sus mismas voces constituye interpretación con autoridad en su parte motiva, y por ende, la misma tiene carácter obligatorio general, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, pues en la citada sentencia se lee que: […] Ahora bien, independientemente de que hubiera estado o no vencido el término para corregir la declaración por el mecanismo del artículo 589 del Estatuto Tributario, esto es, el procedente en caso de que se deban corregir las declaraciones para disminuir el valor a pagar o aumentar el saldo a favor, advierte la Sala que dicho mecanismo no era aplicable al presente caso dado que el pago en exceso no derivó de un error en la declaración del contribuyente por el año 1995, sino de una decisión judicial de obligatorio cumplimiento para todos los asociados, que, por demás, no requiere de un trámite adicional para que efectivamente opere.[…] Así mismo, no encuentra la Sala que la corrección a la declaración, que se repite, es innecesaria, sea la prueba de la existencia del pago en exceso, o lo que es lo mismo, que sin dicha corrección no pueda hacerse la devolución, pues, nuevamente se reitera que la razón del pago en exceso, en este caso, es una sentencia de la Corte Constitucional, obligatoria tanto para la Administración como para los administrados, la cual no necesita de ningún acto complementario para su debido acatamiento."* (Subraya la Sala) De acuerdo con el criterio expuesto, no se requiere corrección de declaraciones en situaciones de pago de lo no debido, cuando de una decisión judicial de la que se desprende la nulidad del valor de un tributo nace la posibilidad de solicitar la devolución del monto, que se pagó en exceso. Lo anterior, debido a que solo se requiere descontar del valor pagado la cantidad que corresponde legalmente del tributo. Sin embargo, se advierte que se necesita corrección de las declaraciones privadas en situación de pago de lo no debido, cuando existan casos en los que de la sola declaración no se pueda desprender el valor de la devolución (saldo a favor). Es decir, cuando se requiera del análisis de elementos probatorios adicionales, para establecer alguno de los elementos del tributo con el fin de que exista título que valide la devolución. En consecuencia, en una situación de pago de lo no debido que requiera de un estudio o análisis de pruebas para determinar algún elemento del tributo requiere de corrección de la declaración privada, ya que se necesita un título del que se desprenda el valor de la devolución. Se aclara que el término para corregir es el ordenado en el artículo 589 del Estatuto Tributario el cual establecía, que en el caso de realizar correcciones en las que se disminuya el saldo a pagar o se aumente el saldo a favor se debía presentar solicitud de corrección dentro del año siguiente al vencimiento del término, para presentar la declaración. (…) De acuerdo con lo expuesto previamente, los efectos de las sentencias de nulidad son inmediatos sobre las situaciones jurídicas no consolidadas, las cuales en materia de declaraciones tributarias se encuentra consolidada cuando no puede modificarse, porque ya está en firme la declaración tributaria, por lo que no puede corregirse por el contribuyente o por la administración. En cuanto a la necesidad de corregir las declaraciones presentadas previo a la solicitud de devolución por pago en exceso o pago de lo no debido, la actora presentó y pago ICA en la ciudad de Bogotá D.C. entre los años 2004 al 2010. Sin embargo, la razón principal de su solicitud de devolución radica en que la sentencia de esta Corporación del 16 de septiembre de 2010 declaró la nulidad condicionada del artículo 1 de la Resolución 219 de 2004 expedida por la Secretaría de Hacienda de Bogotá D.C. (…) [L]a Resolución 219 de 2004 al establecer una tarifa del 11.04 por mil de ICA para servicios de construcción contravino lo estipulado en el Acuerdo 65 de 2002 el cual era norma superior, que establecía una tarifa del 6.9 por mil, razón por la cual se declaró nula parcialmente la mencionada resolución. Adicionalmente, de acuerdo con el criterio de esta Sala cuando existe una situación evidente en la que se genera un saldo a favor o un pago de lo no debido, como es el caso de una sentencia que declara la nulidad del valor de un impuesto no se requiere de corrección de las declaraciones, para solicitar su devolución. Dicha corrección no se requiere, ya que el valor del pago en exceso o de lo no debido puede determinarse de la declaración original, situación diferente ocurriría si se discuten elementos del tributo en el caso específico, como el sujeto activo, sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa, caso en el cual se requeriría de corrección. En el presente caso, la Sala observa que el pago en exceso o de lo no debido se generó luego de haberse determinado la nulidad de la Resolución 219 de 2004, como se explicó previamente, y no se requirió de un estudio adicional sobre ninguno de los elementos del tributo. Además, no se requiere del análisis de pruebas adicionales, ya que no se cuestiona el valor o la naturaleza de los ingresos, por lo que simplemente se puede determinar el valor del tributo disminuyendo la tarifa del 11.04 por mil a 6.9 por mil. En consecuencia, no se requería de la corrección de la declaración para solicitar*

la devolución de los valores pagados en exceso o no debidos. En cuanto al término para la solicitud del pago en exceso o de lo no debido esta Sala ha establecido que es dentro del término de la prescripción ejecutiva establecido en el artículo 2536 del Código Civil, que con la modificación introducida por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, es de 5 años en consideración con los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997. Adicionalmente, se reitera que el mencionado término debe iniciarse a contar desde la fecha de pago del tributo, como lo ha determinado esta Sala en pronunciamientos previos. En este orden de ideas, el término de 5 años para determinar la situación jurídica consolidada debe de iniciarse a contar desde la fecha de declaración y pago del tributo hasta la fecha de presentación de la solicitud, debido a que desde dicha fecha fue que se generó el pago en exceso o de lo no debido.".

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de marzo de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2014-00315-01 (24658).

4. El régimen de transición para implementar la notificación electrónica de las actuaciones tributarias previsto en el artículo 11 de la Resolución DIAN 000038 del 30 de abril de 2020, solo es aplicable cuando finalice la emergencia sanitaria por el COVID 19.

Síntesis del caso: *Se declaró la legalidad del artículo 11 de la Resolución 000038 del 30 de abril de 2020, en el que la DIAN reguló el régimen de transición para implementar la notificación electrónica de las actuaciones tributarias prevista en los artículos 565 y siguientes del Estatuto Tributario. Lo anterior, porque la Sala concluyó que la disposición acusada no desconoció el artículo 4 del Decreto Legislativo 491 de 2020, proferido en el marco del estado de emergencia declarado mediante el Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020, comoquiera que no reglamentó tales decretos, a la par que su ámbito de aplicación es diferente. Al respecto, la Sala señaló que el artículo 4 del Decreto Legislativo 491 de 2020, que dispuso la notificación y comunicación de los actos administrativos por medios electrónicos mientras permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, no derogó ninguna ley ordinaria que regule la notificación o comunicación de los actos administrativos, incluidos los artículos 565 y siguientes del Estatuto Tributario -que establecen las formas de notificar los actos proferidos por la DIAN-, por lo que el régimen de transición que prevé el artículo 11 de la Resolución 000038 de 2020 solo se puede aplicar en estado de normalidad, esto es, una vez finalice la referida emergencia.*

ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA - Finalidad y duración / ESTADOS DE EXCEPCIÓN - Regulación / DECRETOS DE ESTADO DE EXCEPCIÓN - Finalidad / DECRETO LEGISLATIVO – Contenido y alcance / DECRETO LEGISLATIVO - Vigencia / NOTIFICACIÓN O COMUNICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO LEGISLATIVO 491 DE 2020 - Carácter temporal / EMERGENCIA SANITARIA POR COVID 19 - Declaratoria / ARTÍCULO 4 DEL DECRETO LEGISLATIVO 491 DE 2020 - Alcance. No derogó las normas ordinarias que regulan la notificación o comunicación de los actos administrativos / NORMAS QUE REGULAN LA NOTIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS – Vigencia de los artículos 565 y siguientes del Estatuto Tributario / REGLAMENTACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA FORMA DE NOTIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS - Competencia de la DIAN / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PARA IMPLEMENTAR LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS ACTUACIONES TRIBUTARIAS – Aplicación del artículo 11 de la Resolución DIAN 000038 de 2020 / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PARA IMPLEMENTAR LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS ACTUACIONES TRIBUTARIAS – Legalidad del artículo 11 de la Resolución DIAN 000038 de 2020 / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO REGLAMENTARIO DE DECRETO DE ESTADO DE EXCEPCIÓN – Procedencia del control inmediato de legalidad / APLICACIÓN DE NORMAS ORDINARIAS QUE REGULAN LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS ACTUACIONES

TRIBUTARIAS – Su aplicación está supeditada a la finalización de la emergencia sanitaria por el Covid 19

Problema Jurídico: *¿Se ajusta a la legalidad el artículo 11 de la Resolución 000038 del 30 de abril de 2020, proferida por la DIAN, que reguló el régimen de transición para implementar la notificación electrónica prevista en los artículos 565 y siguientes del Estatuto Tributario?*

Tesis: "[E]l artículo 215 de la Constitución establece que cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 213 y 214 *ibidem* que perturben o amenacen perturbar de forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, el presidente, con la firma de todos sus ministros, podrá declarar estado de emergencia por periodos de hasta 30 días en cada caso, que sumados no pueden exceder los 90 días calendario. Esta norma constitucional fue regulada por la Ley 137 de 1994, por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia. El artículo 47 de esta ley dispone que, durante los estados de excepción por emergencia económica, social y ecológica, el Gobierno Nacional podrá expedir decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. La Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de esta norma en la Sentencia C-179 de 1994, precisó que los decretos legislativos proferidos en una emergencia económica, social y ecológica *«pueden reformar o derogar la legislación preexistente y tienen vigencia indefinida, hasta tanto el poder legislativo proceda a derogarlos o reformarlos, salvo cuando se trata de normas relativas a la imposición de tributos o modificación de los existentes, los cuales "dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente"»* (subrayado propio). En el caso bajo examen, todos los argumentos del demandante se centran en que el artículo 11 de la Resolución Nro. 000038 de 2020 desconoció el artículo 4 del Decreto Legislativo 491 de 2020, que fue proferido en el marco de la emergencia económica decretada mediante el Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo del mismo año. Ahora, aunque el artículo 4 del Decreto Legislativo 491 de 2020 no está relacionado con la imposición o la modificación de tributos existentes, sino con la notificación de los actos administrativos, no tiene vigencia indefinida porque el Gobierno Nacional estableció que solo será aplicado mientras esté vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Así se concluye de la lectura del inciso primero de esta norma (…) Además, el carácter temporal del artículo 4 del Decreto Legislativo 491 de 2020 fue reconocido por la Corte Constitucional que, al examinar su exequibilidad en la Sentencia C-242 de 2020, afirmó que *«las reglas temporales contenidas en el artículo 4°, que privilegian la notificación y comunicación de los actos administrativos por medios electrónicos resultan, en principio, proporcionales en las actuales condiciones (…)»* (subrayado propio). De acuerdo con lo expuesto, el artículo 4 del Decreto Legislativo 491 de 2020 no derogó ninguna ley ordinaria que regule la notificación o comunicación de los actos administrativos, incluyendo los artículos 565 y siguientes del Estatuto Tributario, que establecen las formas de notificar los actos proferidos por la DIAN. Por lo anterior, la DIAN está habilitada para reglamentar los artículos 565 y siguientes del Estatuto Tributario para su adecuada ejecución una vez finalice la emergencia sanitaria, pues *«Cada órgano de la administración pública puede proferir actos administrativos de carácter general tendientes a regular la ejecución de sus funciones o la prestación de los servicios a su cargo».* Ahora, como lo señaló la entidad demandada, el artículo 11 de la Resolución Nro. 000038 de 2020 no reglamentó el Decreto Legislativo 417 de 2020 (que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica originada en el Covid-19), ni el Decreto Legislativo 491 del mismo año (que adoptó medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades), sino las normas ordinarias contenidas en el Estatuto Tributario. Por este motivo, las consideraciones contenidas en la resolución acusada señalaron que fue proferida *«en cumplimiento de lo establecido en los artículos 563, 564, 565 y 566-1 del Estatuto Tributario»*. Lo anterior implica que el artículo 11 de la Resolución Nro. 000038 de 2020 debe ser aplicado solo en estado de normalidad, esto es, cuando finalice la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social, según fue expuesto. En consecuencia, la norma objeto de controversia no pudo desconocer el artículo 4 del Decreto Legislativo 491 de 2020 porque tienen ámbitos de aplicación diferentes, en la medida que la norma superior invocada como violada, se reitera, solo es aplicada durante la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social. De otro lado, debe tenerse en cuenta que los artículos 563, 564, 565 y 566-1 del Estatuto Tributario (reglamentados por la norma acusada) no solo prevén la posibilidad de surtir la notificación electrónica, sino también las notificaciones personales y por correo. Así las cosas, la autorización para realizar notificaciones diferentes a la electrónica en estado de normalidad, a las que se refiere el régimen de transición controvertido, deriva directamente de la ley y no del acto acusado. La Sala precisa que, para implementar los decretos legislativos proferidos en el marco del estado de excepción por emergencia económica, social y ecológica, la DIAN expidió la Resolución Nro. 000030 del 29 de marzo del mismo año, en la cual entre otros aspectos, ordenó suspender los términos de la mayoría de los procedimientos administrativos (artículo 8) y dispuso la notificación electrónica de los actos proferidos por la autoridad tributaria (artículo 6), durante la emergencia sanitaria causada por el Covid-19. Empero, esta resolución no es objeto de controversia en este caso, por lo que no procede su estudio. En todo caso, al ser un acto administrativo reglamentario de un decreto de estado de excepción, es objeto de un control inmediato de legalidad. (…) [C]omo fue expuesto, las normas ordinarias que regulan la notificación electrónica por parte de la autoridad tributaria se encuentran supeditadas a que

finalice la emergencia sanitaria por mandato del artículo 4 del Decreto Legislativo 491 de 2020. Por lo expuesto, la Sala negará las pretensiones de la demanda.”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de febrero de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2020-00026-00 (25402).

5. Se precisan los requisitos de procedencia de la compensación oficiosa de saldos a favor.

Síntesis del caso: *En sentencia del 3 de septiembre de 2015, se ordenó devolver a cierto contribuyente unos saldos a su favor. Entre el 22 de abril de 2015 y el 27 de abril de 2016, la DIAN ordenó compensar los pagos en exceso realizados por la misma contribuyente en las declaraciones de retención en la fuente de diciembre de 2013 y septiembre 2014 y los saldos a favor autoliquidados en sus declaraciones del IVA del 6° bimestre de 2013 y todos los bimestres de 2014, para extinguir parcialmente la deuda tributaria a su cargo por el impuesto sobre la renta del año gravable 2014. El 27 de noviembre de 2015, la DIAN expidió el acto acusado, que confirmó al resolver los recursos gubernativos, en el que reconoció la suma ordenada en devolución en la sentencia del 3 de septiembre de 2015 y la compensó con el saldo que permanecía insoluto del citado impuesto sobre la renta. Al estudiar la legalidad de dichos actos, la Sala mantuvo la legalidad de dichos actos, tras concluir que la compensación de oficio que mediante ellos se efectuó se ajustó a derecho, porque al momento de su expedición, persistía un saldo insoluto del impuesto sobre la renta del año gravable 2014. Precisó que, al margen de que existieran otros saldos a favor que estaban sin compensar cuando se expidieron los actos acusados, la Administración no podía hacer efectiva la devolución ordenada en la sentencia del 3 de septiembre de 2015, sin antes confirmar que el contribuyente no tuviera obligaciones vencidas a su cargo, pues ello contraría el parágrafo del artículo 816 y el artículo 861 del ET. Así mismo, la Sala señaló que tampoco podía adelantar automáticamente una compensación de oficio sobre esos otros saldos a favor, porque, al tenor de las referidas normas, este mecanismo debe estar precedido de una solicitud de devolución o compensación, cuya presentación no se probó en el proceso, de manera que la compensación de oficio respecto de ellos era improcedente, más aún cuando la compensación de los saldos a favor del contribuyente solo ocurre cuando la Administración profiere un acto administrativo ordenándola.*

COMPENSACIÓN OFICIOSA DE DEUDA FISCAL CON SALDOS A FAVOR SOLICITADOS EN DEVOLUCIÓN – Requisitos / COMPENSACIÓN DE OFICIO DE DEUDA FISCAL INSOLUTA CON SALDOS A FAVOR DEVUELTOS POR ORDEN JUDICIAL – Procedencia / COMPENSACIÓN PREVIA A LA DEVOLUCIÓN / OPERANCIA DE LA COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR

Problemas Jurídicos: *¿Los saldos a favor autoliquidados por la actora en sus declaraciones del IVA de los bimestres 5.° y 6.° de 2015 impedían compensar de oficio la suma cuya devolución se ordenó a su favor en sentencia judicial del 3 de septiembre de 2015, con el saldo insoluto del impuesto sobre la renta del año 2014? ¿La compensación objetada incurrió en una indebida liquidación de intereses a favor de la demandada?*

Tesis: “[D]estaca la Sala que el parágrafo del artículo 816 del ET dispone que antes de devolver un saldo, la Administración debe confirmar si existen obligaciones insolutas a cargo del solicitante, caso en el cual «*la compensación se efectuará oficiosamente por la Administración*». Del mismo modo, el artículo 861 *ibidem* prevé que las devoluciones tendrán lugar «*una vez compensadas las deudas y obligaciones de plazo vencido del contribuyente*». Por otro lado, la compensación de los saldos a favor del contribuyente solo ocurre cuando la Administración profiere un acto administrativo ordenándola. En consecuencia, una solicitud de compensación sin pronunciamiento administrativo es insuficiente para saldar una obligación tributaria sustancial (sentencias del 05 de julio de 2007, exp. 14063, CP. Juan Ángel Palacio Hincapié; y del 15 de septiembre de 2016, exp. 20906, CP. Martha Teresa Briceño de Valencia). 7.1- En ese sentido, juzga la Sala que aunque existan otros saldos a favor del contribuyente cuya compensación se haya pedido (o no), hasta tanto esta no se ordene, las deudas a cargo del

interesado subsisten, de suerte que cualquier devolución que solicite estará sujeta a la verificación de que no existan obligaciones a su cargo y, si las hay, la compensación oficiosa previa es procedente en virtud de los artículos 816 y 861 del ET. En línea con esos planteamientos, es pertinente precisar que la competencia que tiene la Administración para practicar una compensación de oficio solo se activa cuando el contribuyente solicite el saldo a favor en devolución, pues de lo contrario, la autoridad tributaria asumiría autónomamente una competencia para disponer de los saldos a favor de los obligados tributarios y los privaría del derecho a presentar solicitud de devolución o de imputar en el periodo gravable siguiente los saldos a favor que registren en sus declaraciones tributarias. Entonces, la compensación de oficio no opera de forma automática respecto de cualquier saldo a favor autoliquidado, sino que debe estar precedida de una solicitud de devolución, tal como lo preceptúan los artículos 816 y 861 del ET. (…) 9- A partir del análisis de los medios de prueba que obran en el proceso, observa la Sala que para el momento de expedición del acto administrativo que reconoció a favor del obligado la suma ordenada en devolución por el Consejo de Estado en sentencia del 03 de septiembre de 2015 (exp. 19672, CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez) y la compensó con el saldo que permanecía insoluto derivado del impuesto sobre la renta del año gravable 2014 (*i.e.* 27 de noviembre de 2015), la demandada había pagado y compensado un total de $1.267.279.048.063 por concepto del tributo mencionado, permaneciendo un saldo insoluto de $225.912.260.937. Así, para el momento en que la demandada debía resolver la solicitud de devolución que culminó con la compensación debatida, la actora sí tenía una deuda por concepto del impuesto sobre la renta del gravable 2014. 9.1- Ahora, el extremo activo de la litis insiste en que, antes de solicitar en devolución la suma reconocida por esta corporación, había autoliquidado otros saldos a favor que destinaría al pago de la obligación en comento. Concretamente, alude a aquellos autoliquidados en sus declaraciones del IVA de los bimestres 5.º y 6.º de 2015. En ese sentido, sostiene que dichos saldos debieron compensar la obligación insoluta, en la medida en que eran anteriores a aquel que la demandada decidió compensar. A lo que añade que, si la Administración hubiera tenido en cuenta los referidos saldos a favor, los intereses a su cargo habrían sido inferiores. Al respecto, precisa la Sala que no obran en el expediente documentos que acrediten que la actora efectivamente solicitó la compensación de los saldos a favor aludidos con el impuesto sobre la renta del 2014 y, en cualquier caso, no existen actos administrativos que demuestren que la demandante efectivamente compensó otros saldos a su favor con dicho impuesto. Así, incluso si la actora había liquidado otros saldos a favor que estaban sin compensar para el momento en que se expidieron los actos acusados, la Administración no podía ordenar la devolución pretendida por el sujeto pasivo sin antes confirmar que este no tuviera obligaciones a su cargo, pues ello contraría el parágrafo del artículo 816 y el artículo 861 del ET. Tampoco podía la Administración adelantar automáticamente una compensación de oficio sobre esos saldos a favor, toda vez que los mismos no habían sido solicitados en devolución ni en compensación, de manera que la compensación de oficio respecto de ellos era improcedente por las razones expuestas en el fundamento jurídico nro. 7.1 de este proveído. En definitiva, al margen de que existieran otros saldos a favor, la deuda tributaria a cargo de la demandante debía compensarse con el sado a favor cuya devolución solicitó; ello, por mandato legal (artículo 861 del ET), y porque la actora aún no había hecho uso de los demás saldos a favor que declaró, lo cual solo ocurre cuando se logra la devolución, compensación o imputación respectiva (artículos 815 y 815-1 del ET). Vale decirse que, aún después de la compensación objetada, la contribuyente continuaba adeudando $224.353.418.937 por concepto del tributo mencionado. Por lo expuesto, el planteamiento de la apelante con el que reprocha una supuesta indebida liquidación de intereses no es de recibo, pues parte del supuesto de que la Administración, al atender la solicitud de devolución que dio lugar a los actos acusados, debió abstenerse de compensar el saldo a favor reconocido en la sentencia del 03 de septiembre de 2015 (exp. 19672, CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez), para en su lugar compensar otros saldos a favor (*i.e.* declaraciones del IVA de los bimestres 5.º y 6.º de 2015) que, según las pruebas que obran en el plenario, no habían sido solicitados en devolución ni en compensación.”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de febrero de 2022, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 25000-23-37-000-2016-01212-01 (24526).

7
SECCIÓN
QUINTA

CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se declaró la nulidad de la designación de la directora general encargada de la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía - CORPORINOQUIA.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acuerdo proferido por el Consejo Directivo de CORPORINOQUIA, por medio del cual se designó en encargo a la directora general de la entidad, alegando que (i) el acto fue expedido sin competencia o en forma irregular puesto que el Consejo Directivo de la entidad desconoció las condiciones y procedimientos internos para proveer las faltas temporales y (ii) que la demandada no cumple los requisitos para desempeñar el cargo, en tanto no pertenecía al nivel directivo o asesor de la planta de personal de la entidad. Luego de analizar el régimen legal y estatutario del director general de CORPORINOQUIA, la Sala declaró la nulidad del acuerdo demandado, teniendo en cuenta que quien estaba llamado a asumir el cargo demandado era el secretario general de la corporación.*

NULIDAD ELECTORAL / CORPORINOQUÍA / ELECCIÓN DEL DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / RÉGIMEN LEGAL Y ESTATUTARIO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / COMPETENCIA DEL CONSEJO DIRECTIVO PARA DESIGNAR AL GERENTE GENERAL ANTE FALTAS TEMPORALES

Problema jurídico: *Se contrae a determinar si hay o no lugar a declarar la nulidad del Acuerdo 200-3-2-19-006 del 31 de diciembre de 2019 del Consejo Directivo de CORPORINOQUIA, por violación de los artículos 4, 6, 83 y 209 de la Constitución Política, 25.11 de los Estatutos de la entidad y 3.9 del Reglamento Interno de su Consejo Directivo, con base en las siguientes causales generales y especiales de nulidad electoral: (i) Falta de competencia (ratione temporis) y expedición irregular, en cuanto presuntamente el Consejo Directivo de la entidad desconoció las condiciones y procedimientos internos para proveer las faltas temporales en el referido cargo como consecuencia de una decisión judicial, en este caso, del auto del 12 de diciembre de 2019 en el que esta Sección ordenó la suspensión provisional de los efectos de la elección de la señora Doris Bernal Cárdenas, como directora general para el periodo institucional 2020-2023;; y (ii) falta de requisitos para ser designado como director general encargado de la corporación, teniendo en cuenta que, al momento de su designación, la demandada desempeñaba el empleo de profesional especializado y, en ese orden, no pertenecía al nivel directivo o asesor de la planta de personal de la entidad, como lo exigen los estatutos de la corporación.*

Tesis: "Este es el alcance que se le debe dar a dicho aparte normativo que, en definitiva, reglamenta de forma específica el procedimiento a seguir para suplir las faltas temporales del director general de la entidad que son producto de una decisión judicial o disciplinaria expedida antes o después de su posesión, es decir, haya o no lugar a su consecuente remoción por parte del Consejo Directivo, tal como sucedió en el caso sub judice en razón de la ausencia generada por la suspensión provisional del acto de elección en ese cargo (…) decretada por auto del 12 de diciembre de 2019, (…) dictado dentro del expediente No. 11001-03-28-000-2019-00061-00, antes de que aquel produjera sus efectos. (…). [E]ncuentra la Sala que este primer cargo de nulidad [incompetencia del Consejo Directivo para designar director general encargado de la entidad por la falta temporal de su titular en virtud de una orden judicial] debe ser desestimado porque la designación de la demandada como directora general encargada se enmarca en la cláusula general de competencia que legalmente ostenta el Consejo Directivo de CORPORINOQUIA como autoridad nominadora de ese cargo, la cual también ha sido reconocida y desarrollada estatutariamente. En tal virtud, su ejercicio puede ser discrecional, como en el caso de la elección del titular de ese empleo (artículo 25.8), o reglado, como sucede con su provisión en encargo ante la falta temporal de aquel, producto de una decisión judicial (artículo 25.11), el cual está sometido a un procedimiento interno. (…). [L]a Sección considera acertado el análisis que plantea la parte activa, en cuanto, como se dejó explicado en el cuadro comparativo de los incisos primero y segundo de dicha disposición, la consecuencia jurídica de la «desvinculación temporal» del titular de dicho cargo, por orden judicial o disciplinaria, era justamente que el secretario general asumiera como tal, en la medida en que, como se señaló preliminarmente en el auto del 5 de marzo de 202028 «(…) tiene consolidada una situación legal y reglamentaria, es decir, tiene ya una vinculación materializada legalmente a través de los indispensables 1) acto administrativo de nombramiento y 2) acto de posesión. Por lo tanto, para asumir temporalmente las funciones de director general no requiere una nueva vinculación, puesto que no se trata de un cambio de puesto o cargo, sino, se repite, del ejercicio de las funciones». En consecuencia, la potestad nominadora del Consejo Directivo se expresaba en la decisión de ratificarlo o

designar un encargado, la cual se debió adoptar a posteriori, mas no a priori, como sucedió en el presente asunto. (…). Así las cosas, la presente acusación está llamada a prosperar teniendo en cuenta, además, que su incidencia en el resultado de la designación, en los términos del artículo 288 del CPACA, resulta evidente, pues a la luz de lo dispuesto en el artículo 25, numeral 11, inciso segundo de los estatutos, quien estaba llamado a asumir las funciones de director general el 1 de enero de 2020 era el secretario general de la corporación, mas no cualquier otro funcionario de la entidad."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 24 de febrero de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2020-00037-00.

2. Se negó la declaratoria de nulidad de la representante de las directivas académicas ante el Consejo superior Universitario de la Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luis Córdoba".

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad de la elección de la representante de las directivas académicas ante el Consejo superior Universitario de la Universidad Tecnológica del Chocó "Diego Luis Córdoba", aduciendo que hubo irregularidades en la conformación y publicación del censo electoral. La Sala negó las pretensiones de la demanda en la medida que se acreditó que no hubo una indebida conformación del censo electoral y que la falta de publicación del censo no tiene la incidencia necesaria para acceder a la declaratoria de nulidad solicitada.*

NULIDAD ELECTORAL / MIEMBROS DEL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO / CENSO ELECTORAL / PUBLICACIÓN DE CENSO ELECTORAL / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFICACIA DEL VOTO / IRREGULARIDAD EN LAS ELECCIONES / FALTA DE PUBLICACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO / VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala resolver los siguientes interrogantes: (I) ¿Fueron incluidas personas en el censo que no estaban avaladas para intervenir en la elección del representante de las directivas académicas de la Universidad Tecnológica del Chocó?, aclarando frente a este asunto, que en el análisis a emprender no resulta pertinente determinar la legalidad de los nombramientos de los decanos y directores de programa. (II) ¿El censo electoral fue publicado por el secretario general de la Universidad en desconocimiento del parágrafo primero del artículo 20 y el artículo 22 del Acuerdo 0021 de 2011 que establecen, que aquél debe publicarse por el Comité Electoral 3 días antes de los comicios? (III) Si la presunta falta de publicación del acto acusado constituye una razón válida para controvertir su validez, y en caso afirmativo, si debió o no publicarse conforme con el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011. (IV) ¿De establecer que alguna(s) de las situaciones antes descritas tuvieron lugar, si constituyen irregularidades de tal entidad para anular la elección enjuiciada?*

Tesis: "[E]n el censo electoral fueron incluidos los electores que podían elegir al representante de las directivas académicas de la Universidad Tecnológica del Chocó, esto es, los vicerrectores, decanos y directores de programa, quienes según la institución educativa y los actos de nombramiento correspondientes ostentaban tales condiciones para el momento de la votación, (…), se presumen legales y cuya validez no es objeto del presente proceso. Dicho de otra manera, no se advierte una indebida conformación del censo electoral, pues hicieron parte de él los directivos académicos, sin que la parte accionada haya acreditado que no ostentaban tal condición para la fecha de las elecciones, o que algunos de los que sí la tenían no fueron incluidos en aquél, pues se insiste, limitó su alegato a controvertir la legalidad de los nombramientos correspondientes, (…), cuya presunción de legalidad no está llamada a desvirtuarse en el trámite de la referencia. (…). Así las cosas, (…) uno de los principales propósitos de la publicación del censo con la antelación de 3 días a las votaciones, es brindar un periodo razonable de tiempo en el que pueda advertirse, si es del caso, cualquier omisión en su conformación y corregirse las situaciones que impidan la participación de los legitimados en la jornada electoral. (…). [S]e evidencia que dicha anomalía [publicación del censo electoral] no significó de acuerdo con las pruebas aportadas, que se haya privado a algún directivo académico de ejercer su derecho al voto o que alguien que no tenía tal prerrogativa lo ejerció. Asimismo, tampoco se observa algún elemento de juicio que permita considerar que el hecho de que no se haya garantizado un día más para la publicación del censo electoral, significó en concreto, de manera clara y precisa, que alguno de los interesados materialmente no pudo realizar alguna reclamación, y/o que pudo advertirse una situación irregular

relativa a las personas llamadas a ejercer el derecho al voto. (…). En conclusión, las irregularidades que tuvieron lugar frente a la publicación del censo electoral en el trámite de la designación enjuiciada, no tuvieron la incidencia necesaria para predicar que aquélla debe ser excluida del ordenamiento jurídico. (…). [N]o constituyen causales de nulidad de los actos de elección, situaciones posteriores al momento en que son dictados, por ejemplo, la presunta comisión de irregularidades en la publicación de la designación, por cuanto en estricto sentido no tienen relación con la validez de ésta (con las condiciones necesarias para reputar que se dictó cumpliendo las exigencias legalmente establecidas para tal efecto), sino con su eficacia, con los requisitos necesarios para predicar que surte efectos ante sus destinatarios y terceros, que es oponible a éstos, para la cual se necesita que se les dé a conocer. (…). Por la anterior circunstancia, tampoco resulta relevante para la discusión sobre la legalidad de la designación acusada, si el secretario general de la Universidad cumplió con la obligación estatutaria de publicar el acto acusado, o que ésta no dio a conocer el acto de posesión de la demandada, pues tales situaciones son posteriores a la elección controvertida, que no inciden en su legalidad."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 3 de febrero de 2022; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2021-00033-00.

3. Se declaró la nulidad del acto de elección de un diputado de la Asamblea Departamental del Magdalena.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de un diputado de la Asamblea Departamental del Magdalena, aduciendo que el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo. La Sala, revocó la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena que había negado las pretensiones de la demanda, para en su lugar, declarar la nulidad del acto acusado, toda vez que se encontró acreditado que se configuró la causal de nulidad alegada.*

NULIDAD ELECTORAL / PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA POLÍTICA EN LA MODALIDAD DE APOYO / VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO / VALOR PROBATORIO DE LA FOTOGRAFÍA / PROPAGANDA ELECTORAL

Problema jurídico: *Corresponde a la Corporación resolver si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia del 9 de junio de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. Para el efecto, habrá de establecerse si está acreditado o no que Carlos Julio Diazgranados Álvarez, al resultar elegido como diputado de la Asamblea Departamental del Magdalena para el periodo constitucional 2020-2023, por el partido político Alianza Verde, incurrió en la causal de doble militancia en la modalidad de apoyo por supuestamente haber respaldado la candidatura de Luis Miguel Cotes Habeych a la Gobernación del Magdalena, quien no fue inscrito, avalado ni coavalado por dicha organización política..*

Tesis: "[L]as censuras que sustentan los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia del 9 de junio de 2021, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda, se contraen a cuestionar, por un lado, el razonamiento expuesto en torno a la carencia de fuerza vinculante de la Resolución 007 de 2019, proferida por la Dirección Nacional del Partido Alianza Verde, y, por otro lado, el análisis defectuoso respecto de los elementos de convicción que se tuvieron en cuenta para determinar que el demandado no incurrió en la prohibición de doble militancia. (…). [C]ontrario a lo argumentado por el a quo, para la estructuración de la doble militancia en la modalidad de apoyo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, en consonancia con los artículos 2 de la Ley 1475 de 2011 y 107 de la Constitución Política, no se requiere como único presupuesto la inscripción de un candidato por el partido político al que pertenece el demandado, ya que, como se explicó con suficiencia, se ha reconocido que puede existir doble militancia cuando la colectividad no tiene candidato propio pero decide, por adhesión, respaldar a otro. (…). [E]l registro fotográfico contiene una demostración que salta de bulto y es la referente a que, en ese evento de carácter eminentemente proselitista, el demandado usó una prenda de vestir (gorra) alusiva a la campaña "MELLO GOBERNADOR", lo que pone de manifiesto que desplegó, a través de su indumentaria, una forma de publicidad electoral con el fin de favorecer la aspiración de (…) a la Gobernación del Magdalena para el periodo 2020-2023. Al respecto, se debe hacer especial énfasis en que la propaganda electoral en una prenda de vestir corresponde a un acto propio de la voluntad de quien la porta, dirigida a captar la atención de los electores y a favorecer la aspiración política del candidato al que se promueve, lo que de suyo descarta situaciones meramente

accidentales o circunstanciales tendientes a justificar su uso. (…). [S]e concluye que el demandado incurrió en la conducta prohibitiva de doble militancia, sobre la base de considerar que, en contra de la lealtad que debe guardar al Partido Alianza Verde, desconoció abiertamente la decisión de dicha colectividad de adherir la campaña de (…) a la Gobernación del Magdalena, en tanto estimó que la Resolución 007 de 2019, es un acto ilegal y, bajo la premisa de que dicha organización no inscribió ningún candidato a la Gobernación del Magdalena, optó por respaldar la candidatura de (…), a través del uso de prendas de vestir con propaganda electoral de la campaña del referido aspirante, situación que quedó demostrada de la valoración integral de los registros fotográficos allegados al expediente, al igual que con la declaración rendida por el acusado. En consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar se declarará, con efectos ex nunc, la nulidad del acto acusado que contiene la elección de [demandado] como diputado de la Asamblea Departamental del Magdalena para el periodo constitucional 2020-2023."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 3 de febrero de 2022; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 47001-23-33-000-2020-00088-01.

4. Se declaró la nulidad del acto de elección del segundo vicepresidente del Senado de la República.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del segundo vicepresidente del Senado de la República, aduciendo que: i) en la acusada elección no es posible tener como ganador al voto en blanco; ii) el partido Alianza Verde ocupó en el mismo cuatrienio la segunda vicepresidencia, en dos ocasiones, y; iii) la oposición no acordó inaplicar la regla a la que refiere el inciso 2 del artículo 18 de la Ley 1909 de 2018. La Sala declaró la nulidad de la elección acusada, al concluir que se vulneró el artículo 112 de la constitución Política, en la medida que se dio indebida aplicación al artículo 258 ídem, en lo referente a las consecuencias del voto en blanco, al repetir la votación, lo cual no aplica en la elección de las mesas directivas.*

NULIDAD ELECTORAL / MESA DIRECTIVA DEL CONGRESO / ELECCIÓN DE LA MESA / DIRECTIVA DEL CONGRESO / VOTO EN BLANCO

Problema jurídico: *Se contrae a determinar si el acto de elección del señor Iván Leónidas Name Vásquez, contenido en el Acta 01 de 20 de Julio de 2021, como segundo vicepresidente del Senado de la República incurre en infracción de norma superior en lo referente a los artículos 3, 5. literal f y 18 de la Ley 1909 de 2018 y 40 y 112 de la Constitución Política y en la causal de nulidad del artículo 275.4 del CPACA, conforme a los cargos expuestos en la demanda y que se presentan porque: i) en la acusada elección no es posible tener como ganador al voto en blanco; ii) el partido Alianza Verde ocupó en el mismo cuatrienio la segunda vicepresidencia, en dos ocasiones, y; iii) la oposición no acordó inaplicar la regla a la que refiere el inciso 2 del artículo 18 de la Ley 1909 de 2018.*

Tesis: "En este orden de ideas, queda en evidencia que como lo sostienen las partes, es lo cierto que la presidencia del Senado de la República al someter a votación la candidatura de (…) aplicó las consecuencias previstas en el artículo 258 de la Constitución Política para el voto en blanco. (…). Sin embargo, debe advertirse que el mismo precepto constitucional (artículo 258 de la CP), señala, sin lugar a equívocos, que los efectos del voto en blanco – repetir votación- tendrá aplicación en las elecciones que buscan elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales. (…). En conclusión, queda demostrado que las consecuencias previstas por el artículo 258 de la Constitución Política, contrario a lo determinado en el proceso adelantado que terminó con la elección del demandado, como segundo vicepresidente del Senado de la República, no resulta aplicable para este tipo de procesos eleccionarios que no tiene como finalidad la escogencia de miembros de corporaciones públicas, pues esta calidad ya la tenían los senadores que participaron durante el trámite y tampoco se adelantó en procura de elegir cargo alguno de elección popular. (…). Así las cosas, en la medida que la primera postulación que realizó la oposición a fin de elegir el segundo vicepresidente del Senado se vio afectada por la aplicación indebida del artículo 258 de la CP, en lo referente a las consecuencias del voto en blanco -repetir la votación con diferentes candidatos-, debe concluir la Sala que, en consecuencia, se materializó la vulneración del artículo 112 de la Constitución Política. (…). Se arriba a la anterior conclusión partiendo del hecho de que se realizó una nueva votación en la cual no se permitió la participación del candidato que en un primer momento fue postulado por tres organizaciones políticas declaradas en oposición, para finalmente elegir al que fue postulado por una

sola colectividad. Así las cosas, si bien podría considerarse que se respetó la finalidad perseguida por la Ley 1909 de 2018 al declararse la elección de un integrante de un partido de la oposición, resulta innegable que aplicar las consecuencias del voto en blanco devino en un fraccionamiento de estas organizaciones al punto que muchos de sus miembros se retiraron del recinto. (…). En consecuencia, aplicar la tesis expuesta por la parte actora devendría en la limitación de los senadores de ejercer su derecho al voto, lo cual carece de fundamento jurídico, y aunque los votos en blanco depositados sean válidos, la consecuencia prevista para las elecciones populares resulta totalmente inaplicable a la elección de las mesas directivas. (…). En conclusión, las consideraciones que anteceden demuestran que se debe declarar la nulidad del acto electoral en lo concerniente con la elección del [demandado], como segundo vicepresidente de la mesa directiva del Senado de la República, porque se adjudicó una consecuencia de orden constitucional que no aplica para este tipo de elecciones, lo que derivó en la vulneración de los derechos que les asisten a las organizaciones políticas declaradas en oposición del gobierno nacional, como también por desconocimiento del artículo 18 de la Ley 1909 de 2018.”

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 3 de febrero de 2022; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2021-00048-00.

9

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

CONSEJO DE ESTADO

JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La reducción de la cotización al sistema de salud del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008 no es aplicable a los pensionados de los regímenes de excepción y especiales que estén afiliados a los sistemas de salud de excepción y especiales, así mismo, dicha reducción tampoco conlleva a la disminución del aporte solidario de 1,5 puntos a 1 punto para la generalidad de los pensionados.

Síntesis del caso: *El Gobierno Nacional, por conducto del ministro de Salud y Protección Social, consulta a la Sala sobre el monto de la cotización y del aporte solidario de los pensionados afiliados a los regímenes de excepción y especiales en salud.*

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / COTIZACIÓN OBLIGATORIA AL SISTEMA DE SALUD / COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / OBLIGATORIEDAD DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / PAGO DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD - La reducción de la cotización al sistema de salud del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008 no es aplicable a los pensionados de los regímenes de excepción y especiales que estén afiliados a los sistemas de salud de excepción y especiales

Problema jurídico 1: *¿La reducción de la cotización al sistema de salud del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, es aplicable a los pensionados de los regímenes de excepción y especiales, que estén también afiliados a los sistemas de salud de excepción y especiales?*

Tesis: "Conforme a lo explicado en este concepto, la reducción de la cotización para salud, del 12.5% al 12%, efectuada por la Ley 1250 de 2008, solo benefició a los pensionados afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Es necesario aclarar, sin embargo, que lo anterior no significa, de manera alguna, que la tarifa de la cotización que deben pagar los pensionados afiliados a los regímenes exceptuados y especiales en salud sea o haya continuado siendo del 12.5%, pues: i) ninguna norma legal ha establecido que esta sea o haya sido la tarifa aplicable, por regla general, a los aportes o cotizaciones que deben pagar, por concepto de salud, los afiliados a tales regímenes excluidos y especiales, y ii) como se explica en este concepto, no puede interpretarse que el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 haya incrementado, en el 0.5%, la cotización que estuvieran obligados a pagar, en ese momento, los afiliados a los regímenes de salud exceptuados y especiales. Por lo tanto, la tarifa de los aportes que deben pagar los pensionados afiliados a los sistemas de salud exceptuados y especiales es aquella que determinen, para cada régimen en particular, las normas que lo regulan, anteriores o posteriores a la Ley 100 de 1993 (según el caso), sin que dichas tarifas puedan entenderse incrementadas por la Ley 1122 de 2007, ni reducidas por la Ley 1250 de 2008".

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los porcentajes de las cotizaciones para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ver: Corte Constitucional, sentencias C-560 de 1996 y C-838 de 2008.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / COTIZACIÓN OBLIGATORIA AL SISTEMA DE SALUD / COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / OBLIGATORIEDAD DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / PAGO DE LA COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / FACTOR DE APORTE SOLIDARIO - La reducción de la cotización al sistema de salud del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, no conlleva a la disminución del aporte solidario de 1,5 puntos a 1 punto para los pensionados del Sistema General de Pensiones y de los regímenes de excepción y especiales que estén también afiliados a los sistemas de salud de excepción y especiales

Problema jurídico 2: *¿La reducción de la cotización al sistema de salud del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, conlleva a la disminución del aporte solidario de 1,5 puntos a 1 punto para los pensionados del Sistema General de Pensiones y de los regímenes de excepción y especiales, que estén también afiliados a los sistemas de salud de excepción y especiales?*

Tesis: "La reducción de la cotización al Sistema de Salud, del 12,5% al 12%, realizada por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, no conllevó a una disminución del aporte destinado a la subcuenta de solidaridad, para contribuir a la financiación del régimen subsidiado de salud, del 1.5% a 1%, ni para el caso de los pensionados afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ni para el de los pensionados afiliados a los sistemas de salud exceptuados y especiales. Como se ha desarrollado en este concepto, el valor del aporte solidario mencionado (1.5%), es independiente de la reducción en el porcentaje de la cotización para el régimen contributivo de salud, efectuada por la Ley 1250 de 2012, y también es independiente del monto de la cotización que se aplique a los afiliados (pensionados o no) a los regímenes exceptuados y especiales. Dicho aporte está previsto actualmente en los artículos 204 y 214 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 45 de la Ley 1428 de 2011 y en el artículo 2.6.4.2.1.1 del Decreto (reglamentario) 780 de 2016, como una de las fuentes de financiación del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud".

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2460 del 23 de agosto de 2021; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2021-00018-00(2460)

2. La Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un análisis sobre la posibilidad de capitalizar la sociedad Grupo Bicentenario S.A.S. a través de aportes en especie de acciones de las entidades financieras públicas y sobre los medios legales para fusionar entidades financieras públicas o con participación mayoritaria del Estado.

Síntesis del caso: *El Gobierno Nacional, por intermedio del ministro de Hacienda y Crédito Público consulta sobre las normas aplicables al proceso de capitalización de la sociedad Grupo Bicentenario S.A.S., y a la fusión de entidades fiduciarias que tienen el carácter de sociedades de economía mixta (con capital mayoritario del Estado).*

SOCIEDAD HOLDING / CAPITALIZACIÓN / GRUPO BICENTENARIO / CAPITALIZACIÓN DE LA EMPRESA / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / ESTATUTOS DE SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS / FACULTADES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS / DECISIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS / APORTES EN ESPECIE – Capitalización de la sociedad Grupo Bicentenario S.A.S. a través de aportes en especie de acciones de las entidades financieras públicas

Problema jurídico 1: *¿Resulta posible capitalizar la sociedad Grupo Bicentenario S.A.S. a través de aportes en especie de acciones de las entidades financieras públicas, a su valor patrimonial conforme a los estatutos sociales de la compañía y lo dispuesto en el Decreto Ley 2111 de 2019?*

Tesis: "[L]as sociedades por acciones simplificadas se regulan, en primer lugar, por la Ley 1258 de 2012 (debiéndose entender, claro está, que se refiere a las normas de carácter imperativo o de «orden público» contenidas en dicha ley, y no a las meramente supletivas de la voluntad de los socios); en segundo lugar, por los estatutos de la respectiva compañía; en tercer lugar, por las disposiciones del Código de Comercio que rigen para las sociedades anónimas, y, finalmente, por las normas del mismo código que regulan las sociedades, en general. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, en el caso particular del Grupo Bicentenario, dicha institución, como sociedad de economía mixta y, por lo tanto, entidad pública descentralizada, está sujeta, en primer lugar, a las reglas especiales que determinaron su nacimiento y organización, como son el artículo 331 de la Ley 1955 de 2019 y el Decreto Ley 2111 de 2019. La aplicación de estas disposiciones, por lo tanto, debe anteponerse a la Ley 1258

de 2012. Ahora bien, en punto a la capitalización de la sociedad Grupo Bicentenario, se encuentra, en primer lugar, el artículo 3 del Decreto 2111 de 2019, que dispone, de manera expresa, que «[l]a nación podrá capitalizar la Sociedad Grupo Bicentenario con acciones de propiedad de organismos o entidades que integren la Rama Ejecutiva del orden nacional vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o que desarrollen actividades conexas al servicio financiero público». Como se ve, la disposición permite que el aporte que realice la Nación al holding financiero se haga en especie, valga decir, mediante acciones, y precisa cuáles son las entidades de la Rama Ejecutiva cuya propiedad se compromete en esta operación. (…) Dado que tanto la competencia como la forma de valorar las acciones que sean aportadas a la sociedad Grupo Bicentenario S.A.S. se encuentran previstas en el Decreto 2111 de 2019 y en los estatutos de dicha compañía, no resulta necesario acudir a las normas legales que regulan las sociedades por acciones simplificadas (Ley 1258 de 2012), ni, menos aún, a las normas generales del Código de Comercio. Reconocida la facultad que tiene la Asamblea General en la materia, conviene recordar que, en cualquier caso, la organización societaria tiene una indeclinable obligación de tener en cuenta y proteger los intereses de los accionistas minoritarios. Así lo exigen el ordenamiento jurídico colombiano y los principios del gobierno corporativo. La facultad de tomar decisiones valiéndose de la mayoría establecida en los estatutos o en las normas legales no otorga patente de corso al accionista mayoritario para abusar de la preminencia que pueda tener, debido a su aporte accionario. Así se infiere de los postulados que, en la actualidad, rigen la adecuada gobernanza de las sociedades, según los postulados del gobierno corporativo. Por último, la Sala estima necesario anotar que, cualquiera que sea la metodología elegida por la Asamblea General de Accionistas, en ningún caso se debe producir un deterioro del patrimonio público. Esto es así porque, al disponer la capitalización del Grupo Bicentenario, el Estado no está enajenando las acciones de las entidades financieras, ni está limitando los derechos que ejerce sobre ellas. El aludido ejercicio de capitalización supone únicamente el traslado de la propiedad accionaria, de una entidad pública a otra, por lo que no ocurre mengua alguna del haber público".

FUSIÓN DE ENTIDAD ESTATAL / FUSIÓN DE SOCIEDAD / FUSIÓN DE LA ENTIDAD FINANCIERA / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / COMPETENCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FACULTADES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / GRUPO BICENTENARIO - Para fusionar entidades financieras públicas o con participación mayoritaria del Estado se debe proferir previamente una ley, un decreto basado en facultades extraordinarias o que el Presidente de la República ordene iniciar el proceso de fusión en desarrollo de la facultad prevista en el artículo 189 numeral 15 de la Constitución Política

Problema jurídico 2: *¿Para fusionar entidades financieras públicas o con participación mayoritaria del Estado se debe proferir previamente una ley, un decreto basado en facultades extraordinarias o que el presidente de la República ordene iniciar el proceso de fusión de las mencionadas fiduciarias en desarrollo de su facultad prevista en el artículo 189 numeral 15 de la Constitución Política?*

Tesis: "[L]a jurisprudencia constitucional señala, con base en las normas pertinentes de la Carta Política, especialmente, los artículos 150, numerales 7 y 10, y 189, numeral 15, que existen tres instrumentos jurídicos mediante los cuales puede ordenarse la fusión de organismos y entidades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva del orden nacional: i) una ley ordinaria expedida por el Congreso de la República; ii) una ley de facultades extraordinarias, seguida del ejercicio de estas, por parte del presidente de la República, mediante la expedición de un decreto con fuerza de ley, y iii) un decreto «reglamentario» dictado por el presidente, en desarrollo de su atribución constitucional permanente prevista en el artículo 189, numeral 15, y con sujeción a la ley que regule la materia (Ley 790 de 2002). Al integrar esta jurisprudencia con la del Consejo de Estado, contenida en las sentencias citadas previamente, debe entenderse que estas tres alternativas resultan aplicables a la fusión de cualesquiera entidades u organismos públicos, siempre que formen parte de la Rama Ejecutiva en el orden nacional, independientemente de su naturaleza jurídica específica (establecimiento público, unidad administrativa especial, sociedad de economía mixta, etc.), de las actividades que constituyan su objeto y del régimen jurídico que les sea aplicable (derecho público, derecho privado o ambos). Ahora bien, de la lectura del artículo 2 de la Ley 790 de 2002, se observa: i) resulta evidente que desarrolla el artículo 189, numeral 15, de la Constitución Política; ii) reafirma la competencia del presidente de la República para disponer la fusión de entidades u organismos administrativos del orden nacional; iii) establece las causales para que el presidente pueda disponer la fusión, y iv) prevé que, en el caso de las entidades financieras públicas, deben atenderse «los principios establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero». Así, es claro que, en el caso de las entidades públicas de carácter financiero (sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera), es necesario armonizar o compatibilizar las reglas sobre la fusión de entidades públicas, contenidas en las normas constitucionales citadas y en la Ley 790 de 1992, con las reglas y los principios establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la fusión de esta clase de instituciones. (…) En esa medida, la fusión de esta clase de entidades no puede hacerse por fuera de las competencias y los mecanismos establecidos constitucionalmente para la fusión de entidades y organismos públicos y, en particular, de la potestad que el artículo 189, numeral

15, de la Carta otorga al presidente de la República, como «Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa», la cual, según la jurisprudencia, debe ejercerse mediante la expedición de decretos. (…) En todo caso, cuando se trata de entidades públicas de carácter financiero, de aquellas que define el EOSF, sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera, es necesario dar cumplimiento, también, a los principios establecidos en dicho Estatuto, tal como lo preceptúa el artículo 2 de la Ley 790 de 2002. Dado que tales principios no están señalados y definidos, de esta manera, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino que se encuentran dispersos y desarrollados en las instituciones jurídicas y normas que contiene dicha codificación, la Sala entiende que la remisión ordenada por el artículo 2, literal f, de la Ley 790, ha de entenderse hecha a las disposiciones del EOSF que resulten aplicables y, en particular, a las que establecen el procedimiento y las reglas para la fusión de entidades financieras. (…) [A] juicio de la Sala, la forma de armonizar, por una parte, las competencias y mecanismos constitucionales y legales para la fusión de entidades públicas y, por otra parte, los principios y las normas sobre fusión de instituciones financieras consiste, en este caso, en que el presidente de la República, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 189, numeral 15, superior, ordene, mediante decreto, el proceso de fusión de las sociedades fiduciarias mencionadas, y que dicho proceso se cumpla con sujeción a las reglas previstas en el EOSF".

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la conexidad entre el artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 790 de 2002, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-044 de 2006. Sobre la potestad del presidente de la República para hacer uso de las facultades que le confiere el artículo 189 de la Constitución Política para suprimir o fusionar sociedades de economía mixta, ver: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 12 de septiembre de 2002, Expediente 6933.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2469 del 31 de agosto de 2021; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2021-00092-00(2469)

3. Los rendimientos financieros que generan los recursos que ingresan al Fondo Francisco José de Caldas se deben invertir en programas o proyectos de ciencia y tecnología previstos la ley que haya autorizado la transferencia de recursos o en programas o proyectos de ciencia y tecnología previstos en el respectivo convenio de aportes, según corresponda.

Síntesis del caso: *El ministro de Ciencia, Tecnología e Innovación formuló a la Sala una solicitud de aclaración al Concepto del 24 de abril de 2017, con radicación interna No 2306, mediante el cual se dio respuesta a diferentes interrogantes formulados por el entonces Director (E) del Departamento Administrativo de Ciencia y Tecnología (COLCIENCIAS), sobre la titularidad, administración y manejo de los recursos que ingresan por el Fondo Francisco José de Caldas (en adelante FFJC) y su respectiva inversión.*

FONDO DE LA NACIÓN / CLASES DE FONDO DE LA NACIÓN / FONDO DE CIENCIA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN / FONDO FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS / RENDIMIENTOS FINANCIEROS / PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN / ADMINISTRACIÓN DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN / CONVENIO DE APORTES

Problema jurídico: *¿Los rendimientos financieros que generan los recursos que ingresan al Fondo Francisco José de Caldas, que subsisten después del pago de la comisión fiduciaria, pueden ser utilizados para el desarrollo de los programas o proyectos previstos en la ley o para el desarrollo de los programas o proyectos previstos en el respectivo convenio de aportes, sin que deban coincidir ambos escenarios?*

Tesis: "[L]a respuesta planteada al tercero de los interrogantes formulados por el entonces Director (E) de COLCIENCIAS debe entenderse en el sentido que: Los rendimientos financieros que subsisten después del pago de la comisión fiduciaria no son de libre destinación y se deben invertir, según la fuente de la cual provengan, en: i) Programas o proyectos de ciencia y tecnología previstos la ley que haya autorizado la transferencia de recursos al FFJC: si se trata de rendimientos financieros de los dineros

recibidos por el FFJC, en virtud de una ley que autoriza la transferencia de recursos de la Nación al FFJC, para la financiación de actividades de ciencia, tecnología e innovación. ii) Programas o proyectos de ciencia y tecnología previstos en el respectivo convenio de aportes: si se trata de rendimientos financieros de dineros recibidos por el FFJC en virtud de un convenio de aportes. Si no es posible utilizar los recursos en el objeto del convenio, deberán ser restituidos al aportante. No obstante, en el convenio de aportes y en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden establecer una destinación distinta de los rendimientos financieros, una vez pagada la comisión fiduciaria, para los demás proyectos de ciencia y tecnología que desarrolle el FFJC".

NOTA DE RELATORÍA: La Sala de Consulta y Servicio Civil, ante la solicitud de aclaración presentada, explica el alcance del concepto del 24 de abril de 2017, con radicación interna No 2306, sobre la titularidad, administración y manejo de los recursos que ingresan por el Fondo Francisco José de Caldas y su respectiva inversión.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; aclaración del concepto 2306 del 14 de septiembre de 2021; C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2021-00091-00(2306 AM)

10

GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN

CONSEJO DE ESTADO

JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. Corresponde al superior jerárquico de las servidoras judiciales resolver las solicitudes que estas eleven para el reconocimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada por la condición de madre cabeza de familia, así como la aplicación de las prerrogativas o facultades que de esta condición se derivan.

Síntesis del caso: *La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencia administrativa, analizó cual es la autoridad competente para responder de fondo la petición de reconocimiento de la protección laboral reforzada por ser madre cabeza de familia que presentó una servidora judicial que se desempeña como Jueza Administrativa en provisionalidad.*

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRES CABEZA DE FAMILIA / CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL / TRASLADO DEL EMPLEADO JUDICIAL / PROCEDENCIA DEL TRASLADO DEL FUNCIONARIO JUDICIAL / REQUISITOS DE PROCEDENCIA DEL TRASLADO DEL FUNCIONARIO JUDICIAL / TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: *¿Cuál es la autoridad competente para responder de fondo la petición de reconocimiento de la protección laboral reforzada por ser madre cabeza de familia que presentó una servidora judicial que se desempeña como Jueza Administrativa en provisionalidad?*

Tesis: "La Corte Constitucional ha explicado que las mujeres cabeza de familia tienen una protección constitucional especial, por medio de la estabilidad laboral reforzada, de acuerdo con la Constitución Política (…). Esta protección constitucional se extendió a los padres que estén en esta misma condición, mediante la Sentencia SU-389 de 2005. Respecto a la protección de las madres y los padres cabeza de familia, la Corte determinó que este derecho no es absoluto, lo que implica que los servidores públicos cabeza de familia pueden ser desvinculados de las entidades públicas, cuando exista una justa causa para el efecto. Dentro de tales causales, se incluye la designación en propiedad de una persona que haya superado exitosamente las etapas de un concurso de méritos, en desarrollo del principio del mérito, que consagra la Carta Política (artículos 125 y 126). En esa medida, concluyó que, a pesar de que las mujeres cabeza de familia nombradas en provisionalidad (para referirnos solo a ellas) sean sujetos de especial protección constitucional y gocen de un tratamiento preferente, los derechos de las personas que ganan un concurso público de méritos prevalecen sobre los de aquellas. Sin embargo, la Corte Constitucional también advirtió que el derecho a la estabilidad laboral reforzada de ciertos empleados implica unas cargas especiales para sus empleadores, al momento de removerlos o trasladarlos. En esa línea, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la autoridad que sea declarada competente, en este conflicto, deberá tener en cuenta los requisitos previstos para acogerse válidamente a este derecho, así como los parámetros establecidos para su ejercicio, con el fin de garantizar, si fuera el caso, las prerrogativas de quien invoca su condición de madre cabeza de familia, sin vulnerar, desde luego, los derechos de la funcionaria judicial que ha solicitado y obtenido (en principio) su traslado. (…) La Sala encuentra que la autoridad competente para resolver de fondo la solicitud presentada por la jueza primera administrativa oral de Bucaramanga, sobre el derecho de protección laboral reforzada, por ser madre cabeza de familia, es el Tribunal Administrativo de Santander (…). [D]e acuerdo con el artículo 131, numeral 7°, de la Ley 270 de 1996, los nominadores de los jueces de la República son los respectivos tribunales. En el caso de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta atribución recae en los tribunales administrativos, con relación a los jueces administrativos del mismo distrito judicial administrativo. Por lo tanto, es evidente que el Tribunal Administrativo de Santander es el nominador de la persona que ocupe el cargo de juez primero administrativo de Bucaramanga, y es, en consecuencia, su superior jerárquico, desde el punto de vista administrativo, independientemente de

que dicho funcionario judicial se encuentre designado en propiedad, en provisionalidad o en encargo (artículo 132 de la Ley Estatutaria). La solicitud realizada por la jueza primera administrativa de Bucaramanga es una petición en interés particular, sobre el reconocimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada, en su condición de madre cabeza de familia, y la aplicación de las prerrogativas o facultades que de allí se derivan, como la de beneficiarse de una medida sustitutiva, que evite, siempre que sea posible, o difiera su retiro de la Rama Judicial. Dicha solicitud debe ser respondida por su nominador y superior jerárquico administrativo, esto es, el Tribunal Administrativo de Santander, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 131, numeral 7°, y 175 de la Ley 270 de 1996. Además, según el Acuerdo 209 de 1997, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, le corresponde a ese Tribunal, en ejercicio de sus funciones, designar en propiedad, en provisionalidad o en encargo a los jueces del respectivo distrito judicial; removerlos, aceptar su renuncia, y decidir sobre las solicitudes que le presenten, en ejercicio del derecho de petición, como sucede en este caso. A este respecto, la Sala hace notar que, por ejemplo, si llegare a ser procedente y factible la aplicación de una medida sustitutiva, para proteger a la funcionaria judicial en provisionalidad, como su traslado a otro cargo equivalente (juez administrativo), dentro del mismo distrito judicial, quien tendría la competencia para su designación (y para trasladar o remover, eventualmente, a otro funcionario en provisionalidad o en encargo) sería, igualmente, el Tribunal Administrativo de Santander, en su condición de nominador. (…) De las normas legales (estatutarias) y reglamentarias citadas se puede colegir claramente que el Consejo Superior de la Judicatura (Unidad de Administración de la Carrera Judicial) o los consejos seccionales de la judicatura no tienen competencia o injerencia alguna, en este caso, para responder la petición sobre el reconocimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada que presentó la jueza primera administrativa de Bucaramanga (en provisionalidad), pues ninguno de ellos es su nominador. A tales corporaciones solo les corresponde expedir los conceptos que se relacionan con las solicitudes de traslado presentadas por los servidores judiciales de carrera. En el caso que se analiza, como se trata de definir la autoridad competente para resolver la petición presentada (...), con el objeto de que se reconozca una situación jurídica (la de madre cabeza de familia) y el derecho a la estabilidad laboral reforzada que de aquella se deriva, la Sala concluye que el Tribunal Administrativo de Santander, por conducto de su Sala Plena, en su calidad de nominador y superior jerárquico-administrativo de la funcionaria judicial, es el competente para analizar y resolver de fondo esta solicitud, de acuerdo con las normas y la jurisprudencia explicadas en la presente decisión. (…) La Sala estima necesario realizar un llamado de atención al Tribunal Administrativo de Santander en relación con la demora en la que ha incurrido en la emisión de una respuesta completa y clara respecto de la solicitud realizada por la [peticionaria[, quien ocupa el cargo de jueza primera administrativa oral de Bucaramanga, en provisionalidad, y que, igualmente afecta el derecho de traslado de la (…) servidora judicial de carrera, quien se desempeña como jueza tercera administrativa oral de Cali. Por lo anterior, la Sala exhorta a esta Corporación, para que proceda de manera inmediata, diligente y con celeridad a contestar la solicitud sobre el derecho a la estabilidad laboral reforzada derivada de la situación como madre cabeza de familia de la [peticionaria], pues es el nominador y superior jerárquico-administrativo de la funcionaria judicial".

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el derecho a la estabilidad reforzada en el caso de las mujeres cabeza de familia, ver: Corte Constitucional, Sentencias SU-049 de 2017, SU-389 de 2005 y SU-691 de 2017.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 23 de febrero de 2022; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2021-00183-00(C)

SECCIÓN SEGUNDA

2. La convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante constituye una regla que, no se debe aplicar en forma estricta en todos los casos pues la norma se debe armonizar con el contexto familiar en el que se desenvolvieron las relaciones de la pareja.

Síntesis del caso: *Fue confirmada parcialmente la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, de reconocer a la conyugue supérstite la sustitución de la asignación de retiro como beneficiaria del causante, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1212 de 1990, no obstante, la imposibilidad de acreditar la convivencia efectiva requerida para lograr el objeto de la sustitución*

pensional. Lo anterior comoquiera que, por las particularidades del caso, no es posible aplicar la misma pauta de interpretación, toda vez que nos enfrentamos a un caso de violencia contra la mujer.

SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO / CÓNYUGE SUPÉRSTITE / REQUISITO DE LA CONVIVENCIA / CONVIVENCIA EFECTIVA FRENTE A CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Problema jurídico: *«¿Cumple la demandante con los requisitos establecidos para ser beneficiaria de la sustitución pensional respecto de su cónyuge particularmente, frente al requisito de convivencia efectiva con el causante, conforme a los lineamientos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 4433 de 2004 o si por el contrario le son aplicables las disposiciones del Decreto 1212 de 1990?»*

Tesis: «[…] No puede pasar por alto la Sala el perturbador grado de violencia contra la mujer que se presentó en este caso, por lo que no puede exigírsele para el reconocimiento de la sustitución pensional la convivencia con el causante, pues de hacerlo se hubiera puesto en grave riesgo su vida. […] la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el párrafo 1.o del artículo 21 creó el comité de las Naciones Unidas para eliminar la discriminación contra la Mujer, de conformidad con el cual se pueden hacer recomendaciones y sugerencias generales de acuerdo con el examen de los informes y datos que provean los Estados parte. […] La Recomendación General No. 12 referente a la Violencia contra la mujer, exige a los Estados que en sus informes incluyan información relacionada con la legislación aplicable para proteger a la mujer de cualquier acto de violencia; los mecanismos utilizados para evitar y eliminar este tipo de violencia; los servicios para apoyar a las mujeres víctimas de violencia, agresiones o malos tratos; y facilitar datos respecto a la frecuencia de conductas violentas que atentan contra las mujeres y las víctimas de la misma. […] el Decreto 1212 de 1990, norma aplicable al sub lite, no establece como requisito de acceso a la sustitución pensional que el cónyuge sobreviviente deba convivir con el causante durante los últimos años anteriores a su fallecimiento, sin embargo, frente a esta norma jurisprudencialmente se ha exigido que se acredite esa convivencia efectiva a efectos de que se logre el objeto de la sustitución pensional como es lograr la protección del núcleo familiar que dependía del causante, para que una vez ocurrido el deceso mantengan un mismo nivel de protección socioeconómica derivada de la mesada pensional. […] Sin embargo en esta decisión no es posible aplicar la misma pauta de interpretación, toda vez que nos enfrentamos a un caso de violencia contra la mujer que no puede ser aceptado desde ningún punto de vista y en el que llama poderosamente la atención la inactividad del Estado, siendo bastante preocupante la conducta desplegada por los jueces, inspectores de policía e inclusive la misma Policía Nacional, que tuvieron conocimiento de los hechos, como da cuenta el expediente administrativo, sin que haya evidencia de que se tomó algún tipo de acción frente al escenario de violencia y abuso al que estaban expuestos tanto la señora Lidia Bolaños como sus menores hijos. […] Al contrario, el Juzgado adelantó el proceso en contra de la demandante, por «abandono de hogar» y la Policía Nacional le exigió al señor Amable Delgado certificaciones del estado del proceso, simplemente para constatar si debía cancelarle el subsidio familiar, es decir, sin que ninguno haya tomado alguna decisión para lograr la protección de la cónyuge y los menores. Ahora bien, en el escenario donde convergen (i) la interpretación normativa que consagra los requisitos para el reconocimiento de la sustitución pensional, (ii) así como los casos de violencia de género, (iii) las autoridades judiciales en sus decisiones deben abordar un enfoque constitucional fundado en la salvaguarda de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las especiales circunstancias que rodean el caso concreto, a efectos de determinar si puede superarse la exigencia de la convivencia efectiva para lograr el reconocimiento pensional. Lo anterior tiene su fundamento en que la interpretación que el funcionario judicial realice sobre una norma que imponga la convivencia efectiva de la víctima con su agresor para lograr el reconocimiento tanto de una pensión de sobrevivientes como de una sustitución pensional, debe priorizar los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la agresión a efectos de lograr la protección que busca evitar resoluciones insensibles al género, tal como lo señala la Recomendación General Número 33 de 2015 del Comité para la Protección contra la Discriminación. Esto es así, pues exigirle a la víctima de violencia de género que conviva con su agresor es imponerle una carga a todas luces injusta, ignorando los compromisos del Estado colombiano frente a las recomendaciones generales del Comité que advirtió a los Estados la problemática que se presenta ante la complejidad de los procedimientos administrativos para lograr su protección y con ello el reconocimiento de sus derechos. El escenario descrito impone a la Sala efectuar una interpretación normativa del Decreto 1212 de 1990, a la luz de las recomendaciones dadas por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas, toda vez que no puede exigírsele a la señora Lidia Bolaños de Delgado acreditar convivencia efectiva con el causante durante los últimos años de su vida puesto que ello hubiera puesto en grave riesgo su misma existencia. Obrar en sentido contrario, es decir, dando prelación a la exigencia de la convivencia plasmada en la ley o en la jurisprudencia, constituye un escenario que revictimiza a quienes fueron afectados por los hechos de violencia, pues el primer deber que tiene el Estado frente a una persona que sufre un delito como ese, es brindarle protección, asistencia, y darle las garantías suficientes para acceder al reconocimiento de sus derechos y con ello a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución pensional. […] Del escenario

descrito, la Sala concluye que, si bien no le es aplicable a la demandante la Ley 100 de 1993, ni el Decreto 4433 de 2004, no obstante, es procedente el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la señora Lidia Bolaños de Delgado, quien acreditó los requisitos del Decreto 1212 de 1990 y, específicamente, en atención a que fue víctima de violencia contra la mujer ocasionada por el señor Amable Delgado, por lo que no puede exigírsele acreditar el requisito de convivencia efectiva durante los últimos años de vida del causante, de quien además demostró dependencia económica, tal como se probó con el embargo judicial señalado en la certificación de la asignación de retiro. […]”».

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 17 de marzo de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 52001-23-33-000-2019-00184-01(2169-21)

Consulte la separata especial de enfoque diferencial y equidad de género, que contiene pronunciamientos especiales de la Sección Tercera del Consejo de Estado