

EDICIÓN
254

MAYO 2022



#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 Roza Cabrera

RELATORÍAS

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo
Liliana Marcela Becerra Gámez
Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo
Gloria Cristina Olmos Leguizamón
Antonio José Sánchez David
Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo
Jorge Eduardo González Correa
Natalia 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. 254, mayo 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	5
II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	6
III. SALA PLENA DEL CONTENCIOSO	16
IV. SECCIÓN PRIMERA.....	23
V. SECCIÓN SEGUNDA.....	29
VI. SECCIÓN TERCERA	39
VII. SECCIÓN CUARTA	56
VIII. SECCIÓN QUINTA.....	68
IX. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN.....	74
X. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL	81
XI. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO.....	89

EDITORIAL

El Consejo de Estado en su propósito de promover la difusión de su jurisprudencia, presenta en esta edición del Boletín diferentes pronunciamientos de interés nacional, en donde el lector podrá encontrar los criterios jurisprudenciales vigentes en temas de Derecho Administrativo, Constitucional y como órgano consultivo del Estado.

En esta oportunidad, en materia de acciones constitucionales, resaltamos aquella instaurada por un grupo de víctimas del señor Darío Antonio Úsuga alias "Otoniel", jefe máximo del grupo denominado "Clan del Golfo", con el fin de evitar su extradición, fundado en la violación a sus derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación.

Por otra parte, la Sección Segunda profirió una sentencia donde establece cuales son las conductas del empleador que atentan de manera flagrante contra el derecho de asociación sindical, a la luz del artículo 39 de la Constitución, y de los Convenios 87 y 98 de la OIT; entre las cuales están sujetar la admisión y permanencia en el empleo, bajo la condición de no afiliarse al sindicato; otorgar privilegios para desestimular la afiliación y, crear regímenes diferenciales entre los no sindicalizados y los sindicalizados en perjuicio de estos últimos, entre otros.

Así mismo en una sentencia donde resuelve una solicitud de pensión de sobrevivientes recordó que, la convivencia no se puede restringir a una simple cohabitación, sino al deseo de pareja de construir y mantener una familia.

En relación al reconocimiento de perjuicios patrimoniales e inmateriales, solicitados dentro de una acción de reparación directa por un daño causado por la administración de justicia, la Sección Tercera estableció que la parte actora debe demostrar la antijuricidad del daño que está reclamando.

Por su lado, la Sección Quinta en el marco del medio de control de nulidad electoral, rememoró los elementos que deben existir para que se configure la doble militancia en la modalidad de apoyo.

Finalmente, en materia de equidad de género y no discriminación, la Corporación evocó la especial protección que tienen las personas víctimas de la violencia, en especial si ostentan la calidad de madre cabeza de familia, en lo relacionado con el derecho fundamental de petición.

Agradecemos a nuestros lectores por compartir con nosotros este espacio de reflexión jurídica.

I. NORMAS ANULADAS

SECCIÓN PRIMERA

1. El Acuerdo 41 de 2010, “[...] Por el cual se crea la Contraloría Escolar en las Instituciones Educativas Oficiales del Municipio de Medellín [...]”, expedido por el Concejo del Municipio de Medellín.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 7 de abril de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 05001-23-31-000-2011-01169-01. \(ver página 28 de este boletín\).](#)

2. El Decreto 3531 de 2004, “Por el cual se reglamenta el Artículo 15º de la Ley 401 de 1997, modificado por la Ley 887 de 2004”, expedido por el Gobierno Nacional: las expresiones “las entidades territoriales” y “entidad territorial”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 25 de marzo de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2005-00121-01. \(ver página 29 de este boletín\).](#)

3. La Resolución 1275 de 2011, “Por la cual se establece una medida de pago dentro del procedimiento de recobro para garantizar el flujo oportuno de recursos a las Entidades Promotoras de Salud”, expedida por el Ministerio de la Protección Social: El numeral 4 del artículo 2.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 10 de marzo de 2022; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2011-00338-00. \(ver página 27 de este boletín\).](#)

4. El Decreto 393 de 2002, “[...] por el cual se modifican parcialmente los Decretos 856 de 1994 y 92 de 1998, por medio de los cuales se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio y se fijan las relativas a los registros de proponentes y mercantil [...]”, expedido por el Gobierno Nacional: Los artículos 23 y 24.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de marzo de 2022; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2009-00630-00. \(ver página 26 de este boletín\).](#)

SECCIÓN CUARTA

1. La Resolución 20173200013377 del 23 de marzo de 2017, expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada: El literal c) del artículo 4.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 31 de marzo de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2018-00021-00 \(23729\) \(ver página 60 de este boletín\).](#)

2. Los Oficios 100208221 del 31 de octubre de 2018 y 100202208-0567 del 21 de octubre de 2020, expedidos por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 7 de abril de 2022, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2021-00016-00 \(25500\) \(ver página 68 de este boletín\).](#)

1
**ASUNTOS
CONSTITUCIONALES**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIONES DE TUTELA

1. Se niega la acción de tutela ejercida por un grupo de víctimas para evitar la extradición de Dairo Usuga David, alias 'Otoniel'.

Síntesis del caso: Un grupo de víctimas de Dairo Antonio Úsuga, alias Otoniel, jefe del 'clan del Golfo', ejercieron una acción de tutela contra la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno Nacional y la Fiscalía General de la Nación, dado que, en criterios de los accionantes, violan sus derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación en su condición de víctimas de crímenes cometidos por el señor Úsuga.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA CONCEPTO DE EXTRADICIÓN / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / CONCEPTOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / TRATADO DE EXTRADICIÓN ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS / PROCEDENCIA DE LA EXTRADICIÓN / SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA EXTRADICIÓN / PROCESO DE EXTRADICIÓN / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CASO EXTRADICIÓN DE ALIAS OTONIEL / CASO PARAMILITARISMO / CLAN DEL GOLFO / AUTODEFENSAS GAITANISTAS DE COLOMBIA / CLAN ÚSUGA / DELITO DE NARCOTRÁFICO / BANDA CRIMINAL / DELITO DE LESA HUMANIDAD / DERECHOS DE LA VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / DERECHO A LA VERDAD / CONTRIBUCIÓN AL ESCLARECIMIENTO DE LA VERDAD / DERECHO A LA REPARACIÓN / GARANTÍA DE NO REPETICIÓN / COOPERACIÓN INTERNACIONAL / EXHORTO

Problema jurídico: ¿Vulnera la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, verdad, justicia y reparación integral de los actores, en calidad de víctimas del conflicto armado, a causa de emitir el Concepto de 6 de abril de 2022 y resolver la procedencia de la solicitud de extradición del señor Dairo Antonio Úsuga David "Alias Otoniel" a los Estados Unidos de América, lo que, a juicio de la parte actora, conduciría a obstruir la continuidad de los procesos judiciales adelantados contra el señor Úsuga David en Colombia, afectando la consecución de la verdad y la materialización de una justicia efectiva a favor de las víctimas, por los hechos de violencia en los que participó el mencionado sujeto en la región de Urabá?

Tesis: "[L]a Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al emitir el Concepto de 6 de abril de 2022, no vulneró derechos fundamentales de los accionantes, toda vez que analizaron los presupuestos constitucionales y legales de procedibilidad de la solicitud de extradición, para señalar que no había impedimento para acceder a la petición de extradición, también se detuvo a valorar la posible afectación de los derechos de la víctimas con el traslado del señor [D.A.U.D.] a los Estados Unidos de América; en virtud de lo cual concluyó que su remisión a la nación extranjera, no implicaba la renuncia al procesamiento y enjuiciamiento de los crímenes cometidos por el requerido en el territorio nacional, dado que era un deber de las autoridades nacionales continuar con las respectivas actuaciones y acudir a los mecanismos de cooperación judicial entre los estados para lograr la comparecencia del señor [U.D.] a los procesos en los que es requerido y de esta manera ofrecer una expectativa cierta para la satisfacción de los derechos de las víctimas. [E]s importante señalar que la cooperación judicial internacional y los instrumentos para combatir el crimen transnacional, resultan ser idóneos para procurar la ayuda o asistencia recíproca que entre los estados, tendientes a adelantar diligencias judiciales en el territorio de los países, que como Colombia, cuentan con estos acuerdos internacionales; lo que permitiría satisfacer la necesidad de las autoridades colombianas de adelantar diligencias en el territorio extranjero, en desarrollo de un proceso o procedimiento judicial. (...) [E]s claro que en el marco de la actividad diplomática existen instrumentos jurídicos que le permiten a las autoridades judiciales Colombianas solicitar asistencia judicial a otros Estados o a autoridades extranjeras; por lo que resulta evidente que la continuidad de los procesos

judiciales en Colombia, seguidos en contra del señor [D.A.U.D.], no se van a paralizar con su extradición, ni mucho menos conllevarían a la impunidad, como lo advierten los tutelantes. Finalmente, cabe señalar que la ausencia de compromiso del señor [D.A.U.D.] con las víctimas y la paz en los territorios, fue uno de los factores que determinó la favorabilidad del concepto emitido por la Corte Suprema de Justicia, pues era evidente que desde que se desmovilizó en el año 2005, el referido señor fue renuente a garantizar los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición de las víctimas; dedicándose a continuar con su actuar delictivo, al punto que fue retirado de la Ley de Justicia y Paz. (...) [S]e debe señalar, que tampoco reunía las calidades para hacer parte de la Jurisdicción Especial de Paz, por lo que ante ese escenario, no es desproporcionado que la Corte Suprema de Justicia haya emitido concepto favorable a su extradición.”

INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO DE LA EXTRADICIÓN / RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / TRATADO DE EXTRADICIÓN ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS / PROCEDENCIA DE LA EXTRADICIÓN / SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA EXTRADICIÓN / PROCESO DE EXTRADICIÓN / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CASO EXTRADICIÓN DE ALIAS OTONIEL / CASO PARAMILITARISMO / CLAN DEL GOLFO / LOS URABEÑOS / AUTODEFENSAS GAITANISTAS DE COLOMBIA / CLAN ÚSUGA / DELITO DE NARCOTRÁFICO / BANDA CRIMINAL / DERECHOS DE LA VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / DERECHO A LA VERDAD / CONTRIBUCIÓN AL ESCLARECIMIENTO DE LA VERDAD / SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD JUSTICIA REPARACIÓN Y GARANTÍA DE NO REPETICIÓN / COOPERACIÓN INTERNACIONAL / EXHORTO INTERNACIONAL

Problema jurídico: ¿La acción de tutela ejercida cumple con el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que el accionante contaba con otro medio de defensa judicial para cuestionar la Resolución N° 078 de 8 de abril de 2022 proferida por el Gobierno Nacional en el marco de su procedimiento de extradición, en específico, la posibilidad de agotar el recurso de reposición en sede administrativa, que se encuentra en trámite, y la oportunidad para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho?

Tesis: “[C]on relación a las actuaciones realizadas por el Ejecutivo Nacional, se encuentra acreditado en el expediente que, una vez recibido el Concepto Favorable emitido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno Nacional, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 503 de la Ley 906 de 2004, procedió a emitir la Resolución N° 078 de 8 de abril de 2022, mediante la cual concedió la extradición del señor [D.A.U.D.] (...) [E]l apoderado del señor [D.A.U.D.] (...) presentó recurso de reposición contra la Resolución Ejecutiva (...) el cual aún no se ha decidido; razón por la cual no se encuentra agotada la vía administrativa. (...) [E]s claro que la Resolución Ejecutiva (...) al no encontrarse en firme, no tiene la potencialidad de producir efectos jurídicos, para exigir su ejecución (...) [L]a Sala observa que el señor [D.A.U.D.], no solo cuenta con la posibilidad de agotar el recurso de reposición en sede administrativa, sino que además tiene la oportunidad para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 Ley 1437 de 2011) contra las decisiones proferidas por el Gobierno Nacional en el marco de su procedimiento de extradición, por lo que resulta evidente que existe otros escenarios en virtud de los cuales, tanto el afectado directo, como las víctimas, pueden exponer sus argumentos y razones para dejar sin efecto la actuación administrativa que definió la solicitud de extradición del señor [D.A.U.D.] . (...) En el sub lite, los accionantes, (...) alegan que la decisión del Gobierno Nacional de conceder la extradición del señor puede constituir un perjuicio irremediable, pues restringe la continuidad de los procesos judiciales tramitados en Colombia en su contra y, por consiguiente, les impide a las víctimas acceder a la verdad, justicia y reparación por parte del referido señor, dado que no se puede obtener su comparecencia a los estrados judiciales nacionales. Para la Sala, el argumento planteado por la parte actora carece de fundamento alguno, pues hasta tanto la Resolución N° 078 de 8 de abril de 2022 no produzca efectos jurídicos, no es posible advertir o inferir una situación inminente que pueda afectar los derechos fundamentales de los actores, al punto de constituir un perjuicio irremediable. No obstante, como se indicó previamente, la extradición del señor no implica per se la renuncia de las autoridades judiciales Colombianas de continuar con el procesamiento y enjuiciamiento del señor [Ú.D.], por los delitos cometidos en territorio nacional, toda vez que existen suficientes mecanismos de comunicación e

instrumentos diplomáticos para solicitar a las autoridades de los Estados Unidos de América la comparecencia del referido sujeto a las diligencias judiciales en Colombia.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 14 de marzo de 2022, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-15-000-2022-02267-00 \(AC\).](#)

2. Se vulnera el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia en aquellos casos en que se impone el pago del dictamen pericial, cuando en el curso del proceso se ha concedido el amparo de pobreza

Síntesis del caso: El juez de tutela consideró vulnerado el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y debido proceso, en razón al auto que impuso a cargo de la parte demandante los gastos de la práctica de un dictamen pericial solicitado por la misma parte. El fundamento del amparo constitucional se sustentó en el reconocimiento de amparo de pobreza que se hizo dentro del mismo proceso, desde el momento mismo en que se admitió la demanda.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AMPARO DE POBREZA / GASTOS DEL DICTAMEN PERICIAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

Problema jurídico: [La Sala deberá establecer si en el presente caso se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia en relación con el auto de 21 de noviembre de 2021 en el cual] se impuso a cargo de la parte demandante el pago de los gastos derivados de la práctica de un dictamen pericial que ella misma solicitó sin tener en cuenta que en el auto admisorio de la demanda le fue concedido el amparo de pobreza a dicha parte]

Tesis: “[U]na vez revisada la providencia objeto de tutela la Sala le asiste razón al a quo constitucional por cuanto resulta razonable la interpretación a la que arribó en consonancia con lo decidido en otra acción constitucional que fue fallada en primera instancia por la misma Corporación y que fue confirmada en segunda por el Consejo de Estado en un asunto con fundamentos fácticos similares. Aunado a lo anterior, se tiene que la misma autoridad accionada concedió el amparo de pobreza porque la parte actora no contaba con los medios económicos necesarios y suficientes para cubrir los gastos que se derivaran del proceso, pues así lo manifestó desde el escrito mediante el cual solicitó el amparo de pobreza que se entiende presentado bajo la gravedad de juramento de conformidad con el artículo 152 del CGP, motivo por el cual no se entiende justificada la imposición de dicha carga con posterioridad a ese reconocimiento. 3) Así las cosas, una vez expuestos los argumentos que respaldaron la sentencia de tutela de primera instancia la Sala corrobora que las consideraciones que hizo la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia para acceder el amparo de derechos constitucionales fundamentales resultaron adecuadas y razonables a la luz de la normatividad constitucional, legal y jurisprudencial, sin que se advierta una vulneración de las garantías de las demandadas, pues del análisis del caso concreto se observa que la primera instancia actuó en garantía del debido proceso y acceso a la administración de justicia”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de marzo de 2022, C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación 05001-23-33-000-2022-00043-01\(AC\).](#)

3. La acción de tutela es improcedente para cuestionar las decisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que resuelven conflictos de competencias entre entidades administrativas.

Síntesis del caso: Se ejerce la acción de tutela contra una decisión del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, por medio de la que se resolvió un conflicto de competencias entre la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores y el Banco de Comercio Exterior de Colombia-BANCOLDEX S.A., y se definió que este último es competente para emitir una certificación laboral de un exservidor que se desempeñó como agregado comercial en unas embajadas.

CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / IMPROCEDENCIA DEL CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE TRÁMITE / IRREGULARIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE TRÁMITE - Si incide en la decisión administrativa definitiva, es susceptible de control por los medios ordinarios / SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO - No ejerce funciones jurisdiccionales / CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE ENTIDADES ADMINISTRATIVAS / ACTO PREPARATORIO

Problema jurídico: ¿La acción de tutela es procedente contra la decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 7 de julio de 2021 que, al resolver un conflicto de competencias entre entidades administrativas, determinó que BANCOLDEX debía expedir una certificación laboral?

Tesis: “[L]a jurisprudencia constitucional ha precisado que la tutela no procede, por regla general, contra actos administrativos de carácter definitivo, es decir, los que resuelven de fondo una actuación administrativa o impiden su continuación, pues para ello existen los medios de control de los que conocen los jueces administrativos que, incluso, tienen la facultad de dictar medidas cautelares contra dichos actos -como la suspensión provisional de los efectos-. Con mayor razón, el amparo no procede contra actos administrativos preparatorios o de trámite, pues estos no contienen una decisión de fondo o una expresión concreta de voluntad de la Administración, sino que, como su nombre lo indica, se trata de actuaciones encaminadas para la formación de la voluntad administrativa. Ahora bien, si un acto de trámite viola la legalidad y esa irregularidad tiene incidencia en la decisión definitiva, el remedio a esa situación también compete al juez administrativo, a través del medio de control respectivo. (...) El artículo 112 del CPACA prevé que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no toma parte en el ejercicio de funciones jurisdiccionales. (...) Como la decisión del 7 de julio de 2021 tiene el carácter de acto preparatorio, expedido con ocasión de una actuación administrativa para obtener una certificación de tiempo de servicios, no constituye un acto definitivo y, por ende, tampoco es susceptible de control judicial. Si BANCOLDEX tiene reparos sobre su competencia para expedir la certificación, estos deberán formularse a través del medio de control procedente respecto del acto administrativo definitivo que se profiera para decidir la petición del exservidor de PROEXPO. En otros términos, la tutela no procede como mecanismo para controvertir un acto de trámite. El control judicial de las decisiones administrativas corresponde al juez administrativo, a través de los medios de control ordinarios.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia del 19 de noviembre de 2021; C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 11001-03-15-000-2021-06623-00 \(AC\).](#)

4. La condición de madre cabeza de hogar de quien ocupa un cargo de carrera en provisionalidad no es

razón suficiente para desconocer el derecho de acceder al cargo público por concurso de méritos.

Síntesis del caso: El accionante se presentó al concurso de méritos convocado por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca mediante Acuerdo No. CSJNS17-1225 del 6 de octubre de 2017. Aspiró al cargo de Secretario de Juzgado de Circuito - Grado Nominado y ocupó el lugar 33 dentro del registro de elegibles. Mediante correo electrónico del 7 de diciembre de 2021, el actor remitió el formato de opción de sede debidamente diligenciado al Consejo Seccional de Cundinamarca, en el cual escogió los Juzgados 1º y 3º Administrativos del Circuito Judicial de Facatativá. La lista de elegibles fue comunicada a la Jueza del Juzgado 3º Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá. Sin embargo, el 07 de febrero del 2022, mediante correo electrónico, dicha funcionaria le comunicó al actor la Resolución No. 003 de 2022, en la que decidió abstenerse de efectuar el nombramiento en propiedad en el cargo de secretario del circuito, debido a que ese cargo estaba siendo ocupado en provisionalidad por la una persona beneficiaria de un fuero de estabilidad laboral reforzada por su condición de madre cabeza de familia. El 8 de febrero del 2022 a través de correo electrónico, el Juez 1º Administrativo de Facatativá, le informó al accionante que otra persona de la lista de elegibles, se posesionó en dicha sede judicial, por lo que al actor solo le quedaba la opción para ocupar el cargo en el Juzgado 3º Administrativo de Facatativá.

ACCIÓN DE TUTELA / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / CONCURSO DE MÉRITOS DE LA RAMA JUDICIAL / ACCESO A CARGO PÚBLICO / CONTROVERSIA EN EL NOMBRAMIENTO DE EMPLEO PÚBLICO / SECRETARIO DEL JUZGADO / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR / DESVINCULACIÓN DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRES CABEZA DE FAMILIA / CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL / IMPROCEDENCIA DE CONFIGURACIÓN DE PERJUICIO IRREMEDIABLE / AMPARO DEL DERECHO DE ACCESO A CARGO PÚBLICO / AMPARO AL DEBIDO PROCESO

Problema jurídico: ¿Establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar a la accionada que realice el nombramiento del actor en el cargo de secretario del Juzgado 3 Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, debido a que el señor [J.R.V.R.] se encuentra en la lista de elegibles de ese cargo de carrera administrativa, o si por el contrario, debe permanecer la señora que ocupa actualmente el cargo en provisionalidad, en consideración a la presunta condición de sujeto de especial protección que ostenta, por ser madre cabeza de familia. Previo a resolver el problema jurídico planteado en el presente caso, la Sala se referirá: (i) De la acción de tutela como mecanismo transitorio y, (ii) De la condición de madre cabeza de familia vs. derechos de quienes se hallan en lista de elegibles.?

Tesis: “Con las pruebas allegadas por la señora [M.C.C.G.], se pudo concluir que cumplen las condiciones para considerarla como madre cabeza de familia, pues demostró que tiene personas a su cargo y que no recibe apoyo económico de ningún otro familiar. Sin embargo, acorde con la jurisprudencia constitucional, la estabilidad laboral reforzada por la condición de madre cabeza de hogar no es absoluta, cuando se encuentra en tensión con otros derechos como el del mérito. (...) Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala es claro que la condición de madre cabeza de hogar de una mujer que ocupa un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, no es razón suficiente para desconocer el derecho que tienen las personas de acceder a cargos públicos y materializarlo con el nombramiento respectivo cuando se han superado cada una de las etapas en un concurso de méritos. Entonces, la señora [C.G.] no puede alegar la existencia de un perjuicio irremediable por el nombramiento al que tiene derecho la persona que ganó el concurso de méritos y la consecuente desvinculación del cargo que ella ocupa en provisionalidad, pues éste tiene el carácter de transitorio y la tercera interesada no podía pretender la permanencia indefinida en el mismo. En esa medida, esa situación no configura en sí misma la vulneración de derechos fundamentales o la obligación del juez de tutela para su permanencia en el empleo. En consecuencia, el

señor [J.R.V.R.] al haber ganado el concurso de méritos y ocupar un puesto en el registro de elegibles, tiene un derecho prevalente para ser nombrado en el cargo al que escogió, en este caso, secretario del Juzgado 3o Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá. Aunado a lo anterior, en este caso, de los documentos aportados por el tutelante se advierte que es padre cabeza de familia y, en esa medida, también ostenta la condición de estabilidad laboral reforzada, pues se encuentra desempleado y su esposa sufre de cáncer y depende exclusivamente de él para sufragar todos los gastos necesarios para llevar una vida digna y garantizar la seguridad social en salud que requieren. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la acción de tutela de la referencia, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 21 de abril de 2022, C.P. Milton Chaves García, radicación 11001-03-15-000-2022-00126-01\(AC\).](#)

5. Configuración del defecto sustantivo por desconocimiento de los efectos *ex tunc* otorgados por el Consejo de Estado al Decreto 1794 de 2000 para el reconocimiento del subsidio familiar al soldado profesional.

Síntesis del caso: El accionante ingresó a prestar su servicio militar en el Ejército Nacional el 10 de febrero de 2000 y el 26 de septiembre de 2001 fue vinculado como soldado profesional. Mediante el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, pero que dicha prerrogativa fue derogada en su totalidad a través del Decreto 3770 de 2009. Posteriormente, el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014 reactivó el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales, en una cuantía distinta e inferior a la que se había reconocido mediante el artículo 11 del decreto 1794 del 2000. En sentencia del 8 de junio del 2017 de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, en lo que tiene que ver con el subsidio familiar del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, con efectos *ex tunc*. Con base en esta decisión judicial, el 1 de diciembre del 2017 presentó una petición ante la Dirección de Personal del Ejército Nacional en la que solicitó el reconocimiento del subsidio familiar con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, desde la fecha en que adquirió el derecho, esto es, desde el 3 de junio de 2011 y el pago de la diferencia. La solicitud le fue despachada negativamente por lo que acudió a la jurisdicción, la cual, en las dos instancias confirmó la negativa.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / EFECTOS EX TUNC DE LA SENTENCIA DE NULIDAD / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / FALTA DE APLICACIÓN DE LA NORMA / APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO / VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO / SUBSIDIO FAMILIAR EN LAS FUERZAS MILITARES / NORMATIVIDAD DEL SUBSIDIO FAMILIAR / MODIFICACIÓN DEL ESTADO CIVIL / ACREDITACIÓN DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO / BENEFICIARIO DEL SUBSIDIO FAMILIAR / SOLDADO PROFESIONAL / SENTENCIA DE REEMPLAZO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD

Problema jurídico: ¿Establecer si fueron vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del señor [M.F.M.M.], con ocasión de la sentencia del 14 de abril de 2021 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, proferida dentro del expediente N. ° 11001-03-15-000-2021-07051-01, que presuntamente incurrió en un defecto sustantivo al desconocer, para la resolución del caso, lo previsto en el Decreto 1794 de 2000?

Tesis: “Para la Sala es claro que el actor planteó un defecto sustantivo en la providencia objeto de censura, consistente en el desconocimiento de los efectos de la sentencia del 8 de junio de 2017 en la que se anuló el Decreto 3770 de 2009 y trajo nuevamente a la vida jurídica el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que a juicio del actor, es el que se ajusta a su caso, teniendo en cuenta que para la fecha en la que declaró la existencia de su unión marital de hecho esta era la norma vigente (...) para la Sala sí se configuró el defecto sustantivo por desconocimiento de los efectos ex tunc con los que se declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, dado que al actor le asiste el derecho a que se le reajuste el subsidio familiar del que goza, de acuerdo al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por lo que pasa a explicarse. En el caso concreto se encontró probado que el señor [M.F.M.M.] ingresó a prestar el servicio militar el 10 de febrero de 2000 y para el 26 de septiembre de 2001 se oficializó su vinculación como soldado profesional. Así mismo, que el 21 de mayo de 2014 declaró que tenía una unión marital de hecho con la señora [Y.Y.A.O.] desde el 3 de junio de 2011. Así, al haber sido removido del ordenamiento jurídico el Decreto 3770 de 30 de septiembre 2009; se encontraba en la hipótesis que estableció el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, lo cual, lo hacía acreedor de la prestación de marras a partir del 3 de junio de 2011, aunque hubiera elevado la solicitud de reajuste hasta el 1 de diciembre de 2017, una vez cobró ejecutoria la sentencia del 8 de junio de 2017. (...) la autoridad accionada debía analizar lo atinente a la situación concreta del accionante desde la óptica de la norma sustancial; esto es que inicialmente no pudo acceder al subsidio familiar consignado en el Decreto 1794 de 2000, por cuanto para el momento en el que declaró la existencia de su unión marital de hecho, esa norma había sido derogada. Sin embargo, con ocasión del fallo de la Sección Segunda del Consejo de Estado que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 30 de septiembre 2009 con efectos retroactivos, dicha situación imponía verificar si en el periodo comprendido entre el 21 de mayo de 2014 - fecha en la que declaró su cambio de estado civil- y la expedición del Decreto 1161 de 24 de junio de 2014, se debía reconocer y pagar tal prestación. Resulta útil precisar que no es cierto que solo hasta el 1 de diciembre de 2017 el señor [M.F.M.M.] solicitara el reconocimiento del subsidio familiar como se ilustró en el cuadro anterior, y que por ello le sea aplicable el Decreto 1161 de 2014. Si bien no es clara la fecha en la que se le otorgó ese beneficio al actor, lo cierto es que el Oficio N. ° 20173182314781 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10, en el que se le resolvió por parte del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional la solicitud referida, aclaró que para ese momento el actor ya gozaba de un subsidio familiar del 20% por su esposa, el 3% por su hija [V] y del 2% por la menor [A.L.]. Aunado a ello, es claro que el cambio de su estado civil aconteció el 14 de mayo de 2014, es decir, antes de la entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014 que data del 24 de junio del mismo año. Lo anterior implica que, pese a resolver el litigio que le fue puesto en conocimiento, por cuanto realizó un pronunciamiento frente a las pretensiones planteadas en la demanda, la autoridad judicial accionada erró en el ejercicio de selección de las normas; puesto que omitió lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, teniendo en cuenta que para el momento de su decisión se había declarado la nulidad del Decreto 3770 de 2009 que derogó la anterior norma, lo que implica que estaba vigente para la fecha en la que el señor [M.F.M.M.] declaró la existencia de su unión marital, esto es, para el 21 de mayo de 2014, fecha en la que incluso no había nacido a la vida jurídica aún el Decreto 1161 de 2014. Vale aclarar que el actor no solicitó previamente el reajuste de su prestación de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, precisamente porque fue solo hasta que cobró ejecutoria la providencia del 8 de junio de 2017 que, se reitera, fue la que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, que el demandante contó con la certeza de que debía de solicitar el reajuste de su subsidio de acuerdo con la norma que revivió al mundo jurídico, teniendo en cuenta que convive en unión marital de hecho desde el 3 de junio de 2011. (...) Para finalizar es importante resaltar que no se le puede exigir al actor que declarara ante las autoridades militares su unión marital de hecho tan pronto esta fue conformada, sobre la base de considerar que para la fecha en que esta se reconoció (2011) no existía el subsidio familiar, por la derogación expresa que realizó el Decreto 1794 de 2000. Por ende, para ese momento era innecesario que el actor declarara su vínculo familiar. De ese modo, para la Sala es razonable que esta situación se pusiera de presente solo hasta el año 2014, fecha en la que se creó nuevamente el subsidio familiar para soldados profesionales por el Decreto 1161 de 2014. En consecuencia, el fallo censurado mediante esta tutela incurrió en el defecto sustantivo propuesto, porque realizó una indebida interpretación de la norma cuya reviviscencia fue declarada por la Sección Segunda de esta Corporación. Lo anterior al exigir una solicitud de reconocimiento en el periodo en el que esta disposición no estaba produciendo efectos jurídicos.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 7 de abril de 2022, C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 11001-03-15-000-2021-07051-01\(AC\).](#)

ACCIONES POPULARES

Para conjurar el riesgo al derecho colectivo al patrimonio cultural de la Nación se confirma el otorgamiento del plazo de 6 meses para adoptar el Plan Especial de Manejo y Protección para el sector antiguo de la ciudad de Cartagena.

Síntesis del caso: Expresó el actor popular que el distrito de Cartagena para el momento de presentación de la demanda, no había formulado el Plan Especial de Manejo y Protección (PEMP) para el sector antiguo de la ciudad, a pesar de que la Ley 1617 de 5 de febrero de 2013 le impuso el deber de regular los Bienes de Interés Cultural de carácter Nacional. Por otro lado, el Ministerio de Cultura tampoco lo ha aprobado, pese a que ya se vencieron los plazos establecidos en los artículos 11 y 12 de la Resolución núm.983 de 2010, expedida por dicha entidad. Las Curadurías Urbanas de la ciudad expedían licencias con fundamento en el Plan de Ordenamiento Territorial -POT adoptado mediante el Decreto 0977 de 20 de noviembre de 2001, pese a que el término para la adopción del PEMP se encontraba vencido, circunstancia que vulneraba el derecho colectivo al patrimonio cultural de la Nación. En primera instancia, se declaró la vulneración de los derechos colectivos; sentencia que, fue apelada por el Distrito, bajo el argumento de que el plazo de 6 meses otorgado para culminar el PEMP era insuficiente.

ACCIÓN POPULAR / RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / PLAZO DE CUMPLIMIENTO DE LAS ORDENES DE LA ACCIÓN POPULAR / PLAZO RAZONABLE / ORDEN JUDICIAL / DEBERES CONSTITUCIONALES / INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES / CUMPLIMIENTO DEL PLAZO / PLAN ESPECIAL DE MANEJO Y PROTECCIÓN DE BIEN DE INTERÉS CULTURAL / BIEN DE INTERÉS CULTURAL / COMITÉ DE VERIFICACIÓN / PRINCIPIOS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN

Problema jurídico: ¿Determinar si hay lugar a modificar el plazo otorgado por el a quo para que el Distrito de Cartagena y el Ministerio de Cultura den cumplimiento a la orden de adoptar el PEMP del Centro Histórico de la ciudad de Cartagena?

Tesis: “En el caso concreto, la Sala advierte que el artículo 4º de la Ley 163 de 1959 declaró como monumento Nacional el sector antiguo de la ciudad de Cartagena y el Decreto 1911 de 1995 efectuó la misma declaración respecto de diferentes inmuebles ubicados en dicha zona, razón por la que a partir de la expedición de la Ley 397 dicho sector es considerado como un BIC y, por tanto, debe contar con un PEMP que debió ser formulado por el DISTRITO y aprobado por el MINISTERIO a más tardar el 10 de marzo de 2014. (...), para la Sala es claro que tanto el DISTRITO como el MINISTERIO han adelantado numerosas gestiones para elaborar el PEMP y así lograr su aprobación. Sin embargo, la confección del documento final no ha podido ser estructurada por diversas circunstancias, entre ellas: i) Las numerosas observaciones hechas por diferentes entidades involucradas en el proceso y la aparente incapacidad del ente territorial por atenderlas en debida forma; ii) La baja o nula participación ciudadana en su elaboración; iii) Los reparos que el ente territorial ha presentado frente al traslado de la base naval solicitada por el MINISTERIO DE DEFENSA, entre otras. A juicio de la Sala, las circunstancias descritas ponen en evidencia el incumplimiento de la obligación Constitucional que le atañe a las entidades accionadas, máxime si se tiene en cuenta que el DISTRITO y el MINISTERIO tenían hasta el 10 de marzo de 2014 para elaborar y probar el PEMP, sin que a la fecha de la presente sentencia éste se haya elaborado en su totalidad. Por lo anterior, es palmario que las entidades accionadas han incumplido con los deberes a su cargo, debido que

han empleado años y recursos públicos en la elaboración de un documento sin obtener resultados satisfactorios, con lo cual han puesto en riesgo el derecho colectivo al patrimonio cultural de la Nación, el cual se pretende proteger con el referido Plan. De modo que ante la evidente amenaza del derecho colectivo al patrimonio cultural de la Nación, por la no estructuración y aprobación del PEMP, al Juez popular no le queda más remedio que adoptar las medidas necesarias para que ésta cese de manera pronta y definitiva, como en efecto lo hizo el Tribunal. De ahí que debe ser una prioridad para el DISTRITO y el MINISTERIO la confección y aprobación, respectivamente, del PEMP, pues han pasado cerca de diecisiete años desde que se dio inicio al proceso de expedición del mismo, sin que éste se haya finalizado, con lo que, además de incumplir obligaciones constitucionales y legales, se pone en riesgo el derecho colectivo al patrimonio cultural de la Nación. Es por ello que, a juicio de la Sala, debe confirmarse la decisión del Tribunal de ordenar a las entidades accionadas la expedición del PEMP, para lo cual deberán tener en cuenta que todo procedimiento administrativo debe estar inspirado en los principios establecidos en el artículo 3º del CPACA, entre los que se encuentra el de participación, el cual supone que las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública, amén de que la normativa estudiada en precedencia exige la participación activa de la comunidad en cada una de las etapas de elaboración del PEMP. De manera que, en aras de atender las peticiones de la comunidad y conforme lo manifestado por el DISTRITO, en el sentido de que la participación de los diferentes actores de la comunidad ha sido baja, es preciso que se garantice de manera eficiente y oportuna su cooperación en la elaboración del documento definitivo del PEMP, habida cuenta que ha sido una de las deficiencias presentadas para culminar el documento. Adicionalmente, en cuanto a la discusión en torno al traslado de la Base Naval de la ciudad, solicitada por el MINISTERIO DE DEFENSA, la cual ha sido otro de los puntos neurálgicos en la tardanza para la elaboración del PEMP, la Sala estima pertinente instar a las partes para que lleguen a un pronto acuerdo sobre dicho aspecto, el cual deberá respetar la naturaleza de los BIC del sector antiguo de Cartagena, así como las normas de carácter internacional y nacional que regulan la materia, sin que sea una excusa más para no dar cumplimiento a la obligación que le atañe a las entidades accionadas al respecto. Ahora bien, la Sala resalta que aun cuando es necesario que el DISTRITO ajuste la documentación y avances que hasta el momento se tienen frente al PEMP, a lo dispuesto en el Decreto 2358 de 2019, lo cierto es que la administración Distrital ya ha avanzado significativamente frente a los elementos técnicos necesarios para que el PEMP sea diseñado de manera definitiva, pues no en vano se ha trabajado durante diecisiete años en su construcción. Por lo anterior, a juicio de la Sala, el término previsto por el Tribunal para la ejecución de la orden resulta más que suficiente y, por tanto, no se accederá a su ampliación. Ahora, en cuanto a la petición elevada por el ente territorial, en el sentido de que el plazo para dar cumplimiento a la orden de amparo empiece a correr a partir del día siguiente al decreto que le ponga fin a la calamidad pública dispuesta en el DISTRITO y a la finalización de la pandemia causada por la Covid 19, la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, no solo porque los avances que se han alcanzado para la construcción del PEMP son importantes, sino además, porque aun cuando la pandemia no ha finalizado, lo cierto es que las demás necesidades de la comunidad no pueden ser aplazadas o suspendidas hasta que esta circunstancia termine, debido a que se trata de un hecho absolutamente incierto e impredecible. Sin embargo, lo anterior no obsta para indicar que en el evento de que durante la ejecución de la sentencia se observe que razonablemente es necesario otorgar un plazo adicional, el Tribunal, en el marco del Comité de Verificación, podrá adoptar las decisiones que considere necesarias para garantizar su cumplimiento, en atención a lo ordenado en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 7 de abril de 2022, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación 13001-23-33-000-2015-00028-01 \(AP\)](#)

2

**SALA PLENA
DEL CONTENCIOSO**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

Decreto No. 685 del 22 de mayo de 2020, “Por el cual se ordena la emisión de Títulos de Solidaridad -TDS, y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Gobierno Nacional.

Síntesis del caso: *Mediante el control inmediato de legalidad, la Sala Plena de la Corporación, a través de la Sala Especial de Decisión No. 13, estudió la legalidad del Decreto No. 685 del 22 de mayo de 2020, “Por el cual se ordena la emisión de Títulos de Solidaridad -TDS, y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Gobierno Nacional.*

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS FORMALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / FORMALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 1: *¿El Decreto Nro. 685 de 2020, proferido por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, cumple con los requisitos de forma de expedición del acto administrativo?*

Tesis: “La Sala estima que el acto cumple con los requisitos de forma, pues contiene la exposición de los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar a su expedición, una parte resolutoria que concuerda con los motivos que lo sustentaron, así como con los elementos que permiten su identificación adecuada, -numeración, identificación temática, entre otros-. Además, (i) se dio cumplimiento al procedimiento establecido para tal fin en el Decreto 1081 de 2015 ya que, como lo informan los antecedentes del acto obrantes en el proceso, se contó con las memorias justificativas y se realizaron los exámenes dispuestos en ellas (artículo 2.1.2.1.7.), y (ii) se publicó, en dos oportunidades, en la web del ministerio el proyecto específico con el fin de que los ciudadanos participaran en la producción normativa (artículo 2.1.2.1.14)”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las características y alcance 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 / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIOS DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIO DE NECESIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Problema jurídico 2: *¿Las disposiciones del Decreto Nro. 685 de 2020, expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, cumplen con el criterio de necesidad?*

Tesis: “[L]os motivos que dieron lugar a la expedición del acto controlado se relacionaron con la necesidad de reglamentar los aspectos dispuestos por el legislador extraordinario para así obtener una liquidez que permitiera afrontar los efectos adversos de la pandemia. Ese motivo es real. Primero, porque desde el mismo Decreto 417 de 2020 se pusieron de presente las repercusiones económicas en diferentes sectores, así como su tendencia al agravamiento, razón por la cual el legislador extraordinario señaló la necesidad de recursos líquidos adicionales (...). Segundo, porque la realidad de ese motivo se confirmó con el Decreto Legislativo Nro. 562 al considerarse, de una parte, que la pandemia y las decisiones de confinamiento para su manejo generaron condiciones adversas en términos económicos y sociales (...). Tercero, porque, como se anotó, el legislador extraordinario asignó al Gobierno Nacional, para lo que aquí interesa, la obligación de fijar diferentes aspectos para la emisión de la inversión obligatoria en TDS y así proceder el recaudo de los dineros que aumentarían la liquidez de recursos del FOME para la atención y mitigación de los efectos de la pandemia. En este orden de ideas, esta Sala Especial de Decisión considera que se cumple con el elemento de la motivación del acto”.

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

Problema jurídico 3: *¿Las disposiciones del Decreto Nro. 685 de 2020, expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, cumplen con el principio de finalidad?*

Tesis: “El Decreto Nro. 562 de 2020, tal como lo puso de presente la Corte Constitucional, se orientó a conjurar los efectos adversos generados por la pandemia y a impedir su extensión, ya que los recursos líquidos adicionales generados con la inversión obligatoria en TDS serían incorporados como fuente adicional del FOME (...). [L]a Sala estima que en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional no se advierte una desviación de poder. Por ende, no se desconoció la finalidad asociada a la medida establecida por el legislador extraordinario en el Decreto 562 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: *¿El Decreto Nro. 685 de 2020, expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, desconoce las normas en las que el acto debió fundarse?*

Tesis: “El decreto controlado consideró el contenido del Decreto 562 de 2020, a más de que la competencia se ejerció dentro de los límites establecidos por el legislador extraordinario. En efecto, se respetó: (i) la fecha máxima establecida para la suscripción de la inversión obligatoria, (ii) las condiciones de los títulos fijadas (tipo, plazo, posibilidad de prórroga y su límite máximo, el ente encargado de su administración), (iii) los sujetos obligados a invertir y sus excepciones, (iv) el organismo encargado de vigilar que la inversión obligatoria se hubiere realizado, y (v) la destinación específica de los recursos -FOME-. Cabe señalar, adicionalmente, que los porcentajes a invertir establecidos en el acto controlado respetaron los rangos establecidos por el legislador extraordinario atendiendo el tipo de depósito y exigibilidad correspondiente. Así las cosas, no se observa desconocimiento de las normas en las que el acto debió fundarse”.

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

Problema jurídico 5: *¿Las disposiciones del Decreto Nro. 685 de 2020, expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, cumplen con el criterio de conexidad?*

Tesis: “En el acto controlado se reiteraron diversos aspectos dispuestos por el legislador extraordinario, al tiempo que se (i) fijó el monto de la emisión, el cual se estableció en poco más de nueve billones de pesos (artículo 1), (ii) establecieron las características y condiciones de la emisión -v.gr., tipo de tasa, lugar de colocación, expedición, valor de expedición y fraccionamiento, rendimiento, amortización y prórroga automática- (artículo 2), (iii) dispusieron los porcentajes a invertir por los establecimientos de crédito (artículo 3), (iv) señalaron las cuotas en las que podría hacerse la inversión obligatoria, así como el monto mínimo en cada una de ellas, y (v) dispuso el encargado de la administración de los títulos desmaterializados. De ahí, entonces, que lo adoptado en el decreto examinado sea conexo con lo dispuesto en el Decreto 562 de 2020, no solo porque reguló las temáticas que se le encargaron (monto, plazo y demás condiciones de colocación para la emisión y suscripción) sino porque tales materias, como se anotó, respetaron los límites y la finalidad dispuesta por el legislador extraordinario: aumentar la liquidez con el fin de atender las consecuencias adversas derivadas de la pandemia”.

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

Problema jurídico 6: *¿Las disposiciones del Decreto Nro. 685 de 2020, expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, cumplen con el criterio de proporcionalidad?*

Tesis: “En el artículo 1° del acto controlado se ordenó, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la emisión de los títulos de solidaridad -TDS hasta por la suma de nueve billones ochocientos once mil trescientos millones de pesos, cuyos recursos serían incorporados presupuestalmente como una fuente de recursos del FOME. Para esta Sala Especial de Decisión tal medida es proporcional y razonable. (...) En el artículo 2° del decreto examinado se establecieron las características financieras y las condiciones de emisión de los títulos de solidaridad. (...) En esa medida, tales aspectos resultan proporcionales, porque no se observa que ellos desconozcan la finalidad de incrementar los recursos líquidos adicionales para la atención y mitigación de los efectos adversos de la pandemia, ni que desconozcan el carácter de

operación de crédito público interno asociado a los TDS. (...) En el artículo 3° se establecieron los porcentajes a invertir por los sujetos obligados, los cuales respetaron el margen establecido por el legislador extraordinario, así como las deducciones que debían realizarse antes del cálculo del porcentaje, y el material de convicción a partir de los que se calculaban. (...) [N]o se observa que la asignación a la Superintendencia Financiera de Colombia de la competencia para definir las “condiciones aplicables para los cálculos” de los porcentajes resulte desproporcional, máxime cuando tal organismo es el encargado de controlar si los sujetos obligados cumplieron con la inversión obligatoria, tal como lo dispuso el legislador extraordinario (artículo 4 del Decreto 562) y lo reiteró el decreto reglamentario (artículo 5 del Decreto 685). En el artículo 4° del acto examinado se establecieron las fechas para la suscripción de la inversión obligatoria: podría realizarse hasta en dos (2) cuotas pagaderas el 28 de mayo de 2020 (por al menos del 80% de la inversión obligatoria) y el 13 de julio de 2020 (por el remanente de la inversión). (...) Esta Sala Especial de Decisión no pierde de vista que entre la fecha de expedición del decreto reglamentario y la fecha para el pago de la primera cuota transcurrieron seis (6) días calendario. No obstante, en el caso concreto, ese término no puede calificarse como desproporcionado. (...) El artículo 5° estableció que la Superintendencia Financiera de Colombia era la competente para definir el mecanismo para que los establecimientos de crédito acreditaran el cumplimiento de la inversión en títulos de solidaridad-TDS con base en los estados financieros que las entidades hayan reportado a esta Superintendencia con corte a 31 de marzo de 2020. La medida es proporcional pues reglamentó lo establecido por el legislador extraordinario en la materia. (...) El artículo 6° señaló que los TDS serían títulos desmaterializados y administrados por el Banco de la República para lo cual debía mediar un contrato de administración fiduciaria entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Adicionalmente, se previó que la tarifa por custodia en el Depósito Central de Valores -DCV sería asumida por el emisor de los títulos. La previsión es proporcional. Primero, porque respeta lo dispuesto en el decreto 562 de 2020 (...). Segundo, porque el pago de la tarifa por custodia en el DCV a cargo del emisor del título no le impone una obligación de imposible cumplimiento (...). En el artículo 7°, relativo a la vigencia del acto, se previó que regía a partir de la fecha de su publicación (...). Aun cuando la vigencia del acto es un asunto que se relaciona con su oponibilidad, lo cierto es que, en el caso concreto, esta Sala Especial de Decisión considera que la previsión es proporcional”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la exequibilidad del Decreto Legislativo 562 de 2020, ver: Corte Constitucional, sentencia C-196 de 2020.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Trece Especial de Decisión; sentencia del 31 de marzo de 2022; C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-15-000-2020-2383-00\(CA\)](#)

2. El juez del recurso extraordinario de revisión solo tiene competencia para estudiar la validez de la decisión de instancia respecto a los argumentos puntuales expuestos para justificar la causal de revisión invocada.

Síntesis del caso: En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, los demandantes instauraron demanda en contra de la sentencia del 29 de marzo de 2019, mediante la cual la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado modificó el fallo de primera instancia de 18 de junio de 2015, proferido por la Sección Tercera, Subsección C del Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca y, en su lugar, (i) declaró probada la excepción de caducidad del término para formular la pretensión por error jurisdiccional en el proceso de extinción de dominio y (ii) negó las demás pretensiones de la demanda.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO / VALORACIÓN JUDICIAL DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO

Problema jurídico: ¿Resulta procedente infirmar la sentencia dictada el 29 de marzo de 2019, proferida por la Sección Tercera, Subsección C, por haberse configurado la causal de revisión del numeral 5 del artículo 250 del C.P.A.C.A.?

Tesis: “[E]l requisito que constituye la esencia del numeral 5 del artículo 250 del CPACA es que se configure una causal de nulidad. Sobre el alcance que debe otorgársele a esta exigencia, la posición actual del Consejo de Estado señala que la nulidad predicable de la sentencia de instancia se estructura por (i) el acaecimiento de alguna de las hipótesis que regula taxativamente el artículo 133 del CGP o bien por (ii) la existencia de irregularidades insaneables que afecten sustancialmente el derecho al debido proceso de manera tal que, de no haber incurrido en ellas, la decisión hubiese sido distinta. De acuerdo con ello, por fuera de los supuestos que consagra el artículo 133 ibidem no cualquier anomalía que se predique respecto de la sentencia podrá desvirtuar sus efectos de cosa juzgada. A modo enunciativo, la jurisprudencia ha precisado que ello ocurre en los casos en que el fallo objeto de revisión (i) es inhibitorio; (ii) se profiere sin motivación alguna; (iii) transgrede el principio de la no reformatio in pejus; (iv) condena a un tercero que no ha sido vinculado como parte al proceso; (v) se pronuncia sobre aspectos que no le corresponden, esto es, sin competencia o jurisdicción, según el caso; (vi) se profiere en un proceso que había terminado por desistimiento, transacción o perención; (v) no cuenta con el número de votos requerido para su aprobación y (vi) desconoce el principio de congruencia bien sea por una condena extra, ultra o infra petita (...). [C]onviene señalar que la evaluación judicial de las pruebas, como manifestación específica del derecho al debido proceso, tiene una especial relevancia de cara a la causal de revisión consagrada en el artículo 250 numeral 5 del CPACA pues, al tratarse de un ejercicio que se desarrolla al momento de dictar sentencia, las irregularidades que se cometan en esta podrían llegar a afectar la decisión de fondo si, tras el análisis integral del caso, se determina que son yerros de una entidad tal que le restan validez al fallo. La anterior afirmación debe leerse en el contexto limitado y excepcional en el que está llamado a operar el recurso extraordinario de revisión, lo que supone el planteamiento de al menos dos premisas. La primera consiste en que, dado que este procedimiento no constituye una tercera instancia, resulta improcedente para formular simples inconformidades respecto de las conclusiones que expuso el juez al efectuar el correspondiente análisis probatorio. (...) [C]omo segunda premisa, resulta plausible afirmar que, en punto a la evaluación de las pruebas, la sentencia de instancia puede comportar una transgresión del derecho al debido proceso en hipótesis en las que el juez no ofrezca ninguna motivación sobre aquellas que lo llevaron a convencerse de la decisión adoptada; cuando omita valorar una o varias pruebas esenciales para acreditar los hechos en controversia; o cuando, por el contrario, las aprecie, haciéndolas parte del fundamento del fallo, a pesar de no haber sido incorporadas regularmente al proceso y, por último, en los casos en que la valoración probatoria sea abierta y completamente equivocada, de manera que se resuelva en contra de la evidencia. Es importante advertir que lo anterior no significa que la configuración de una de estas anomalías conduzca automáticamente a declarar fundado el recurso extraordinario de revisión bajo la causal del numeral 5 del artículo 250 del CPACA. En efecto, si se quiere aducir alguna de las irregularidades señaladas como motivo de nulidad de la sentencia que ha puesto fin a un proceso es necesario que aquella haya sido determinante en la adopción de la decisión, de forma tal que, de no haberse incurrido en ella, esta se hubiera proferido en un sentido diferente. (...) Aunque el paso a seguir sería estudiar si, en efecto, la sentencia del 29 de marzo de 2019 proferida por la Sección Tercera, Subsección C, de esta Corporación incurrió en esa anomalía, la Sala encuentra que no hay necesidad de realizar dicha constatación porque, en cualquier caso, el recurso no estaría llamado a prosperar. Esto es así, dado que el vicio que se alegó carece de la entidad suficiente para cambiar la decisión recurrida (...). (...) Puesto que el reproche de los recurrentes se limitó a la presunta irregularidad en la valoración del auto del 27 de marzo de 2011, es claro que el juez del recurso extraordinario de revisión solo tiene competencia para estudiar la validez de la decisión de instancia en lo relacionado con la responsabilidad del Estado por la supuesta pérdida o deterioro de las aeronaves, ya que es la materia respecto de la cual habría tenido trascendencia dicha prueba. Ahora, según se explicó, debido a que las aeronaves fueron objeto de la medida de extinción de dominio, la pretensión indemnizatoria por los presuntos daños sufridos a raíz de su deterioro y pérdida, dependía de que se declarara la responsabilidad por error jurisdiccional en la providencia que decretó la extinción de dominio. Sin embargo, como este último asunto sería inmodificable por la Sala, pues los recurrentes no justificaron ni desarrollaron un argumento puntual al amparo de la causal de revisión invocada, se puede concluir que, al margen de que se configure o no la irregularidad alegada, esta no tendría la entidad suficiente para modificar la sentencia de instancia en cuanto denegó la prosperidad de aquella pretensión. Comoquiera que el recurso extraordinario de revisión tiene por finalidad desvirtuar la fuerza de la cosa juzgada de las sentencias, las causales deben estar claramente invocadas y comprobadas. Lo anterior no se cumple en el presente caso, en el que no se advierte la nulidad originada en la providencia que exige la ley para la procedencia del recurso, por tal razón se declarará infundado.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de revisión contenida en el numeral 5 del artículo 250 del C.P.A.C.A., ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 3 de diciembre de 2019 (Sala Tercera Especial de Decisión; radicación 11001-03-15-000-2018-01235-00), del 3 de diciembre de 2019 (Sala Séptima Especial de Decisión; radicación:11001-03-15-000-2012-00643-00), del 8 de mayo de 2018, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicación 11001-03-15-000-1998-00153-01; del 7 de octubre de 2019, Sección Tercera, Subsección B, radicación 11001-33-31-035-2008-00180-01(52615); sentencia del 24 de octubre de 2019, Sección

Segunda, Subsección A, radicación 11001-03-25-000-2014-00325-00(0997-14).

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecinueve Especial de Decisión; sentencia del 16 de marzo de 2022; C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-15-000-2021-00921-00\(REV\)](#)

Salvamento de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONDENACIÓN EN COSTAS / REQUISITOS DE LA CONDENACIÓN EN COSTAS

Problema jurídico: ¿La sentencia que resolvió el recurso extraordinario de revisión bajo estudio debió abstenerse de condenar en costas en la medida que estas no se acreditaron?

Tesis: “[A]unque comparto que en este caso se debe declarar infundado el recurso extraordinario de revisión, discrepo de la imposición de la condena en costas, por cuanto si bien es cierto el numeral 1 del artículo 365 del CGP, aplicable por expresa remisión del artículo 188 del CPACA, prevé la regla conforme con la cual, «[s]e condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto», en mi criterio ésta se debe analizar en conjunto con la señalada en el numeral 8 de la citada norma, esto es, que [s]olo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación». (...) Como en este caso no obra prueba que acredite que las costas (gastos o expensas del proceso y agencias en derecho)³ se causaron, considero que no había lugar a su imposición con cargo a la parte demandante”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecinueve Especial de Decisión; sentencia del 16 de marzo de 2022; C.P. William Hernández Gómez, S.V. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2021-00921-00\(REV\)](#)

3. El Consejo de Estado a través del mecanismo de revisión eventual unifica su jurisprudencia y determina que la acción de grupo no procede para reparar perjuicios causados por varios actos administrativos individuales.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de acción de grupo, el grupo demandante solicitó que se devolviera lo pagado por ellos durante varios años a título de derechos de semaforización; tributo que fue creado mediante acto administrativo de carácter general, pero que era liquidado individualmente.

REVISIÓN EVENTUAL DE ACCIÓN POPULAR / DEBER DE READECUACIÓN PROCESAL EN EL TRÁMITE DE LAS ACCIONES POPULARES – La Ley 472 de 1998 no prevé la declaratoria de improcedencia de la acción popular por lo que las pretensiones que no puedan tramitarse mediante este mecanismo deben readecuarse procesalmente desde la etapa de admisión / REVISIÓN EVENTUAL DE ACCIÓN POPULAR – Necesidad de unificar la jurisprudencia / ACCIÓN POPULAR / EXCEPCIÓN DE INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES - En las acciones populares no procede la excepción de indebida acumulación de pretensiones toda vez que es deber del juez dar el trámite que corresponda a las pretensiones formuladas bajo la figura de la readecuación procesal / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico: ¿La acción de grupo procede para reparar perjuicios causados por varios actos administrativos de contenido particular?

Tesis: “La Sala considera que la posición que resulta más correcta, a la luz de la teoría general del acto administrativo y de la dogmática de la responsabilidad del Estado es aquella según la cual la acción de grupo no procede para reparar perjuicios causados por varios actos administrativos de contenido

particular, (tesis enunciada en los fallos precedentes de 2008) y, por ello, será la posición jurisprudencial unificada en la materia, por las razones que se exponen a continuación: - La existencia de actos administrativos de contenido particular respecto de cada uno de los que pretenden integrar un grupo evidencia que no se reúne el requisito de la uniformidad de condiciones (...) - Los daños causados por sendos actos administrativos de contenido particular no anulados son jurídicos (...). En consideración de las anteriores razones, la Sala unifica la jurisprudencia a partir de la siguiente regla: la acción de grupo no procede para reparar perjuicios causados por varios actos administrativos individuales, al no cumplirse el requisito de comunidad de causa o de existencia jurídica del grupo y, por lo tanto, la reparación de los perjuicios causados por cada uno de tales actos administrativos debe intentarse separadamente, mediante los correspondientes procesos de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) [U]nicamente la anulación del acto administrativo desvirtúa la presunción de legalidad y permite la reparación de los perjuicios cuya antijuridicidad dependa de la invalidez del acto. Es decir que erró la segunda instancia al concluir que era posible ordenar el reembolso de las sumas pagadas por el tributo, porque los actos particulares habrían perdido fuerza ejecutoria. En realidad, lo único que generaba, en tal caso, la pérdida de fuerza ejecutoria, era la imposibilidad de ejecutarlos, por ejemplo, mediante procedimientos administrativos de cobro coactivo, pero lo ya pagado gozaba de presunción de legalidad. (...) Aunque la nulidad del acto administrativo impersonal y abstracto produce efectos generales e inmediatos y, en principio, implica retrotraer los efectos que produjo, como si este no hubiera existido jamás (efecto ex tunc o desde ese entonces), tal retroactividad únicamente se predica de las situaciones jurídicas aún no consolidadas. Las situaciones jurídicas no consolidadas son las que, al momento de proferir la sentencia de nulidad, son todavía susceptibles de ser controvertidas por las vías administrativa o judicial, porque la oportunidad para activar los mecanismos no ha vencido, o porque dichos procedimientos o procesos se encuentran en espera de resolución. Así, ha reconocido la jurisprudencia administrativa que la nulidad del acto general creador del tributo otorga fundamento a las solicitudes de devolución del pago de lo no debido, incluso si se trata de tributos liquidados mediante actos particulares, al existir una vía para impugnar dichos pagos con el argumento de la nulidad del acto general.(...) Los obligados al pago de tributos liquidados mediante actos administrativos de contenido particular tienen a su disposición dos vías para obtener la devolución de lo pagado: la vía judicial que implica demandar, dentro de los cuatro meses siguientes, el acto administrativo de contenido particular que liquidó el tributo o la vía mixta en la que, luego de obtener la nulidad del acto de contenido general, creador del tributo, se procede a realizar la solicitud administrativa de devolución del pago de lo no debido pero, en este caso, únicamente se podría obtener el reembolso de lo pagado dentro de los cinco años anteriores a la ejecutoria de la sentencia de nulidad ya que, lo pagado con anterioridad ya es incuestionable administrativa y judicialmente. Igualmente, en caso de que la administración niegue la devolución, el mecanismo idóneo para controvertir tal decisión es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las posiciones de la Corporación acerca de la procedencia o improcedencia de la acción de grupo para reparar perjuicios causados por varios actos administrativos particulares, ver: Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia del 17 de mayo 2001, exp. 2000-0013-01(AG-010), Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 13 de marzo de 2003, exp. 2002-4222-01(AG-078), Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia del 15 de marzo de 2006, exp. 2005-03496-01; Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia del 22 de febrero de 2007, exp. 2002-01535 (AG) y Secc. 3, Sentencia de 16 de agosto de 2007, Rad. N.º 66001-23-31-000-2004-00832-01 (AG); Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia del 5 de marzo de 2008, exp. 2004-00066-01(AG) y Secc. 3, sentencia de 4 de junio 2008, exp. 52001-23-31-000-2004-00145-01(AG); Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 16 de agosto de 2007, Rad. N.º 66001-23-31-000-2004-00832-01 (AG); Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia del 6 de marzo de 2008, exp. 2003-01550-01; Consejo de Estado, Secc. 3, sentencia del 21 de mayo de 2008, exp. 2003-02373-01(AG); Consejo de Estado, Sub. C, Sentencia del 7 de marzo de 2011, exp. 2003-00650-02(AG).

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Catorce Especial de Decisión; sentencia del 6 de diciembre de 2021; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 66001-33-31-003-2008-00410-01\(AG\)REV](#)

3
SECCIÓN
PRIMERA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se declara la nulidad de los artículos 23 y 24 del Decreto 393 de 2002, porque imponen una mayor carga o tributo, por concepto de inscripción y renovación de la matrícula mercantil, a los pequeños comerciantes o establecimientos con menores activos o patrimonio, frente a los grandes empresarios o establecimientos, desconociendo el derecho de igualdad y la libertad de empresa.

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, para cuestionar la legalidad de los artículos 23 y 24 del Decreto 393 de 4 de marzo de 2002 “[...] por el cual se modifican parcialmente los Decretos 856 de 1994 y 92 de 1998, por medio de los cuales se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio y se fijan las relativas a los registros de proponentes y mercantil [...]”, expedido por el Gobierno Nacional.

MATRÍCULA MERCANTIL / TARIFA DE LA MATRÍCULA MERCANTIL / RENOVACIÓN DE LA MATRÍCULA MERCANTIL / TARIFA DE LA RENOVACIÓN DE LA MATRÍCULA MERCANTIL / TASA / DETERMINACIÓN DE LA TASA / SUJETO PASIVO DE LA TASA / CAPACIDAD ECONÓMICA DEL CONTRIBUYENTE / ACTIVOS / PRINCIPIO DE EQUIDAD VERTICAL DEL TRIBUTO / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA / PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD TRIBUTARIA / TARIFA DIFERENCIAL / PRINCIPIO DE JUSTICIA TRIBUTARIA / PRINCIPIO DE EFICIENCIA TRIBUTARIA / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD / PRINCIPIO DE IGUALDAD TRIBUTARIA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

Problema jurídico: [E]stablecer, [...] en segundo lugar, si los artículos 23 y 24 del Decreto 393 de 4 de marzo de 2002, expedido por el Gobierno Nacional, vulneraron [...] los artículos [...] 13 [...] 333 y 338 de la Constitución Política, esto es, la violación a los principios [...]de igualdad y de la libertad de empresa, al establecer las tarifas para el registro de la matrícula mercantil o su renovación, de acuerdo con el rango de activos de las empresas y en los porcentajes allí indicados, que, a juicio del actor, originaron para los pequeños comerciantes el pago de una tarifa alta en relación con sus activos que, en comparación con las grandes empresas, pagan una tarifa más baja.

Tesis: “[L]as referidas tarifas previstas, en los artículos 23 y 24 del Decreto 393 de 2002 acusados, para la matrícula mercantil o su renovación en el registro público, a los pequeños y grandes comerciantes o establecimientos, sucursales o agencias, en los porcentajes indicados en esas disposiciones, impusieron una mayor carga o tributo a los pequeños comerciantes o establecimientos con menores activos o patrimonio, lo cual, acorde con lo señalado por la jurisprudencia antes transcrita, constituye una carga inequitativa, que rompe con la proporcionalidad que este tipo de tributos debe respetar, y con el principio de progresividad, el cual hace referencia al reparto de la carga tributaria entre los diferentes obligados a su pago, según la capacidad contributiva de la que disponen. En tal sentido, se afectó el principio de equidad, que proscribe los tratamientos desproporcionados en la imposición de la carga tributaria de cara a la capacidad económica de las personas, así como el principio de igualdad, garantía que propende por “poner coto a la arbitrariedad y a la desmesura” y que se encuentra inescindiblemente ligada, en materia tributaria, al principio de equidad. En otras palabras, la Sala encuentra que hubo una distribución inequitativa de las tasas, impuestas en las disposiciones demandadas, con las cuales sufren más los empresarios o establecimientos más pequeños, a quienes dichos tributos impactan de forma más fuerte sobre sus activos o patrimonio, en tanto deben pagar unas tarifas más altas en relación con sus activos o patrimonio, que los grandes empresarios o establecimientos, lo cual obedeció a que en el proceso de imposición de las citadas cargas no se tuvo en cuenta su capacidad económica. Bajo las anteriores condiciones, las tarifas cuestionadas desconocieron, específicamente, el principio de equidad vertical, dado que no existe una mayor carga contributiva para las personas con mayor capacidad económica. Todo lo anterior, habida cuenta que la jurisprudencia antes citada ha señalado que la capacidad contributiva de los contribuyentes pretende establecer una correlación entre la obligación o imposición tributaria y su capacidad económica, de suerte que las tasas cuestionadas debieron ser graduadas de

conformidad con la capacidad de los sujetos, medidas objetivamente a partir de sus activos o patrimonios, es decir, de acuerdo con un sistema de escalas diferenciales, en las cuales se gravaran con tarifas superiores a los empresarios o establecimientos con mayores activos o patrimonio. En este orden de ideas, los artículos acusados del Decreto 393 de 2002, al establecer esa desproporcionalidad e inequidad en las tasas fijadas a los pequeños comerciantes o establecimientos, violaron el principio de igualdad, por lo cual este cargo prospera. También desconocieron los artículos 333 y 338 de la Constitución Política e impidieron el libre desarrollo de las pequeñas empresas o establecimientos, habida cuenta que si bien es cierto que la libertad de empresa puede ser limitada, mediante la intervención en la economía que se lleva a cabo por mandato de la ley para el cumplimiento de los fines de interés general, también lo es que no es posible restringirla arbitrariamente ni es factible impedir su ejercicio, desconociendo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional. [...] En consecuencia, habrá de declararse la nulidad de los artículos 23 y 24 del Decreto 393 de 4 de marzo de 2002, expedido por el Gobierno Nacional, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de marzo de 2022; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2009-00630-00.](#)

2. Se declara la nulidad parcial de la Resolución 1275 de 2011 del Ministerio de la Protección Social, por cuanto dentro de las medidas de pago de los recobros al FOSYGA el incumplimiento del plazo previsto conlleva la causación de intereses moratorios, de ahí que no es viable que se prevea que la entidad reguladora pueda exigir la renuncia a cualquier tipo de interés y otros gastos para poder acceder al pago de la obligación principal.

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, para cuestionar la legalidad del numeral 4 del artículo 2° de la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011, expedida por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, “por la cual se establece una medida de pago dentro del procedimiento de recobro para garantizar el flujo oportuno de recursos a las Entidades Promotoras de Salud”, porque, a juicio del demandante, el Ministerio estableció un trámite para garantizar el pago expedito del 30 % de los recobros efectuados por las ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD -EPS al FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA - FOSYGA, y limitó el acceso a dicho procedimiento a las EPS que de forma expresa renunciaran al cobro de intereses y otros gastos en cualquiera de sus modalidades.

RECOBRO AL FOSYGA / PROCEDIMIENTO DE RECOBRO AL FOSYGA / COBRO DE INTERESES / PAGO DE INTERESES / IMPROCEDENCIA DE LA DEDUCCIÓN DE INTERESES / EPS / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico: [D]eterminar si el numeral 4 del artículo 2° de la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011, expedida por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, al establecer que las EPS que quieran acogerse a la medida de pago dentro del procedimiento de recobro establecido en ese acto administrativo “[...] deberán renunciar expresamente al cobro de intereses, cualquiera que sea su modalidad y otros gastos independientemente de su denominación [...]”, vulnera los artículos 2°, 13, 48, 49, 58, 83, 90 y 209 de la Constitución Política, 65 de la Ley 45 de 1990, 13 de la Ley 1122 de 2007 y 1° y 4° del Decreto Ley 1281 de 2002.

Tesis: “[L]a Sala destaca que, con fundamento en el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, esta Corporación y la Corte Constitucional han señalado que el Estado debe pagar intereses moratorios por el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias, dado que estos tienen

un carácter indemnizatorio sobre los perjuicios causados a un acreedor al cual no se le han efectuado los pagos en la oportunidad debida. [...] Por su parte, al estudiar la legalidad de algunos apartes del artículo 25 de la Resolución número 002933 de 15 de agosto de 200619, expedida por el entonces MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, en los que se establecía que como consecuencia de los recobros al FOSYGA, no se reconocerían variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad, esta Corporación destacó que el reconocimiento de intereses moratorios por parte del Estado a las EPS constituye un instrumento resarcitorio cuyo sustento se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Política. [...] Como puede verse, la jurisprudencia en cita, parte del contenido del artículo 4° del Decreto Ley 1281 de 2002, que prevé de forma expresa que el incumplimiento de los plazos en el pago o giros de los recursos del sector salud de que trata esa norma causa intereses moratorios a favor de quien deba recibirlos. Lo anterior, debe ser interpretado a la luz de los mandatos de eficiencia y oportunidad de que trata el artículo 1° de dicho decreto, a lo que, en todo caso, concierne lo relativo a los recursos para cubrir recobros al FOSYGA de acuerdo con el artículo 13 de la misma norma. [...] Ahora bien, cabe resaltar que el numeral 2 del artículo 3° del Decreto 1865 de 2012 preveía una condición similar a la cuestionada en el presente asunto, según la cual para que pudieran acogerse al procedimiento de saneamiento de cuentas por recobros al FOSYGA allí establecido, las EPS debían “renunciar expresamente al cobro de intereses, así como de otros gastos, independientemente de su modalidad”. El numeral 2 del artículo 3° del Decreto 1865 de 2012, que contenía la condición referida fue anulado por esta Sala. [...] Así pues, en la medida en que el numeral 4 del artículo 2° de la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011 impone a las EPS la obligación de renunciar a los intereses “y otros gastos” en todas sus denominaciones, como condición para poder acogerse a la medida dispuesta allí para el pago de sus acreencias, es claro que dicha disposición transgrede abiertamente los artículos 90 de la Constitución Política y 4° del Decreto Ley 1281 de 2002. La Sala destaca que, a la luz del derecho Constitucional, no es válido que la administración pública supedite el pago parcial de sus obligaciones de forma anticipada, a la renuncia de los intereses por parte de sus acreedores ante un eventual incumplimiento en el pago de los saldos, dado que esto implica la creación de un régimen de irresponsabilidad estatal. Ahora bien, en relación con el derecho a la igualdad, la Sala advierte que, en efecto, existe una transgresión, pues el fundamento del pago de intereses moratorios por parte del Estado y de los particulares, ante el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias, en ambos casos tiene fundamento en el régimen de la responsabilidad patrimonial, aplicable en sus términos generales tanto en el derecho público como en el privado bajo los mismos presupuestos. Además, la Sala resalta que conforme con el parágrafo 5 del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, el legislador impuso de forma expresa que, cuando las EPS no paguen dentro de los plazos establecidos los recursos correspondientes a las IPS por los servicios de salud que prestan, estarán obligadas a reconocer intereses de mora. En tal sentido, el pago de intereses moratorios aludido, hace parte del mismo componente financiero del Sistema de Seguridad Social del servicio de salud, del cual el Estado es actor principal, pues finalmente es al que le corresponde su prestación, lo que le lleva a tener una posición equiparable a la de las EPS, en lo concerniente a las consecuencias por el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 10 de marzo de 2022; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2011-00338-00.](#)

2. Se declara la nulidad del acuerdo municipal que crea la Contraloría Escolar en las Instituciones Educativas Oficiales del Municipio de Medellín.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, para cuestionar la legalidad del Acuerdo Municipal núm. 41 de 30 de julio de 2010 “[...] Por el cual se crea la Contraloría Escolar en las Instituciones Educativas Oficiales del Municipio de Medellín [...]”, expedido por el Concejo del Municipio de Medellín.*

EDUCACIÓN / ENTIDAD TERRITORIAL / MUNICIPIO CERTIFICADO EN EDUCACIÓN / INSTITUCIÓN EDUCATIVA / COMUNIDAD EDUCATIVA / GOBIERNO ESCOLAR / CONTRALORÍA ESCOLAR / PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL / FALTA DE COMPETENCIA DEL CONCEJO MUNICIPAL

Problema jurídico: *[D]eterminar: i) si los artículos 2 y 41 de la Constitución Política y el parágrafo 2.° de la Ley 136 facultan a la parte demandada para crear la Contraloría Escolar en las instituciones oficial*

del Municipio de Medellín al fomentar las prácticas democráticas, facilitar la participación en las decisiones que los afectan, divulgar la Constitución y estar relacionado con la hacienda pública.

Tesis: “La Sala advierte que no es dable afirmar que el Concejo Municipal se encontraba facultado para crear este tipo de órganos de control estudiantil con el argumento de que la Constitución Política garantiza la participación de la comunidad en los asuntos que le interesan y que nos afecten o hace parte del ámbito de la hacienda pública, por cuanto la competencia en esta materia es exclusiva del legislador, [...] Al respecto, la Sala considera que las competencias y funciones de las entidades y corporación públicas se encuentran dadas por el ordenamiento jurídico, en los términos de los artículos 6,122 y 123 de la Constitución Política, [...] De acuerdo a lo anterior, la Sala advierte que no existía sustento normativo para que el Concejo Municipal de Medellín, estuviera facultada para expedir el acuerdo creando la figura del Contralor Estudiantil y, mucho menos, modificar la conformación y la estructura del Gobierno Estudiantil. Así, la Contraloría Escolar propuesta parte del Concejo Municipal de Medellín implica la creación de un nuevo órgano en los establecimientos educativos estatales, lo que modificaría la Ley General de Educación, lo que solo puede realizar el Congreso de la República mediante otra Ley. En este orden de ideas, comparte la Sala lo considerado por el a quo cuando afirmó que: “[...] en ninguna de las normas transcritas en el numeral anterior, se encuentra una que faculte al Concejo Municipal para crear o institucionalizar la figura de la Contraloría Escolar en las en las en las Instituciones Educativas Oficiales adscritas al municipio de Medellín, lo cual es necesario teniendo en cuenta el numeral 10 del artículo 313 de la Constitución Nacional, en la que se lee que corresponde a los Concejo Municipales, como función “Las demás que la Constitución y la ley le asignen [...]”, razón por la cual se confirmación la sentencia de primera instancia, tal y como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de este providencia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 7 de abril de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 05001-23-31-000-2011-01169-01.](#)

3. Se declara la nulidad de las expresiones “las entidades territoriales” y “entidad territorial” del Decreto 3531 de 2004, porque con su expedición se desbordó la potestad reglamentaria concedida por el artículo 15 de la Ley 401 de 1997, al desconocer, exceder y modificar el alcance establecido por el legislador.

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, para cuestionar la legalidad del Decreto 3531 de 27 de octubre de 2004, expedido por el Gobierno Nacional, “Por el cual se reglamenta el Artículo 15º de la Ley 401 de 1997, modificado por la Ley 887 de 2004” por haber sido expedido en contravía del espíritu de la norma que se estaba reglamentando o del querer del legislador.

POTESTAD REGLAMENTARIA / GAS NATURAL / USUARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS / MUNICIPIO / PROYECTO DE INFRAESTRUCTURA / INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / ACTIVIDAD COMPLEMENTARIA A LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ENTIDAD TERRITORIAL / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / PROCEDENCIA DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: [D]eterminar si con la expedición del Decreto 3531 de 2004, el Gobierno Nacional vulneró los artículos 334 de la Constitución y 15 de la Ley 401 de 1997, y como consecuencia, se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Tesis: “[E]l servicio público domiciliario de gas combustible está integrado por las actividades de producción, transporte, distribución y comercialización, hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo la conexión y medición. Estas actividades forman una cadena para llevar el gas natural a los diferentes destinatarios como consumidores finales, pasando de una hacia la otra desde su origen en la producción, para posteriormente transportar este energético y luego ser distribuido y comercializado

hasta la entrega del gas a los usuarios finales, garantizando de manera conjunta e integrada el suministro efectivo de este servicio público domiciliario. Las actividades indicadas se ejecutan por conducto de la infraestructura requerida para la prestación del servicio público domiciliario de gas natural. Todos los elementos necesarios para conducir el gas natural desde la fuente de producción hasta el consumidor final forman parte de la infraestructura que asegura el suministro efectivo de este combustible, dentro de la que se encuentra la conexión, incluida la acometida y el medidor, con la que los usuarios finales reciben el servicio. En síntesis, en el contexto de lo establecido en el artículo 15 de la Ley 401, según el cual el objetivo de la creación del Fondo Especial Cuota de Fomento del gas natural es promover y cofinanciar proyectos dirigidos al desarrollo de infraestructura para que se use el gas natural, dentro de ésta se encuentran todos los componentes requeridos para que efectivamente los usuarios finales puedan consumir el gas natural, incluidas las conexiones. En relación con este punto, la respuesta es afirmativa en cuanto que las conexiones forman parte de la infraestructura cuyo desarrollo es promovido y cofinanciado con los recursos del Fondo Especial Cuota de Fomento, por lo que el Gobierno Nacional no se extralimitó en el ejercicio de su potestad reglamentaria y el acto acusado no quebrantó la norma legal al incluir las Conexiones de Usuarios de Menores Ingresos dentro de los proyectos de infraestructura cofinanciables con recursos del Fondo citado supra. En cuanto al concepto de violación del artículo 334 de la Constitución, el cual se formuló de forma imprecisa, la Sala considera que el decreto acusado al definir los usuarios de menores ingresos y que sus conexiones pueden ser cofinanciadas con recursos del Fondo Especial Cuota de Fomento, no contraria dicha norma en la medida que se ajusta al propósito de la intervención del Estado en la economía que es el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional, y de manera especial, asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, obtengan el acceso efectivo a los servicios básicos que, en el presente asunto, corresponde al servicio público domiciliario de gas combustible. Frente a definir el acto acusado entre los solicitantes de cofinanciación a “las entidades territoriales” El artículo 15 de la Ley 401 señala que el Fondo Especial Cuota de Fomento tiene como objeto promover y cofinanciar proyectos dirigidos al desarrollo de infraestructura para el uso del gas natural en “los municipios y el sector rural”, mientras que el Decreto acusado en la definición de “Solicitante” del artículo 1º. alude a “las entidades territoriales”. Sin duda alguna la voluntad del legislador expresada en la norma reglamentada es que la promoción y cofinanciación de proyectos de infraestructura para el uso del gas natural es específicamente en los municipios y el sector rural. El artículo 286 de la Constitución dispone que son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas y la Ley podrá darles este carácter a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la Ley. El Gobierno Nacional al establecer en el Decreto demandado como solicitante de la cofinanciación del Fondo Especial a las entidades territoriales: (i) desconoce el alcance fijado por el legislador de manera precisa y concreta, cuando determinó que serían los municipios y el sector rural los destinatarios y beneficiarios de la promoción y cofinanciación de los proyectos de infraestructura para el uso del gas natural; y, (ii) excede el ejercicio de la facultad reglamentaria al modificar el contenido legal y darle un alcance diferente y más amplio debido a que las entidades territoriales además de comprender los municipios también tienen esta naturaleza los departamentos, los distritos, los territorios indígenas, y eventualmente, las regiones y provincias que se constituyan bajo ese carácter en los términos de la Constitución y la Ley, las cuales no están en el texto de la norma reglamentada, y por ello, no pueden ser destinatarias de los beneficios de la misma. Conclusiones de la Sala. La Sala procederá a declarar la nulidad de las expresiones “las entidades territoriales” y “entidad territorial” del Decreto 3531 de 2004, en la medida que se desbordó la potestad reglamentaria concedida por el artículo 15 de la Ley 401 de 1997, al desconocer, exceder y modificar el alcance establecido por el legislador, circunscrito a los municipios y sector rural como destinatarios y beneficiarios del artículo supra.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 25 de marzo de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2005-00121-01.](#)

4
SECCIÓN
SEGUNDA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO
JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Conductas tales como sujetar la admisión y permanencia en el empleo bajo la condición de no afiliarse al sindicato, otorgar privilegios para desestimular la afiliación, crear regímenes diferenciales entre los no sindicalizados y los sindicalizados en perjuicio de estos últimos, al igual que los despidos masivos de trabajadores de aquellos, así como suspender o modificar las condiciones de trabajo de dicho personal, constituyen actos que atentan contra la libertad sindical.

Síntesis del caso: La demandante desempeña labores como docente en el Municipio de Mosquera desde el 14 de julio de 1980 y fue vinculada a la Institución Educativa La Merced en dicho ente territorial a partir del 1° de febrero de 2001. Al empezar el año lectivo 2013 el rector del mencionado plantel educativo, expidió la Resolución 002 del 24 de enero de 2013, a través de la cual realizó la asignación académica de los docentes de esa institución, y excluyó de la carga académica a la demandante, distribuyendo entre distintos docentes pertenecientes a ese establecimiento de otras áreas la asignatura por ella dictada. Igualmente dejó por asignar 5 horas semanales de esa materia para los cursos 704, 801, 802, 803 y 804. Mediante Oficio fechado 25 de enero de 2013, el rector de la Institución Educativa La Merced, puso en conocimiento a la libelista que, luego de efectuada la asignación académica para el año 2013, aquella quedó «excedente» de la planta de personal del colegio, motivo por el cual debía presentarse a la Secretaría de Educación del Municipio de Mosquera, Cundinamarca, con el fin de que le fuera asignada una ubicación. Como consecuencia de lo anterior, se expidió la Resolución 063 del 7 de febrero de 2013 signada por el alcalde municipal de Mosquera, en la cual se dispuso trasladar a la docente al plantel educativo Roberto Velandia, para que dictara el área de ética y valores, decisión frente a la cual interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto de forma negativa por medio de Resolución 159 del 18 de marzo de 2013, que confirmó en todas sus partes el acto administrativo primigenio.

TRASLADO DOCENTE/ DESVIACIÓN DE PODER DE LOS ACTOS DEMANDADOS/ ACTUACIONES QUE ATENTAN CONTRA EL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL / IMPROCEDENCIA DE PERJUICIOS MORALES NO COMPROBADOS / MEDIDAS DE REPARACIÓN NO PECUNIARIAS

Problema jurídico: «¿Las Resoluciones 063 del 7 de febrero de 2013 mediante la cual se trasladó del servicio a la docente Yolanda Escobar Castillo de la Institución Educativa La Merced al plantel Roberto Velandia y 159 del 18 de marzo de la citada anualidad que resolvió de forma negativa el recurso de reposición, se ajustaron a las exigencias legales y jurisprudenciales fijadas para este tipo de decisiones o, por el contrario, la entidad demandada incurrió en desviación de poder que alega la demandante?»

Tesis: «El artículo 39 Superior consagra el derecho a la asociación sindical para todos los trabajadores y empleados, quienes pueden constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su consagración constitucional persigue hacer operativo y potencializar el derecho fundamental a la libertad de constituir organizaciones de trabajadores o de patronos. [...] Por su parte, los artículos 353 y 354 del CST, señalan: [...] d). Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir o difundir el ejercicio del derecho de asociación, y [...] Los anteriores literales impiden que el respectivo empleador, quien detenta los medios de capital, pueda influir en la

decisión del trabajador y «obstruir o dificultar» la afiliación al sindicato mediante mecanismos como dádivas, promesas o reconocimiento de beneficios. De paso se protege que el empleador restrinja la afiliación, se evita la injerencia indebida en su destino; y se ampara el derecho básico a la existencia misma de la organización sindical, que se vería amenazada si se permitiera que el empleador ofreciera privilegios por no afiliarse, creara condiciones más favorables para quienes no se afilien o sujetara la permanencia en el empleo a la circunstancia de no pertenecer al sindicato. [...] Bajo dicho entendido, tales conductas, además de atentar contra el derecho de asociación sindical, en relación con el artículo 39 de la Constitución, también contravienen lo previsto por los artículos 2.º, 3.º y 11 del Convenio 87 de la OIT, los artículos 1.º y 2.º del Convenio 98 de la OIT13 y el artículo 354 del C.S.T. [...] Al regular lo concerniente al traslado docente para la debida prestación del servicio educativo, entendido este como una facultad del empleador para modificar las condiciones de trabajo en cuanto a modo, lugar, cantidad y tiempo de labor, en virtud del poder subordinante que tiene sobre sus empleados, la Ley 715 de 200114 en su artículo 22 señaló lo siguiente: «Artículo 22. Traslados. Cuando para la debida prestación del servicio educativo se requiera el traslado de un docente o directivo docente, este se ejecutará discrecionalmente y por acto debidamente motivado por la autoridad nominadora departamental, distrital o del municipio certificado cuando se efectúe dentro de la misma entidad territorial. [...] El citado artículo 22 de la Ley 715 de 2001, fue objeto de demanda de exequibilidad ante la Corte Constitucional, la cual a través de la sentencia C-918 de 200215, se pronunció sobre la pretensión relacionada con la facultad discrecional que tiene el nominador para realizar el traslado docente. Al respecto señaló que no es una discrecionalidad absoluta, incompatible con los principios del Estado de derecho, sino que debe estar acorde con las necesidades del servicio [...] Empero, posteriormente, el Decreto 520 del 17 de febrero de 201017, el cual derogó el Decreto 3222 de 2003, en sus artículos 2.º y 5.º previó que el traslado de docentes que atienden el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, administrados por cada una de las entidades territoriales certificadas en educación, atendería de una parte, un proceso ordinario y de otra, con ausencia de aquel. [...] Conforme a los contenidos de las normas referenciadas se observa que los traslados de docentes y docentes directivos pueden provenir (i) por solicitud del propio profesor, evento en el cual se deberá someter a un trámite ordinario el cual se lleva a cabo al inicio del receso estudiantil y de conformidad con el cronograma que fije el Ministerio de Educación Nacional, con la finalidad de que al inicio del año siguiente los docentes trasladados ya se encuentren reubicados, y (ii) de manera discrecional, en cualquier época del año cuando las necesidades del servicio de carácter académico o administrativo así lo requieran para garantizar la prestación continua del servicio educativo, por razones de salud y de conveniencia. De esta manera, es claro que la potestad discrecional de la administración para ordenar traslados de docentes no es absoluta, sino que se encuentra limitada, de una parte, por elementos objetivos que responden a necesidades públicas en la prestación del servicio de educación y, de otra, por una naturaleza objetiva que atiende las circunstancias personales del docente o de su núcleo familiar. Aunado a lo anterior, se hace necesario resaltar que dicha facultad se encuentra sometida a la debida motivación, de ahí que si una decisión de esa naturaleza se aparta de las razones concretas y fundamentos fácticos ciertos que sustentan la necesidad del servicio para que se efectúe el respectivo traslado, ese acto estará viciado por las causales de nulidad de falsa motivación o desviación de poder. [...] llama la atención de esta Sala de Decisión que a los docentes a los cuales no les fue asignada carga académica para el año 2013, fueron justamente aquellos que se encontraban sindicalizados.[...] analizados los testimonios previamente transcritos, se encuentra que son coherentes en afirmar que los tres docentes se encontraban vinculados al sindicato en la Institución Educativa La Merced, incluyendo la demandante, y que aquellos servidores fueron a los únicos a los cuales se les excluyó de carga académica para el año 2013, destacándose además que, conforme a su dicho, fueron objeto de constantes discriminaciones y tratos despectivos por su condición de activistas sindicales por parte del rector de ese plantel, lo cual permite inferir que la ausencia en la asignación para el referido año lectivo, guardó relación con su afiliación sindicalista y el reparo del rector hacia este tipo de trabajadores. [...] la voluntad del rector de la Institución Educativa La Merced al momento de distribuir la asignación académica para el año lectivo 2013, estuvo orientada a prescindir de los docentes sindicalizados, toda vez que a pesar de quedar pendiente 13 horas semanales de asignaturas a distintos cursos, optó por excluir a los docentes que se encontraban en actividad sindical, cuando era factible que dicha distribución los incluyera, o al menos a alguno de ellos, o que se prescindiera de uno que no estuviera sindicalizado. [...] se demostró dentro del presente proceso que la decisión del rector no propendió por las necesidades o mejoramiento del servicio, por el contrario, se dejó sin clases a varios cursos por aproximadamente 15 días conforme lo indicaron los testigos y la motivación del traslado fue personal y en persecución de un grupo de docentes activistas sindicales, luego, al sustentarse los actos administrativos demandados en que la libelista no tenía carga académica, aquellos se encuentran viciados de desviación de poder, en tanto la intención era desconocer la libertad sindical. En línea con lo expuesto y acorde con lo probado dentro del plenario, es procedente la

declaratoria de nulidad de las Resoluciones 063 del 7 de febrero de 2013 a través de la cual se ordenó el traslado a otra institución docente a la señora Yolanda Escobar Castillo y 159 del 18 de marzo de la citada anualidad, que decidió el recurso de reposición, respectivamente, por cuanto se desvirtuó su legalidad por desviación de poder, tal como lo consideró el a quo. [...]»

[Consejo de Estado, de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 17 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2013-06020-02\(0513-17\)](#)

2. La aplicación de la Ley 6 de 1945 o del Decreto 3135 de 1968, en cuanto a edad y tiempo de servicios, para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, dependerá de la vinculación nacional o territorial del empleado público.

Síntesis del caso: La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, compareció ante esta Corporación en ejercicio de la acción de revisión con el propósito de que fuese revocada la sentencia del 29 de marzo de 2019 expedida por la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, se ordenase la reliquidación del IBL de la pensión reconocida al señor (...) según lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 o el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y los factores señalados taxativamente en el Decreto 1158 de 1994, así también el reintegro de los dineros recibidos en exceso producto de la orden judicial cuestionada. Lo anterior, al considerar que la providencia recurrida ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante sobre el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio conforme lo dispuesto en el régimen anterior, los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978, en contravención al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado, según los cuales para la determinación de la mesada pensional se debe atender a la regla prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta solo la lista de factores indicados expresamente en el Decreto 1158 de 1994. En ese orden de ideas, destacó que la cuantía del derecho reconocido excedió lo debido de acuerdo con la ley.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993 / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN / REQUISITOS DE EDAD Y TIEMPO CONTEMPLADOS EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 33 DE 1985

Problema jurídico: «¿La Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca al proferir la sentencia del 29 de marzo de 2019 que reliquidó la pensión de vejez del señor (...) incurrió en la causal de revisión prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003?»

Tesis: «[...] esta Sección del Consejo de Estado ha admitido la aplicación tanto de la Ley 6 de 1945 como del Decreto 3135 de 1968 tratándose de las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1983. De acuerdo con lo anterior, y para llegar a un consenso, la Corporación ha adoptado la tesis según la cual la aplicación de la Ley 6 de 1945 o del Decreto 3135 de 1968, para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, dependerá de la vinculación nacional o territorial del empleado público, en los términos a continuación: «Ahora bien, en principio la Ley 6ª de 1945 se aplicó para efectos de las prestaciones sociales de los empleados de los sectores público nacional y privado, así como a los servidores públicos del nivel territorial, la cual, sobre la pensión de jubilación, dispuso: Art. 17 Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: [...] b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo [...]. Posteriormente, el Decreto 3135 de 1968, aplicable a los servidores públicos del orden nacional, en relación con la pensión de jubilación, previó: Artículo 27.- Pensión de jubilación o vejez. El

empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio. No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la Ley determine expresamente. El mencionado Decreto 3135 de 1968 fue derogado por la Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron disposiciones respecto de las cajas de previsión y las prestaciones para el sector público, que estableció como exigencia para acceder a la pensión ordinaria de jubilación que el empleado oficial hubiera servido 20 años continuos o discontinuos y tuviera 55 años de edad. Sin embargo, en el artículo 1º (párrafo 2º) de la aludida Ley 33 consagró un régimen de transición consistente en que los empleados oficiales que a la fecha de su entrada en vigor (13 de febrero de 1985) «[...] hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley» (se destaca), que para el caso de los servidores públicos del orden nacional era el Decreto 3135 de 1968, y frente a los del orden territorial, la Ley 6ª de 1945». Tesis que, aunque sea posterior a la providencia que se revisa, se acogerá en esta oportunidad a fin de armonizar las posiciones que hasta este momento se han sostenido y no dar lugar a desigualdades; en consecuencia, teniendo en cuenta que el señor (...) laboró al servicio de la Nación, en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y en la Superintendencia de Notariado y Registro, se aplicará en el sub examine el Decreto 3135 de 1968 en cuanto a la edad requerida por el trabajador para acceder a la pensión de jubilación, en armonía con las reglas de unificación previstas en la sentencia del 28 de agosto de 2018. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 24 de marzo de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-25-000-2019-00699-00\(5398-19\)](#)

3. La cónyuge supérstite cumple con el requisito de convivencia efectiva para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, pese a no compartir techo con el causante, cuando se acredita acompañamiento espiritual, moral, económico y el deber apoyo y auxilio mutuo.

Síntesis del caso: La cónyuge supérstite solicita el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, la cual le fue reconocida por la administración. Con posterioridad y de acuerdo a un informe de seguridad, se consideró que no existió convivencia por un tiempo superior a 5 años con el causante.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / REQUISITOS PARA LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / TIEMPO DE CONVIVENCIA PARA LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CÓNYUGE SUPÉRSTITE / ACREDITACIÓN DE CONVIVENCIA EFECTIVA

Problema jurídico ¿[L]a cónyuge supérstite cumple con el requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, pese a no compartir el mismo techo con el causante?

Tesis: “Para la Sala, la convivencia no se restringe a una simple cohabitación, sino que se trata del deseo de la pareja de construir y mantener una familia, aunque no requiere de formalismo para su constitución, si es necesario la acreditación de los elementos básicos de permanencia y estabilidad, como el hecho de que mantuvieran su continua comunicación, apoyo e incondicionalidad pese a la distancia. En efecto, la convivencia no se refiere, en forma exclusiva, a compartir el mismo techo y habitar junto al otro, sino a los elementos que en mayor medida definen esa convivencia, como, por ejemplo, el acompañamiento espiritual, moral y económico y el deber de apoyo y auxilio mutuo, aspectos que la demandada logró demostrar, pues, además de las declaraciones que fueron aportadas para que le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes, aportó al plenario varias declaraciones que demuestran la relación que

mantuvo con el causante. Se insiste, aun cuando la distancia los separaba, las pruebas que obran en el plenario permiten dar cuenta acerca del apoyo y comprensión mutua, pues además de que estaba pendientes el uno del otro, se visitaban continuamente en el lugar de residencia de cada uno de ellos. Pero, si en gracia de discusión no se admitiera lo anterior, resulta que el inciso 3º del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 brindó la oportunidad a la cónyuge superviviente de ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pero solo cuando se ha mantenido la sociedad conyugal vigente. Lo cual sucedió en el presente caso, pues aunque aparentemente estuvieron separados de hecho, su matrimonio estuvo vigente hasta cuando falleció el señor (...) (q.e.p.d.). Lo anterior, por cuanto la separación de hecho no resta efectos a la sociedad patrimonial existente entre el causante y su cónyuge superviviente, dado que los haberes del matrimonio siguen produciendo efectos jurídicos. (...) si la señora (...) «cónyuge superviviente», aparentemente, se había separado de hecho del señor (...) (q.e.p.d.) no habían liquidado la sociedad conyugal y, además, no tenía convivencia simultánea con otra persona para el momento del fallecimiento de éste, no le era aplicable lo previsto en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual le exigía probar, su convivencia con el causante dentro de los 5 años anteriores a su deceso, sino que su situación se enmarcaba en lo dispuesto en el inciso tercero literal b) ibídem, que refiere a hipótesis normativas no solo de disputas entre parejas del causante, ya sea por convivencia simultánea con cónyuge superviviente y compañero permanente, o convivencia no simultánea con el cónyuge separado de hecho y sociedad conyugal vigente, sino al escenario que se estudia en el presente caso, en donde la cónyuge no ha liquidado la sociedad conyugal y no hay compañera permanente que pugne por el derecho pensional. No obstante, se insiste, lo que existió entre la demandada y el pensionado fue una convivencia efectiva, entendida ésta como el apoyo espiritual, moral, auxilio, compañía, afecto o dependencia en aspectos económicos y de seguridad social que han sido criterios orientadores de esta Corporación al momento de la valoración de la existencia de una convivencia de pareja; por ende, la Sala confirmará la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 27 de enero de 2022, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 88001-23-33-3000-2018-0052-01 \(5322-2019\).](#)

4. En cualquier asunto que involucre el reconocimiento de una relación laboral con el Estado, debe analizarse si existe o no solución de continuidad entre los periodos contractuales a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios

Síntesis del caso: *La actora demandó el reconocimiento de la relación laboral al servicio del E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca a través de contratos de prestación de servicios en el cargo de auxiliar de enfermería y de laboratorio en el período comprendido entre el 1º de abril de 2008 y el 31 de octubre de 2013, comoquiera que durante ese lapso «trabajó» de manera subordinada puesto que la prestación personal del servicio fue objeto de subordinación, ya que debía atender a la imposición de turnos para la atención directa de los pacientes, y cumplir órdenes y directrices de los representantes de la entidad. Durante la ejecución de los contratos asumió el pago de la seguridad social en salud y pensión y los riesgos laborales en un 100%.*

LABORAL / PRUEBA DE LA SUBORDINACIÓN / CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD

Problema jurídico 1: *¿Procede declarar el contrato realidad por existir prueba de la subordinación de profesional de enfermería?*

Tesis 1: «Es del caso precisar que el principio de coordinación, insito en los contratos de prestación de

servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz del contrato, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel cumple su contrato con independencia, pero en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito. Lo anterior difiere de la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, esta cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del trabajo de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle. En efecto, el empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que el trabajador desarrolle sus labores, sin que le asista ningún tipo de independencia. En ese orden, en el presente caso no puede hablarse de coordinación, como pretende la entidad demandada, habida cuenta de que el desempeño de las funciones por parte de la actora estaba sujeto a la imposición de medidas y/o órdenes del hospital, tales como: el establecimiento de horarios o turnos, prácticamente inmodificables debido al funcionamiento de la institución, la imposibilidad de la prestación del servicio por otras personas, y, además, la situación referente a que debía cumplir funciones relacionadas con el objeto misional de la entidad, lo que denota sin lugar a dudas que la accionada, en su condición de empleadora, tenía la posibilidad de disponer del trabajo de la demandante, hecho que demuestra la existencia de una verdadera subordinación. De las referidas circunstancias puede inferirse que la demandante laboraba bajo una continua subordinación, pues además de prestar sus servicios en las instalaciones del hospital y cumplir con el horario impuesto a través de la asignación de turnos de trabajo, haber desarrollado unas actividades particularmente similares a las de los empleados de planta de la entidad, también recibía instrucciones precisas sobre la forma como debían prestar el servicio, es decir, en cómo debían ejecutar el objeto de su contrato. [...]».

CONTRATO REALIDAD / PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD / INEXISTENCIA DE SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL / OPERANCIA DE LA PRESCRIPCIÓN

Problema jurídico 2: *¿Hay lugar a declarar de forma parcial la prescripción extintiva de los derechos derivados del contrato realidad cuando, tratándose de relaciones discontinuas, se supere el término de tres años para su reclamación?*

Tesis 2: «Al haberse presentado interrupciones considerables que suspendieron la continuidad del vínculo debían haberse reclamado en sede administrativa dentro de los tres años siguientes a la terminación del encargo; no obstante, la primera petición de reconocimiento y pago de sus acreencias laborales ante la entidad fue presentada el 12 de octubre de 2016, por lo que, en los tres casos, fue superado ampliamente el término de prescripción y, en consecuencia, se configuró dicho fenómeno. (...). El cuarto período contractual, entonces, se desarrolló entre el 1º de septiembre de 2012 y el 31 de octubre de 2013. Sobre dicho lapso se advierte que la demandante prestó sus servicios profesionales al Hospital San Vicente de Arauca en una continuada relación laboral, por cuanto no se vio interrumpida en ningún momento, ya que los interregnos entre cada contrato no fueron superiores a los 30 días hábiles, tal como se advierte en la tabla que antecede. Por lo tanto, ante la existencia de una relación laboral entre las partes corresponde realizar el cómputo del término prescriptivo a partir de la terminación de su vínculo contractual, esto es, desde el 31 de octubre de 2013. Comoquiera que el 12 de octubre de 2016, la actora presentó la reclamación administrativa, su solicitud se encuentra dentro del término legalmente establecido para ello, no hay lugar a declarar la prescripción por dicho período y le asiste derecho a que le sean reconocidos los emolumentos prestacionales derivados de esa vinculación.»

CONTRATO REALIDAD / CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD / RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD / OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR / PAGO DE APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Problema jurídico 3: *¿El restablecimiento del derecho del contrato realidad comprende el reconocimiento de los aportes a pensión dejados de realizar por la administración empleadora como consecuencia de la relación laboral encubierta?*

Tesis 3: «Dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, el Hospital deberá completarlos al respectivo fondo de pensiones en el porcentaje que le correspondía

durante el tiempo comprendido entre el 1º de abril de 2008 y el 30 de junio de 2012, salvo las interrupciones advertidas.»

CONTRATO REALIDAD / CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD / RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD / PRESTACIONES EXTRALEGALES

Problema jurídico 4: ¿El restablecimiento del derecho del contrato realidad comprende el reconocimiento y pago de prestaciones extralegales que disfrute el personal de planta?

Tesis 4: «A la actora le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un auxiliar de enfermería del Hospital demandado, tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, mas no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que ella carece.»

CONTRATO REALIDAD / CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD / RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD / APORTES AL SISTEMA DE SALUD

Problema jurídico 5: ¿El restablecimiento del derecho del contrato realidad comprende la devolución de los aportes en salud efectuados por el contratista?

Tesis 5: «De conformidad con las reglas plasmadas en la sentencia del 9 de septiembre de 2021, aunque se le haya reconocido una relación laboral a la contratista, no procede la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que sufragó bajo el régimen contractual. Así las cosas, frente a lo requerido por la demandante, se tiene que no hay lineamientos jurídicos que permitan la posibilidad de la devolución de los aportes a salud que efectuó como contratista, comoquiera que estos fueron debidamente cotizados al sistema general de Seguridad Social en salud, al existir una obligación legal de realizar dicha contribución.»

Nota de relatoría: Sobre el contrato estatal de prestación de servicios y relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social en salud, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ2-025-21 del 09 de septiembre de 2021

[Consejo de Estado, de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 17 de febrero de 2022, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 81001-23-39-000-2017-00036-01\(1138-19\)](#)

5. La prescripción del derecho al pago de las diferencias pensionales causadas con ocasión a la indexación de la primera mesada, se interrumpe con la petición presentada por la pensionada y, al fallecer ésta, se suspende la prescripción a favor del hijo interdicto.

Síntesis del caso: Una pensionada solicita el reconocimiento de la indexación de la primera mesada el 29 de marzo de 2011, pero por su posterior muerte la administración consideró que debía abstenerse de pronunciarse por falta de interés jurídico. El 23 de enero de 2015, el hijo interdicto reitera la solicitud y, se le reconoce la indexación mencionada, pero con efectos fiscales a partir del 10 de febrero de 2012, sin consideración a la petición inicial que presentó la causante.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN / SOLICITUD DE LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL / INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN / DECESO DEL PENSIONADO / HIJO / INTERDICTO / SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN / PROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Problema jurídico ¿Es procedente que se tenga en consideración la reclamación de la indexación de la primera mesada pensional presentada en vida del pensionado para efecto de la interrupción de la prescripción, o si como lo afirma la entidad, al fallecer la pensionada era procedente que se abstuviera de pronunciarse por falta de interés jurídico, y la prescripción realmente se interrumpió con la nueva reclamación presentada por su hijo interdicto?

Tesis: "Pretende el actor se tenga en cuenta la interrupción de la prescripción desde la primera reclamación realizada en vida por la causante el 29 de marzo de 2011. Sobre el particular, la Sala observa, en primera medida, que se debe diferenciar entre la interrupción de la prescripción efectuada por la causante el 29 de marzo de 2011 y la suspensión de la prescripción a favor de su hijo interdicto. Así pues, en lo que respecta a la interrupción se debe decir que la simple reclamación que se presente por escrito por parte del trabajador o empleado ante la administración interrumpe la prescripción por un lapso igual, esto es, por 3 años; tiempo que se cuenta a partir de la fecha en que el derecho es exigible.(...) Ahora bien, la Sala llama la atención sobre que en el caso sub lite están en discusión derechos de una persona declarada interdicta a favor de quien se suspende la prescripción, tal como se explicó en precedencia. En virtud de lo anterior, se está en el ámbito de la suspensión de la prescripción cuando se trata de incapaces y en general de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría, encontrándose en imposibilidad de hacer valer sus derechos. Esto ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia al señalar que como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil, en particular los artículos 2541 y 2530. Por lo anterior, la Sala precisa que, el término de prescripción se suspendió a favor del señor (...) dado que fue declarado interdicto judicialmente, en fallo del 16 de diciembre de 2009. En consecuencia, debe resaltarse que en el caso bajo estudio, la madre del actor, como pensionada, en un primer momento, interrumpió la prescripción cuando inició la actuación administrativa al incoar la solicitud de indexación de la primera mesada pensional el 29 de marzo de 2011. Y, en un segundo momento, al fallecer la pensionada nació el derecho para su hijo declarado interdicto, en contra de quien se suspendió la prescripción. Sin embargo, la entidad se abstuvo de resolver la solicitud del 29 de marzo de 2011 aduciendo la inexistencia de interés como resultado del fallecimiento de la pensionada, actuación que en criterio de la Sala no tiene soporte jurídico, toda vez que la entidad tenía conocimiento de la existencia del hijo interdicto de la señora (...) Por consiguiente, en el sub lite, la UGPP al decretar la prescripción de las diferencias pensionales anteriores al 10 de febrero de 2012, desconoció la regulación del derecho de petición, y el derecho fundamental a la Seguridad Social del hijo interdicto como sujeto de especial protección constitucional.(...) En este punto, nótese que la naturaleza fundamental del derecho la seguridad social, obliga a que la interpretación de las normas procesales se realice garantizando la efectividad de los derechos sustanciales. Ciertamente, la Sala insiste en que la pensionada interrumpió la prescripción cuando presentó la solicitud de indexación de la primera mesada pensional el 29 de marzo de 2011, y al fallecer el 16 de junio siguiente, se suspendió la prescripción a favor de su hijo interdicto, de modo que, en principio, habría de entenderse que la demanda tenía que instaurarse dentro de los 3 años siguientes, empero, lo cierto es que los términos de prescripción estaban suspendidos, por disposición del artículo 2530, modificado por el artículo 3 de la ley 791 de 2002. De modo que procede el pago de las diferencias pensionales desde el 29 de marzo de 2008, teniendo en cuenta que la pensionada solicitó la indexación de la primera mesada el 29 de marzo de 2011. Por consiguiente, se modificará el fallo apelado con el fin de ordenar el pago de las diferencias pensionales causadas con efectos fiscales desde el 29 de marzo de 2008."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de marzo de 2022, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 76001-23-33-000-2016-00438-01- \(2939-2019\).](#)

6. No es inmutable la pensión de jubilación reconocida mediante acto administrativo, que se expide en cumplimiento de una acción de tutela, así

no se haya condicionado el derecho de manera transitoria hasta el control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Síntesis del caso: *Un beneficiario del régimen de transición que se había trasladado al régimen de ahorro individual obtiene su regreso al régimen de prima media mediante la decisión del juez de tutela. La administración procede al reconocimiento de la pensión de jubilación por 4 meses y condicionada al reconocimiento definitivo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual no se consagró en la decisión judicial.*

INMUTABILIDAD DE LA SENTENCIA / COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL / CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO EN CUMPLIMIENTO DE FALLO DE TUTELA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / FALSA MOTIVACIÓN

Problema jurídico: *¿[E]s inmutable la pensión de jubilación concedida se adoptó en cumplimiento de una sentencia de tutela que no condicionó el derecho de manera transitoria hasta cuando se decidiera lo pertinente por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo?*

Tesis: “En este asunto, se destaca que la cosa juzgada constitucional o inmutabilidad del referido fallo de tutela se predica respecto de los derechos constitucionales fundamentales amparados por las aludidas autoridades judiciales que ordenaron a Porvenir autorizar el traspaso del actor a Cajanal y trasladar la totalidad de su ahorro pensional, y a esta última responder la reclamación pensional de aquel, pero no frente al reconocimiento de la prestación de manera definitiva. En ese orden de ideas, en el sub lite la cosa juzgada Página 1 de 5 constitucional no cubre el acto administrativo objeto de reproche en este asunto porque existe un ordenamiento especial que otorga a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad de juzgar, a petición de cualquier persona, la legalidad de los actos que expida la Administración. Lo contrario implicaría desconocer la competencia otorgada tanto por el legislador como por la Carta Política (artículos 236 a 238) a los jueces de lo contencioso-administrativo, para que a través de los medios de control previstos en los artículos 135 y siguientes del CPACA decidan acerca de la legalidad de los diferentes actos que expide la Administración, incluidos, por supuesto, los que se profieran en acatamiento de una orden constitucional de tutela.(...) De este modo, los actos administrativos que reconozcan o reliquiden prestaciones periódicas, que se profieran como consecuencia de una orden de tutela, no están excluidos del control judicial que por mandato constitucional y legal le corresponde ejercer a los jueces de lo contencioso-administrativo, por consiguiente, en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, el litigio derivado de la cosa juzgada constitucional en materia de amparo, cobra distancia del debate posterior que surja por la expedición del referido acto, dado que la discusión primaria gira en torno a la protección de derechos fundamentales y la que se origine de esta, concierne a unas causales específicas de legalidad previstas en el ordenamiento. En consecuencia, contrario a lo afirmado en la sentencia de primera instancia, la Resolución controvertida no incurrió en falsa motivación, sino que, al reconocer la pensión de jubilación al demandante como mecanismo transitorio, procuró que el derecho sustancial se sometiera al análisis del juez natural para que la contienda se definiera de fondo y por el competente, máxime cuando ninguno de los dos fallos de tutela se refirió a la pérdida del beneficio transicional de la Ley 100 de 1993, pues el thema decidendum se contrajo a su retorno al régimen de prima media con prestación definida.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 10 de febrero de 2022, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 47001-23-33-000-2014-00396-02 \(1318-2020\)](#)

5
SECCIÓN
TERCERA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Corresponde al demandante probar los perjuicios patrimoniales e inmateriales que solicita le sean resarcidos.

Síntesis del caso: *En el curso de una investigación por lavado de activos y enriquecimiento ilícito, la Fiscalía General de la Nación ordenó la incautación de unas divisas que fueron entregadas en depósito al Banco de la República. Dos años después, la Fiscalía profirió resolución inhibitoria y ordenó la devolución de las divisas. A pesar de que la devolución se hizo efectiva, el demandante reclama que no pudo obtener rendimientos de las divisas durante el tiempo que duraron incautadas.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INCAUTACIÓN / DIVISAS / INVESTIGACIÓN PENAL / PRUEBA DEL PERJUICIO MATERIAL / PRUEBA DEL PERJUICIO MORAL / INEXISTENCIA DE LA PRUEBA DE LOS PERJUICIOS

Problema jurídico: *¿La prueba de la decisión inhibitoria dentro del proceso penal es prueba suficiente del perjuicio patrimonial e inmaterial?*

Tesis: “La Sala negará las pretensiones de la demanda porque la parte actora no demostró la antijuridicidad del daño reclamado, debido a que no acreditó la anormalidad del daño que sufrió como consecuencia de la incautación de las divisas. El demandante se limitó a aportar las piezas del proceso penal que prueban la incautación de las divisas, pero no solicitó ni allegó prueba alguna para demostrar las afectaciones patrimoniales o inmateriales que de manera concreta sufrió como consecuencia de este hecho y que la Sala pueda considerar como de especial gravedad o anormalidad. [...] [L]a suma incautada no estuvo sujeta a la depreciación del peso y el demandante no afirmó ni probó ninguna circunstancia particular que permitiera demostrar que sufrió perjuicios graves y anormales (antijurídicos) que evidencien un desequilibrio ante las cargas públicas que deba ser restablecido por el Estado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2022, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 25-000-23-26-000-2011-01023-01\(50442\).](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

DAÑO ANTIJURÍDICO / PRUEBA DEL PERJUICIO MATERIAL / PRUEBA DEL PERJUICIO MORAL / INEXISTENCIA DE LA PRUEBA DE LOS PERJUICIOS / TEORÍA DEL DAÑO ESPECIAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL

Tesis: “Considero que la sentencia incurre en una imprecisión conceptual, cuando entiende por daño antijurídico aquel que reúne las condiciones de particular, anormal y grave. Estas últimas son notas definitorias del título de imputación de daño especial y no del daño antijurídico. Recuérdese que puede existir un daño que, aunque no reúna las características de particular, anormal y grave, el afectado no se encuentre en la obligación jurídica de soportarlo y deba ser reparado. En el caso concreto, estimo que, aunque se probó el daño (la incautación de las divisas) no se probó un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, así como tampoco, se demostró que se pudiera activar el título de daño especial. En todo caso, tampoco se demostró la existencia de los perjuicios que le ocasionó la incautación de las divisas. Para ello, era innecesario, además de incorrecto, concluir que no se demostró que existió un daño antijurídico porque no se probó un daño particular, anormal y grave.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2022, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, S.V. Alberto Montaña Plata, radicación: 25-000-23-26-000-2011-01023-01\(50442\).](#)

2. El principio de planeación no sólo impone cargas y deberes al Estado contratante, sino también al contratista desde la fase previa al contrato, de manera que son ambas partes las que están llamadas a observar el aludido principio.

Síntesis del caso: "El 29 de septiembre de 2005, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá como contratante, y la sociedad (...) en calidad de contratista, suscribieron el contrato de obra pública No. 117. Esta última solicitó que se declarara el incumplimiento del principio de planeación por parte de la entidad pública, por estimar un área de construcción inferior a la que realmente se ejecutó. El contrato se modificó en tres ocasiones, en plazo, valor y obligaciones. El plazo inició el 13 de octubre de 2005 y terminó el 15 de febrero de 2007. El 3 de agosto de 2007, las partes liquidaron de mutuo acuerdo el contrato, con la reserva de la contratista para reclamar judicialmente los perjuicios causados con una mayor obra construida y mayor permanencia en obra."

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 1: ¿En los contratos estatales que requieran de liquidación y ésta se lleva a cabo de común acuerdo, la contabilización del término de caducidad de la acción de controversias contractuales inicia a partir del día siguiente a la fecha en que las partes liquidaron el contrato?

Tesis 1: "De conformidad con lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 -modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998-, vigente para la fecha de presentación de la demanda, en las acciones relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. (...) Pero así mismo dispone la norma que, si el contrato es susceptible de liquidación y ésta se lleva a cabo de común acuerdo, la demanda se deberá presentar a más tardar dentro de los dos años siguientes, contados a partir de la firma del acta -literal c-. (...) Como se puede evidenciar de la norma en cita, en aquellos contratos que deban ser liquidados, dicho acto constituye, en principio, el punto de partida para determinar el momento en que inicia el conteo del término para acudir ante la jurisdicción. (...) Sobre el particular, en providencia de unificación, la Sección Tercera señaló que el hito inicial para el cómputo del término que permita verificar si el medio de control de controversias contractuales fue oportunamente incoado es el día siguiente a la fecha en que las partes liquidaron el contrato de mutuo acuerdo, en caso de que este fuera el evento que se presentó en el caso concreto.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el acto jurídico de liquidación del contrato como parámetro para contabilizar el término de caducidad de las acciones contractuales, consultar providencias de 10 de septiembre de 2021, Exp. 44977, C.P. María Adriana Marín; de 1 de agosto de 2019, Exp. 62009, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO / CONCEPTO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CLASES DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / OBJECIÓN A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / OBSERVACIONES A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

Problema jurídico 2: *¿Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación, la cual deberá llevarse a cabo de común acuerdo entre las partes, o en caso de no ser posible, de forma directa y unilateralmente por la entidad estatal, con miras a determinar el estado económico final del contrato, finiquitando de esa forma la relación negocial?*

Tesis 2: “De acuerdo con lo establecido por la Ley 80 de 1993, los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación, la cual deberá llevarse a cabo de común acuerdo entre las partes dentro del término fijado para ello en el contrato o, en su defecto, antes del vencimiento de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga (art 60); y de no ser ello posible, porque el contratista no se presente a la liquidación o porque las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, será practicada directa y unilateralmente por la entidad, mediante acto administrativo motivado (art. 61). (...) Como es bien sabido, la liquidación del contrato es un corte de cuentas final, que se lleva a cabo para determinar el resultado económico definitivo de la ejecución contractual, establecer el grado de cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes, definir quién le debe a quién y cuánto, y de esta forma puedan declararse a paz y salvo, extinguiendo de manera definitiva la relación contractual. En esta etapa pueden las partes resolver las diferencias a que ha dado lugar la ejecución del contrato y llegar a los acuerdos, transacciones y conciliaciones que consideren necesarios para declararse a paz y salvo, (...) y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes”.

NOTA DE RELATORÍA: Acerca del momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes en la liquidación del contrato estatal, consultar providencias de 10 de abril de 1997, Exp. 10608, C.P. Daniel Suárez Hernández; y de 20 de noviembre de 2003, Exp. 15308, C.P. Ricardo Hoyos Duque; y de 6 de julio de 2005, Exp. 14113, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / CONCEPTO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / CONCEPTO DE EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / DERECHO AL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ESTATAL / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 3: *¿El incumplimiento contractual alegado en los fundamentos fácticos y en las pretensiones, difiere del desequilibrio económico del contrato que, fue alegado en los fundamentos de derecho, por lo que, por prevalencia del derecho sustancial, en el caso concreto, se estudia el incumplimiento?*

Tesis 3: “Advierte la Sala que las pretensiones de la demanda se dirigieron a obtener la declaratoria de incumplimiento contractual de la entidad distrital, no obstante que en los fundamentos de derecho alegara desequilibrio económico, circunstancia que impone la necesidad de efectuar algunas precisiones, como en otras ocasiones la Sección Tercera lo ha hecho. (...) a pesar de que el contratista hizo alusión a la ruptura de un equilibrio económico en los fundamentos de derecho, lo cierto es que, se reitera, sus pretensiones y los fundamentos fácticos que le sirven de sustento se centran en alegar el incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante por desconocer el principio de planeación, lo cual hizo más gravosa su ejecución para el contratista. (...). De conformidad con lo expuesto, con el propósito de garantizar la efectividad del derecho fundamental de la parte actora de acceder a la administración de justicia y en virtud del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, abordará el examen del caso concreto desde la perspectiva del incumplimiento contractual en tratándose de una controversia que se origina en razones imputables a una de las partes, para indagar si en la etapa precontractual existió un comportamiento antijurídico de la entidad pública contratante que indujo a que la contratista ejecutara una mayor área, o permaneciera en la obra más de lo necesario y, en caso afirmativo, si ello le ocasionó perjuicios que la entidad estuviera en el deber de reparar.”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las diferencias entre incumplimiento y desequilibrio contractual, consultar providencias de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; de 4 de marzo de 2013, Exp. 20524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra; de 16 de septiembre de 2013, Exp. 30571, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 3 de abril de 2020, Exp. 48676, C.P. Alberto Montaña Plata.

CONTRATACIÓN ESTATAL / DEBERES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / PRINCIPIO DE ECONOMÍA / PRINCIPIO DE ECONOMÍA DEL CONTRATO ESTATAL / DEBERES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / DEBERES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Problema jurídico 4: ¿La debida planeación, como desarrollo del principio de economía, es un principio rector de la actividad contractual de la administración que no sólo impone cargas y deberes al Estado contratante, sino también al contratista desde la fase previa al contrato, de manera que son ambas partes las que están llamadas a observar el aludido principio?

Tesis 4: “En desarrollo del principio de economía que rige la actividad contractual del Estado, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece determinados deberes relacionados con la planeación del contrato, entre estos, los de adelantar los trámites “con austeridad de tiempo, medios y gastos”, impedir las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato y analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, “con antelación al inicio del proceso de selección”. (...) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la debida planeación es un principio rector de la actividad contractual de la administración, y que su ausencia “ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público”, de manera que los contratos del Estado deben ser debidamente diseñados y pensados con antelación, delimitando claramente las necesidades y prioridades que se busca satisfacer con ellos y que demanda el interés público, pues “el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación” ni se someta a ésta. (...) . Las obligaciones de las partes no sólo se circunscriben a lo consignado en las cláusulas del contrato, sino también a los compromisos establecidos en los pliegos de condiciones y los documentos precontractuales que luego se integran en un todo al acuerdo de voluntades celebrado. En particular, la entidad estatal está llamada a cumplir determinados deberes en la fase precontractual, como los que establece el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, antes citado, los cuales ciertamente inciden en la posterior ejecución del contrato, de manera que su inobservancia puede acarrear la responsabilidad contractual de la autoridad incumplida, como acontecería v. gr. con la entrega de estudios equivocados o la manifestación de consecuencias negativas en la etapa de ejecución por no haberse establecido en debida forma y oportunamente, la conveniencia y viabilidad de la obra materia del contrato. Es claro que el principio de planeación no sólo impone cargas y deberes al Estado contratante, sino también al contratista desde la fase previa al contrato, de manera que son ambas partes las que están llamadas a observar el aludido principio.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el principio de planeación en la contratación estatal, consultar providencias de 10 de diciembre de 2015, Exp. 51489, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y de 7 de mayo de 2021, Exp. 43055, C.P. María Adriana Marín.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / DEBERES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / DEBERES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / OMISIÓN DEL DEBER / INCUMPLIMIENTO DEL DEBER FUNCIONAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS EN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS DE LA OBRA PÚBLICA / PLANOS DE OBRA PÚBLICA / PLANIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / MAYOR CANTIDAD DE OBRA PÚBLICA / FALTA DE PRUEBA / NEGACIÓN DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico 5: ¿Para que se configure el incumplimiento del contrato por indebida planeación de la entidad pública contratante al estimar un área de construcción inferior a la realmente ejecutada, debe

acreditarse que la falta de planeación reflejada en los estudios previos, pliego de condiciones o anexos técnicos del proceso de selección impacta la ejecución del contrato?

Tesis 5: “De conformidad con el material probatorio que reposa en el proceso, la Sala no encuentra acreditado que la entidad contratante, representada por la Secretaría de Educación Distrital, hubiera desconocido el principio de planeación al que estaba obligada tanto en la etapa precontractual como contractual. (...) Como se observa, en el proceso no obran pruebas que acrediten la falta de planeación de la entidad durante la etapa precontractual, reflejada en estudios previos, pliego de condiciones o anexos técnicos del proceso de selección, que impactara, como lo alegó la parte actora, en la ejecución contractual, causando los perjuicios derivados de una mayor área construida frente a la contratada. (...) En consecuencia, la Sala no encuentra acreditado el incumplimiento del contrato atribuido a la entidad pública contratante por indebida planeación al estimar un área de construcción inferior a la realmente ejecutada.”

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS DE LA OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS EN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INEXISTENCIA DE SOBRECOSTOS EN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / NEGACIÓN DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA PÚBLICA / FALTA DE PRUEBA / INEFICACIA DE LA PRUEBA PERICIAL / INEFICACIA DEL DICTAMEN PERICIAL / CARGA DE LA PRUEBA / EXIGENCIA DE CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Problema jurídico 6: *¿Se acreditó el incumplimiento del principio de planeación atribuido a la entidad pública por mayor permanencia en obra?*

Tesis 6: “La parte actora también alegó incumplimiento del principio de planeación por parte de la entidad contratante por mayor permanencia en obra, debido a que no se cumplió con el plazo inicial pactado, por razones ajenas a la contratista, generando sobrecostos administrativos, financieros y de equipos. (...) Al respecto, como se pudo observar en los hechos probados, las partes suscribieron de forma voluntaria y sin ningún tipo de reparo las tres modificaciones contractuales: una prórroga, una adición y prórroga y una modificación de obligaciones respecto del pago de un saldo por causa de vigencias presupuestales. Ambas prórrogas o ampliaciones del plazo inicialmente convenido estuvieron debidamente justificadas y soportadas. (...) La Sala considera que, si bien en el dictamen rendido por el contador público designado en el proceso se establecieron mayores costos administrativos, financieros y de equipos, de dichas conclusiones no se puede establecer una mayor permanencia en obra, aspecto indispensable para determinar la procedencia o no de dichos sobrecostos. (...) Ninguno de los dictámenes periciales dio cuenta de la existencia de una mayor permanencia en obra por una falta de planeación de la entidad, que dé lugar al reconocimiento de los perjuicios solicitados por la sociedad demandante. (...) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Así pues, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le impone esta norma legal, toda vez que –se reitera–, no allegó al proceso prueba alguna que permita atribuir al ente público demandado la falta de planeación y la causación de los perjuicios alegados. (...) En consecuencia, la Sala habrá de revocar la sentencia de primera instancia, que declaró la caducidad de la acción para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: sentencia de 4 de marzo de 2022; C.P. María Adriana Marín, radicación: 25000-23-26-000-2009-00888-01 \(48400\)](#)

3. La privación de la libertad no es una carga que, por generalidad, deban soportar los ciudadanos.

Síntesis del caso: Como resultado de labores de inteligencia que evidenciaban el desarrollo de actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes, la Fiscalía General de la Nación ordenó apertura de investigación y dictó orden de captura contra los demandantes. Tiempo después, la Fiscalía precluyó la investigación, revocó las medidas de aseguramiento y dispuso su libertad inmediata.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO ESPECIAL / DAÑO ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE CARÁCTER OBJETIVO

Problema jurídico: *¿Procede la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad bajo el título objetivo de imputación de daño especial?*

Tesis: “[L]a Sala advierte que es deber del juez de la responsabilidad analizar, en primera medida, si el Estado actuó o no conforme a derecho. Por tanto, si su actuación no estuvo ajustada al ordenamiento jurídico, el caso deberá abordarse bajo la óptica de la falla del servicio. En caso contrario, el juzgador deberá determinar si el perjuicio que sufre la víctima debe ser reparado bajo la consideración de que es un daño especial -no lo sufre la generalidad de la población y, por su gravedad, no podría considerarse que debe soportarlo o tolerarlo por el solo hecho de vivir en sociedad. Bajo este título de imputación denominado por la jurisprudencia como “daño especial”, debe considerarse que, a partir de la gravedad y anormalidad del daño, debe establecerse el derecho a la indemnización. [...] Si bien está acreditada la legalidad de la medida de aseguramiento, la Sala observa que [...] sufrieron un daño especial y grave como consecuencia de su privación de la libertad. En efecto, es posible que el Estado, con su actuar legítimo, inflija daños a particulares, lo que conlleva, por razones de igualdad frente a las cargas públicas- y de equidad, que la persona no deba soportarlo, como en este caso se predica respecto del demandante principal. En consecuencia, si se prueba que el daño consistente en la privación de la libertad - principio y valor supremo reconocido en normas constitucionales y supranacionales, que solo puede restringirse por orden de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley- fue especial, anormal y, por ello, adquirió la característica de antijurídico, debe procederse a su reparación, toda vez que la privación de la libertad no es una carga que, por generalidad, deban soportar los ciudadanos. Por lo tanto, a pesar de que la medida de aseguramiento de detención preventiva inicialmente se tornó procedente, al cumplir con todos los requisitos exigidos por la ley procesal penal y, además, por resultar necesaria, proporcional y razonable, no es menos cierto que el Estado, con su actuar legítimo, rompió el principio de igualdad de las cargas públicas que debe soportar todo ciudadano. Es decir, se les generó [...] un daño anormal, especial y grave, dado que, al no poderse desvirtuar su presunción de inocencia, ante la ausencia de pruebas acerca de la materialidad y responsabilidad penal respecto de los delitos imputados, no existe ningún título jurídico que pueda justificar, de manera definitiva, la privación provisional de su libertad. En efecto, resulta desproporcionada la privación de la libertad de los procesados que fueron exonerados de toda responsabilidad penal, al no demostrarse su injerencia en la comisión de un determinado comportamiento punible.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de febrero de 2022, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación: 08001-23-31-000-2009-00995-01\(45748\).](#)

4. Las interpretaciones que el juez arbitral realiza de las pruebas y las normas aplicables al caso por si solas no implican un fallo en conciencia, así como el juez de anulación tiene el límite de referirse solo a los errores in procendo y no es una segunda instancia del arbitramento.

Síntesis del caso: “Las sociedades Allianz Seguros S.A. y Seguros Generales Suramericana S.A., por conducto de sus respectivos apoderados judiciales, formularon conjuntamente recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral que puso fin a las diferencias presentadas con el Banco de la República en el marco de la Póliza Global de Seguros Bancarios No. 1999, contratada por la entidad con las citadas aseguradoras, en virtud de la cláusula compromisoria acordada por las partes. La solicitud de anulación se fundó en las causales 7a y 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.”

RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / FINALIDAD DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NORMATIVIDAD DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / FUNCIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / GARANTÍAS DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA / LAUDO ARBITRAL / ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / LÍMITES A LAS FACULTADES DEL ÁRBITRO / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / DEBERES DEL ÁRBITRO / COMPETENCIA DEL ÁRBITRO / PRINCIPIO DISPOSITIVO / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 1: *¿La naturaleza y el alcance del recurso de anulación del laudo arbitral, implican que tiene carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, no constituye una nueva instancia en el proceso judicial, que solo será procedente por infracción de leyes procesales, desvió del juicio o vulneración de las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, de manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el principio dispositivo, además, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las que establece la ley?*

Tesis 1: “El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso; (u) la finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y de debido proceso; (iii) mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios; (iv) de manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido; (y) los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado (...) [principio dispositivo], según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra; por tanto, no le es permitido interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario de anulación y, (vi) dado el carácter restrictivo que caracteriza el recurso, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran previstas por la ley para ese efecto; consecuentemente, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza y alcance del recurso de anulación del laudo arbitral, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 15 de 1992, exp. 5326, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de noviembre 12 de 1993, exp. 7809, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de junio 16 de 1994, exp. 675, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de octubre 24 de 1996, exp. 11632, C.P. Daniel Suárez Hernández; sentencia de mayo 18 de 2000, exp. 17797, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de agosto 23 de 2001, exp. 9090, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de junio 20 de 2002, exp. 19488, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de julio 4 de 2002, exp. 21217, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia de julio 4 de 2002, exp. 22012, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Sentencia de agosto 01 de 2002, exp. 21041 C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de noviembre 25 de 2004, exp. 25560, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de abril 28 de 2005, exp. 2581, C. P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de junio 8 de 2006, exp. 32398, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de diciembre 4 de 2006, exp. 32871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de marzo 26 de 2008, exp. 34071, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de mayo 21 de 2008, exp. 33643, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de mayo 13 de 2009, exp. 34525, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; sentencia del 24 de abril de 2017, exp. 58527. C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 4 de agosto de 1994, exp. 6550, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 25094, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 3287, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 25094, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

FALLO EN CONCIENCIA / ARBITRAJE EN CONCIENCIA / CARACTERÍSTICAS DEL FALLO EN CONCIENCIA / INEXISTENCIA DEL FALLO EN CONCIENCIA / REQUISITOS DEL FALLO EN CONCIENCIA / ARBITRAJE EN EQUIDAD / FALLO EN EQUIDAD / LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / RECURSO DE ANULACIÓN / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ÁRBITRO / CARACTERÍSTICAS DEL FALLO EN DERECHO / FALLO EN DERECHO / PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA / SISTEMA DE SANA CRÍTICA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / PÓLIZA DE SEGURO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / ENTIDAD ASEGURADORA / BANCO DE LA REPÚBLICA / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 2: *¿Las apreciaciones y conclusiones del laudo, producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez, con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su consideración, por sí mismas, no configuran la hipótesis de fallo en conciencia o equidad, puesto que es propio del juez arbitral desentrañar e interpretar el sentido de las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral y las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos con el propósito de resolver el conflicto, con base en las reglas particulares de interpretación previstas en los artículos 1618 al 1624 del Código Civil?*

Tesis 2: “La jurisprudencia de la Corporación ha señalado (...) que para predicar si un laudo fue proferido en conciencia, se requiere la comprobación de que los árbitros al resolver el asunto puesto a su consideración dejaron de lado, de manera evidente, las normas legales que debían aplicar, así como el acervo probatorio obrante en el expediente, al basar su decisión de manera exclusiva en su leal saber y entender, aplicando el sentido común y la verdad sabida y buena fe guardada (...) Solo cuando el fallo omite, de manera evidente, el marco jurídico dentro del que se debe decidir, o por no contar con razonamientos jurídicos, podrá decirse que se está en presencia de un fallo en conciencia. Pero si los árbitros resuelven con base en el ordenamiento jurídico, fundado en el análisis y valoración de las pruebas allegadas de manera oportuna al proceso y conforme a las reglas de la sana crítica, ese pronunciamiento será en derecho (...) Así mismo, la jurisprudencia de la Corporación indica que se ha fallado en conciencia cuando se decide sin pruebas de los hechos que sustentan las pretensiones o las excepciones, es decir, sin tener en consideración las pruebas que obran en el plenario. En este sentido, el simple desacuerdo de las partes con las razones y valoraciones hechas por el tribunal al proferir el laudo, en manera alguna configura un fallo en conciencia, ni faculta la procedencia de la causal, al tenerse en cuenta que el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la que no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento fundadas en la aplicación de la ley sustancial o por la existencia de errores de hecho o de derecho, al valorar las pruebas en el caso concreto (...) Esta Sala de Subsección, teniendo en consideración las pretensiones de la demanda y los argumentos expuestos en su contestación, así

como las consideraciones y la parte resolutive del laudo arbitral, estima que la causal alegada no está llamada a prosperar, con fundamento en las siguientes razones: En efecto, esta colegiatura evidencia a partir de la estructura argumentativa del laudo, que el panel arbitral fundamentó su decisión en normas vigentes y aplicables que respondieron al objeto de la controversia puesta a su consideración, así como a las pretensiones y excepciones formuladas por las partes relacionadas con la eficacia de la cláusula de limitación de descubrimiento. (...) contrario a lo afirmado por las partes recurrentes, para la Sala resulta claro que la decisión del Tribunal respecto de la exclusión contenida en la cláusula 2.b de la Condición Segunda de las Condiciones Generales de la póliza, abarcó en forma amplia el desarrollo del laudo arbitral censurado, además que, contó con una argumentación jurídica que soportó lo decidido y se fundó en los elementos materiales probatorios allegados al plenario, sin que en esta sede sea procedente entrar a evaluar la pertinencia del análisis jurídico, como tampoco el mérito que se dio al acervo probatorio, pues ello (...) escapa a las competencias del juez de anulación (...) En ese orden, salta a la vista que el laudo arbitral fue proferido con base en el derecho positivo vigente, dado que cumplió con los presupuestos de esa modalidad arbitral, por cuanto está estructurado en normas jurídicas, interpretaciones jurisprudenciales y en las pruebas obrantes en el expediente, sin que sea menester entrar a juzgar en sede de este recurso extraordinario de anulación el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos del panel arbitral, de la aplicación de la ley o de la interpretación que hizo o del mérito que le otorgó al acervo probatorio, pues ello no está previsto dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales. (...) Para la Sala las apreciaciones y conclusiones del laudo son producto de la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez de anulación con el fin de resolver la controversia que le fue sometida a su consideración. Por tanto, esta circunstancia, por sí misma, no configura la hipótesis de fallo en conciencia o equidad, puesto que es propio del juez arbitral desentrañar e interpretar el sentido de las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral y las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos con el propósito de resolver el conflicto, con base en las reglas particulares de interpretación previstas en los artículos 1618 al 1624 del Código Civil. Para esta colegiatura resulta claro que (...) el juez del recurso de anulación no puede entrar a cuestionar, plantear o revivir el debate probatorio, ni establecer si hubo o no un yerro en la interpretación o valoración de las pruebas que hizo el juez arbitral, como tampoco el alcance que le imprimió el juzgador arbitral al contenido obligacional acordado por vía de su interpretación del negocio jurídico. Ante esa realidad procesal no puede el juez del recurso de anulación entrar a estudiar si la decisión que adoptó el Tribunal de desestimar las pretensiones décima quinta a décima octava de la reforma de la demanda presentada por las Aseguradoras en contra del Banco (...) ante el Centro de Arbitraje de la Superintendencia de Sociedades, así como de declarar no probada la excepción [invocada] se ajustó o no a derecho o si la decisión que tomó se fundamentó en una interpretación que no estaba acorde con las normas sustantivas, porque no puede el juez de la anulación, so pretexto de estudiar la causal o causales invocadas, proceder a decretar la nulidad del laudo procediendo a hacer una interpretación diferente a la realizada por el Tribunal Arbitral, tal como lo impide el inciso final del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012. En suma, la Sala considera que el objeto del recurrente con la formulación de esta causal reconduce a la intervención de esta Corporación en asuntos sustanciales relativos a cuestionar las consideraciones y valoraciones jurídicas y probatorias realizadas por el Tribunal de Arbitramento en su laudo, sin demostrar cuáles fueron los errores estrictamente procesales, aspectos que constituyen, con claridad, errores in iudicando, razón suficiente para señalar que el cargo expuesto por las aseguradoras recurrentes no configura la causal de anulación de laudo arbitral prevista en el No. 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Conforme a lo anterior el cargo formulado será despachado desfavorablemente”.

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia de septiembre 14 de 1995. exp. 10468, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de abril 27 de 1999, exp.15623, C.P. Daniel Suárez Hernández; sentencia del 16 de 2000, exp. 18411, C.P. María Elena Giraldo Gómez, sentencia de junio 18 de 2008, exp. 34543, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 55307, C.P. Danilo Rojas Betancourth; sentencia del 9 de 2001, exp. 19273, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de agosto 23 de 2001, exp.19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia del 13 de febrero de 2006, C.P. exp. 29704, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia junio 18 de 2008, exp. 34543, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 3 de abril de 1992, exp. 6695, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 5 de julio de 2006, exp, 31887, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22191, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia del 9 de junio de 2017, exp. 57350, C.P. Guillermo Sánchez Luque y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de febrero de 2014, exp. 46779, C.P. Enrique Gil Botero.

LAUDO ARBITRAL / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CORRECCIÓN DEL ERROR ARITMÉTICO / ERROR ARITMÉTICO / ERROR ARITMÉTICO EN EL LAUDO / INEXISTENCIA DE ERROR ARITMÉTICO / INEXISTENCIA DEL ERROR ARITMÉTICO EN

EL LAUDO / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / UPAC / ENTIDAD ASEGURADORA / HONORARIOS / GASTOS POR HONORARIOS / BANCO DE LA REPÚBLICA / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / CONCEPTO DE ERROR ARITMÉTICO / AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO / ÁRBITRO / DEBERES DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / HONORARIOS DEL ABOGADO / HONORARIOS DE LOS PROFESIONALES / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 3: *¿Se incurre en error aritmético solo cuando se realiza alguna de las cuatro operaciones matemáticas (suma, resta, multiplicación o división) y, al corregirlo no trae como resultado la modificación de los argumentos o interpretaciones jurídicas que soportaron la decisión, como tampoco sobre la manera en que el Tribunal debía realizar los cálculos, fórmulas u operaciones matemáticas aplicables a la controversia, pues ello implicaría efectuar un nuevo estudio del fondo del asunto?*

Tesis 3: “La causal contenida en el numeral 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que estaba prevista en términos similares en el numeral 70 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se configura con cualquiera de los siguientes supuestos fácticos: (i) disposiciones contradictorias; (U) errores aritméticos y, (IU) yerros por omisión, alteración o cambio de palabras en el laudo. Para que la causal de anulación sea procedente, el Estatuto Arbitral estableció dos requisitos de procedibilidad: (i) que la contradicción, el error matemático o el cambio de palabras estuvieran contenidos en la parte resolutive del laudo o incidieran directamente en ella y, (u) que las irregularidades se hubieran alegado ante el tribunal arbitral dentro de la oportunidad legal para solicitar su aclaración y/o corrección. De otro lado, la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que la causal no se presenta cuando el tribunal hubiese valorado de forma contradictoria los medios de prueba del proceso; tampoco permite que se censure el laudo para controvertir su parte motiva con base en el argumento de que incide en la parte resolutive. En efecto, lo anterior implicaría que el Consejo de Estado en desarrollo del recurso de anulación pudiera juzgar la valoración probatoria o los criterios que tuvo el panel arbitral tanto frente a las pruebas como a las normas aplicables, aspecto que iría en contra de lo previsto en el inciso 4 del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 (...) Por último, en el evento que prospere esta causal de anulación no da lugar a la invalidación del laudo sino a su corrección, pues así lo prevé el inciso primero del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 (...) [C]onstituye un requisito necesario que la parte interesada, previa interposición del recurso de anulación, haya protestado la contradicción o el yerro ante el tribunal de arbitramento y que esta se encuentre en la parte resolutive o influya en ella. En el Sub-lite, la Sala evidencia que las Aseguradoras solicitaron al Tribunal corregir el presunto error aritmético contenido en el numeral 5 de la parte resolutive del laudo (...) y, en ese sentido, formularon los mismos argumentos que sirven de fundamento de la causal invocada en el recurso de anulación. (...) [L]a Sala considera que las Aseguradoras cumplieron con el requisito de procedibilidad de alegar ante el panel arbitral el posible error aritmético contenido en el numeral 50 de la parte resolutive del laudo que ahora esbozan con el recurso de anulación; no obstante, de la lectura de la parte motiva y resolutive del laudo impugnado, la Sala no evidencia el supuesto error aritmético o palabra o frase oscura o ininteligible que haga confusa la orden del Tribunal (...) Al punto, (...), el error aritmético es aquel en el que se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones matemáticas (suma, resta, multiplicación o división) y, por tanto, al corregirlo no trae como resultado la modificación de los argumentos o interpretaciones jurídicas que soportaron la decisión, como tampoco sobre la manera en que el Tribunal debía realizar los cálculos, fórmulas u operaciones matemáticas aplicables a la controversia, pues ello implicaría efectuar un nuevo estudio del fondo del asunto. (...) [E]l Tribunal arbitral para llegar al valor de condena sostuvo que, únicamente, tendría en cuenta el valor de los honorarios pagados a la Dra. (...) esto es, la suma de (...) menos el anticipo a ella desembolsado por las aseguradoras, es decir, la suma de (...) de manera tal que al efectuar esta operación matemática arroja la suma de (...) valor que coincide expresamente con lo consignado en el artículo quinto del laudo arbitral (...) por tanto, no se evidencia la existencia de un error aritmético o incongruencia alguna con las decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral en materia de reembolso de honorarios como lo alegaron los recurrentes (...) En efecto, la contradicción que prescribe la ley como supuesto de procedencia de la causal de anulación de que trata el numeral 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, debe tener lugar entre preceptos o enunciados que se encuentren en la parte resolutive del laudo, de modo que se trate de órdenes enfrentadas e incompatibles entre sí que dificulten o impidan la comprensión intersubjetiva de lo sentenciado por el Tribunal arbitral. Este entendimiento, como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Sala, excluye de suyo la posibilidad de alegar una contradicción entre las partes considerativa y resolutive del

laudo o de proponer un debate dirigido a reabrir la valoración probatoria o los criterios que tuvo el tribunal frente al derecho positivo aplicable al asunto, salvo cuando expresamente la parte resolutive reenvía a una decisión que se adoptó en las consideraciones y surja de ello una incompatibilidad de entendimientos.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el asunto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2011, exp. 38621, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia del 13 de abril de 2015, exp. 52556, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 2002, exp. 22195, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 32986, C.P. Danilo Rojas Betancourth; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 32871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2017, exp. 58677, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia del 27 de noviembre de 2017, exp. 59913, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y sentencia del 28 de noviembre de 2002, exp. 22191, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

LAUDO ARBITRAL / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CORRECCIÓN DEL ERROR ARITMÉTICO / ERROR ARITMÉTICO / ERROR ARITMÉTICO EN EL LAUDO / INEXISTENCIA DE ERROR ARITMÉTICO / INEXISTENCIA DEL ERROR ARITMÉTICO EN EL LAUDO / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / UPAC / ENTIDAD ASEGURADORA / HONORARIOS / GASTOS POR HONORARIOS / BANCO DE LA REPÚBLICA / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / CONCEPTO DE ERROR ARITMÉTICO / AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO / ÁRBITRO / DEBERES DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / HONORARIOS DEL ABOGADO / HONORARIOS DE LOS PROFESIONALES / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 3: *¿En el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral no son de recibo los argumentos que esgrimen o dejan entrever el desacuerdo con la determinación adoptada, con su motivación o con el valor asignado por los árbitros a las pruebas recaudadas, o siquiera manifestando equivocaciones en lo laudado, puesto que tiene por objeto único y exclusivo el estudio de posibles errores in procedendo?*

Tesis 3: “Con todo y lo anterior, esta colegiatura observa que los argumentos que soportaron la causal invocada por los recurrentes tienen que ver con el hecho de que el panel arbitral dispuso que la obligación a cargo de las aseguradoras sería determinada por la deducción del valor inicial del contrato suscrito con la abogada (...) del monto entregado al Banco (...) a título de anticipo por parte de las Aseguradoras y, como en la actuación no obraba prueba de la aprobación por parte de estas del otrosí con el cual se adicionó el contrato de la referida abogada, el valor de este no podía ser incluido. En ese sentido, tal como lo señaló la Agencia Nacional de Defensa Jurídica en su intervención, además de no existir un error aritmético en el laudo censurado se observa una evidente inconformidad de las recurrentes por el hecho de haberse tenido en cuenta para el cálculo de la condena a favor del Banco (...) por concepto de los gastos de defensa por honorarios de abogados contratados para representar sus intereses-, valores con los que no están de acuerdo, reproches que, caramente, desdibujan la finalidad del recurso extraordinario de anulación, que tiene por objeto única y exclusivamente el estudio de posibles errores in procedendo (...) Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección ha sostenido que a la decisión definitiva de los árbitros se le reconoce un apreciable margen de autonomía y libertad de apreciación jurídica y probatoria, de suerte que en este ámbito no son de recibo los argumentos que esgrimen o dejan entrever el desacuerdo con la determinación adoptada, con su motivación o con el valor asignado por los árbitros a las pruebas recaudadas, o siquiera manifestando equivocaciones en lo laudado. Como se sabe el juez de anulación no desarrolla una segunda instancia, ni puede reexaminar las pruebas en búsqueda de errores in iudicando. En este orden, para que la Sala pudiera resolver el cargo de anulación propuesto, debería entrar a revisar los criterios, valoraciones probatorias o interpretaciones que ofreció el panel arbitral sobre la materia tratada, además de juzgar y calificar los mismos; aspectos que están legal y expresamente marginados del alcance del recurso de anulación conforme lo prevé el inciso final del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012. Por tanto, como el cargo analizado plantea, en esencia, un reproche que cuestiona la motivación que le dio el Tribunal a este punto de la controversia, la Sala despachará desfavorablemente la causal de anulación objeto de análisis, en el entendido que los reparos formulados desnaturalizan la finalidad del recurso extraordinario de anulación, que tiene por objeto única y exclusivamente el estudio de posibles

errores procesales. En suma, la Sala no encuentra configurada la causal de anulación de laudo arbitral, prevista en el numeral 80 del artículo 41 ejusdem.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el asunto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2011, exp. 38621, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia del 13 de abril de 2015, exp. 52556, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 2002, exp. 22195, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 32986, C.P. Danilo Rojas Betancourth; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 32871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2017, exp. 58677, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia del 27 de noviembre de 2017, exp. 59913, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y sentencia del 28 de noviembre de 2002, exp. 22191, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

CONDENA EN COSTAS / COSTAS PROCESALES / LIQUIDACIÓN DE COSTAS PROCESALES / LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / MONTO DE LA CONDENA EN COSTAS / PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LAS COSTAS PROCESALES / TARIFA DE LA CONDENA EN COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO / CONDENA EN AGENCIAS EN DERECHO / FIJACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / LIQUIDACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / MONTO DE AGENCIAS EN DERECHO / NORMATIVIDAD DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / TARIFA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / RECURSO DE ANULACIÓN / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 5: ¿En aquellos casos en los que el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral se declare infundado, deberá condenarse en costas procesales a la parte vencida en el proceso, teniendo en cuenta las tarifas de agencias en derecho establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura?

Tesis 5: “[S]e impone concluir que, como el recurso extraordinario de anulación interpuesto por las sociedades (...) por cuanto no prosperó la causal invocada, en su calidad de recurrentes serán (sic) condenados en costas. Por medio del Acuerdo N.º 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se establecieron las tarifas de agencias en derecho aplicables a los procesos judiciales y se indicó, en relación con el recurso de anulación de laudos arbitrales, una tarifa de hasta veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Según los criterios establecidos en el artículo 361 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) y el artículo 3 del Acuerdo No. 1887 de 2003, y dado que no se presentó un hecho extraordinario en el trámite propio del recurso, que hubiese dificultado el proceso con actuaciones adicionales ni se observan otros gastos, la Sala fijará a título de costas procesales por concepto de agencias en derecho el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por consiguiente, como el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021 es (...) las agencias en derecho ascienden en este caso a la suma de (...)”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 15 de diciembre de 2021; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 11001-03-26-000-2021-00114-00 \(67041\)](#)

5. Por imponerse con posterioridad al contrato, se declaran nulas las multas impuestas a la aseguradora con motivo del contrato de obra de la construcción de ciclo rutas y andenes de la Av. Agoberto Mejía y Avenida Bosa

Síntesis del caso: Se controvierte la legalidad de la Resolución No. 5907 del 8 de noviembre de 2006, por medio del cual IDU dispuso cobrar con cargo a la póliza de cumplimiento la multa

impuesta al Consorcio Nueva Era por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de obra No. 56 del 27 de julio de 2004.

CONTRATO DE OBRA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CESIÓN DEL CONTRATO / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / EFECTOS DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / COSA JUZGADA / EFECTO ERGA OMNES / RESPONSABILIDAD DEL CONSORCIO

Problema Jurídico: *¿Es nulo el acto administrativo contractual que impone una multa por incumplimiento del contrato al contratista que cedió el contrato, si se impuso con posterioridad a la cesión de dicho contrato?*

Tesis: [L]o que indican los medios demostrativos que obran en el expediente es que la situación de incumplimiento que se venía presentando en relación con el cronograma de obras hasta antes de la cesión se superó con dicho acuerdo, puesto que, incluso, con corte al 9 de junio de 2006, esto es 5 meses antes que se expidiera la Resolución No. 5907 —8 de noviembre de 2006— las obras ya presentaban un avance físico ejecutado del 85% contra un avance físico programado del 89%⁵⁴; después de ello, a solicitud de Liberty, el 11 de julio de 2006, las partes suscribieron el adicional No. 355, mediante el cual prorrogaron nuevamente el plazo de la etapa de construcción hasta el 12 de agosto de 2006, con el objeto de llevar a cabo los cierres ambiental y social que eran las obligaciones con las que, de conformidad con la cláusula 55.1 del contrato, se culmina esa etapa. Después de esto, no hay prueba de que se hubieran tenido que hacer más adiciones al plazo previsto para este ítem del contrato o de que Liberty no lo hubiera culminado en ese plazo, lo que, sugiere que esa etapa se terminó en la última fecha programada, esto es, aproximadamente, tres meses antes de que se impusiera la multa al Consorcio por los atrasos del cronograma de obra con corte al 30 de diciembre de 2005. Así, lo que resulta claro es que, a la fecha de terminación de la etapa de construcción —12 de agosto de 2006— la cesionaria, necesariamente, debía haber completado el cronograma de actividades, que, de conformidad con las cláusulas 17.157 y 27.158, se debió presentar para la ejecución de esa actividad; lo que, una vez más, pone en evidencia que las multas que con posterioridad a ello se impusieron al Consorcio por el incumplimiento del cronograma de obras con corte al 30 de diciembre de 2005 no tenían una finalidad conminatoria, pues, incluso, si se admitiera que éste todavía podía ser conminado al cumplimiento de las obligaciones, lo cierto es que no está probado en el expediente que, para la fecha en que se impuso la sanción, hubiere obligaciones pendientes de cumplimiento bien fuera a su cargo, o a cargo de la aseguradora. Por todo lo anterior, la Sala concluye que las resoluciones demandadas fueron expedidas en contravía de la finalidad para la que fueron instituidas y pactadas las multas, las cuales consisten, se reitera, en conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones y no meramente en sancionarlo. Por ende, se revocará la decisión del a quo de negar las pretensiones subsidiarias de la demanda y, en su lugar, declarará la nulidad de las Resoluciones Nos. 5907 del 8 de noviembre de 2006 y 896 del 14 de febrero de 2007. Advierte la Sala que con esta decisión, en manera alguna, se avala que el contratista incumpla sus obligaciones, tan solo significa que la entidad contratante debe acudir a los instrumentos contractuales a su disposición de conformidad con la teleología que los inspira, de modo de garantizar el correcto cumplimiento del objeto contractual y sin que sus prerrogativas como director del contrato devengan en ilegales y arbitrarias. 72. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, la Sala encuentra que es procedente también acceder a las pretensiones tercera y cuarta subsidiarias de la demanda porque, a título de restablecimiento del derecho, y ante la nulidad de las resoluciones que le servían de fundamento, es forzoso concluir que Liberty no tenía obligación alguna de pagar la multa impuesta por el IDU, por lo que, en caso de que dicha aseguradora hubiere cancelado su valor, la entidad demandada deberá reintegrarlo, debidamente actualizado. No sucederá lo mismo en la hipótesis en que el Consorcio cedente hubiere pagado tales multas, pues este sujeto, si bien intervino en el proceso como coadyuvante, ningún restablecimiento de sus derechos patrimoniales puede derivar de las pretensiones de la demanda. Por lo anterior, si hay lugar a restablecer los derechos de Liberty, para efectos de actualizar el valor que Liberty hubiere pagado en razón de lo ordenado en las Resoluciones 5907 del 8 de noviembre de 2006 y su confirmatoria la Resolución 896 del 14 de febrero de 2007, el IDU deberá tomar el valor efectivamente pagado y actualizarlo desde la fecha de su pago hasta la fecha de su reintegro conforme la siguiente fórmula: Valor actualizado = [Valor histórico * (IPC final [fecha de reintegro] / IPC inicial [fecha de pago de la multa al IDU])] En la medida en que por el cargo acabado de analizar se declarará la nulidad de las resoluciones demandadas y en consideración a que, en los términos del artículo 175 del CCA, “[l]a sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada ‘erga omnes’” 59, la Sala queda relevada de analizar

si en su expedición se configuraron vicios adicionales por expedición irregular, por falta de competencia, por violación de normas superiores, por vulneración del debido proceso y por incurrir en falsa motivación.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 04 de febrero de 2022, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 25000-23-26-000-2007-00444-01\(49286\).](#)

6. Cuando se incumple la orden judicial que ordena la devolución de una mercancía que había sido incautada se configura falla en el servicio.

Síntesis del caso: *En el año 1986, el Resguardo Nacional Aduanero retuvo una mercancía por presunto contrabando y la dejó a disposición del Fondo Rotatorio de Aduanas, hoy Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -Dian-. Dos años después, el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero de Barranquilla declaró la legalidad de los bienes y ordenó su devolución; no obstante, los bienes no se devolvieron porque previamente fueron rematados sin mediar una orden judicial.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DECOMISO DE MERCANCÍA IMPORTADA / CONTRABANDO DE MERCANCÍA / FALTA DE ENTREGA DE LA MERCANCÍA / REMATE DE LA MERCANCÍA / FALTA DE AUTORIZACIÓN DE LA ORDEN JUDICIAL / FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO

Problema jurídico: *¿Se configura falla en el servicio cuando se incumple la orden judicial que ordena devolver bienes que habían sido incautados?*

Tesis: “[S]e probó que el Fondo Rotatorio de Aduanas era el depositario legal de las mercancías de propiedad [del demandante], incautadas por presunto contrabando. Se acreditó que esa entidad, sin orden judicial y sin encontrarse en el evento establecido en la ley –art. 64 Decreto 51 de 1987–, enajenó y remató los bienes. También se demostró que cuando el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero de Barranquilla declaró la legalidad de la mercancía y ordenó su devolución, el Fondo Rotatorio de Aduanas no devolvió los bienes. En consecuencia, el Fondo Rotatorio de Aduanas, como depositario legal de las mercancías, incurrió en falla del servicio, pues incumplió la obligación de devolver los bienes (art. 2253 CC, art. 4 D. 1151 de 1976 y art. 1º D. 1520 de 1984) que estaban bajo su custodia jurídica y material y los remató sin orden judicial.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de junio de 2021, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 08001-23-31-000-1989-05631-01\(38186\).](#)

7. Se condena al Departamento de Santander por muerte de menor por desplome del Puente El Tablazo, en el Municipio de Chuchurí.

Síntesis del caso: *Se discute la responsabilidad extracontractual del departamento de Santander como dueño de la obra pública, del ingeniero Andrés Julián Montero Pardo, en calidad de contratista, y de la sociedad Sánchez Construcciones Ltda., en condición de subcontratista, por la muerte del infante y del trabajador, quienes fallecieron con ocasión del desplome del puente El Tablazo, ubicado en el municipio de San Vicente del Chucurí, Santander, ocurrido el 2 de marzo 2011, mientras dicha estructura era objeto de obras de recuperación de su estribo, cuya ejecución había sido contratada por el departamento en el marco de la*

declaratoria de urgencia manifiesta por la emergencia producida en la zona a causa de la ola invernal.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / DEPARTAMENTO DE SANTANDER / AUSENCIA DE CARGA ARGUMENTATIVA DE LA DEMANDA / AUSENCIA DE IMPUTACIÓN / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDADAÑO A MENOR DE EDAD / MUERTE DE MENOR DE EDAD / PUENTE CAÍDO / DAÑO CAUSADO POR OBRA PÚBLICA / FALLA DEL SERVICIO POR OBRA PÚBLICA / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO

Problema jurídico: ¿Procede la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado por muerte de menor de edad generada por falla del servicio en ejecución de obra pública?

Tesis: [S]e agrega que en la demanda no se realizaron imputaciones concretas de responsabilidad frente al ente territorial accionado, pues, si bien alegaron que el departamento de Santander había contratado la obra y que este había incurrido en una falla del servicio, no desarrollaron argumentos concretos dirigidos a explicar en qué consistían las supuestas anomalías constitutivas de falla de la entidad pública y causalmente relacionadas con el daño alegado. Por el contrario, en la fundamentación jurídica se limitaron a referir la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con la obligación del constructor de extremar medidas de seguridad en la ejecución de una obra, según lo dispuesto en el Código Civil, con lo que se reafirma que la fuente del daño no es otra que aquella que se derivó del vínculo del trabajador y sus empleadores ejecutores de la obra en el marco de la cual perdió la vida. Como consecuencia, se modificará la sentencia de primera instancia, para negar las pretensiones de la demanda formulada contra el departamento de Santander en lo que respecta al proceso No. 55528. (...) La falla del servicio del departamento de Santander, consistente en las irregularidades concernientes a la falta de elaboración de estudios para establecer el estado general del puente antes de ser objeto de obras de rehabilitación, fue la causa adecuada y exclusiva en la causación del daño. Por lo anterior, se declarará administrativamente responsable al departamento de Santander por la muerte del menor J. E. M. G. en hechos ocurridos el 2 de marzo de 2011, con ocasión del desplome del puente El Tablazo.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 18 de marzo de 2022, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 68001-23-31-000-2012-00131-01\(58316\).](#)

8. Quien alega que la liquidación bilateral de un contrato se encuentra viciada por su propio error tiene la carga de probarlo.

Síntesis del caso: *El Distrito de Cartagena celebró un contrato para la prestación de los servicios de aseo. En el acta de liquidación bilateral del contrato se acordó el balance final que arrojó un saldo a favor del contratista. En el acta no se hizo ninguna salvedad. La entidad contratante solicita se declare la nulidad del acta de liquidación bilateral por cuanto afirma haber encontrado un error aritmético en el cálculo del valor reconocido al contratista, lo que en su concepto vició su consentimiento.*

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / VICIOS DEL CONSENTIMIENTO / AUSENCIA DE PRUEBA / PRUEBA DEL ERROR / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE

Problema jurídico: ¿Es obligación de la parte demandante probar el vicio de consentimiento en que alega haber incurrido?

Tesis: “[L]a Sala no encuentra acreditado el supuesto error en el que el Distrito de Cartagena aduce haber incurrido, pues la parte actora no demostró que la liquidación bilateral del contrato desconoció el valor de

los servicios efectivamente prestados por el contratista y tampoco acreditó que al determinar el saldo final a cargo del Distrito no se tuvo en cuenta el tiempo realmente ejecutado de 7 meses [...]. De acuerdo con lo expuesto, la Sala concluye que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, de donde el vicio que alega requiere de prueba, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal onus, impide establecer la invalidez del negocio jurídico cuestionado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de octubre de 2021, C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 13001-23-33-000-2015-00326-01\(63722\).](#)

6
SECCIÓN
CUARTA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Por violar la prohibición de aplicación retroactiva de la ley tributaria se anula parcialmente la Resolución 20173200013377 del 23 de marzo de 2017, proferida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

Síntesis del caso: El artículo 76 de la Ley 1151 de 2007, creó una contribución a favor de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada para cubrir los costos y gastos ocasionados por su funcionamiento e inversión, a cargo de las personas y los servicios sometidos al control, inspección y vigilancia de dicha entidad, señalados en el artículo 4 del Decreto Ley 356 de 1994. El artículo 371 de la Ley 1819 de 2016 modificó el referido artículo 76 y, en su inciso quinto, dispuso una tarifa del 1% sobre el valor de los ingresos brutos percibidos a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior para quienes prestan servicios de asesoría, consultoría e investigación en vigilancia y seguridad privada, incluyendo poligrafía, así como para quienes ejercen actividades de importación, fabricación, instalación y comercialización de equipos, sistemas y medios tecnológicos para vigilancia y seguridad privada. En la Resolución 20173200013377 de 2017, la Superintendencia fijó el procedimiento y los plazos para pagar la contribución a su favor respecto de cada uno de los servicios vigilados durante la vigencia 2017 y en el literal c) de su artículo 4 reprodujo la regla de base gravable y tarifa prevista en el citado inciso quinto del artículo 371 de la Ley 1819 de 2016. Al estudiar la legalidad del mencionado literal c), la Sala lo anuló tras concluir que, la modificación efectuada por la Ley 1819 de 2016 sobre la contribución causable en el año 2017, con base en los ingresos brutos percibidos por las actividades enunciadas en el quinto inciso del artículo 371 ibídem, con corte a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, es decir, del 2016, implica liquidarla con base en hechos correspondientes al mismo periodo en el que se expidió la ley que la estableció (Ley 1819 de 2016), lo cual conlleva la aplicación retroactiva de la legislación tributaria, que está proscrita por la Constitución.

CONTRIBUCIÓN A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA / DESTINACIÓN DE LAS RENTAS DE LA CONTRIBUCIÓN A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA / CONTRIBUCIÓN A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA - Sujetos pasivos / CONTRIBUCIÓN A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA – Objeto imponible / CONTRIBUCIÓN A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA - Hecho generador / CONTRIBUCIÓN A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA – Base gravable / CONTRIBUCIÓN A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA - Tarifas diferenciales / CONTRIBUCIÓN A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA – Periodicidad / CONTRIBUCIÓN A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA DE LA VIGENCIA 2017 – Entrada en vigencia a partir de la promulgación de la Ley 1819 de 2016 / CAUSACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA DE LA VIGENCIA 2017 SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS DEL AÑO 2016 – Ilegalidad. Violación de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley tributaria

Problema jurídico: ¿El literal c) del artículo 4 de la Resolución 20173200013377 de 2017, expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, infringió las normas en que debía fundarse, por implicar la aplicación retroactiva del artículo 371 de la Ley 1819 de 2016?

Tesis: “[E]l artículo 371 de la Ley 1819 de 2016, cuya violación se invoca, modificó el artículo 76 de la Ley 1151 de 2007, por el cual se creó una contribución a favor de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, para cubrir los costos y gastos que ocasionan su funcionamiento e inversión, a cargo de las personas naturales o jurídicas y los servicios sometidos al control, inspección y vigilancia de dicha entidad, señalados en el artículo 4 del Decreto Ley 356 de 1994. Al tenor de la norma modificatoria, la contribución creada se genera por el ejercicio de la actividad e industria que integran: i) los servicios de vigilancia y seguridad privada desarrollados en el territorio nacional, en forma remunerada a favor de terceros

(*personas jurídicas de derecho público o privado y personas naturales*) o en beneficio propio; y, ii) los servicios autorizados para desarrollar actividades de alto riesgo e interés público y las personas que en forma remunerada presten servicios de asesoría, consultoría o investigación en seguridad privada. Asimismo, dispuso tres reglas diferenciales sobre bases gravables y tarifas aplicables a las distintas actividades generadoras de la contribución, a saber: - El 1,5% sobre el capital suscrito para las sociedades comerciales y sobre los aportes sociales para las cooperativas de vigilancia, para las empresas y cooperativas prestadoras de los servicios de vigilancia y seguridad privada humana o electrónica, con cualquiera de las modalidades y medios previstos en la ley; las escuelas de capacitación y entrenamiento en vigilancia y seguridad privada; los prestadores de servicios de transporte de valores; los que realizan actividades de fabricación, producción, ensamblaje, elaboración, importación, comercialización, alquiler, arrendamiento, leasing, comodato, instalación y/o acondicionamiento de equipos, elementos, productos, bienes y automotores blindados y, en general, las actividades de blindaje para vigilancia y seguridad privada. - Del 2% sobre el total de la nómina empleada para la prestación del servicio de seguridad, reportada a la Superintendencia con corte a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, para los servicios de vigilancia y seguridad de empresas u organizaciones empresariales públicas o privadas y los servicios autorizados para desarrollar actividades de alto riesgo e interés público, servicios comunitarios y servicios especiales. - El 1% de los ingresos brutos percibidos a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, para quienes prestan servicios de asesoría, consultoría e investigación en vigilancia y seguridad privada, incluyendo los de poligrafía; o ejercen las actividades de importación, fabricación, instalación y comercialización de equipos, sistemas y medios tecnológicos para vigilancia y seguridad privada. El Decreto 1989 de 2008 [5], reglamentario del modificado artículo 76 de la Ley 1151 de 2007, facultó a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada para solicitar la información con corte a 31 de diciembre de la vigencia anterior que considerara necesaria para determinar las bases gravables de la contribución y las fechas en que esos datos debían declararse y suministrarse a dicha entidad. Acorde con tal potestad reglamentaria y en su condición de autoridad de supervisión encargada de ejercer el control, inspección y vigilancia de los entes económicos y de sus administradores, funcionarios y profesionales de aseguramiento de información, para que cumplieran las normas contables y de información financiera y aseguramiento de información, con normas técnicas especiales, interpretaciones y guías sobre la materia; asignada por el artículo 10 de la Ley 1314 de 2009, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada dispuso el procedimiento y los plazos para pagar la contribución correspondiente a cada uno de los servicios vigilados por aquella durante la vigencia 2017, en los términos de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), a través de la Resolución 20173200013377 del 23 de marzo del mismo año. En ese contexto, dicha resolución previó que la tarifa de la contribución sería del “1% sobre el valor de los ingresos brutos” percibidos a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior y provenientes de los servicios de asesoría, consultoría e investigación en vigilancia y seguridad privada, incluyendo poligrafía, así como de las actividades de importación, fabricación, instalación y comercialización de equipos, sistemas y medios tecnológicos para vigilancia y seguridad privada. El precepto anterior, cuya nulidad se depreca, se ajusta a la literalidad de la tercera regla de base gravable y tarifa prevista en el artículo 371 de la Ley 1819 de 2016, como lo ratifica el respectivo cotejo: (...) En principio, la identidad que se observa entre las disposiciones transcritas descartaría *per se* el vicio de nulidad por infracción de normas superiores discutible en el marco del juicio de legalidad, porque los presupuestos fácticos y jurídicos de unas y otras no muestran una ruptura material de la que pudiera predicarse la transgresión legal por parte de la norma inferior, limitada a reproducir el precepto del artículo 371 del ET, sin que textualmente alterara la base gravable y la tarifa que allí se previeron para determinados servicios y actividades, a las cuales debía sujetarse. Sin embargo, la periodicidad de la contribución modificada por el artículo 371 de la Ley 1819 de 2016, implica que la regla general prevista en el artículo 376 ib. sobre la entrada en vigencia de dicho cuerpo legal a partir del momento en que se promulgó (29 de diciembre de 2016, por publicación en el Diario Oficial 5001 de la misma fecha), no desplaza ni se superpone al mandato constitucional de irretroactividad de la ley tributaria consignado en el artículo 338 de la CP, en concordancia con el artículo 363 *ejusdem*. En ese sentido, la modificación legal sobre la contribución causable en el año 2017, con base en los ingresos brutos percibidos por las actividades enunciadas en el quinto inciso del referido artículo 371 ib., con corte a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, es decir, del 2016, implica liquidarla con base en hechos correspondientes al mismo periodo en el que se expide la ley que la dispone (Ley 1819 de 2016) y, por tanto, conlleva la aplicación retroactiva de la ley tributaria. Así, queda desvirtuada la presunción de legalidad del literal c) del artículo 4 de la Resolución 20173200013377 del 23 de marzo de 2017, proferida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y, en consecuencia, la Sala dispondrá su nulidad”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 31 de marzo de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2018-00021-00 \(23729\).](#)

2. Una vez suscrita la fórmula de terminación por mutuo acuerdo, la obligación derivada de la liquidación oficial de revisión se extingue y, por consiguiente, desaparece la base para imponer la sanción por devolución o imputación improcedente.

Síntesis del caso Se estudió la legalidad de los actos administrativos por los cuales la DIAN sancionó a la demandante por «imputación improcedente» de saldos a favor. La sanción obedeció a que mediante liquidaciones oficiales de revisión se disminuyó la cuantía de los saldos a favor que la actora autoliquidó en varias declaraciones del IVA e imputó para atender la deuda tributaria de los periodos siguientes. Los procedimientos de revisión de esas declaraciones no fueron objeto de decisión judicial, porque la contribuyente optó por concluir los respectivos litigios a través del mecanismo de terminación por transacción previsto en el artículo 56 de la Ley 1739 de 2014, por efecto del cual pagó las cuantías liquidadas por la Administración y se le condonaron los intereses moratorios respectivos. Según la actora, el hecho de haber accedido a la transacción daba lugar a la anulación de los actos que le impusieron la sanción por imputación improcedente, pretensión que acogió la sentencia bajo la consideración de que la base para imponer dicha sanción, contenida en el inciso cuarto del artículo 670 del Estatuto Tributario, desapareció, a lo que agregó que las fórmulas de terminación por mutuo acuerdo gozaban de plena legalidad, porque no habían sido anuladas ni suspendidas.

SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN Y O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Alcance / TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO DE LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS, ADUANEROS Y CAMBIARIOS DE LA LEY 1739 DE 2014 - Requisitos / EFECTOS DE LA TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO DE LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS, ADUANEROS Y CAMBIARIOS DE LA LEY 1739 DE 2014 – Mérito ejecutivo / TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN TRIBUTARIA – Inexistencia de base para liquidar intereses moratorios / SOLICITUD DE TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN OFICIAL DEL TRIBUTO - Efectos jurídicos de su aprobación / PROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO DE LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS, ADUANEROS Y CAMBIARIOS DE LA LEY 1739 DE 2014 / SOLICITUD DE TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN OFICIAL DEL TRIBUTO – Efectos jurídicos de su aprobación respecto del proceso sancionatorio por imputación improcedente / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problemas jurídicos: ¿La terminación por mutuo acuerdo de los procesos de determinación genera efectos sobre los actos sancionatorios? ¿Se aplicaron correctamente los artículos 8 párrafo 2 y 11 del Decreto 1123 de 2015? ¿La demandante reintegró el equivalente a la diferencia entre los saldos a favor que inicialmente imputó en sus declaraciones de IVA y los que declaró en las correcciones a las mismas? ¿De no ser así, resultaba aplicable la sanción por imputación improcedente prevista en el inciso 4 del artículo 670 del Estatuto Tributario?

Tesis: “Respecto de la sanción por improcedencia de las devoluciones o compensaciones el artículo 670 del Estatuto Tributario vigente para la época de los hechos señalaba (...) De acuerdo con lo anterior, cuando un contribuyente imputa en el periodo siguiente los saldos a favor liquidados en sus declaraciones privadas y mediante el proceso de determinación oficial la administración los modifica o rechaza, la DIAN puede exigir su reintegro, más los intereses de mora correspondientes. Respecto de la injerencia que tiene la terminación por mutuo acuerdo del proceso de determinación sobre el proceso sancionatorio, la Sala indicó recientemente lo siguiente: “Tratándose de las actuaciones sancionatorias iniciadas en el marco del artículo 670 del ET y, específicamente, de aquellas por imputación improcedente de saldos a favor rechazados, cuando el contribuyente los utiliza y extingue al momento de presentar la declaración del siguiente periodo, solo se requiere la existencia de un proceso de determinación del impuesto, en el que la Administración haya rechazado o modificado el saldo a favor imputado. A partir de la fecha en la que la Administración le notificó a ECOEFICIENCIA CO SAS la liquidación oficial de revisión 900003 del 8 de abril de 2014 mediante la cual modificó el impuesto sobre la renta del año gravable 2010, en el sentido de desconocer el saldo a favor declarado, podía iniciar el proceso administrativo encaminado a imponerle la sanción por

*imputación impropia del saldo a favor llevado a la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2011, porque se cumplían los presupuestos previstos en el artículo 670 del ET. Sin embargo, como lo ha señalado la Sala, en casos como el presente, en el que la discusión se centra en determinar si la Administración podía imponer sanción por imputación impropia con fundamento en una liquidación oficial de revisión respecto de la cual las partes decidieron acogerse a la terminación por mutuo acuerdo - como la prevista en el artículo 56 de la Ley 1739 de 2014-, el estudio debe ir más allá de la simple verificación de la expedición y notificación de la liquidación oficial de revisión como presupuesto para imponer la sanción en estudio. En efecto, la Sección tiene establecido como criterio de decisión que, cuando el procedimiento de determinación oficial haya sido terminado de mutuo acuerdo en virtud de una disposición legal, «los intereses moratorios causados mientras el saldo a favor devuelto en forma impropia permaneció en poder del contribuyente, desaparecieron, por extinción de la obligación, circunstancia que conduce a que no exista base para liquidarlos». Consecuentemente, en tales oportunidades no hay lugar a la imposición de la sanción por devolución, compensación o imputación impropia que tenga como base de cálculo los intereses causados respecto del saldo a favor impropia objeto de devolución, compensación o imputación. [...] Se concluye entonces que la Administración encontró cumplidos, como lo reconoció en la fórmula transaccional, los requisitos exigidos por el artículo 56 de la Ley 1739 de 2014 y el Decreto 1123 de 2015, para acceder a la terminación por mutuo acuerdo del proceso de determinación del impuesto sobre la renta del año gravable 2010, incluido el de los intereses moratorios sobre el reintegro del saldo a favor, acto en el que, además, señaló que el acuerdo prestaba mérito ejecutivo de conformidad con los artículos 828 y 829 del ET. [...] Como se desprende de lo anterior, la aprobación de la solicitud de terminación por mutuo acuerdo del proceso de determinación oficial del tributo puso fin a este y, por ende, las obligaciones existentes a cargo de la contribuyente por concepto del impuesto sobre la renta del año gravable 2010, entre ellas, el saldo a favor declarado e imputado al periodo siguiente, se extinguieron. En virtud de ese acuerdo, que no es más que una transacción, las partes pusieron fin a un eventual litigio mediante una figura, que en el caso concreto **extingue las obligaciones originales, con autoridad de cosa juzgada, como es la equivalente a una sentencia judicial.**”* (...) De acuerdo con el criterio expuesto, previo a transar los valores derivados del proceso de determinación, la administración está en la obligación de verificar el cumplimiento de todos los requisitos contenidos en la norma que consagra el beneficio fiscal, y una vez suscrita la fórmula de terminación por mutuo acuerdo, la obligación derivada de la liquidación oficial de revisión se extingue, y por consiguiente, desaparece la base para imponer la sanción por devolución o imputación impropia. En el caso bajo estudio, la DIAN mediante liquidaciones oficiales de revisión proferidas el 16 de octubre de 2013 disminuyó los saldos a favor liquidados por la sociedad en las declaraciones del impuesto sobre las ventas de los periodos gravables II, III y V de 2009 y con liquidación oficial de revisión del 7 de noviembre de 2013 modificó el saldo a favor del I bimestre del año 2010 (...) Las liquidaciones oficiales de revisión y sus confirmatorios fueron demandados ante el contencioso administrativo en mayo de 2015. Después de formular pliegos de cargos, mediante resoluciones sanción de 13 y 14 de octubre de 2015 la demandada impuso a SONY sanciones por imputación impropia referentes a los bimestres II, III y V de 2009 y I de 2010 en cuantía de \$1.007.505.000, \$253.093.000, \$645.964.000 y \$673.469.000 respectivamente. El 9 de septiembre de 2015, la actora con la intención de acogerse al beneficio contenido en el artículo 56 de la Ley 1739 de 2014 citado en apartes anteriores, corrigió sus declaraciones y disminuyó los saldos a favor que había liquidado anteriormente. Obran en el expediente las Fórmulas de Terminación por Mutuo Acuerdo suscritas por las partes el 30 de octubre de 2015 en las que luego de puntualizar que la actora solicitó transar el 100% de la sanción por inexactitud y de los intereses generados en el impuesto sobre las ventas de cada uno de los periodos en discusión, que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales decidió transar las cifras solicitadas y que “*Establecido el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 56 de la Ley 1739 de 2014 y en el Decreto 1123 de 2015*” se acordó terminar por mutuo acuerdo (...) [S]e observa que para acceder a las solicitudes de terminación por mutuo acuerdo de los procesos de determinación de IVA (...), la DIAN examinó y concluyó que la compañía cumplía con la totalidad de los requisitos de los artículos 56 de la Ley 1739 de 2014 y el Decreto 1123 de 2015. Esto quiere decir, que entre ellos se verificó el cumplimiento del numeral 4 del artículo 7 del Decreto 1123 de 2015, según el cual a la fecha de la solicitud, el contribuyente debe haber corregido su declaración privada de acuerdo con el mayor impuesto o el menor saldo a favor determinado en el último acto administrativo a terminar por mutuo acuerdo, a excepción de los valores a transar. A pesar de que los saldos a favor liquidados por la actora en las correcciones que presentó el 9 de septiembre de 2015 no concuerdan con los saldos a favor determinados vía liquidaciones oficiales de revisión por la administración, el fisco dio por cumplidos todos los presupuestos para acceder a la transacción, y en consecuencia, aceptó que la contribuyente declaró el menor saldo a favor determinado en las resoluciones objeto de terminación por mutuo acuerdo. Es de resaltar, que si el fisco consideraba que las actas de terminación por mutuo acuerdo se profirieron en oposición a los preceptos legales, debió revocarlas o iniciar una acción de lesividad en su contra. Contrario sensu la demandada en el recurso de apelación y en las resoluciones que resolvieron los recursos de reconsideración interpuestos contra las resoluciones sanción reconoció sus efectos y aclaró que la actora sí cumplió con todas las condiciones necesarias para ser beneficiaria de la terminación por mutuo acuerdo. De este modo, los acuerdos prestan mérito ejecutivo de conformidad con los artículos 56 de la Ley 1739 de 2014 y 828 y 829 del Estatuto Tributario y atendiendo a los argumentos esgrimidos en la sentencia que se reitera, la base para imponer

la sanción contenida en el inciso cuarto del artículo 670 del Estatuto Tributario desapareció, lo que conlleva la nulidad de los actos administrativos demandados, máxime si se tiene en cuenta que las fórmulas de terminación por mutuo acuerdo gozan de plena legalidad, no han sido anuladas, ni suspendidas”.

Salvamento de voto parcial de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DEL TRIBUTO Y PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO POR IMPUTACIÓN IMPROCEDENTE DE SALDOS A FAVOR – Independencia y autonomía / TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO DE LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS, TRIBUTARIOS, ADUANEROS Y CAMBIARIOS - Alcance. En el caso se solicitó solo respecto del proceso de determinación y no del proceso sancionatorio por imputación improcedente / CONDENA EN COSTAS - Improcedencia. No había lugar a condenar en costas a la DIAN porque le asistía fundamento en sus alegaciones

Tesis: “Mi desacuerdo se fundamenta en que se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, porque “una vez suscrita la fórmula de terminación por mutuo acuerdo, la obligación derivada de la liquidación oficial de revisión se extingue, y por consiguiente, desaparece la base para imponer la sanción por devolución o imputación improcedente”. En este caso, previo cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 56 de la Ley 1739 de 2014 y el Decreto 1123 de 2015, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN decidió terminar por mutuo los procesos de determinación de IVA de los periodos gravables II, III y V de 2009 y I de 2010. La demandada afirmó en su recurso de apelación que “está acreditado que lo que se transó mediante la terminación por mutuo acuerdo fueron las sanciones por inexactitud y los intereses moratorios frente al mayor valor a reintegrar dentro de los procesos de determinación y no las sanciones por imputación improcedente de los periodos discutidos, que se generó por que se configuraron los supuestos del artículo 670 del Estatuto Tributario.” En efecto, el artículo 670 del Estatuto Tributario, señala que cuando en el proceso de determinación del impuesto, se modifiquen o rechacen saldos a favor que hayan sido imputados en sus declaraciones del período siguiente, la Administración exigirá su reintegro, incrementados en los intereses moratorios correspondientes. Y, si bien el resultado del proceso de determinación afecta la liquidación de la de la imputación improcedente, el proceso es autónomo e independiente al de determinación. Por esto, a pesar de que la terminación por mutuo acuerdo presta mérito ejecutivo (artículo 56 de la Ley 1739 de 2014), esta condición se predica en este asunto del proceso de determinación, porque respecto de este fue que se solicitó dicho mecanismo de solución de conflictos, no así del proceso sancionatorio que se reitera es autónomo e independiente. En consecuencia, al advertir como se afirma en la providencia que, “los saldos a favor liquidados por la actora en las correcciones que presentó el 9 de septiembre de 2015 [presentadas para acogerse al beneficio contenido en el artículo 56 de la Ley 1739 de 2014] no concuerdan con los saldos a favor determinados vía liquidaciones oficiales de revisión por la administración.”, el proceso por imputación improcedente persistía sobre la diferencia a reintegrar. Así, se establece por ejemplo respecto del Bimestre III de 2009, en donde según los antecedentes se determinó como imputación improcedente la suma de \$101.864.000, una vez se revocaron los intereses moratorios impuestos como sanción, como consecuencia de la aludida transacción, sin embargo el valor pagado por impuesto que fue reintegrado correspondió a \$98.694.000. En consecuencia, no debía condenarse en costas a la Administración, porque en este caso le asistía fundamento en sus alegaciones, toda vez que como quedó expuesto la suma reintegrada por efecto de la terminación por mutuo acuerdo no coincidía con la suma imputada improcedentemente.”.

Aclaración de voto del Consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

IMPUTACIÓN IMPROCEDENTE DE SALDOS A FAVOR - Efectos jurídicos / IMPUTACIÓN IMPROCEDENTE DE SALDOS A FAVOR - Naturaleza jurídica. El artículo 670 del Estatuto Tributario no establece una verdadera sanción, sino que tan solo busca el restablecimiento de la situación propiciada por la imputación del saldo a favor que a la postre resultó improcedente, para lo cual se ordena el reintegro de las cuantías improcedentes / PRECEDENTES SOBRE SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN Y O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE DE SALDOS A FAVOR – No aplicabilidad a los casos sobre imputación improcedente / RESTITUCIÓN DE SUMAS IMPUTADAS EN FORMA IMPROCEDENTE - Legalidad de la orden de devolver, sin intereses moratorios, las diferencias resultantes entre los montos pagados al momento en que se accedió a la transacción y los que sigan pendientes

Tesis 1: “Según lo planteado por la actora, el hecho de haber accedido a la transacción conllevaba la

anulación de los actos por medio de los cuales se le impuso la «sanción por imputación improcedente», pretensión que acogió la sentencia que me permito aclarar. Al efecto, se trajeron a colación los precedentes de la Sección en los que se ha juzgado que la terminación por transacción o conciliación de los debates sobre la liquidación de revisión implica la nulidad de los actos en los cuales se hayan impuesto sanciones por devolución o compensación improcedentes. Atendiendo esos pronunciamientos, se anularon los actos acusados y, como restablecimiento del derecho, se dispuso que no le es exigible ninguna suma a la demandante. Sin perjuicio de esa decisión, estimo que son varias las precisiones conceptuales que cabe plantear o aclarar respecto de la figura sobre la cual se debatió: 1- El artículo 670 del ET dispone, entre otras cuestiones, que «cuando se modifiquen o rechacen saldos a favor que hayan sido **imputados** por el contribuyente o responsable en sus declaraciones del período siguiente, como consecuencia del proceso de determinación o corrección por parte del contribuyente o responsable, la Administración Tributaria **exigirá su reintegro junto con los intereses moratorios correspondientes, liquidados desde el día siguiente al vencimiento del plazo para declarar y pagar la declaración objeto de imputación**» (...). 2- Vista la norma, cabe concluir que lo que dispone no es una verdadera sanción, sino que tan solo busca el restablecimiento de la situación propiciada por la imputación del saldo a favor que a la postre resultó improcedente, para lo cual se ordena reintegrarle a la Administración las cuantías improcedentes. En ninguna medida la figura tiene la finalidad preventiva y represiva propia de las instituciones punitivas, de modo que no le tendrían que ser aplicables los criterios jurídicos que rigen el ordenamiento sancionador. 3- Pese a lo anterior, debido a que la figura está consignada en una norma que se ocupa principalmente del régimen de la sanción por devolución o compensación improcedente, se ha tornado en un error común entender que la consecuencia prevista para el caso de las imputaciones improcedentes también tiene una connotación sancionadora. 4- En esa medida debo precisar que, como no se trata de una verdadera sanción, no son extensibles a los casos sobre imputaciones improcedentes los precedentes relativos a la sanción por devolución o compensación improcedente. En dicho sentido emitiré mi voto en las próximas ocasiones en las que la Sala se pronuncie sobre la misma materia. 5- En el pasado he acompañado lo resuelto en los precedentes que cita el fallo (en juicios atinentes a la sanción por devolución o compensación improcedente), porque al terminar por conciliación o por transacción los procedimientos sobre las liquidaciones de revisión, condonando los intereses, desaparecía la base de liquidación de la sanción por devolución o compensación improcedente, pues para la época esas sanciones correspondían a una suma equivalente al 50% de los intereses que fueran exigibles. Pero esa razón no es trasladable al caso de la imputación improcedente. 6- Así, considerando los hechos juzgados, se tendría que haber avalado la orden dada en los actos acusados, en virtud de la cual se debían restituir las cuantías imputadas improcedentemente, aunque sin exigir intereses moratorios, porque le fueron perdonados a la actora en la transacción. Añadiendo, que para determinar la cuantía a restituir, se tendrían que acreditar los montos ya pagados en el momento en que se accedió a la transacción, restando solo por reintegrar la diferencia que eventualmente resultara.”.

REQUISITOS DE LA CONDENA EN COSTAS - Prueba de su causación. Para condenar en costas a la parte vencida no basta esta situación, sino que se requiere que se pruebe la causación de las costas / VALORACIÓN DE PRUEBA DE LA CAUSACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS APORTADA EN SEGUNDA INSTANCIA - Improcedencia. Falta de configuración de los supuestos legales para el decreto y la valoración de pruebas en segunda instancia

Tesis 2: “[A]l estudiar la condena en costas, en la sentencia se recalcó que para decretarla no bastaba con que uno de los extremos haya sido derrotado en el proceso, sino que, además, en el expediente debía constar la causación de esas, análisis con el cual estoy plenamente de acuerdo. Sin embargo, para verificar el último extremo de esa afirmación, la providencia tuvo en consideración que la actora «*allegó con el recurso de apelación copia de la propuesta de servicios profesionales*» que conformó el contrato de apoderamiento con quien la representó judicialmente en el proceso; prueba con base en la cual se condenó en costas a la demandada. Frente a esa determinación, debo aclarar que no se tendría que haber valorado la mencionada prueba, aportada en el trámite de la segunda instancia, para demostrar la causación de las costas, dado que en el proceso no se acreditó estar ante alguno de los supuestos taxativos que contempla el artículo 212 de CPACA para admitir que se decreten y valoren pruebas aportadas en la segunda instancia.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de febrero de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2017-00331-01 \(25217\).](#)

3. Se precisan los requisitos de procedencia de la deducción por amortización del crédito mercantil en procesos de fusión por absorción ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 1607 de 2012.

Síntesis del caso: El 21 de junio de 2008, Stratton Colombia S.A. adquirió el 100% de las acciones de Multienlace S.A.S., de propiedad del Grupo Bancolombia, operación por \$107.805.812.500 en la que se registró un intangible por crédito mercantil de \$78.172.692.644. El 1° de octubre de 2008, la Superintendencia de Sociedades aprobó la fusión por absorción de Multienlace con Stratton Colombia S.A., proceso en el que la sociedad absorbente fue la primera. Mediante los actos administrativos acusados la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2009 de Multienlace, para desconocer gastos operacionales de administración por \$15.634.539.000, que corresponden a la amortización del crédito mercantil obtenido por la compra de las acciones. Igualmente impuso sanciones por inexactitud y por disminución de pérdidas. Luego de concluir que dicho negocio fue real y no un simple registro contable, la Sala anuló parcialmente los actos acusados para aceptar parcialmente la deducción por amortización del crédito mercantil, al echar de menos para el efecto el cumplimiento del requisito del pago por parte de la sociedad adquirente (Stratton) del mayor valor de las acciones de la entidad sobre la cual adquirió el control (Multienlace). Lo anterior, porque si bien se demostró que sí hubo desembolso de dinero, quien pagó el pasivo por \$60.000.000.000 no fue la sociedad absorbida y adquirente del crédito mercantil, sino Multienlace, por cuyas acciones se originó el intangible. Al respecto, la Sala precisó que la operación dio lugar a un pago por acciones de \$29.633.119.000 y de crédito mercantil de \$78.172.692.644, de los cuales Stratton solo hizo un pago de \$47.805.812.500, entidad cuyos balances antes de la fusión registraban que carecía de los recursos para el segundo desembolso. Por ello, la Sala consideró que de dicho pago \$29.633.119.000 correspondió a la adquisición de las acciones y la suma restante de \$18.172.693.500 al mayor valor originado por el crédito mercantil, susceptible de ser amortizado durante el término de 5 años previsto en el artículo 143 del Estatuto Tributario, de modo que para la vigencia 2009 equivalía a una amortización de \$3.634.538.700 y no de \$15.634.539.000, que se registró en la declaración de renta, por lo que rechazó la suma \$12.000.000.300. Conforme con lo expuesto, la Sala indicó que con la fusión se pretendía transferir parte del crédito a la entidad que lo generó, esto es Multienlace, compañía que, según su objeto social, lleva a cabo la labor de centros de contacto, razón por la cual no es aceptable que la misma sociedad que generó el crédito pague por este, por lo que determinó que el crédito restante de \$60.000.000.000 no es susceptible de amortización. Además, dado que el rechazo parcial de la deducción incidió en el monto de la pérdida declarada, se impuso la sanción por rechazo de pérdidas.

ADQUISICIÓN DE ACCIONES - Realidad de la operación comercial de compraventa accionaria / CRÉDITO MERCANTIL - Concepto. Reiteración de jurisprudencia / ADQUISICIÓN DE ACCIONES QUE IMPLIQUE SITUACIÓN DE CONTROL - Efectos jurídicos. Reiteración de jurisprudencia / TÉRMINO DE LA AMORTIZACIÓN DE LAS INVERSIONES - Contabilización / TRATAMIENTO CONTABLE DEL CRÉDITO MERCANTIL / DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO MERCANTIL PAGADO EN LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES, CUOTAS O PARTES DE INTERÉS - Requisitos. Reiteración de jurisprudencia / DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO MERCANTIL - Procedencia / DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO MERCANTIL PAGADO EN LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES, CUOTAS O PARTES DE INTERÉS - Justificación. Reiteración de jurisprudencia / FUSIÓN DE SOCIEDADES - Efectos comerciales y tributarios. Reiteración de jurisprudencia / AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO MERCANTIL EN FUSIÓN DE SOCIEDADES - Procedencia y requisitos / PROHIBICIÓN DE LA DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO MERCANTIL DE LA LEY 1607 DE 2017 - Alcance / DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO MERCANTIL PAGADO EN LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES, CUOTAS O PARTES DE INTERÉS EN PROCESOS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL - Fusión por absorción / DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS - Alcance del artículo 107 del Estatuto Tributario. Aplicación de reglas de unificación jurisprudencial. Análisis en el caso concreto del cumplimiento de los requisitos de necesidad con enfoque comercial, causalidad y proporcionalidad de la

expensa

Problema jurídico: *¿Procedía en el caso la amortización del crédito mercantil?*

Tesis: “[C]on el fin de resolver si había lugar o no a la deducción, se estima necesario estudiar los conceptos de crédito mercantil y fusión empresarial, que fueron las figuras que se presentaron en el siguiente caso. Sobre el crédito mercantil esta Sección lo ha definido como *“la reputación de que gozan algunas empresas, lo cual les permite tener ciertas ventajas comerciales sobre sus competidores, en términos financieros se entiende como el valor actual de las futuras actividades en exceso de las ganancias o sea mayores utilidades en promedio de establecimientos de la misma clase, no sólo por el buen trato a los clientes, sino por otros factores intangibles como ubicación, entregas oportunas, servicios, calidad y garantía de los productos”* (...) En consonancia con lo anterior, esta Sección ha sostenido que cuando se presenta inversión en acciones que impliquen asumir control en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio conlleva de un lado la adquisición de acciones y de otro el intangible o crédito mercantil, siendo dos activos diferentes con tratamiento contable y tributario particular. (...) Por su parte, el artículo 143 *ibidem* regulaba el término de la amortización de las inversiones, el cual no podía ser inferior a cinco años, salvo que por la naturaleza o duración del negocio, deba hacerse en un plazo inferior. De conformidad con lo expuesto, para que surja el activo amortizable las normas tributarias expresamente remiten a la técnica contable. (...) Es por esto que en el crédito mercantil se registra el valor adicional pagado por la compra de un ente económico sobre el valor en libros o sobre el valor adicional pagado por los activos netos comprados, así como la pérdida o disminución de su valor, es decir la amortización. Se concluye entonces que las condiciones para que se reconozca el crédito mercantil es el contrato de compra de acciones sobre los que se paga un mayor valor sobre el valor en libros del ente adquirido y en virtud del cual se adquiere el control de la sociedad y que se registren en la cuenta 1605 con su respectiva amortización. Al hilo de lo señalado, esta Sala ha manifestado que la *“admisibilidad de esa deducción encuentra fundamento en la vinculación de un intangible a la actividad económica desarrollada por el sujeto pasivo, previendo razonablemente que el mismo contribuya a la generación de renta.* (...) Se destaca que si bien con la Ley 1607 de 2012, el legislador estableció que el gasto por amortización del crédito mercantil no podría ser deducido por la misma sociedad cuyas acciones fueron adquiridas, ni por las sociedades que resultan de procesos de reorganización empresarial como fusión o escisión, o por liquidación, lo cierto es que, para la época de los hechos, tal disposición no había sido expedida. En consecuencia, cuando se tratara de fusión podría amortizarse el crédito, siempre que se sujetara al tratamiento contable dispuesto para este tipo de intangibles, así como los requisitos de los artículos 107 (para todas las deducciones), 142 y 143 del Estatuto Tributario. (...) Recuérdese que uno de los requisitos para el reconocimiento del crédito mercantil es el pago por parte de sociedad adquirente del mayor valor de las acciones de la entidad sobre la cual adquiere el control, el cual no se evidencia en este caso pues como reiteradamente se ha expuesto la operación dio lugar a un pago por acciones de \$29.633.119.000 y de crédito mercantil de \$78.172.692.644. Sin embargo, Stratton de Colombia solo realizó un pago de \$47.805.812.500, y de acuerdo con los balances de la entidad antes de la fusión la entidad no contaba con los recursos para el segundo desembolso. Así las cosas, en concepto de la Sala el pago de \$47.805.812.500 es imputable a Stratton de Colombia de los cuales \$29.633.119.000 corresponde a la adquisición de las acciones y el valor restante de \$18.172.693.500 correspondería al mayor valor que origina el crédito mercantil, que es susceptible de ser amortizado durante el término establecido en el artículo 143 del Estatuto Tributario el cual fue establecido en 5 años, por lo que para la vigencia 2009 objeto de esta demanda corresponde una amortización de \$3.634.538.700. Comoquiera que la amortización en el año cuestionado ascendió a \$15.634.539.000, la Sala considera que es procedente acceder a la deducción en la suma de \$3.634.538.700 y se debe rechazar la suma \$12.000.000.300. Es por lo anterior, que con la fusión lo pretendido era transferir parte del crédito a la entidad que lo generó, esto es Multienlace, sociedad que efectivamente lleva a cabo la labor de centros de contacto (de conformidad con el objeto social establecido en el certificado de existencia y representación legal). Sin embargo, no es aceptable que la misma sociedad que generó el crédito pague por el mismo, por lo que el crédito restante de \$60.000.000.000 no es susceptible de amortizarse. Adicional a lo anterior, se observa que, en los actos demandados, no solo se cuestionó el pago real de la operación, que ya fue resuelto, dado que la DIAN también controvertió el cumplimiento de los artículos 107 y 142 del Estatuto. Ahora, respecto al artículo 107 *ibidem*, la Administración en la liquidación expuso que *“el desconocimiento de la amortización del crédito mercantil a más de no ajustarse a los requisitos establecidos en el artículo 107, 177 y 632 del Estatuto Tributario, el elemento vital para el desconocimiento fue la evasión fiscal materializada con la fusión con los fines ya plurimencionados”*. (...) Frente al artículo 142 del Estatuto Tributario, en el acto se mencionó que no se trata de una inversión efectuada para fines del negocio de la que se originen ingresos presentes o futuros. Como contrapartida, la demandante señala que se acudió a la figura de compra de acciones y

luego fusión como estrategia comercial, que los ingresos se aumentaron considerablemente en los años posteriores, dado que por la adquisición de Multienlace se acordó un convenio de prestación de servicios por 5 años con Bancolombia y al hacer parte del Grupo Allus se adquirieron nuevos clientes como Movistar. Para resolver el asunto, se destaca que la administración para desconocer la deducción se fundamenta en que, en su parecer, la operación que dio lugar al crédito mercantil era formal y no material, configurándose una evasión fiscal por parte de la demandante. Al respecto, como se indicó anteriormente, era procedente la amortización, pero solo en cuanto al pago realizado por quien adquirió el crédito, lo que llevó a limitar la suma pretendida por la sociedad demandante. Con todo, en el caso concreto se observa que la demandante desvirtúa los argumentos que sobre los conceptos de necesidad, causalidad y proporcionalidad plasmó la DIAN en los actos acusados frente a la suma reconocida en esta providencia. Desde la sede administrativa, la sociedad demandante sostiene que la adquisición de este crédito fue necesaria y que trajo beneficios para la actividad generadora de renta de la sociedad de centros de contacto, de conformidad con el objeto social establecido en el certificado de existencia y representación legal. Esto por tanto se garantizó la prestación del servicio a Bancolombia y se celebraron contratos nuevos con ocasión el ingreso de la sociedad al grupo empresarial Allus, aspectos que no fueron controvertidos por la DIAN. A esto se suma el aumento de sus ingresos desde el año 2008 al 2013. (...) Sobre el particular se reitera que las expensas necesarias *son aquellas que realiza razonablemente un contribuyente en una situación de mercado y que, real o potencialmente, permiten desarrollar, conservar o mejorar la actividad generadora de renta.* En el presente caso, dicho informe estableció no solo que los ingresos de Multienlace habían aumentado para el año 2009, sino que se proyectaba un incremento para el año 2010, por lo que sí se evidencia que la adquisición del crédito tuvo como fin mejorar la actividad generadora de renta. A esto se suma el hecho de que la misma Administración reconoce, con base en el estudio, que es posible el aumento de los ingresos. Igualmente se observa que la DIAN omitió referirse de fondo sobre el beneficio manifestado por la demandante con su ingreso al grupo empresarial Allus, luego de la compra de acciones y fusión con Stratton Colombia, y que se materializó principalmente en el contrato firmado con el grupo telefónica, el cual fue aportado al proceso. Las anteriores razones también llevan a la Sala a establecer la relación de causalidad con la actividad generadora de renta, esto es, los servicios de contact centers. Frente al requisito de proporcionalidad, la DIAN expuso que no se cumplió porque la absorbida solo tenía las acciones y el pasivo con los antiguos dueños de Multienlace, lo que llevaba a que el crédito mercantil fuera superior a sus rentas. Sobre el particular, se insiste en que este concepto cuantitativo debe analizarse a la luz de los criterios comerciales y, por tanto, *se valora conforme a la situación económica del contribuyente y el entorno de mercado en el que desarrolla su actividad productora de renta.* Sin embargo, la argumentación que trae la administración está encaminada a las condiciones de la operación que originó la adquisición del crédito mercantil, respecto de la sociedad absorbida, esto es Stratton y no propiamente a la expensa frente a la razonabilidad comercial de la deducción del contribuyente (Multienlace). Con relación al artículo 142 del Estatuto Tributaria, se considera que contrario a lo expuesto por la DIAN, en el caso concreto se evidencia que se trata de una inversión efectuada para fines del negocio de la contribuyente, y la misma administración reconoció la posibilidad de que se originen ingresos futuros en la actividad generadora de renta. En consecuencia, se encuentran acreditados los requisitos dispuestos en los artículos 107 y 142 del Estatuto Tributario, respecto de la deducción por amortización limitada como se estableció líneas atrás.”.

Salvamento de voto parcial del Consejero Milton Chaves García

DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO MERCANTIL - Procedencia / RECHAZO PARCIAL DE LA DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO MERCANTIL - Improcedencia. Se cumplieron todas las condiciones exigidas legalmente para la deducción por amortización del crédito mercantil, por lo que no había lugar arechazar una parte del mismo / FUSIÓN POR ABSORCIÓN - Efectos jurídicos / PROHIBICIÓN DE LA DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO MERCANTIL DE LA LEY 1607 DE 2017 – Inaplicación frente al crédito mercantil adquirido en el año 2008

Tesis: “Con el debido respeto, debo manifestar mi desacuerdo con la providencia en cuanto se rechaza una parte de la deducción por amortización del crédito mercantil. La providencia reconoce expresamente que la operación de compra de acciones de MULTIENLACE S.A. por parte de la sociedad STRATTON COLOMBIA S.A. está probada en el proceso, por lo que la transacción existió y el desembolso del dinero fue real y no un simple registro contable. También se demostró e indicó expresamente que la compra de las acciones fue el 21 de junio de 2008 por \$107’805.812.500 y que se registró un crédito mercantil de \$ 78.172.692.644. Así mismo, que el 6 de noviembre de 2008 se registró en la Cámara de Comercio el acuerdo de fusión de las sociedades. La absorbente fue

MULTIENLACE S.A. y la absorbida STRATTON COLOMBIA S.A. La fusión se perfeccionó con el registro en Cámara de comercio y los efectos de la fusión son que la absorbente adquiere los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas (art. 172 del C.Co.) En ese orden de ideas, si existían obligaciones a cargo de la sociedad absorbida (STRATTON COLOMBIA S.A.) quedaban a cargo de la absorbente (MULTIENLACE S.A.), que en este caso procedió a pagar la deuda con quienes le vendieron la acciones a STRATTON COLOMBIA S.A., como en efecto se demostró. Es por ello que se cumplieron todas las condiciones exigidas legalmente para la deducción por amortización de crédito mercantil adquirido en 2008 y no había lugar a rechazar una parte, como lo hace el Fallo, pues como lo advierte, para ese periodo no se había establecido la prohibición contenida en el núm. 2 del art. 110 de la Ley 1607 de 2012.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 7 de abril de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 05001-23-33-000-2016-00627-01 \(24868\).](#)

4. Los contratos de concesión no están gravados con la estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia, aunque incluyan dentro de sus prestaciones la construcción o realización de obras.

Síntesis del caso: Se anularon los Oficios 100208221 del 31 de octubre de 2018 y 100202208-0567 del 21 de octubre de 2020, en los que la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN interpretó que la «“Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia” (...) es aplicable a todos los contratos de obra pública dentro de los cuales se incluyen los contratos de obra pública contenidos y derivados de la celebración de contratos de concesión que se celebren con entidades públicas» y que «los contratos de APP, de los cuales se derive la construcción de una obra pública y contratos conexos al de obra, configuran el hecho generador de la estampilla», por lo que «los contratos de concesión al estar comprendidos dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas» se encuentran gravados con el tributo. La Sala concluyó que la estampilla señalada no se causa en la suscripción de contratos de concesión que incluyan dentro de sus prestaciones la construcción o realización de obras públicas, puesto que el artículo 5 de la Ley 1697 de 2013, reglamentado por el artículo 6 del Decreto 1050 de 2014, limitó al contrato de obra y sus conexos suscritos con entidades del orden nacional el tipo contractual bajo el cual se realiza el hecho generador del tributo, lo que impide abarcar otras figuras.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTRATOS CONEXOS AL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTRATO DE CONCESIÓN / HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA Y DEMÁS UNIVERSIDADES ESTATALES DE COLOMBIA - Elemento objetivo. Aspecto material. Reiteración de jurisprudencia. Está asociado a la suscripción de contratos de obra / HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA Y DEMÁS UNIVERSIDADES ESTATALES DE COLOMBIA - Elemento subjetivo. Reiteración de jurisprudencia. Requiere que los contratos se suscriban por las entidades señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 / CAUSACIÓN DE LA ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA Y DEMÁS UNIVERSIDADES ESTATALES DE COLOMBIA SOBRE CONTRATOS DE CONCESIÓN - Ilegalidad. Violación de los artículos 5 de la Ley 1697 de 2013 y 6 del Decreto 1050 de 2014

Problema jurídico: ¿El hecho generador de la Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia se configura en la suscripción de contratos de concesión que incluyan dentro de sus prestaciones la construcción de una obra?

Tesis: “[L]a Sala observa que en el *sub lite* las partes concuerdan en que el contrato de obra y el de concesión no son asimilables y en que este no corresponde a un contrato conexo de aquel (en los términos dispuestos por la ley al establecer el hecho generador analizado), sino que la litis trabada consiste en determinar si los contratos de concesión están gravados con la estampilla examinada cuando incluyen dentro de sus prestaciones la construcción o realización de obras, como lo sostuvo la demandada en los

Oficios enjuiciados. 3- Para lo que interesa al caso, el artículo 5.º de la Ley 1697 de 2013 establece que la suscripción de todo «*contrato de obra*» con las entidades del orden nacional está gravada con la estampilla en cuestión y la norma fue reglamentada por el artículo 6.º del Decreto 1050 de 2014 que precisó que los contratos sujetos al tributo son aquellos que cumplen las siguientes dos condiciones: (i) «*ser de aquellos denominados de obra*», entendiéndose por estos los celebrados para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago; y (ii) ser suscritos por las entidades del orden nacional. Así, esta Sala ha reconocido que el hecho generador de la estampilla se compone de un elemento objetivo asociado a la suscripción de contratos de obra y de otro subjetivo, en tanto requiere que los contratos sean suscritos por las entidades señaladas en el artículo 2.º de la Ley 80 de 1993 (sentencia del 19 de febrero de 2020, exp. 22069, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez). De suerte que, en lo concerniente al aspecto material del elemento objetivo, la Sala resalta que el supuesto fáctico fijado por las disposiciones legales para la causación de la estampilla analizada corresponde a la suscripción de contratos de obra, con lo que se estableció una configuración normativa que limita el tipo contractual bajo el cual se realiza el hecho generador del tributo, sin que aquellas otorguen un margen de interpretación que permita abarcar otras figuras contractuales, aun cuando estas puedan incluir dentro de sus prestaciones la construcción de obras. La propia norma se ocupó de acotar el ámbito de la realidad con relevancia jurídico-tributaria al señalar que la suscripción de los contratos de obra son los que causan el impuesto, cuya tipificación legal, establecida en el ordinal 1.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se diferencia de la de los contratos de concesión, definidos en el ordinal 4.º del mismo artículo. Bajo esos parámetros legales, la interpretación jurídica enjuiciada, que sostiene que el supuesto de hecho que grava el legislador comprende la suscripción de todos los contratos que incluyan como prestación la construcción o realización de obras con independencia de su tipo contractual, se desvirtúa por el propio texto del artículo 5.º de la Ley 1697 de 2013, reglamentado por el artículo 6.º del Decreto 1050 de 2014, que lo limita al contrato de obra y no a otros como el de concesión a efectos de que se configure el hecho generador de la estampilla analizada. Además, esa doctrina oficial pasa por alto el hecho de que cuando se ha buscado gravar la suscripción de contratos de concesión, la normativa ha incluido de modo específico ese supuesto como uno de aquellos que dan lugar a la causación del tributo, de modo diferenciado o adicional al del contrato de obra. Así lo hizo, por ejemplo, el artículo 6.º de la Ley 1106 de 2006, que estableció que el hecho generador del tributo denominado «*contribución de obra pública*» no solo incluía la suscripción de «*contratos de obra pública, con entidades de derecho público*», sino también la de contratos de «*concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales*». En ese sentido, destaca la Sala que cuando el legislador pretende recaer sobre ambos tipos contractuales, los enuncia. Así, también lo reconoció la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de unificación 2020CE-SUJ-SP-001, del 25 de febrero de 2020 (exp. 22473, CP: William Hernández Gómez), pues al estudiar la «*contribución de obra pública*» concluyó que los contratos de exploración y explotación, comercialización e industrialización de recursos naturales renovables y no renovables, son típicos y tienen particularidades que los distinguen del contrato de obra pública objeto del gravamen, por lo que no se podían subsumir en el hecho generador de este. En definitiva, carece de sustento jurídico el planteamiento de los Oficios demandados, según el cual los contratos de concesión (incluyendo los que se suscriban mediante el esquema de APP), cumplen el presupuesto de hecho para la causación de la estampilla examinada. Por consiguiente, la Sala juzga que los actos acusados son contrarios a las disposiciones legales, concretamente, a los artículos 5.º de la Ley 1697 de 2013 y 6.º del Decreto 1050 de 2014, que regulan el hecho generador de la estampilla. Dado que esa conclusión basta para desvirtuar los argumentos de la demandada, la Sala declarará la nulidad solicitada”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 7 de abril de 2022, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2021-00016-00 \(25500\).](#)

7
SECCIÓN
QUINTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se declaró la nulidad de la resolución por medio de la cual se encargó al contralor municipal de Bucaramanga.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad de la Resolución 197 del 30 de diciembre de 2019, por medio de la cual la Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga encargó al señor Héctor Orlando Noriega Leal como contralor municipal, alegando que hubo (i) expedición irregular al haber encargado a un contralor antes de que el anterior terminara su período; (ii) falta de competencia, al considerar que la vacancia absoluta del contralor se presentaba a partir del 1º de enero de 2020, fecha en la que el Concejo aún no estaba instalado de modo que la designación temporal debía hacerla el alcalde; y (iii) desviación de poder e infracción de normas, por violación de la Constitución Política y de la Ley 136 de 1994. La Sala revocó la decisión de primera instancia que había negado las pretensiones de la demanda, para en su lugar, declarar la nulidad del acto de encargo demandado, luego de corroborar que el acto acusado fue expedido sin competencia.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / NOMBRAMIENTO DEL CONTRALOR MUNICIPAL / NOMBRAMIENTO EN ENCARGO / FALTA ABSOLUTA DEL CONTRALOR MUNICIPAL / FALTA DE COMPETENCIA

Problema jurídico: Corresponde a la Sala definir si hay lugar a confirmar, modificar o revocar el fallo de primera instancia, que negó la nulidad de la Resolución 197 del 30 de diciembre de 2019, por la cual la Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga encargó al señor Héctor Rolando Noriega Leal como contralor municipal, por terminación del periodo del titular del cargo. Para el efecto, es preciso abordar brevemente, en primer lugar, la génesis de la función pública de control fiscal y su finalidad, para luego repasar las reglas de provisión del cargo de contralor, especialmente en el nivel territorial. Con este derrotero, se procederá a analizar el caso concreto, a partir de las normas invocadas que resultan pertinentes a la actuación cuestionada y las pruebas aportadas al expediente, con el fin de determinar la autoridad competente para proveer en encargo el cargo de contralor de Bucaramanga, ante la vacancia definitiva por la terminación del periodo del titular, ocurrida durante el receso de la corporación administrativa.

Tesis: “[L]os concejos son competentes para proveer las “vacantes definitivas” o “faltas absolutas” de los contralores, realizando una nueva elección, salvo que se encuentre en receso, hipótesis en la cual corresponde al alcalde designar provisionalmente a un funcionario de la contraloría respectiva. Así mismo, el legislador delega en los propios concejos la forma de provisión de las faltas temporales. Sobre la provisión transitoria del cargo de contralor, específicamente la que tiene lugar para cubrir su ausencia por terminación del término constitucional y a propósito de la revisión del mencionado artículo 5º de la Ley 330 de 1996, la Corte Constitucional justificó la exequibilidad de esa forma de solucionar la interinidad. (...). El reemplazo transitorio con el funcionario que sigue en jerarquía resulta ser la actuación idónea para evitar, por doble vía, que el titular del cargo permanezca en el mismo más allá del periodo institucional y que la función pública termine afectada por la ausencia de un responsable de conducirla. (...). La competencia para elegir al contralor general de la República y a los contralores del orden territorial fue conferida por la Constitución Política al Congreso, a las asambleas y a los concejos, respectivamente. También por disposición del texto superior, esta potestad nominadora requiere la realización de una convocatoria pública reglada, que permita una amplia participación de los ciudadanos interesados, que cumplan con los requisitos igualmente previstos a nivel constitucional. En esta forma de selección confluyen criterios de mérito y de conveniencia, que mantienen cierto margen de discrecionalidad política a los órganos electores para definir al candidato ganador entre los tres primeros puntajes de las pruebas aplicadas. Por otra parte, corresponde a las mismas corporaciones nominadoras cubrir las faltas absolutas y temporales, en el primer caso, a través de un nuevo proceso de selección y en el segundo, con el encargo del funcionario de la respectiva contraloría que definan la Constitución, la ley o el reglamento. Así mismo, esta facultad la debe ejercer el respectivo alcalde de manera excepcional en aquellos casos de falta absoluta o suspensión del contralor distrital o municipal que se produjeren durante el receso del concejo. (...). La Sala considera que le asiste razón al apelante, toda vez que el Concejo de Bucaramanga actuó en contravía de las reglas previstas en la ley para proveer las faltas absolutas del contralor municipal durante el receso de la corporación. (...). Para este caso, corresponde al concejo, en primer término, proveer las vacancias definitivas del cargo, bien en sesiones ordinarias o bien en una extraordinaria. Sin embargo, el artículo 161 de la Ley 136 de 1994 contempla una situación excepcional, que reconoce la competencia a una autoridad distinta y que acontece cuando dicha ausencia absoluta se presenta durante el receso de

la corporación, evento en el cual el competente es el alcalde. (...). Siendo así, en el caso concreto resulta claro que el 30 de diciembre de 2019, cuando fue proferido el acto acusado, el Concejo de Bucaramanga estaba en receso. Por lo tanto, en ese momento, el Concejo no estaba habilitado legalmente para ejercer la potestad nominadora que, en condiciones normales, le corresponde. En su lugar, por expreso mandato del legislador, era el alcalde de Bucaramanga el que debía suplir la vacancia absoluta, “designando provisionalmente un funcionario de la Contraloría”, mientras se superaba la suspensión de la convocatoria pública y la corporación escogía al ganador, como sin lugar a equívocos lo indica el artículo 161 de la Ley 136 de 1994. Por esta razón, es evidente que el Concejo de Bucaramanga, a través de su Mesa Directiva, actuó sin competencia al expedir un acto administrativo de encargo durante el receso de sus actividades, desconociendo la fórmula dictada por el legislador.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 17 de marzo de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 68001-23-33-000-2020-00060-01.](#)

2. Se negó la declaratoria de nulidad del acto de designación del embajador extraordinario y plenipotenciario, adscrito a la misión permanente de Colombia ante la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de designación del embajador extraordinario y plenipotenciario, adscrito a la misión permanente de Colombia ante la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, alegando que hubo: (i) falta de motivación en la expedición del acto, en la medida que no hay justificación de las razones constitucionales y legales del nombramiento; (ii) Infracción de norma superior, dada la existencia de funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular escalafonados en el grado de embajador; y (iii) Infracción de norma en que debía fundarse, teniendo en cuenta la no adhesión formal de Colombia a la OCDE. La Sala revocó la decisión de primera instancia que había declarado la nulidad del acto de elección, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda. Lo anterior, luego de concluir: i) que no es necesaria la creación de una misión o delegación previa para poder nombrar un embajador, dado que las normas internacionales que regulan la materia así lo permiten, ii) tampoco se requiere tener relaciones diplomáticas o consulares, iii) así como, es viable obligarse internacionalmente aun cuando el tratado haya o no entrado en vigor, como en este preciso caso ocurrió con la OCDE, por lo que es factible designar a un funcionario para acatar tales cargas, que en todo caso deben cumplirse bajo el principio de pacta sunt servanda.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR / RÉGIMEN DE CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR / EMBAJADOR // ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO / PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA / PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD // FUNCIONES DEL EMBAJADOR / RELACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala examinar si la sentencia de 7 de octubre de 2021 debe ser revocada, modificada o confirmada, a la luz de los argumentos expuestos en los memoriales impugnatorios, que conllevan establecer: i) si se desconoció el principio de justicia rogada al haberse sustentado el fallo apelado en el artículo 122 Superior, que no fue invocado como norma desconocida en el concepto de la violación de la demanda; ii) se vulneró el principio de imparcialidad; iii) si la demanda carece de fundamentos jurídicos; iv) existió confusión entre el concepto de funciones de un cargo y los requisitos para crear, nombrar y ocupar un empleo; v) errada interpretación de las funciones del cargo de embajador ante los organismos internacionales y; vi) la exequibilidad de la Ley 1950 de 2019.*

Tesis: “El jefe de Estado está investido para desplegar la potestad nominadora a través de la figura del libre nombramiento y remoción de los embajadores extraordinarios y plenipotenciarios lo que no significa arbitrariedad en su ejercicio, dado que, en dicho cometido, debe guardar el respeto por las normas nacionales e internacionales que rigen el empleo, como sería, entre otras, el cabal cumplimiento de requisitos del designado y, adicional el acatamiento de la cuota mínima del 20% de asignación de las vacantes, en personal de carrera diplomática bajo la situación administrativa de ascenso. (...). La

naturaleza jurídica del empleo de embajador es ser de libre nombramiento y remoción, sin que por ello se pueda entender que no le es permitido a los miembros de carrera diplomática y consular ocupar dichas plazas, dado que, conforme a las normas que rigen la materia, las mismas deben ser destinadas en una proporción de 20% a funcionarios escalafonados, quienes pueden ocupar el cargo, pero aun así su permanencia en éste depende de las necesidades del servicio. (...). Al revisar el escrito de la demanda y las razones en que se fundamentó la decisión ahora impugnada, se puede extraer que la misma guardó los principios de congruencia y justicia rogada, los cuales se erigen como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso, en tanto limita al operador judicial sobre la materia a pronunciarse, esto es, lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita). (...). El cargo de apelación recae en que se inobservaron los argumentos de defensa y solo se tuvieron en cuenta los de la demanda, incluyendo nuevos cargos que no fueron aducidos. (...). Contrario a lo manifestado por el apoderado de demandado, el fallo sí tuvo en cuenta los argumentos de defensa, aspectos que conllevaron a que 2 de los 3 cargos propuestos fueran despachados de forma negativa. (...). El control que se ejerce vía judicial de la ley aprobatoria de un tratado es diferente del que la jurisdicción hace del nombramiento como embajador del [demandado]. Frente al primero, esto es, de la ley aprobatoria, es la Corte Constitucional quien en virtud del artículo 241.10 Superior, revisa: la fase previa que contempla la representación del Estado colombiano y el proceso de adhesión. (...). Corresponde al juez de la nulidad electoral hacer el estudio de legalidad de los actos de nombramiento, designación, elección o llamamiento conforme lo contempla el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, medio de control que determina la confrontación de las normas aducidas en la demanda con el acto demandado y si éste lo infringió por no respetar el procedimiento de formación, competencia, motivación y fines para los cuales fue expedido. En razón de ello, al no encontrar que la constitucionalidad declarada por la Corte en sentencia C-492 de 2019 incida en el presente control de legalidad del Decreto No. 1631 de 9 de septiembre de 2019, por medio del cual, el presidente de la República y el entonces ministro de Relaciones Exteriores nombraron al [demandado] como embajador extraordinario, resulta procedente el estudio por esta jurisdicción como efectivamente se realizó en sus dos instancias. (...). [E]l nombramiento de los embajadores es una función del jefe de Estado en el marco de sus competencias de dirigir las relaciones internacionales y materializar la política exterior conforme el artículo 9 de la Constitución. Por ello, se le facultó para designar a sus agentes de forma autónoma dado que en ellos recae la confianza que deposita el primer mandatario en que ejecutarán sus políticas en el servicio exterior. Conforme a ello, si bien la primera autoridad administrativa tiene la facultad discrecional de escoger sus embajadores, ello no lo releva del deber de acatar en el ejercicio de su nominación las normas internas, como aquellas que imponen los requisitos de acceso al empleo, el porcentaje de participación de personal de carrera diplomática y el respeto por el interés general que se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. A su vez debe guardar las reglas de carácter internacional que detallan el derecho de los tratados y las relaciones internacionales conforme lo reseñan la Carta de Derechos. (...). Es dable concluir, que no se requiere la ratificación del tratado y menos aún, la creación de una misión o delegación permanente para que se pueda designar por parte del jefe de Estado un funcionario para que asuma la representación de Colombia ante un Estado u organismo internacional con el que pretende tener relaciones, dado que la misma convención les dio la prerrogativa no solo a los jefes de misión, sino también, a las personas especialmente designadas para tal cometido de representar a Colombia internacionalmente. (...). De la lectura de las funciones del mencionado empleo, no se advierte como se interpretó, que requiera ejercerse ante una misión creada ni mucho menos con un organismo dentro del cual se tenga relaciones plenamente establecidas luego de la ratificación del respectivo tratado. (...). Las funciones del empleo de embajador extraordinario y plenipotenciario, se subsumen en las detalladas en el acto de asignación -Resolución No. 5431 del 4 de octubre de 2019-, y guardan plena relación con los compromisos adquiridos por Colombia ante la OCDE de contar con una persona: i) del más alto nivel, ii) de confianza, iii) en el territorio francés, iv) con quien se pueda tener contacto personal y directo, v) para atender los requerimientos de los comités que se encuentran adscritos ante el órgano internacional con la finalidad de lograr la adhesión.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 3 de marzo de 2022; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 25000-23-41-000-2019-00903-01.](#)

3. Se negó la nulidad del acto de elección de un concejal del municipio de Soacha.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de un concejal del municipio de Soacha, aduciendo que estaba incurso en la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, al concluir que la supuesta omisión referente a que el demandado no manifestó*

apoyo a la candidatura de Juan Carlos Saldarriaga como aspirante a la Alcaldía de Soacha, por su mismo partido, no es configurativa de la prohibición de doble militancia.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA POLÍTICA EN LA MODALIDAD DE APOYO

Problema jurídico: *Corresponde a la Corporación resolver si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. Para el efecto, se advierte que, como argumento de la alzada, se arguyó que el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia por apoyar a un candidato distinto al que decidió secundar el Partido Conservador para la Alcaldía de Soacha y por no haber respaldado la aspiración de Juan Carlos Saldarriaga a dicho cargo, quien fue inscrito por esa colectividad.*

Tesis: "Frente a la configuración de la modalidad de apoyo en materia de doble militancia, esta Sección ha sido clara al identificar los elementos para su configuración. Elemento subjetivo. El deber de abstención que se deriva de la prohibición de la doble militancia en su modalidad de apoyo cubre, además de quienes detentan cargos de dirección, gobierno, administración o control en los partidos y movimientos políticos, a los miembros de las organizaciones políticas que han sido elegidos o aspiran a serlo en cargos o corporaciones de elección popular. Por lo anterior, la demostración de esta manifestación de doble militancia exige que el demandado ostente cualquiera de las calidades referidas. Elemento objetivo. La conducta proscrita consiste en apoyar aspirantes inscritos o respaldados por partidos y movimientos políticos que difieren de aquel al que pertenece el accionado. Así, el concepto de apoyo ha sido caracterizado por esta Sección como "(...) la ayuda, asistencia, respaldo o acompañamiento de cualquier forma o en cualquier medida a un candidato distinto al avalado o apoyado por la respectiva organización política. En lo que refiere a la naturaleza del apoyo, se ha reconocido que la asistencia censurada debe ser el resultado de la ejecución de actos positivos y concretos que demuestren el favorecimiento político al candidato de otra organización. (...). La Sala consideró, (...) que las abstenciones atribuidas por la parte actora al concejal acusado –cimentadas en la realización de reuniones políticas sin la presencia del aspirante a la Alcaldía de Soacha inscrito por el partido que lo avalaba–, no disponían de la virtualidad de configurar la doble militancia por apoyo, de cara a la ausencia de actos positivos y concretos que permitieran materializarla. Elemento temporal. (...). La materialización de la asistencia indebida debe suceder en el contexto de la campaña política, toda vez que "...solo durante ese lapso se puede hablar de candidatos en el sentido estricto de la palabra"; término que se extiende desde el momento en el que el ciudadano acusado inscribe su aspiración y va hasta la fecha de la elección. Elemento modal de la conducta. La incursión en la prohibición de doble militancia en su modalidad de apoyo exige que el partido o movimiento político que avaló la postulación del acusado haya inscrito una candidatura propia al cargo de elección popular de que se trate, comoquiera que solo en estos eventos puede reprocharse la defraudación a la lealtad partidista exigida al candidato sometido al medio de control de nulidad electoral. (...). Elemento territorial. (...) el respaldo recriminado por el legislador estatutario de 2011 puede producirse en el seno de una misma circunscripción electoral –v. gr., la asistencia política prestada por un candidato al Concejo a la aspiración proselitista de un candidato a la Alcaldía de la misma municipalidad–, pero también en el escenario de circunscripciones territoriales diversas. (...). En virtud de la autonomía de los partidos políticos para definir su estructura interna y sus reglamentos, la ausencia de apoyo al candidato de la colectividad que avaló al demandado puede constituir una falta disciplinaria con las consecuencias que de ello se deriva, mas no un comportamiento relevante para efectos de la nulidad electoral. En ese sentido, se concluye que la supuesta omisión referente a que el demandado no manifestó apoyo a la candidatura de Juan Carlos Saldarriaga como aspirante a la Alcaldía de Soacha, no es configurativa de la prohibición de doble militancia, pues, se reitera, la conducta proscrita se enmarca en la asistencia, ayuda o respaldo que se brinda a un candidato distinto al inscrito o avalado por el partido o movimiento al cual se encuentra afiliado."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 10 de marzo de 2022; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 25000-23-41-000-2019-01029-01.](#)

4. Se confirmó la decisión que anuló el acto de elección de un diputado de la Asamblea Departamental del Huila.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de un diputado de la Asamblea Departamental del Huila, alegando que hubo irregularidades en el proceso de escrutinio debido a diferencias injustificadas entre los datos consignados en el formulario E-14 y el formulario*

E-24. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, al concluir que efectivamente se presentaron diferencias injustificadas entre diferentes formularios E-14 y E-24 presentados por el demandante.

NULIDAD ELECTORAL / NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL DIPUTADO / CAUSALES OBJETIVAS DE NULIDAD ELECTORAL / FALSEDAD EN DOCUMENTO ELECTORAL / DIFERENCIA ENTRE EL FORMULARIO E-14 Y EL FORMULARIO E-24

Problema jurídico: Se contrae a determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar el fallo apelado. En tal sentido, se debe establecer, a partir de los argumentos plasmados en la apelación y en las demás intervenciones oportunamente efectuadas en segunda instancia, si el acto de elección acusado se encuentra viciado de nulidad, en los términos de la causal contemplada en el artículo 275.3 del CPACA, por presuntas diferencias injustificadas en los formularios E-14 y E-24.

Tesis: “El artículo 275.3 del CPACA establece como causal de nulidad electoral, que los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales. La diferencia entre los formularios E-14 y E-24 ha sido entendida por la jurisprudencia de la Sección como una forma de falsedad que encuadra dentro de dicho supuesto, siempre que no exista una justificación para ello, tradicionalmente señalada en el acta general de escrutinios. Se trata de un vicio que se produce en las elecciones por voto popular. A través del E-14 los jurados de cada puesto de votación depositan la información del número de votos obtenidos por cada una de las opciones políticas –partidos, movimientos, grupos significativos, listas, candidatos–, los votos en blanco, los votos nulos e, inclusive, las tarjetas no marcadas. De este se expiden dos ejemplares, uno para los claveros y otro para los delegados de la RNEC, prefiriéndose el primero en materia judicial, por su mejor cadena de custodia. Los E-24, por su parte, son documentos que reflejan el consolidado de estas mesas, de forma detallada, por parte de cada comisión escrutadora, a partir de la información diligenciada en los E-14, y se construyen de forma piramidal. De suerte que la información de los escrutinios auxiliares o zonales (en municipios o distritos zonificados) sirve de base a los municipales o distritales; estos últimos, a su vez, alimentan el E-24 de los escrutinios generales o departamentales; y estos, al mismo tiempo, nutren los de carácter nacional. En principio, no debería existir ninguna diferencia entre la información manejada en los distintos niveles de escrutinio. No obstante, hay circunstancias previstas por el ordenamiento que habilitan la modificación de los datos. Esto ocurre principalmente cuando hay recuentos de votos, lo cual tiene lugar, en los eventos en que se advierte alguna irregularidad que ponga en duda la veracidad de la información reportada, porque determinado sujeto presentó razonadamente una solicitud en tal sentido, o porque se dio alguna causa legal para ello. Cualquiera que sea el caso, es imprescindible que de cada una de estas actuaciones, solicitudes y decisiones se deje constancia en el acta general del respectivo escrutinio (AGE) –o en acto del CNE cuando el encargado de adoptar la decisión es este–, so pena de que, llegado el caso, el juez de lo electoral considere injustificadas las variaciones en el número de votos de un formulario a otro, con la consecuencia de declarar la nulidad del acto elección si estas, además de trascender al formulario E-26 –que contiene el resultado de la elección–, son de tal magnitud que de practicarse nuevos escrutinios serían otros los elegidos. (...). Se demandaron 23 registros en 21 mesas; el a quo encontró que las diferencias entre formularios E-14 y E-24 estaban justificadas en 3 de ellas. No obstante, el demandado considera que hay justificación en otras 7, y que, además, en una octava (Campoalegre, Zona 1, puesto 2, mesa 9), las diferencias injustificadas operaron en desmedro suyo. Dentro de ese contexto, lo primero que quiere poner de relieve la Sala es que advierte la existencia de algunas imprecisiones en los cálculos efectuados por el Tribunal de primera instancia, que podrían conducir a que el número de votos descontados injustificadamente a la demandante sea mayor de lo que concluyó (70, en lugar de 68) y que, de similar manera, sean más los sumados irregularmente al accionado (6 en lugar de 3). (...). Para ello, la Sala confrontará los respectivos formularios E-14 y E-24 con las correspondientes actas generales de escrutinio, bajo la premisa que, en principio, deben obedecer a la existencia de recuentos idóneos y pormenorizados en los que se indique los cambios en el escrutinio. (...). En ese orden, a la luz de lo hasta aquí estudiado, al demandado habría que contarle los 10.874 votos que le figuran en el formulario E-26 ASA92; mientras que la accionante pasaría de tener los 10.822 registrados en dicho documento electoral, a ser depositaria de 10.885 votos, que es lo que resulta de sumarle las 63 diferencias carentes de justificación. De esta manera, tal como lo concluyó el fallador de primer grado, la vencedora sería esta última, pero por una diferencia de 11 votos, y no de 19 como lo había calculado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 24 de febrero de 2022; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 41001-23-33-000-2019-00536-04.](#)

8
SENTENCIAS DE
UNIFICACIÓN



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

La Sección Cuarta unificó la jurisprudencia en relación con la conformación del ingreso base de cotización (IBC) sobre el que las cooperativas de trabajo asociado deben liquidar y pagar los aportes al Sistema de la Protección Social.

Síntesis del caso: Dada la inexistencia de pronunciamientos de la Corporación frente al tema, se dictó sentencia de unificación, para sentar jurisprudencia, en relación con la conformación del ingreso base de cotización (IBC) sobre el que las cooperativas de trabajo asociado deben liquidar y pagar los aportes con destino al sistema de la protección social, para lo cual se fijó el criterio de interpretación y alcance de los artículos 2 y 6 de la Ley 1233 de 2008, que, en su orden, prevén los elementos esenciales de las contribuciones especiales (SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar CCF), y la afiliación y pago al sistema de seguridad social integral (salud, pensión y ARL). Concretamente, se establecieron como reglas jurisprudenciales de unificación las siguientes: 1. El IBC de los aportes a los subsistemas que conforman el sistema de seguridad social integral (salud, pensión y ARL) está conformado por la suma de las compensaciones ordinarias y extraordinarias devengadas en el mes, entendidas como los emolumentos que recibe el cooperado únicamente como retribución por la ejecución de su actividad material o inmaterial. 2. El IBC de los aportes con destino al SENA e ICBF será la compensación ordinaria mensual establecida en el régimen de compensaciones, y para los destinados a las CCF, será la suma de las ordinarias y extraordinarias devengadas en el mes, entendidas como los valores que recibe el cooperado únicamente como retribución por la ejecución de su actividad material o inmaterial. 3. Las sumas que reciba el cooperado que no constituyen compensación, es decir, las que no se determinan en función del tipo de labor desempeñada (material o inmaterial), el rendimiento o la productividad y la cantidad de trabajo aportado, no integrarán el IBC de los aportes con destino al sistema de seguridad social integral ni a las contribuciones especiales. Entre otras, las sumas de dinero que reciben los trabajadores asociados por concepto de los excedentes de que trata el numeral 3 del artículo 54 de la Ley 79 de 1988, descansos, los pagos cuya finalidad sea el transporte, alimentación, alojamiento, auxilio de rodamiento, gastos de representación, vestuario y los demás que se paguen para el cabal cumplimiento de las actividades, en los términos previstos en el régimen de compensaciones. 4. Cuando en el régimen de compensaciones se establezca que una compensación ordinaria o extraordinaria, entendidas como los emolumentos que recibe el cooperado únicamente como retribución por la ejecución de su actividad material o inmaterial, no integrarán el IBC de aportes al sistema de seguridad social y contribuciones especiales, se aplicará el límite previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, es decir, que no podrán superar el 40% del total de la remuneración. El monto que supere ese límite también hará parte de la base gravable. 5. Las planillas integradas de liquidación de aportes PILA, son consideradas declaraciones tributarias, por lo que las compensaciones ordinarias y extraordinarias sobre las cuales se calculan los aportes se presumen veraces. Sin embargo, si el ente fiscalizador cuestiona la falta de inclusión en la base gravable de pagos que a su juicio son compensaciones ordinarias o extraordinarias, le corresponde al empleador o aportante, con los medios probatorios pertinentes, justificar y demostrar que el pago realizado no constituye compensación, es decir, que no tiene por finalidad retribuir el servicio.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA LIQUIDACIÓN DE APORTES PARAFISCALES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO / LIQUIDACIÓN DE APORTES PARAFISCALES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Ingreso base de cotización IBC. Reglas de unificación jurisprudencial / LIQUIDACIÓN Y PAGO DE APORTES PARAFISCALES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Normativa aplicable. Aplican las disposiciones legales vigentes que regulan a los trabajadores dependientes y a las empresas tradicionales / AFILIACIÓN Y PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Responsabilidad de la cooperativa / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Reserva de ley / CONTRIBUCIONES

ESPECIALES AL SENA, ICBF Y A LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES ESPECIALES AL SENA Y AL ICBF EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Regla de unificación jurisprudencial / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Regla de unificación jurisprudencial / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES ESPECIALES AL SENA, ICBF Y A LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Distribución de la tarifa del 9% / PAGO DE CONTRIBUCIONES ESPECIALES AL SENA, ICBF Y A LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Cooperativas exceptuadas. Están exceptuadas del pago las cooperativas de trabajo asociado cuya facturación anual no exceda 435 salarios mínimos legales vigentes / BASE GRAVABLE DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Se integra por las sumas que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, que puede ser retribuido con la compensación ordinaria y la extraordinaria / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL DE TRABAJADORES DEPENDIENTES - Lo componen los factores constitutivos de salario, en los términos del artículo 127 del CST, esto es, los que por su esencia o naturaleza remuneran el trabajo o servicio prestado al empleador, sin perjuicio del límite porcentual del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, que de superar un 40%, integrará el IBC, respecto de los pagos que siendo salariales, las partes pactan que no integrarán la base gravable / PAGOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO / PACTO DE DESALARIZACIÓN EN RÉGIMEN DE COMPENSACIONES DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Procedencia / PACTO DE DESALARIZACIÓN EN RÉGIMEN DE COMPENSACIONES DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO – Aplicación del límite previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010. Regla de unificación jurisprudencial / PLANILLA INTEGRADA DE LIQUIDACIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL PILA EN LIQUIDACIÓN DE APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Presunción de veracidad de las compensaciones ordinarias y extraordinarias base de liquidación de los aportes declarados. Regla de unificación jurisprudencial / CARÁCTER DE COMPENSACIÓN ORDINARIA O EXTRAORDINARIA DE PAGOS NO INCLUIDOS EN EL IBC DE APORTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Carga de la prueba. Regla de unificación jurisprudencial / CARÁCTER NO RETRIBUTIVO DEL SERVICIO DE PAGOS NO INCLUIDOS EN EL IBC DE APORTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Carga de la prueba. Regla de unificación jurisprudencial / ELEMENTOS ESENCIALES DE LAS CONTRIBUCIONES ESPECIALES AL SENA, ICBF Y A LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Alcance y contenido del artículo 2 de la Ley 1233 de 2008 / AFILIACIÓN Y PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Alcance y contenido del artículo 6 de la Ley 1233 de 2008 / SUMAS QUE NO INTEGRAN EL INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DE APORTES PARAFISCALES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Regla de unificación jurisprudencial

Tesis: “La obligatoriedad para las cooperativas de trabajo asociado de pagar aportes a los subsistemas de salud, pensión y riesgos laborales, se fundamenta en el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004, según el cual, en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, los estatutos, reglamentaciones y regímenes que regulan las relaciones entre cooperativa y cooperado, deben establecer lo referente a la obligación de contribuir al sistema de seguridad social integral. El mencionado artículo también establecía la obligación de efectuar aportes al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar, no obstante, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 12 de octubre de 2006, anuló las expresiones que hacían referencia a las citadas contribuciones especiales por desconocimiento del principio de reserva de ley en materia tributaria, pero mantuvo la redacción de la norma en lo que se refiere a los aportes al sistema de seguridad social integral (salud, pensión y riesgos laborales). En el Capítulo Sexto del Decreto 4588 de 2006, se reguló lo referente a la seguridad social integral en el marco de las cooperativas de trabajo asociado, previéndose en el artículo 26 que las cooperativas serían las responsables de los trámites administrativos para la afiliación y pago de los aportes al sistema de seguridad social integral durante la vigencia del contrato de asociación, y que en los aspectos no previstos en el decreto sobre el particular, se aplicarían las normas de la Ley 100 de 1993. De igual forma, se estableció en el artículo 27 *ibídem*, que el IBC estaría conformado por «*todos los ingresos que perciba el asociado, de conformidad con lo señalado en el parágrafo 1º del*

artículo 3º de la Ley 797 de 2003 y normas que lo reglamenten», y que, en todo caso, la base de cuantificación no podría ser inferior a un (1) smmlv, excepto cuando se presentaran novedades de ingreso o retiro. Después, en el artículo 6 de la Ley 1233 de 2008, se dispuso que mientras se encuentre vigente el contrato de asociación, las cooperativas de trabajo asociado son las encargadas de adelantar los trámites para el proceso de afiliación y pago de los aportes al sistema de seguridad social integral (salud, pensión y ARL), los que se harán sobre la base gravable integrada por la suma mensual de las compensaciones ordinarias y extraordinarias, y aplicarán los porcentajes y proporciones previstos en la ley para el régimen de trabajo dependiente. La Sala advierte que al tenor de lo dispuesto en la parte final del inciso primero del artículo 6 de la Ley 1233 de 2008, para efectos de la afiliación y pago de los aportes de los trabajadores asociados al sistema de seguridad social integral, *«les serán aplicables todas las disposiciones legales vigentes sobre la materia para trabajadores dependientes»*, lo que conlleva tanto el deber formal de afiliarse y presentar la liquidación, como el sustancial de pagar, teniéndose además en cuenta que la armonización de la compensación de los trabajadores asociados con las previsiones del CST (sentencia C-645 de 2011), irradia en la determinación de los elementos sobre los cuales deben calcularse los aportes a este sistema, como bien puede ser, la tarifa, las proporciones para el pago y la base gravable. En cuanto a las contribuciones especiales con destino al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar, los artículos 2 y 5 *ibídem* establecen que la actividad de trabajo desempeñada por parte de los asociados da lugar al pago de contribuciones a las mencionadas entidades, las cuales estarán a cargo de las cooperativas de trabajo asociado. Los mencionados artículos fijaron el ingreso base de cotización de las contribuciones especiales de la siguiente forma: (i) para el SENA e ICBF, la compensación ordinaria mensual establecida en el régimen de compensaciones y (ii) para los de las cajas de compensación familiar, la suma de las ordinarias y extraordinarias devengadas en el mes. Así mismo, se estableció como tarifa el 9%, distribuido de la siguiente manera: 3% para el ICBF, 2% para el SENA y 4% para la caja de compensación. (...) Debe señalarse que solo están exceptuadas del pago de las contribuciones especiales, en los términos del artículo 10 de la Ley 1233 de 2008, las cooperativas de trabajo asociado cuya facturación anual no exceda 435 salarios mínimos legales vigentes. Ahora, del artículo 5 de la Ley 1233 de 2008, se extrae que, a las cooperativas de trabajo asociado *«les serán aplicables todas las disposiciones legales vigentes establecidas en materia de pagos con destino»* al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar. En la sentencia C-855 de 2009, la Corte Constitucional declaró exequibles los artículos 1, 2 y 5 (dos primeros incisos) de la Ley 1233 de 2008, y de paso, reconoció que le asistía al accionante la razón *«cuando afirmó que el régimen de contribuciones especiales creado por la Ley 1233 de 2008 es, en sus aspectos básicos esenciales, similar y por lo tanto susceptible de comparación, al régimen de los aportes parafiscales a cargo de la generalidad de los empleadores»*. (...) De manera que, al igual que sucede con la afiliación y pago de los aportes con destino al sistema de seguridad social integral (salud, pensión y ARL), en materia de pago de las contribuciones especiales (SENA, ICBF y CCF), también aplican las disposiciones legales vigentes sobre estas materias tratándose de trabajadores dependientes y empresas tradicionales. Nótese que las normas que consagran las tarifas y la base gravable de los aportes a los diferentes subsistemas que integran el sistema de la protección social, hacen referencia expresa a las compensaciones ordinarias y extraordinarias, postulados que no pueden entenderse de manera aislada de las normas que definen las compensaciones, en esa medida, la base gravable estará integrada por las sumas que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, que puede ser retribuido ya sea con la compensación ordinaria y extraordinaria. Dicho de otra forma, no es viable que, dentro de la base gravable para calcular los aportes al sistema de la protección social, se incluyan sumas que el cooperado no recibe a título de retribución por la ejecución de su actividad material o inmaterial. Análisis que sea de paso decir, guarda coherencia con las disposiciones legales sobre la materia para los trabajadores dependientes, que al tenor de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1233 de 2008, resultan aplicables para los cooperados. Las previsiones a las que la Sala hace referencia son aquellas que determinan que el IBC de los aportes al sistema de seguridad social (salud, pensión y ARL) en el caso de los trabajadores dependientes lo componen únicamente los factores constitutivos de salario, en los términos del artículo 127 del CST, estos son, los que por su esencia o naturaleza remuneran el trabajo o servicio prestado al empleador; lo anterior, sin perjuicio del límite porcentual del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, que prevé que en caso de superarse integrará el IBC, refiriéndose únicamente a los pagos que siendo salariales, las partes pactan que no integrarán la base gravable. Al igual que sucede con los trabajadores dependientes, los pagos que no constituyen salario, y que para su caso están descritos en el artículo 128 del CST, no integran el IBC. Los conceptos no salariales son los siguientes: (i) las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, tales como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, entre otros, (ii) lo que el trabajador recibe en dinero o en especie, no para su beneficio sino para desempeñar sus funciones, por lo tanto, no son para enriquecer su patrimonio, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo, entre otros, (iii) las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX del CST y (iv) los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencionalmente o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, por ejemplo, alimentación, habitación, vestuario, primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. No obstante, aunque los estatutos y el régimen de compensaciones de las cooperativas de trabajo asociado son los que definen las compensaciones a las que tienen derecho los asociados, el monto y las condiciones para percibir las, tal circunstancia no conduce a que esos entes tengan la libertad de

establecer sobre cuáles compensaciones se liquidarán los aportes al sistema de la protección social, pues dicho asunto fue definido por el legislador al determinar la forma en la que se integraría el IBC para cada uno de los subsistemas, como quedó expuesto. Lo anterior, debe entenderse en el sentido que, siempre que un pago, independiente de la denominación que se le dé, retribuya el servicio, deberá hacer parte de la base gravable de los aportes, según se trate de una compensación ordinaria o extraordinaria. Ahora, así como en las relaciones laborales de trabajadores dependientes, la legislación permite que entre las partes se pacten los pagos que teniendo naturaleza salarial -que normalmente integrarían el IBC-, no hagan parte de la base gravable, comúnmente denominados «*pactos o cláusulas de desalarización*» y/o «*pactos o cláusulas de exclusión salarial*», a los cuales les aplica el límite del 40% previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, *mutatis mutandis* sería del caso reconocer que, si en el régimen de compensaciones de las cooperativas, que es el documento que en definitiva contiene la modalidad, monto y periodicidad de las compensaciones, se establece que ciertos pagos a pesar de retribuir el trabajo prestado por el asociado no integrarán el ingreso base de cotización, debe tenerse en consideración el límite legal antes referido, según el alcance dado por esta Sección en la sentencia de unificación del 9 de diciembre de 2021. Es oportuno mencionar que las planillas integradas de liquidación de aportes PILA, son consideradas declaraciones tributarias, por lo que las compensaciones ordinarias y extraordinarias sobre las cuales se calcularon los aportes se presumen veraces. Sin embargo, si el ente fiscalizador cuestiona la falta de inclusión en la base gravable de pagos que a su juicio son compensaciones ordinarias o extraordinarias, le corresponde al empleador o aportante justificar y demostrar la naturaleza no retributiva del servicio del pago realizado, con los medios probatorios pertinentes. De conformidad con lo anterior, la Sala precisa el alcance y contenido de los artículos 2 y 6 de la Ley 1233 de 2008 que, en su orden, consagran lo referente a los elementos esenciales de las contribuciones especiales (SENA, ICBF y CCF), y la afiliación y pago al sistema de seguridad social integral (salud, pensión y ARL), para lo cual establece las siguientes reglas jurisprudenciales: 1. El IBC de los aportes a los subsistemas que conforman el sistema de seguridad social integral (salud, pensión y ARL) está conformado por la suma de las compensaciones ordinarias y extraordinarias devengadas en el mes, entendidas como los emolumentos que recibe el cooperado únicamente como retribución por la ejecución de su actividad material o inmaterial. 2. El IBC de los aportes con destino al SENA e ICBF será la compensación ordinaria mensual establecida en el régimen de compensaciones, y para los destinados a las CCF, será la suma de las ordinarias y extraordinarias devengadas en el mes, entendidas como los valores que recibe el cooperado únicamente como retribución por la ejecución de su actividad material o inmaterial. 3. Las sumas que reciba el cooperado que no constituyen compensación, es decir, las que no se determinan en función del tipo de labor desempeñada (material o inmaterial), el rendimiento o la productividad y la cantidad de trabajo aportado, no integrarán el IBC de los aportes con destino al sistema de seguridad social integral ni a las contribuciones especiales. Entre otras, las sumas de dinero que reciben los trabajadores asociados por concepto de los excedentes de que trata el numeral 3 del artículo 54 de la Ley 79 de 1988, descansos, los pagos cuya finalidad sea el transporte, alimentación, alojamiento, auxilio de rodamiento, gastos de representación, vestuario y los demás que se paguen para el cabal cumplimiento de las actividades, en los términos previstos en el régimen de compensaciones. 4. Cuando en el régimen de compensaciones se establezca que una compensación ordinaria o extraordinaria, entendidas como los emolumentos que recibe el cooperado únicamente como retribución por la ejecución de su actividad material o inmaterial, no integrarán el IBC de aportes al sistema de seguridad social y contribuciones especiales, se aplicará el límite previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, es decir, que no podrán superar el 40% del total de la remuneración. El monto que supere ese límite también hará parte de la base gravable. 5. Las planillas integradas de liquidación de aportes PILA, son consideradas declaraciones tributarias, por lo que las compensaciones ordinarias y extraordinarias sobre las cuales se calculan los aportes se presumen veraces. Sin embargo, si el ente fiscalizador cuestiona la falta de inclusión en la base gravable de pagos que a su juicio son compensaciones ordinarias o extraordinarias, le corresponde al empleador o aportante, con los medios probatorios pertinentes, justificar y demostrar que el pago realizado no constituye compensación, es decir, que no tiene por finalidad retribuir el servicio.”.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN IBC PARA LA LIQUIDACIÓN DE APORTES PARAFISCALES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO / CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL / BASE GRAVABLE / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN IBC DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Subsistemas de salud, pensión y riesgos laborales ARL / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN IBC DE LAS CONTRIBUCIONES ESPECIALES AL SENA, ICBF Y A LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO / RÉGIMEN DE COMPENSACIONES EN COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO / PAGOS NO COMPENSATORIOS EN COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO / BENEFICIOS, AYUDAS E INCENTIVOS QUE NO CONSTITUYEN COMPENSACIONES / PACTO DE DESALARIZACIÓN EN RÉGIMEN DE COMPENSACIONES DE COOPERATIVAS DE

TRABAJO ASOCIADO – Aplicación del límite previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010. Aplica para los casos en los que las partes de la relación pactan que una suma de naturaleza salarial no integrará el IBC / INCLUSIÓN EN LA BASE GRAVABLE DE LA LIQUIDACIÓN DE APORTES PARAFISCALES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO DE PAGOS NO CONSTITUTIVOS DE COMPENSACIONES - Ilegalidad. Aplicación de reglas de unificación jurisprudencial

Problema jurídico: ¿Para calcular los aportes al sistema de la protección social, por los periodos en discusión, la cooperativa de trabajo asociado demandante tenía que incluir en el ingreso base de cotización (IBC) pagos que, conforme a los documentos cooperativos, no constituyen compensación?

Tesis: “[S]e advierte que la primera conducta cuestionada por la UGPP asociada con el «[n]o registró pago de aportes por el señor Diomar Rincón Ortiz por el periodo de julio de 2011 y por el señor José Alexander Campos por el periodo de diciembre de 2011», no fue cuestionada en la demanda, por lo tanto, se entiende que la parte actora está conforme con la misma y, por lo mismo, no será objeto de análisis. De este modo, se mantiene el ajuste. En lo que tiene que ver con las demás conductas, que sí fueron discutidas por la parte actora, esto es: (i) no inclusión en el IBC de pagos constitutivos de salario tales como compensaciones extraordinarias, (ii) no inclusión en el IBC de compensaciones por descanso anual o vacaciones en tiempo, (iii) cotizaciones sobre IBC inferiores a los registrados en nómina y (iv) no inclusión en el IBC de ayudas, auxilios o beneficios no definidos en el Régimen de Compensaciones, se observa que todas están relacionadas con la integración de la base gravable, por lo que se analizan en conjunto. Como se mencionó, la Ley 1233 de 2008 y el Decreto 3553 de 2008 disponen que, para la liquidación y pago de los aportes al sistema de la protección social, el IBC dependiendo del subsistema de que se trate, debe estar integrado ya sea por las compensaciones ordinarias (SENA e ICBF) o por la suma de las ordinarias y las extraordinarias (salud, pensión, ARL y CCF). En los términos expuestos en precedencia, las compensaciones ordinarias y extraordinarias que servirán de base gravable para liquidar los aportes con destino al sistema de la protección social, son aquellas que recibe el trabajador asociado únicamente como retribución por la ejecución de su actividad material o inmaterial. Luego, las sumas que perciba el cooperado que, estrictamente no retribuyan la labor cooperativa, no integran el IBC. En el expediente está probado que mediante el Acta nro. 13 de la Asamblea General Ordinaria de T&S Cooperativa, celebrada el 29 de marzo de 2009, se reformó el Capítulo III del Régimen de Compensaciones y se pactó que la cooperativa «podrá otorgar beneficios, ayudas, bonos e incentivos que no constituyen compensaciones para sus asociados y no harán parte de la actividad de trabajo desempeñado, rendimiento o cantidad de trabajo aportado por el asociado». Los beneficios, ayudas e incentivos se regularon en los artículos 12, 14 y 15 del Capítulo III del Régimen de Compensaciones, y se conforman así: **Beneficios:** semestral, por descanso anual, anual y complementario. **Ayudas:** de representación, de transporte y de alimentos. **Incentivos:** de asociación, de navidad, de recreación y de educación. Se destaca que la redacción de cada uno de los artículos que consagran los beneficios, ayudas e incentivos, coinciden en disponer que estos pagos «no hacen parte de la actividad de trabajo desempeñada, rendimiento o cantidad de trabajo aportado por el asociado [...]». Ahora, la UGPP en la liquidación oficial demandada cuestionó la no inclusión en el IBC de los incentivos, beneficio por descanso anual y «beneficios, ayudas, bonos e incentivos que no constituyen compensación», tras considerar, entre otras cosas que, «este Despacho no encuentra, bajo las normas y las explicaciones mencionadas, que los trabajadores asociados en su Régimen de Compensaciones puedan acordar unos pagos como los estipulados en el Capítulo III, referentes a “Beneficios, Ayudas, Bonos e Incentivos que no constituyen compensación”, razón por la cual se deben incluir dentro del IBC dichas ayudas, auxilios o beneficios, justificándose de esta manera que persista el ajuste determinado». Del contenido de los actos administrativos demandados, la Sala evidencia que el ente fiscalizador no se detuvo en analizar si los anteriores pagos retribuían o no la labor prestada por el trabajador asociado, sino que centró sus argumentos en que las cooperativas de trabajo asociado a pesar de gozar de autonomía estatutaria tienen limitaciones legales y constitucionales, como es el caso de poder pactar como pagos a favor de los trabajadores asociados solo compensaciones ordinarias y extraordinarias, las que dependiendo del subsistema integrarán la base gravable. Para la Sala, aunque no fue objeto de análisis puntual en los actos administrativos demandados, considera necesario señalar que los pagos así descritos en el Régimen de Compensaciones de T&S Cooperativa (beneficios, ayudas e incentivos) no retribuyen de forma directa el trabajo prestado por el asociado, pues si bien es cierto surgen de la relación solidaria que existe entre la cooperativa y el cooperado, también lo es que de la redacción del régimen de compensaciones no se desprende que su reconocimiento se haga atendiendo factores como el tipo de labor, el rendimiento o la cantidad de trabajo, para que puedan ser consideradas como retributivas del servicio. Por el contrario, los beneficios, ayudas e incentivos, en el caso concreto, se reconocen y pagan siempre que se presente el hecho que las genera, como puede ser, por ejemplo, las vacaciones escolares de mitad de año y las fiestas religiosas de navidad y año nuevo (beneficio semestral), cumplir un año de trabajo (beneficio anual y por descanso anual), etc. En otros casos, es lo que recibe el trabajador asociado como recompensa o estímulo, como por ejemplo, los incentivos de asociación, de navidad, de recreación y de educación, y las ayudas de

representación, transporte y de alimentos, que tal como consta en el Acta nro. 13 de la Asamblea General Ordinaria de T&S Cooperativa, puede ser representada en bonos de mercado o en dinero. Los incentivos y las ayudas según el régimen de compensaciones, tampoco se determinan en función del tipo de labor, el rendimiento o la cantidad de trabajo, sino que en algunos casos se causan para cubrir los gastos de transporte y alojamiento cuando el trabajador asociado debe trasladarse a un lugar diferente a la sede, o por festividades en particular, como la época de navidad. En ese contexto, la Sala considera que, en aplicación de las reglas de unificación expuestas con anterioridad, los pagos que T&S Cooperativa reconoció a los trabajadores asociados, por beneficios, ayudas e incentivos no deben integrar el IBC como erróneamente lo determinó la UGPP, pues se repite, esos pagos no fueron consagrados como retributivos del servicio y, por ende, no se les puede atribuir la connotación de ordinarios o extraordinario, razón por la cual, no integran la base gravable, como lo dispuso el Tribunal. En lo que tiene que ver con la solicitud de la UGPP en el sentido que, de aceptarse los argumentos de la parte actora, se tenga en cuenta el tope previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, la Sala advierte que el límite del 40% al que alude la entidad demandada aplica para los casos en los que las partes de la relación pactan que una suma de naturaleza salarial no integrará el IBC, supuesto que difiere del analizado, puesto que las sumas en discusión no retribuyen el servicio y, por ende, no integran la base gravable. Teniendo en cuenta lo anterior, se concuerda con el *a quo* en lo referente a la integración del IBC, pero, no es viable decretar la nulidad total de los actos demandados, comoquiera que la parte actora no cuestionó los ajustes realizados por la UGPP en relación con Diomar Rincón Ortiz (julio de 2011) y José Alexander Campos (diciembre de 2011).".

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de marzo de 2022, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, Sentencia de Unificación 2022-CE-SUJ-4-001, radicación: 54001-23-33-000-2014-00364-01 \(24724\).](#)

9

**SALA DE CONSULTA
Y SERVICIO CIVIL**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que la Procuraduría Regional de Arauca es la autoridad competente para ejercer la función disciplinaria en contra de «los miembros del comité de conciliación» de la Fiduprevisora S.A. por una presunta irregularidad relacionada con una conciliación extrajudicial declarada fallida.

Síntesis del caso: Conflicto de competencias administrativas suscitado entre Procuraduría Regional de Arauca y la Secretaría de Educación Departamental de Arauca, en donde ambas entidades niegan ser las competentes para para investigar disciplinariamente a los miembros del comité de conciliación de la Fiduprevisora S.A.

CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / PROCURADURÍA REGIONAL / PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL / FIDUPREVISORA / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL / COMPETENCIA DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / FUNCIÓN JURISDICCIONAL / CONTROL DISCIPLINARIO / FINALIDAD DEL CONTROL DISCIPLINARIO / CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO / CONTROL DISCIPLINARIO EXTERNO / COMPETENCIA DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA / CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO / CONTROL DISCIPLINARIO EXTERNO / OFICINA DE CONTROL INTERNO / FUNCIONES DE LA OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO / FUNCIÓN DISCIPLINARIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PODER DISCIPLINARIO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Problema jurídico: ¿Cuál es la autoridad competente para ejercer la función disciplinaria en contra de «los miembros del comité de conciliación» de la Fiduprevisora S.A por una presunta irregularidad relacionada con una conciliación extrajudicial declarada fallida?

Tesis: “[E]xiste una regla general en materia administrativa, inclusive disciplinaria, que consiste en que los servidores públicos no pueden ser investigados o juzgados por otros servidores públicos que se encuentren en niveles jerárquicos inferiores. De esta manera, todos los servidores del organismo o entidad correspondiente están sujetos a la competencia de la oficina, unidad o grupo de control disciplinario interno, que debe ser del más alto nivel, salvo disposiciones especiales que indiquen lo contrario, como las que se enuncian a continuación: i) Respecto de funcionarios que gozan de fuero especial conforme a la Carta Política o la ley, o cuya competencia en materia disciplinaria ha sido asignada de manera privativa a la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de funciones jurisdiccionales. ii) Cuando la Procuraduría General de la Nación o las personerías ejercen de manera expresa el poder disciplinario preferente que les otorga la Constitución Política y la Ley (artículos 3 y 69 de la Ley 734 de 2002). iii) Cuando en la comisión de la falta disciplinaria intervienen al mismo tiempo particulares y funcionarios de una entidad, caso en el cual la investigación corresponde en su integridad a la Procuraduría General de la Nación por el factor de conexidad (artículos 75 y 81 ibídem). iv) En los casos en que las normas legales o reglamentarias que organizan el control disciplinario interno en una entidad excluyen expresamente de su ámbito de competencia a determinados funcionarios de la misma; y v) Cuando la oficina de control disciplinario interno es de inferior jerarquía a la del funcionario que debe investigar o si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional (artículo 76 ibídem). (...) [S]e puede inferir que la autoridad competente para ejercer la función disciplinaria, a la que haya lugar, en contra de los miembros del comité de la Fiduprevisora S.A, por las presuntas irregularidades que se habrían advertido en la conciliación extrajudicial, es la Procuraduría General de la Nación (Procuraduría Regional de Arauca). La anterior decisión se toma con fundamento en las consideraciones efectuadas en el análisis normativo, que se concretan de la siguiente manera: Debido a la calidad de los cargos desempeñados por los presuntos sujetos disciplinables, la competencia para investigar al presidente y los vicepresidentes es de la Procuraduría General de la Nación (Regional Arauca). Lo anterior, pues la Unidad de Control Interno Disciplinario de la Fiduprevisora depende directamente de la Presidencia, es decir que aquellas dependencias son subalternas de ese cargo. Si la Unidad de Control Interno Disciplinario de la Fiduprevisora tramitara los procedimientos disciplinarios en contra de los vicepresidentes y del presidente

de esta entidad, estaría investigando, al superior jerárquico. En consecuencia, no se podrían garantizar los principios de independencia e imparcialidad para adelantar las respectivas investigaciones, en el entendido de que el subordinado de un investigado no puede desarrollar sus competencias disciplinarias, pues, carece de objetividad necesaria que afecten su ánimo y la sana crítica para actuar. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de la presente decisión, de acuerdo con el artículo 74 del Código Disciplinario Único, la competencia para iniciar la investigación disciplinaria se determina atendiendo a la calidad del sujeto, la naturaleza del hecho, el territorio en donde se cometió la falta, el factor funcional y el factor de conexidad. De allí que, en atención al sujeto sobre el cual se adelanta el proceso disciplinario, es competente una autoridad determinada. Además, es procedente dar aplicación al criterio de conexidad consagrado en el artículo 81 del Código Disciplinario Único, lo que ratifica la competencia de la Procuraduría, así: «Cuando varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o de varias que sean conexas, se investigarán y decidirán en el mismo proceso, por quien tenga la competencia para juzgar al de mayor jerarquía». Se debe advertir que la Procuraduría Judicial I para Asuntos Administrativos de Arauca solicitó la investigación de los miembros del comité de conciliación y no se refirió a ninguno en particular, por lo que este asunto le corresponderá precisarlo a la autoridad correspondiente. La valoración de los efectos y formalidades de las funciones de los miembros del comité de conciliación es un asunto de estudio del respectivo análisis disciplinario que le corresponde realizar de forma detallada a la autoridad que se declarara competente en esta decisión. En este sentido, lo mencionado para determinar la respectiva competencia, en el presente conflicto, no constituye un prejuzgamiento disciplinario, por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil, pues la efectiva participación de las personas mencionadas en los hechos referidos, su calificación jurídica y la eventual responsabilidad que les corresponda solo pueden ser determinadas por la autoridad competente para tramitar el proceso disciplinario. (...) Dado lo anterior, la Sala declarará competente a la Procuraduría General de la Nación, por intermedio de la Procuraduría Regional de Arauca, para que ejerza su función disciplinaria contra los miembros del comité de conciliación de la Fiduprevisora S.A.”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre los antecedentes acerca de la competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para resolver conflictos de competencias administrativas entre autoridades que cumplen función administrativa y función jurisdiccional, ver las decisiones del 22 de junio de 2006 (radicación 2006-00059), del 18 de septiembre de 2014 (radicación 2014-00168), del 16 de mayo de 2018 (radicación 2017-00200), del 18 de junio de 2019 (radicación 2019-00063) y del 20 de mayo de 2021 (radicación 2021-00024).

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la potestad disciplinaria del Estado, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. decisión del 23 de septiembre de 2015. Radicación núm. 11001-03-25-000-2010-00162-00(1200-10), Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2046 y Corte Constitucional, sentencia C-028 del 26 de enero de 2006.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 14 de septiembre de 2021; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2021-00146-00\(C\)](#)

Salvamento de voto del consejero Edgar González López

SALVAMENTO DE VOTO / FALTA DE COMPETENCIA DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / REQUISITOS DEL CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Problema jurídico: *¿La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado es competente para resolver conflictos de competencia administrativas cuando se asigna una competencia de naturaleza jurisdiccional?*

Tesis: “En la resolución del conflicto la Sala se arrogó competencias que no tiene y procedió a definir y otorgar una competencia jurisdiccional, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación (Procuraduría Regional de Arauca), para ejercer la función disciplinaria, a que haya lugar, en contra de los miembros del comité de conciliación de la Fiduprevisora S.A por la presunta irregularidad que se habría advertido en la conciliación extrajudicial declarada fallida el día 6 de agosto de 2019, en el marco de las funciones públicas dadas mediante el Decreto 1069 de 2015 y Resolución 020 de 2017. (...) La razón fundamental de mi disenso es que no puede el intérprete hacer decir a la norma todo lo contrario de lo que ella consagra, o si se quiere, en el adagio jurídico y hermenéutico, afirmar que cuando la norma es clara no puede el intérprete desatender su tenor. (...) La Sala tiene competencia legal para resolver conflictos de competencia administrativa, según reza el título y el contenido concreto del artículo 39 del CPACA. Por lo tanto, no tiene competencia para resolver conflictos jurisdiccionales o, como en el presente caso, bajo un desafortunado precedente, otorgar una competencia jurisdiccional sin ningún fundamento legal, lo cual resulta contrario a la lógica jurídica. (...) La decisión de la Sala, de contera, también produce las distorsiones y efectos que se señalarán a continuación y, adicionalmente, desconoce abiertamente el precedente que había sostenido y reiterado la Sala desde el año 2014 y hasta diciembre de 2021. (...) El criterio unificado de la

Sala en estas decisiones es que, a efectos de decidir los conflictos de competencias surgidos entre una autoridad administrativa en ejercicio de funciones de la misma naturaleza y una autoridad judicial o administrativa en ejercicio de una función jurisdiccional, debía verificarse previamente si el asunto que dio origen al conflicto era de naturaleza administrativa y si el llamado a asumir la competencia era el funcionario que ejercía funciones administrativas. En este orden de ideas, en las decisiones arriba referidas, la Sala se declaró no competente para definir el conflicto de competencias, cuando del análisis del caso concreto se lograba determinar que el asunto sobre el cual versaba el conflicto era de naturaleza jurisdiccional y debía ser resuelto por la autoridad que ejercía funciones jurisdiccionales. (...) Lo que debió decidir la Sala, es declararse no competente para definir el conflicto y remitir el expediente a la entidad jurisdiccional que debía conocer el asunto, para que actuara de acuerdo con su competencia. Lo anterior, en aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 21 del CPACA y en aras garantizar el trámite del asunto que dio origen al conflicto, en protección de los derechos de los administrados”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los antecedentes acerca de la competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para resolver conflictos de competencias administrativas entre autoridades que cumplen función administrativa y función jurisdiccional, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisiones del 22 de junio de 2021, radicación número: 11001-03-06-000-2021-00025-00; del 18 de junio de 2019, con radicado núm. 11001-03-06-000-2019-00063-00 (C); del 113 de agosto de 2019, con radicado núm. 11001-03-06-000-2019-00109-00(C); del 22 de junio de 2021, radicación núm. 11001-03-06-000-2021-00025-00; del 6 de diciembre de 2021, radicado núm. 11001-03-06-000-2021-00094-00; del 22 de junio de 2006. Radicado núm. 2006-00059; del 18 de septiembre de 2014, Radicado núm. 2014-00168.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 14 de septiembre de 2021; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, S.V. Edgar González López radicación: 11001-03-06-000-2021-00146-00\(C\)](#)

2. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones es la entidad competente para conocer una solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez realizada por una ex empleada del extinto Banco Cafetero S.A.

Síntesis del caso: *Conflicto de competencias administrativas suscitado entre Colpensiones, y la Fiduprevisora en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Banco Cafetero S.A. en liquidación, toda vez ambas entidades niegan ser las competentes para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez realizada por una ex empleada del extinto Banco Cafetero S.A.*

CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / COLPENSIONES / FIDUPREVISORA / PATRIMONIO AUTÓNOMO / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL / RÉGIMEN PENSIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO ANTERIOR A LA LEY 100 DE 1993 / VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993 / LEY 33 DE 1985 / RÉGIMEN PENSIONAL (LEY 33 DE 1985) / VIGENCIA DE LA LEY 33 DE 1985 / RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE A LOS TRABAJADORES DEL BANCO CAFETERO POR CAMBIO DE NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD / BANCO CAFETERO / CAMBIO DE NATURALEZA JURÍDICA DEL BANCO CAFETERO / CONMUTACIÓN DE LA PENSIÓN / LIQUIDACIÓN DE BANCAFÉ / RÉGIMEN PENSIONAL DEL EMPLEADO DEL BANCO CAFETERO

Problema jurídico: *¿Cuál es la autoridad competente para resolver de fondo una a petición por medio de la cual una ex empleada del Banco Cafetero solicita le sea reconocida y pagada su pensión de vejez?*

Tesis: “El régimen pensional de los empleados oficiales que hubieran aportado a las correspondientes cajas de previsión del sector público, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, estaba regulado por la Ley 33 de 1985 (...). Al respecto, la Sala ha manifestado en diversas oportunidades, que el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985, es el que adquiere el empleado oficial cuando ha prestado 20 años de servicio continuos o discontinuos y ha cumplido 55 años de edad, conforme a lo ordenado por el artículo 1º ibidem. (...) [E]l régimen de personal de los empleados del Banco Cafetero en

su etapa inicial como empresa industrial y comercial del estado, estaba compuesto por dos categorías, así: i) trabajadores oficiales: vinculados por contrato de trabajo, y ii) empleados públicos: vinculados por una relación general y reglamentaria, por excepción solo aquellos de dirección y confianza. A partir del año 1991 se transformó en sociedad de economía mixta, pero no se modificó su régimen de personal. En el año 1994 el Banco Cafetero S.A. fue capitalizado por el sector privado representado por Fiducor S.A., y su participación superó el 10% de las acciones. En esa medida, el régimen jurídico se modificó y sus trabajadores pasaron de oficiales a particulares. En el año de 1999 fue capitalizado por Fogafin y, por ende, sus trabajadores continuaron siendo particulares sometidos al régimen de derecho privado. En consecuencia, hasta el 4 de julio de 1994, los funcionarios del extinto Banco Cafetero S.A., ostentaron la calidad de trabajadores oficiales (excepto aquellos que ocupaban cargos de dirección y confianza), y a partir de julio 5 de 1994, la calidad de trabajadores particulares por la participación privada en su capital en porcentaje superior al 10 %. En esa medida, a partir del 5 de julio de 1994, quedaron sometidos en sus relaciones laborales, al régimen de derecho privado. (...) El artículo 11 del Decreto 610 de 2005 reguló la conmutación pensional y señaló que el Banco Cafetero en Liquidación, debía presentarlo para aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el concepto previo de la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social de ese Ministerio, el cálculo actuarial correspondiente de los pasivos pensionales de los extrabajadores del Banco. De lo anterior y previos los trámites legales, el liquidador del Banco Cafetero S.A. llevó a cabo la conmutación pensional con el entonces Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), la cual fue aceptada mediante Resolución núm. 3060 del 10 de noviembre de 2010. (...) Por su parte, el artículo 12 se refirió a la garantía para el pago de las obligaciones pensionales y ordenó que los activos del Banco Cafetero en liquidación destinados al pago de pasivos pensionales conservaran su destino (...). La anterior disposición ordenó respetar la destinación de los activos del Banco Cafetero en Liquidación para el pago de las obligaciones pensionales. Y señaló que los pasivos laborales y pensionales se deben pagar con preferencia. Una vez se agoten los recursos, le compete a la Nación a través del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (en adelante Fogafin) asumir la parte no cubierta de las obligaciones laborales y pensionales. (...) [E]l 30 de noviembre de 2010, el Banco Cafetero S.A. en Liquidación (Fideicomitente) celebró con Fiduciaria La Previsora S.A., un contrato de fiducia mercantil (núm. 3-1-19293) denominado «Patrimonio Autónomo de Remanentes del Banco Cafetero S.A. en Liquidación» «-PAP- Banco Cafetero en Liquidación PAR». Conforme a la cláusula primera y en desarrollo del artículo 12 del Decreto 610 de 2005, con sus modificaciones, se definió el Fondo de Contingencias como el «destinado al cumplimiento de obligaciones eventuales de carácter laboral y/o pensional que llegaren a presentarse con posterioridad a la terminación de la existencia legal del Fideicomitente (Banco Cafetero en Liquidación)». También, se asignaron a la Fiduprevisora, como administradora del «PAP-Banco Cafetero en Liquidación PAR.», entre otras, las siguientes funciones en materia laboral y pensional: i) Tarea 4. Culminación del proceso de conmutación pensional. ii) Tarea 5. Contingencias incluidas en el cálculo actuarial. iii) Tarea 6. Manejo de cuotas partes pensionales. iv) Tarea 7. Personas no incluidas en el cálculo actuarial. (...) Entonces, en el evento que se trate del reconocimiento de bonos pensionales, cuotas partes de bonos pensionales o pensiones de personas que no estén incluidas en el cálculo actuarial aprobado después de terminada la liquidación del Banco Cafetero S.A., debe la Fiduprevisora S.A. atender la solicitud mediante el procedimiento establecido y con cargo a los recursos del «Patrimonio Autónomo de Remanentes del Banco Cafetero S.A. en Liquidación». Y en el evento en que se agoten los recursos, corresponde a Fogafin asumir la parte no cubierta de las obligaciones laborales y pensionales para cubrir el cálculo actuarial respectivo, previo los trámites de ley. (...) [L]a Sala advierte, que respecto de la [solicitante] le aplica el régimen de la Ley 33 de 1985 y es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que al entrar a regir la Ley contaba con más de 35 años de edad y más de 15 años de servicio cotizados en el sector público, por esa razón reúne los requisitos para obtener la pensión toda vez que cumplió 20 años de servicio en el año 1994 y 55 años de edad en el año 2008. (...) La Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Banco Cafetero S.A. en Liquidación, informa a esta Sala en el Oficio con Radicado No. 20210624056101 del 07 de diciembre de 2021, que la [solicitante] se encuentra incluida en el cálculo actuarial de la extinta entidad lo cual puede corroborarse en la Resolución núm. 3060 del 10 de noviembre de 2010 «Base de datos contingencia del Cálculo Actuarial», información entregada por el extinto Banco Cafetero en Liquidación con corte a junio de 2010 y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Según se explicó (...) la competencia para conocer la solicitud pensional era el Instituto de Seguros Sociales ISS, autoridad con la cual el extinto Banco Cafetero S.A. decidió llevar a cabo la conmutación pensional, pero al ser liquidado la competencia quedó a cargo de Colpensiones. Por esa razón, Colpensiones mediante SUB 249125 del 29 de septiembre de 2021 reconoce que tiene la historia laboral de la [solicitante], en la cual se acredita los tiempos laborados en el sector público y que tiene 20 años de servicio. También menciona que la señora se encuentra afiliada con dicha autoridad desde el 31 de julio de 2009. En conclusión, la [solicitante], según la documentación estudiada, cumplió con los requisitos exigidos en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque cumple con los requisitos de la Ley 33 de 1985, toda vez que cuenta con más de 15 años de servicio laborados y también tenía más de 35 años de edad, por ende, la autoridad competente para resolver de fondo la petición de reconocimiento de derechos pensionales es la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 15 de diciembre de 2016, Rad. núm. 11001-03-06-000-2016-00224; Decisión del 24 de octubre de 2018. Rad. núm. 11001 03 06 000 2018 00113 00; Decisión del 12 de diciembre de 2019, rad. 11001-03-06-000-2019-00112; Decisión del 25 de agosto de 2020, rad. 11001-03-06-000-2020-00160-00; Decisión del 3 de febrero de 2021, Rad. núm. 11001-03-06-000-2020-00244-00.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 31 de marzo de 2022; C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2021-00180-00\(C\)](#)

3. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca es la entidad competente para conocer una solicitud de indexación de la primera mesada pensional de la pensión de jubilación de un ex funcionario de la Fundación San Juan de Dios.

Síntesis del caso: Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y Colpensiones, toda vez dichas entidades niegan ser las competentes para resolver de fondo sobre la solicitud de indexación de la primera mesada pensional de la pensión de jubilación de un ex funcionario de la Fundación San Juan de Dios.

CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA / MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO / COLPENSIONES / INDEXACIÓN DE LA MESADA PENSIONAL / INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL / INDEXACIÓN DE LA MESADA PENSIONAL CAUSADA / CONCEPTO DE INDEXACIÓN / HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS / NATURALEZA JURÍDICA DEL HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS / LIQUIDACIÓN DEL HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS / CONMUTACIÓN DE LA PENSIÓN / CONMUTACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / FINALIDAD DE LA CONMUTACIÓN PENSIONAL

Problema jurídico: ¿Cuál es la entidad competente para resolver la solicitud de un ex funcionario de la Fundación San Juan de Dios relacionada con la indexación de la primera mesada pensional de la pensión de jubilación que le fue reconocida?

Tesis: “Mediante Sentencia SU – 484 de 2008, la Corte Constitucional expidió un fallo de unificación en relación con los derechos laborales y pensionales de los trabajadores vinculados a la Fundación San Juan de Dios, que abarcó a los trabajadores del Hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil. La Corte Constitucional declaró que la administración de los órganos encargados del proceso de liquidación de la Fundación creó una grave situación de vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la vida y a la seguridad social de los trabajadores vinculados con la Fundación San Juan de Dios (Hospital San Juan de Dios e Instituto Materno Infantil). En consecuencia, la Corte impartió una serie de órdenes dirigidas a la Nación (Ministerio de Hacienda y Crédito Público), a Bogotá Distrito Capital, al Departamento de Cundinamarca y a la Beneficencia de Cundinamarca, con miras a restablecer los derechos vulnerados. En ese marco, el Alto Tribunal ordenó que, en relación con el pago por concepto de aportes y cotizaciones al sistema integral de seguridad social, que incluye el pasivo pensional de la Fundación San Juan de Dios, causado entre el 1 de enero de 1994 y el 14 de junio de 2005, debían concurrir la Nación (50%), Bogotá D.C. (25%) y la Beneficencia de Cundinamarca solidariamente con el Departamento de Cundinamarca (25%). Así mismo, estableció que para el pago de los salarios, prestaciones sociales diferentes a pensiones, descansos e indemnizaciones, de la Fundación San Juan de Dios, causados hasta el 29 de octubre de 2001 para el Hospital San Juan de Dios y los causados hasta el 14 de junio de 2005 para el Instituto Materno Infantil, debían concurrir la Nación (34%), Bogotá D.C. (33%) y la Beneficencia de Cundinamarca solidariamente con el Departamento de Cundinamarca (33%). Sin embargo, advirtió que, con el fin de evitar problemas de iliquidez, el responsable del pago de las obligaciones por concepto del pasivo pensional, de los salarios, de las prestaciones sociales diferentes a pensiones, descansos e indemnizaciones, era la Nación (Ministerio de Hacienda y Crédito Público), sin

perjuicio de las acciones de repetición, compensación o deducción que podía ejercer contra las demás autoridades responsables. (...) La Ley 550 de 1999, en su artículo 41, prevé la conmutación pensional como uno de los mecanismos para lograr la normalización de los pasivos pensionales. Al respecto, señaló que puede realizarse con el Instituto de Seguros Sociales, y las compañías de seguros de vida y que puede llevarse a cabo total o parcialmente a través de los fondos de pensiones y los patrimonios autónomos pensionales administrados por sociedades fiduciarias o administradoras de fondos de pensiones. Así mismo, ordenó al Gobierno reglamentar el alcance de la conmutación, total o parcial, los casos, condiciones, formas de pago y garantías que deban aplicarse en cada caso con el fin de proteger adecuadamente a los pensionados. El Decreto 1833 de 2016, compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones, estableció que la normalización pensional puede ser obligatoria o voluntaria. Es obligatoria, entre otros eventos, cuando se adelante la liquidación de una entidad que tenga pasivos pensionales a su cargo o cuando se dé un proceso de liquidación por adjudicación por no presentarse o no confirmarse el acuerdo de reorganización (artículo 2.2.8.8.1, numeral 3). (...) En el caso de la Fundación San Juan de Dios, la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió concepto de viabilidad financiera, mediante memorando con radicado n.º 3-2016-019219 del 19 de octubre de 2016, para la conmutación de 393 jubilados a cargo del conjunto de derechos y obligaciones de la extinta Fundación San Juan de Dios. La Dirección General del Presupuesto Público de la Nación del mismo Ministerio, mediante oficio 2-2016-039284 del 21 de octubre de 2016, emitió concepto de viabilidad fiscal al cálculo actuarial de pasivos pensionales correspondiente a la conmutación pensional de la extinta Fundación. (...) La Dirección de Pensiones y otras Prestaciones del Ministerio de Trabajo aprobó el mecanismo de conmutación pensional propuesto por el gerente liquidador de la extinta Fundación con Colpensiones, a través de la Resolución 5221 del 12 de diciembre de 2016. La Gerencia Nacional de Gestión Actuarial de la Vicepresidencia de Planeación y Riesgos de Colpensiones elaboró el cálculo actuarial, que fue aprobado por el gerente liquidador a través de oficio del 7 de diciembre de 2016. (...) Colpensiones, con la conmutación pensional, asumió el pago de las obligaciones pensionales a favor de las 393 personas distribuidas en diferentes grupos, en la naturaleza y montos ya reconocidos para el momento de la expedición de la Resolución. Asimismo, asumió el pago derivado de las variaciones en el monto de las obligaciones pensionales reconocidas conforme lo ordena el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que procede de oficio el primero de enero de cada año, según la variación del IPC o del incremento del salario mínimo legal mensual vigente. En consecuencia, como parte del proceso de conmutación pensional del conjunto de derechos y obligaciones de la extinta Fundación San Juan de Dios, Colpensiones no se hizo cargo de las obligaciones que aún no habían sido reconocidas por ser objeto de procesos judiciales, ni de aquellas que pudiesen surgir en el futuro derivadas de nuevos procesos judiciales, o de las diferencias que se causaran por obligaciones que Colpensiones asumió, pero por un valor inferior al que fuera reconocido al trabajador. De conformidad con lo expuesto, y el contenido de la Resolución 0816 de 2016, se puede concluir que Colpensiones aceptó la conmutación pensional del [beneficiario]. Sin embargo, Colpensiones no asumió la responsabilidad de pagar cualquier diferencia que se generara en el valor de su pensión, que no correspondiera al valor del reajuste de que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. (...) [F]inalizado el proceso de liquidación de la Fundación San Juan de Dios, la función pensional, que comprende, entre otras, las actividades previstas en los numerales 7º y 8º del artículo 6 del Decreto 306 de 2017, fue asignada a la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca. De esta manera, podría señalarse que una actuación administrativa que implique la modificación o adición a la conmutación del pasivo pensional, causado con posterioridad al 31 de diciembre de 1993, debe ser determinada y tramitada por esta entidad. La Sala también destaca la función contenida en el numeral 8º del artículo 6º ibidem, en la medida que se trata de una función residual, en aras de cumplir a cabalidad con la función pensional de la liquidada Fundación San Juan de Dios. En ese orden, aquellas funciones que no estén establecidas, de manera expresa, a cargo de otras autoridades, pero que resulten esenciales para cumplir con la función pensional de la extinta Fundación San Juan de Dios, deben ser asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca. (...) [L]a Sala considera que la autoridad competente para conocer de la solicitud del [beneficiario] es la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, por las siguientes razones: i) La conmutación pensional que se adelantó entre el conjunto de derechos y obligaciones de la extinta Fundación San Juan de Dios y Colpensiones determinó que, de acuerdo con la Resolución 816 de 2016, esta última asumiera el pago de la pensión del [beneficiario]. ii) En la Resolución 816 de 2016 se estableció qué obligaciones no asumía Colpensiones, entre las cuales se consignaron aquellas derivadas de diferencias causadas por obligaciones pensionales conmutadas por un valor inferior, las cuales no corresponden al reajuste de que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. iii) El Decreto 306 de 2017 dispuso que correspondía a la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca asumir, en la etapa postliquidatoria, la función pensional, que conlleva, entre otras actividades, la de determinar y tramitar las modificaciones o adiciones a la conmutación del pasivo pensional causado con posterioridad al 31 de diciembre de 1993, y el ejercicio de todas aquellas actividades que sean necesarias para desarrollar la función pensional de la entidad liquidada. En ese orden de ideas, se puede concluir que la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca es la autoridad competente para dar respuesta a la petición presentada por el [beneficiario], relacionada con la función pensional atinente a que se le indexe el salario base para liquidar la primera

mesada pensional”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los derechos laborales y pensionales de los trabajadores vinculados a la Fundación San Juan de Dios, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-484 de 2008.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 31 de marzo de 2022; C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2021-00148-00\(C\).](#)

10
GÉNERO Y NO
DISCRIMINACIÓN



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIÓN DE TUTELA

La especial protección constitucional de una persona víctima de la violencia, reforzada por la condición de madre cabeza de familia, implica que las autoridades provean un trato diferencial a su favor, el cual, en materia del derecho fundamental de petición, requiere una mayor rigurosidad y cuidado al momento de resolver lo solicitado.

Síntesis del caso: La demandante, quien es madre de cuatro hijos, todos menores de edad, fue víctima de desplazamiento forzoso por los hechos ocurridos en el municipio de Villanueva, La Guajira, en el mes de septiembre de 2021. En virtud de lo anterior, el 26 de noviembre de 2021, presentó ante la UARIV, una solicitud dirigida a obtener el reconocimiento de la ayuda humanitaria y la inclusión en los programas de apoyo económico. La UARIV, por medio de los oficios número 20217208592381 de 19 de abril de 2021 y 202172039257521 de 21 de diciembre de 2021, se resolvió una solicitud de indemnización administrativa y de ayuda humanitaria por hechos victimizantes ocurridos el 11 de enero de 1999 en la ciudad de Valledupar, Cesar.

ACCIÓN DE TUTELA / AYUDA HUMANITARIA DE EMERGENCIA / CALIDAD DE VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / MADRE CABEZA DE FAMILIA / SUBSIDIO ECONÓMICO / PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD DEL JUEZ DE TUTELA / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN / AUSENCIA DE RESPUESTA A LA PETICIÓN ELEVADA / PLURALIDAD DE HECHOS VICTIMIZANTES / TEMPORALIDAD DEL HECHO VICTIMIZANTE

Problema jurídico: ¿La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas vulneró el derecho fundamental de petición de la accionante, al no dar respuesta a la solicitud elevada el 26 de noviembre de 2021, dirigida a obtener el reconocimiento directo de la ayuda humanitaria y la inclusión en los programas de apoyo económico, por los hechos victimizantes acaecidos el 3 de septiembre de 2021 en el municipio de Villanueva, La Guajira?

Tesis: “[A]un cuando las pretensiones formuladas por la accionante consistían en obtener el reconocimiento directo de la ayuda humanitaria y la inclusión en los programas de apoyo económico, la Sala efectuará el estudio constitucional a la luz del derecho fundamental de petición, como quiera que con el escrito de tutela la actora allegó captura de pantalla de una solicitud remitida a varias direcciones electrónicas de la UARIV el 26 de noviembre de 2021, en la que solicitó precisamente dichos beneficios, con posterioridad al fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar el 14 de septiembre de 2021, analizado en el numeral 4.1. de esta decisión. Para la Sala es necesario acudir a las facultades extra y ultra petita, en razón a que la demandante no alegó la vulneración del derecho fundamental de petición, y como se expondrá más adelante, en este caso se avizora que la UARIV pasó por alto la constitución de un nuevo hecho victimizante por desplazamiento forzoso ocurrido el 3 de septiembre de 2021 en el municipio de Villanueva, La Guajira, reportado por la demandante a esa entidad, y frente al cual no se observa que haya recibido respuesta alguna a sus solicitudes. (...) [D]ebe tener en cuenta la situación particular de la actora, quien como se indicó con anterioridad, goza de una doble protección reforzada por ser mujer madre cabeza de familia y víctima de desplazamiento forzoso. Sobre este particular, la Corte Constitucional ha reiterado que las víctimas de la violencia son consideradas sujetos de especial protección constitucional, dada su condición particular de desamparo, vulnerabilidad e indefensión, frente a quienes la acción de tutela resulta procedente con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales que se encuentren vulnerados. (...) [L]a jurisprudencia ha establecido en cuanto a las peticiones de ayuda humanitaria que eleva la población desplazada, que la protección reforzada implica mayor deber de cuidado y diligencia por parte de las autoridades a cargo de las mismas. (...) [C]uando se trata de mujeres que a su vez tengan la condición de víctimas de la violencia, la Corte ha indicado que gozan de una doble protección reforzada en razón a que sufren un impacto desproporcionado, dado que “la exclusión y la

marginalización derivada de patrones de género estructurales (...) se ven potenciados, explotados, capitalizados y degenerados por la confrontación armada”.(...) [L]a especial protección constitucional de la que gozan las personas víctimas de la violencia implica que las autoridades le provean un trato diferencial a su favor, el cual, en materia del derecho fundamental de petición requiere de mejor manejo de la información y de una mayor rigurosidad y cuidado al momento de resolver lo solicitado. (...) [L]a Sala en uso de sus facultades extra y ultra petita, procede a estudiar la posible vulneración del derecho fundamental de petición de la actora por parte de la UARIV al no resolver de fondo la solicitud elevada el 26 de noviembre de 2021 (...). [L]a parte accionada sostuvo que no desconoció derecho fundamental alguno a la accionante, en tanto fue debidamente resuelta mediante los oficios No. 20217208592381 de 19 de abril de 2021 y 202172039257521 de 21 de diciembre de 2021. Sin embargo, analizados los oficios de respuesta que según la UARIV resolvieron de fondo la solicitud de la actora y contrastándolos con el certificado del RUV, se observa que estos corresponden a una solicitud de indemnización administrativa y de ayuda humanitaria por hechos victimizantes ocurridos el 11 de enero de 1999 en la ciudad de Valledupar, Cesar, mientras que la petición de 26 de noviembre de 2021, debía ser resuelta a la luz de otros hechos victimizantes sucedidos el 3 de septiembre de 2021 en el municipio de Villanueva, La Guajira, los cuales ya fueron puestos en conocimiento de la entidad y sobre los que no hubo pronunciamiento alguno. (...). De este modo, se entiende que lo solicitado por la actora en la petición de 26 de noviembre de 2021, está relacionado con ayuda humanitaria e inclusión en programas de apoyo económico por cuenta del hecho victimizante ocurrido el 3 de septiembre de 2021, de modo que la respuesta a su petición debe efectuarse a la luz de este último hecho y no de aquel ocurrido el 11 de enero de 1999, como lo pretende la entidad accionada. De hecho, no resulta de recibo para esta Sala que la UARIV sostenga que el oficio No. 20217208592381 de 14 de abril de 2021, responde de fondo la petición, pues éste fue expedido antes de la ocurrencia del segundo hecho victimizante en mención. A lo que se agrega que el oficio No. 202172039257521 de 21 de diciembre de 2021, si bien fue proferido con posterioridad, hace referencia a otra petición radicada el 20 de diciembre de 2021 y reitera lo resuelto en la Resolución No. 0600120192144806 de 5 de abril de 2019, mediante la cual se suspendió definitivamente la entrega de los componentes de ayuda humanitaria por el hecho victimizante de 11 de enero de 1999. Inclusive, con la respuesta al trámite de tutela la entidad allegó copia de la Resolución No. 6001202130842990J de 19 de abril de 2021, “Por medio de la cual se da cumplimiento a la Orden Judicial de adelantar un nuevo proceso de “Identificación de Carencias”, con el propósito de verificar si el mismo (sic) está o no en condiciones de proveer su auto sostenimiento”, en la que se resolvió confirmar la suspensión definitiva de la entrega de los componentes de la atención humanitaria al hogar representado por la señora [O.M.G.P.], en tanto no se encontraron características de extrema urgencia que justificaran una extensión especial de la atención humanitaria también con ocasión al hecho victimizante de 11 de enero de 1999. En este orden de ideas, es claro que la petición de 26 de noviembre de 2021 no ha sido resuelta, por cuanto la ayuda humanitaria y la inclusión en programas de apoyo debe analizarse a la luz del hecho victimizante de 3 de septiembre de 2021, con lo cual se concluye que el derecho fundamental de petición de la actora se encuentra vulnerado por parte de la entidad demandada. (...) De acuerdo con lo anterior y luego de analizar cada una de las pruebas allegadas por la UARIV con el informe de respuesta al trámite de tutela, se advierte que la petición de 26 de noviembre de 2021 no ha sido atendida en los términos señalados por la jurisprudencia constitucional (sentencia T-004 de 2018), dado que no se le ha dado el trámite que allí se señala. A lo que se agrega que los oficios en los que supuestamente se responde la petición, en realidad se refieren a un hecho victimizante anterior.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta; sentencia del 31 de marzo de 2022; C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2021-11725-00 \(AC\).](#)