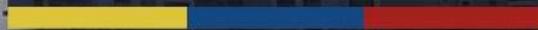


EDICIÓN  
**268**

JULIO 2023



#MeSuscriboMeActualizo



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL  
ISSN: 2711-385X

**República de Colombia**  
**Consejo de Estado**

**Jaime Enrique Rodríguez Navas**  
Presidente Consejo de Estado

## COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate  
Hernando Sánchez Sánchez  
César Palomino Cortés  
Myriam Stella Gutiérrez Argüello  
Wilson Ramos Girón  
Ana María Charry Gaitán  
Nandy Melissa Rozo Cabrera

## RELATORÍAS

**Sección Primera de lo Contencioso Administrativo**

*Liliana Marcela Becerra Gámez*

**Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo**

*Gloria Cristina Olmos Leguizamón*

*Antonio José Sánchez David*

**Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo**

*Jorge Eduardo González Correa*

*Natalia Yadira Castilla Caro*

*Guillermo León Gómez Moreno*

*Nubia Yaneth Pajarito Navarrete*

**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**

*Juan Sebastián Solarte Álvarez*

**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. 268, julio de 2023*

*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

<b>CONTENIDO</b>	<b>3</b>
<b>EDITORIAL</b>	<b>5</b>
<b>I. NORMAS ANULADAS Y EXHORTOS</b>	<b>6</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ C.P. Martin Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-26-000-2019-00138-00(64758)</li><li>➤ C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2022-00045-00 (26729)</li><li>➤ C.P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2021-00060-00 (25688)</li><li>➤ C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 05001-23-33-000-2013-00295-01(52804).</li><li>➤ C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2023-00027-00.</li><li>➤ C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 54001-23-33-000-2023-00031-01 (acumulado).</li></ul>	
<b>II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES</b>	<b>8</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 11001-03-15-000-2023-000506-01 (AC).</li><li>➤ C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación 76001-23-33-000-2022-00938-01 (AC).</li><li>➤ C.P.: Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-15-000-2022-03053-01 (AC).</li><li>➤ C.P.: Fredy Ibarra Martínez, radicación: 15001-23-31-000-2004-00966-03 (AP).</li><li>➤ C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 27001-23-31-000-2013-00148-01(AG).</li></ul>	
<b>III. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO</b>	<b>18</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-15-000-2020-00471-00(B)U</li><li>➤ C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 11001-03-15-000-2022-04178-00(PI)</li><li>➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-15-000-2022-04507-00(PI)</li><li>➤ C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-15-000-2022-00179-00(REV)</li></ul>	
<b>IV. SECCIÓN PRIMERA</b>	<b>29</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2013-00155-00.</li></ul>	
<b>V. SECCIÓN SEGUNDA</b>	<b>32</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación: 05001-23-33-000-2019-02694-01 (0366-2022)</li><li>➤ C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 66001-23-33-000-2019-00181-01 (2077-2022)</li><li>➤ C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 17001-23-33-000-2015-00209-01 (2323-2021).</li><li>➤ C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 76001-23-33-000-2013-00758-01 (5969-2019)</li><li>➤ C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000-23-42-000-2013-00093-01 (0386-2019)</li></ul>	
<b>VI. SECCIÓN TERCERA</b>	<b>44</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 76001-23-31-000-2005-00292-03(51864).</li><li>➤ C.P. Fredy Hernando Ibarra Martínez, radicación: 25000-23-26-000-2008-10465-01(49899).</li><li>➤ C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 54001-23-31-000-2013-00003-01(62077).</li><li>➤ C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 25000-23-36-000-2013-00502-01(67201).</li><li>➤ C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 25000-23-36-000-2017-00979-01(67712).</li><li>➤ C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 25000-23-36-000-2021-00249-01(68996).</li><li>➤ C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 73001-23-33-000-2017-00473-01(67397).</li><li>➤ C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 13001-23-31-000-2006-01527-01(51372).</li></ul>	
<b>VII. SECCIÓN CUARTA</b>	<b>65</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 76001-23-33-000-2019-00301-01 (27239).</li><li>➤ C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00010-00 (25478).</li><li>➤ C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2022-00045-00 (26729).</li></ul>	

- C.P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2021-00060-00 (25688).

## VIII. SECCIÓN QUINTA

66

- C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00022-00
- C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00034-00 (acumulado).
- C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00297-00 (acumulado).
- C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00023-00.

## IX. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

81

- C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2021-00138-00(PL00004).
- C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2023-00152-00(2504).
- C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2023-00031-00(C).
- C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00090-00(C).

## X. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN

94

- C.P. César Palomino Cortés, radicación: 54001-23-33-000-2017-00245-01 (6142-2019)
- C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 13001-23-31-000-2010-00793-01(55717).
- C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00297-00 (acumulado).

# EDITORIAL

*El Consejo de Estado en su firme propósito de divulgar su jurisprudencia, conceptos y conflictos de competencia, ha impulsado alianzas estratégicas con entidades del orden nacional y territorial, así como con universidades en todas las regiones del país, para contribuir en la protección de los derechos de las personas en procura de lograr y consolidar la paz y la convivencia de los colombianos.*

*En este sentido, hemos alcanzado a la fecha 39.000 suscriptores a esta importante herramienta de consulta, con una amplia difusión entre jueces y magistrados que componen la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que favorece al respeto del precedente judicial y la seguridad jurídica.*

*Al interior del estudio de una acción de tutela, la Corporación ordenó la implementación de medidas de protección para las familias inscritas al Programa de Sustitución de Cultivos Ilícitos, en el corregimiento de Llorente del municipio de Tumaco (Nariño), tras el incumplimiento del Gobierno Nacional de los acuerdos celebrados en el marco del proceso de paz con las FARC. En el caso cuestionado se flexibilizó el principio de subsidiariedad, puesto que la promoción de esta acción persiguió el amparo de derechos fundamentales esenciales como son la vida, la seguridad y el mínimo vital de una población que goza de especial protección constitucional.*

*Por otro lado, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, unificó su jurisprudencia de autos y determinó que, en los recursos extraordinarios de revisión, no se configura en los magistrados la causal de recusación prevista en el numeral 1° del artículo 141 del Código General del Proceso, por el solo hecho de haber suscrito la sentencia objeto de revisión. Lo anterior, porque el hecho de participar en la expedición de la aludida providencia y suscribirla, no compromete el criterio del operador judicial; por el contrario, el recurso extraordinario de revisión constituiría un momento en el que pueda advertir circunstancias que comprometen la justicia material y, eventualmente, ante argumentos debidamente sustentados y sólidos, establecer la configuración de la causal y, por ende, declarar fundado el recurso.*

*En asuntos de competencia de la Sección Segunda, se determinó que no se vulnera el principio de “trabajo igual salario igual” al fijar un régimen salarial y prestacional diferente a los docentes nacionales incorporados a las plantas de los entes territoriales, en razón a la descentralización educativa, por cuanto existe consagración constitucional y legal que lo autoriza.*

*Por último, en punto de género y no discriminación se presentan tres providencias novedosas y relevantes que protegen los derechos de una pareja del mismo sexo frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; el de una mujer víctima de violencia intrafamiliar para la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Estado, y se analiza si se desconoció el principio de equidad de género en la elección del Contralor General de la Republica al interior de una nulidad electoral.*

*Esperamos que este importante documento constituya una herramienta de consulta para abogados, estudiantes y ciudadanos.*

# I. NORMAS ANULADAS Y EXHORTOS

## ANULADAS SECCIÓN TERCERA

La CIRCULAR EXTERNA 20191000000066 del 28 de junio de 2019, expedida por el presidente de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar – COLJUEGOS sobre “Liquidación de derechos de explotación de juegos localizados”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de mayo de 2023, C. P. Martin Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-26-000-2019-00138-00\(64758\)](#)

## SECCIÓN CUARTA

1.El Concepto 908127 (también identificado como el Oficio 100208221-1270) del 12 de agosto de 2021, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de junio de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2022-00045-00 \(26729\) \(ver página 69 de este boletín\).](#)

2.El Decreto 1089 del 3 de agosto de 2020, “Por medio del cual se reglamenta el artículo 258-1 del Estatuto Tributario y se adiciona el Capítulo 27 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria”, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: la expresión «para la producción de bienes y/o servicios» contenida en el ordinal 4º, del artículo 1.2.1.27.1, adicionado al DUR 1625 de 2016, por el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1089 de 2020.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de junio de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2021-00060-00 \(25688\) \(ver página 72 de este boletín\).](#)

## EXHORTOS SECCIÓN TERCERA

### La Sección Tercera exhortó al Ministerio Público para que en el marco de sus competencias realice seguimiento a las órdenes impartidas en la sentencia

Sobre el particular dispuso en la parte resolutive lo siguiente: “5. EXHORTAR al Ministerio Público para que, en el marco de sus competencias, haga el seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en esta sentencia, así como a las actuaciones que deberá adelantar oportunamente el Municipio para procurar la recuperación de la posesión del inmueble El Oasis.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 20 de junio de 2023, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 05001-23-33-000-2013-00295-01\(52804\).](#)

## SECCIÓN QUINTA

### **1. La Sección Quinta exhortó a los secretarios de los Juzgados Primero y Cuarto Administrativos del Circuito Judicial de Quibdó para que alleguen documentos.**

Sobre el particular dispuso en la parte resolutive lo siguiente: “EXHORTAR a los secretarios de los juzgados primero y cuarto administrativos del circuito judicial de Quibdó para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, alleguen (i) copia digital integra del del expediente correspondiente al medio de control de nulidad que promovió el señor Julio Lemos Moreno, (ii) las constancias de notificación y ejecutoria de las decisiones dictadas en el trámite del proceso, (iii) las certificaciones que acrediten que se corrió traslado al Ministerio Público para que rindiera su concepto y a las partes para que alegaran de conclusión, y (iv) los antecedentes administrativos del acto cuestionado o la certificación de que no fueron aportados al proceso; de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 19 de mayo de 2023, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2023-00027-00.](#)

### **2. La Sección Quinta exhortó al Tribunal Administrativo de Norte de Santander para que resuelva la admisión de la demanda y la solicitud de medida cautelar en una misma providencia.**

Sobre el particular dispuso en la parte considerativa lo siguiente: “Del trámite procesal expuesto en el numeral 1.2 de los antecedentes de la presente providencia, se observa que el Tribunal Administrativo de Norte de Santander no aplicó la norma especial que regula el trámite de las medidas cautelares en el medio de control de nulidad electoral, consagrada en el inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 del 2011. (...). En este caso, se tiene que la autoridad judicial de primera instancia, dictó la providencia admisorio y la que resuelve la medida cautelar, en fechas y decisiones diferentes, lo cual no se acompasa con la regla procesal antes referida”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 25 de mayo de 2023, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 54001-23-33-000-2023-00031-01 \(acumulado\).](#)

**ASUNTOS  
CONSTITUCIONALES**



**BOLETÍN**  
**DEL CONSEJO DE ESTADO**  

---

**JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS**

# ACCIONES DE TUTELA

## 1. Resulta procedente condonar los créditos educativos adquiridos por los estudiantes en situación de vulnerabilidad.

**Síntesis del caso:** La accionante y su grupo familiar, para el año 1997, residían en el municipio de La Dorada, Caldas. Debido a las amenazas de muerte y extorsiones que recibieron por parte de las Autodefensas Unidas de Colombia, tuvieron que desplazarse hacia la ciudad de Barranquilla, Atlántico, y de manera posterior, al municipio de San Jacinto, Bolívar. Como víctimas del conflicto armado fueron incluidos en el Registro Nacional de Población Desplazada desde el 9 de marzo de 2010. No obstante, nunca han recibido ayudas, subsidios o indemnización alguna por parte de la UARIV. La accionante adquirió un crédito de estudio con el ICETEX, pero dicha entidad se negó a condonar la deuda en atención a que no se encontraba incluida en la base de datos del SISBEN, pese a que fue encuestada cuando era menor y a la fecha su puntaje la categoriza dentro grupo B1. Nacional.

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / CUMPLIMIENTO DE REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA / ICETEX / PROCESO DECLARATIVO / MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL NO IDÓNEO / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / CALIDAD DE VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / IDONEIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

**Problema jurídico 1:** ¿La acción de tutela ejercida cumple con el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que el accionante contaba con otro mecanismo judicial para cuestionar el oficio CAS-16127965-C0P3, por el cual el ICETEX negó la solicitud de condonación del crédito estudiantil por graduación de la accionante, en específico, el proceso declarativo verbal?

Tesis 1: “[E]n atención a los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, para el asunto concreto se entenderá por surtido el requisito de subsidiariedad, pues pese a que el Acuerdo No. 013 de 2007 de la Junta Directiva del ICETEX establece que los actos que realiza la entidad para el desarrollo de sus actividades comerciales se rigen por las disposiciones del derecho privado y en principio, sería posible concluir que la actora debió acudir al proceso declarativo verbal para resolver la controversia presentada ante el juez de constitucional; por la condición de sujeto de especial protección constitucional que ostenta la tutelante, es necesario indicar que esta carece de los medios de defensa materialmente idóneos y céleres para lograr la protección de los derechos fundamentales invocados.”

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / CUMPLIMIENTO DE REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA / ICETEX / PROCESO DECLARATIVO / MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL NO IDÓNEO / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / CALIDAD DE VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / IDONEIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

**Problema jurídico 2:** ¿El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior ICETEX vulneró los derechos fundamentales de petición y al debido proceso administrativo de la accionante al expedir el oficio del 27 de agosto de 2020, identificado con el radicado No. CAS-16127965-

*COP3, por el cual negó la solicitud de condonación del crédito estudiantil por graduación de la accionante, por presuntamente no acreditar su registro en la base de datos del SISBEN IV?*

**Tesis 2:** “[A] ser la actora beneficiaria del crédito educativo en los términos del Acuerdo No. 76 del 30 de diciembre de 2021, “Por el cual se adopta el Reglamento de Recuperación de Cartera del ICETEX”, podía solicitar la condonación por graduación justo después de obtener el título académico, esto es, desde el pasado 29 de julio de 2021. (...) Vale la pena destacar que, aun cuando en la respuesta aludida se indicó que al momento de graduación la estudiante no registraba puntaje con la metodología actual Sisbén IV, ello no se acompasa con la realidad pues, de la documentación aportada por la misma accionante en la impugnación se encuentra que esta tiene encuesta vigente en tal sistema desde el 09 de diciembre de 2019, con actualización el 12 de julio de 2022. (...) Por lo anterior, toda vez que los requisitos de condonación por graduación se validan al momento de la graduación del beneficiario y dado que la accionante acreditó dentro del presente trámite que se encuentra registrada en la base de datos del SISBEN IV y que de allí es posible extraer la información sobre el subgrupo al que pertenece y el punto de corte en el que se encuentra, se torna necesario amparar el derecho de la accionante de petición y debido proceso administrativo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de mayo de 2023, C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 11001-03-15-000-2023-000506-01 \(AC\).](#)

## **2. Facultades amplias del juez de tutela cuando lo pretendido con el amparo es la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional en el Centro Penitenciario y Carcelario de Sevilla.**

**Síntesis del caso:** *Aunque el juez de tutela de primera instancia únicamente se pronunció frente a la posible vulneración del derecho de petición, la Sección Cuarta del Consejo de Estado al conocer de la impugnación realizó un estudio más amplio por cuanto se determinó la configuración de un estado de cosas inconstitucional por la vulneración sistemática de los derechos fundamentales a la dignidad humana, alimentación, salud, seguridad e integridad personal, petición y debido proceso de la población reclusa en el Centro Penitenciario y Carcelario de Sevilla, Valle del Cauca. La razón de la decisión del juez de segunda instancia se basó en la grave situación de humedad verificada en la infraestructura del Centro Penitenciario. Como consecuencia, se revocó la sentencia de primera instancia, y, en su lugar, se ampararon los derechos fundamentales de la población afectada.*

**ACCIÓN DE TUTELA / ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES EN LA CÁRCEL / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN / FACULTADES DEL JUEZ DE TUTELA**

**Problema jurídico:** *De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala establecer si le asistió razón al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al amparar el derecho de petición de los accionantes, quienes se encuentran reclusos en el Centro Penitenciario y Carcelario EPMSC Sevilla (Valle del Cauca); o si, por el contrario, había lugar a conceder un amparo de mayor alcance, dadas las facultades propias del juez de segunda instancia en materia de tutela. De encontrarse en último evento, de conformidad con las pruebas aportadas y jurisprudencia aplicable, se determinará si hay lugar a impartir órdenes a las diferentes autoridades competentes para la garantía de los derechos fundamentales invocados por los tutelantes en las diversas temáticas por ellos expuestas.*

**Tesis:** “Así, tras revisar las pruebas allegadas al expediente, se encontró una grave situación de humedad en la infraestructura del Centro Penitenciario y Carcelario EPMSC Sevilla que atenta contra los derechos a la salud y seguridad e integridad personal de la población privada de la libertad, e incluso de los funcionarios que allí laboran. Asimismo, el Centro Penitenciario y Carcelario EPMSC Sevilla tampoco acreditó que actualmente esté tramitando las peticiones conforme las directrices impartidas por la Dirección Regional de Occidente del INPEC, ni que se esté entregando una constancia que acredite la radicación de la solicitud. Tampoco se aportaron pruebas que comprobaran el trámite impartido frente a las notificaciones judiciales que involucran a las personas privadas de la libertad allí recluidas. (...) A su vez, relacionado con el derecho de petición, se explicó que en el caso no existe hecho superado con relación al derecho de petición, ya que no se acreditó que en el trámite de la tutela se haya solucionado las posibles falencias sobre las constancias de radicado. Además, se resaltó que, al no haberse alegado la vulneración del derecho de petición por la falta de respuesta a una solicitud concreta (sino por otro motivo), no podría decirse que existe hecho superado por haberse expedido una respuesta, debido a que los argumentos de los accionantes frente a la petición fueron otros. De otra parte, se encontró que no se aportaron pruebas sobre la correcta implementación de proyectos para garantizar el fin resocializador de la pena y a la alimentación adecuada. Así las cosas, con fundamento en los puntos mencionados, la Sala revocará la decisión de primera instancia. En su lugar, amparará los derechos fundamentales a la salud y seguridad e integridad personal de la población privada de la libertad recluida en el Centro Penitenciario y Carcelario EPMSC Sevilla, amenazados por las condiciones de humedad de dicho establecimiento. (...) De otra parte, se ampararán los derechos fundamentales a la dignidad humana y alimentación de la población privada de la libertad recluida en el Centro Penitenciario y Carcelario EPMSC Sevilla. Por lo tanto, se ordenará a la Defensoría del Pueblo que, dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de esta providencia, en primer lugar, realice una visita de inspección, o las que considere necesarias, en el Centro Penitenciario y Carcelario EPMSC Sevilla a fin de que efectúe un diagnóstico sobre el estado de la alimentación y ejecución de proyectos de estudio y trabajo para lograr el fin resocializador de la pena en el Centro Penitenciario y Carcelario EPMSC Sevilla. (...) Por otro lado, dado el estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria, se le recomendará al Centro Penitenciario y Carcelario EPMSC Sevilla, al INPEC y a la USPEC que, atendiendo las necesidades del penal y sin interrupciones, continúen con la prestación de los servicios de salud a la población privada de la libertad, como lo han venido haciendo. Finalmente, si bien es innegable que la USPEC, el INPEC y los establecimientos penitenciarios tienen competencias diferenciadas, la orden impartida en esta providencia deberá realizarse coordinadamente, en el marco de la colaboración armónica, en cumplimiento del artículo 113 de la Constitución Política”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 15 de junio de 2023, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación 76001-23-33-000-2022-00938-01 \(AC\).](#)

### **3. Se ordena la implementación de medidas de protección para las familias inscritas al Programa de Sustitución de Cultivos Ilícitos, en el corregimiento de Llorente del municipio de Tumaco (Nariño), por el incumplimiento del Gobierno Nacional de los acuerdos celebrados en el marco del proceso de paz con las FARC.**

**Síntesis del caso:** La Gobernación de Nariño, la Alcaldía de Tumaco, la Dirección para la Sustitución de Cultivos Ilícitos, el delegado de las FARC EP y los representantes de varias organizaciones sociales del departamento de Nariño firmaron un acuerdo colectivo. El 29 de mayo de 2017, mediante el Decreto 896, se materializó la creación del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito (PNIS). 4364 familias del corregimiento de Llorente, congregadas en Asoporca, se comprometieron a cumplir lo pactado en el programa. Esta

*Corporación encontró que la Agencia de Renovación del Territorio, como gestora del PNIS, ha incumplido con distintos deberes, pues: ha suspendido y excluido a varios núcleos familiares del pago de la asistencia alimentaria y no ha iniciado con la implementación de proyectos productivos. Igualmente, el Consejo de Estado concluyó que Unidad Nacional de Protección debía determinar las medidas protectoras para los líderes de la comunidad sometidos a amenazas.*

**FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / IMPROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CAMPESINO / ASOCIACIONES CAMPESINAS / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / PLAN NACIONAL INTEGRAL DE SUSTITUCIÓN DE CULTIVO DE USO ILÍCITO / ACUERDO DE PAZ**

**Problema jurídico 1:** *¿La acción de tutela ejercida cumple con el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que el accionante contaba con otro medio de defensa judicial para solicitar el cumplimiento por parte del Gobierno de los compromisos suscritos con la comunidad de Asoporca en el marco de la implementación del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos PNIS en el corregimiento de Llorente (Tumaco), en específico, la acción de cumplimiento, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y el estudio de riesgo ante la Unidad Nacional de Protección?*

**Tesis 1:** “En principio sería viable considerar que contra el Acuerdo Colectivo y los formularios individuales procedería la acción de cumplimiento en los términos de la Ley 393 de 1997, teniendo en cuenta que se busca la atención de los compromisos allí dispuestos. (...) [S]e aclara en primera medida que, resultaría inidónea la acción de cumplimiento porque con la promoción de este mecanismo judicial se persigue la protección de derechos fundamentales. Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha manifestado que no se puede proponer la acción prevista en la Ley 393 de 1997 cuando se pretende la protección de garantías constitucionales porque la petición judicial devendría en improcedente. A lo anterior se agrega que, más que la atención de un mandato legal o con fuerza de ley dispuesto en un acto administrativo, la promoción de esta tutela persigue el amparo de derechos fundamentales esenciales como lo son la vida, la seguridad y el mínimo vital de una población que goza de especial protección constitucional. Esto, dado que, se itera, a juicio de la parte tutelante las personas a las que representa no han recibido los beneficios económicos ni en especie para sostener las actividades económicas que les permitan devengar los ingresos para satisfacer sus necesidades básicas, en unos casos, y en otros, se presenta una amenaza del derecho a la vida (de los líderes sociales). En la misma línea, tampoco sería viable ejercer algún medio de control contra los actos administrativos contentivos del Acuerdo Colectivo o de los formularios individuales, dado que no se está discutiendo su legalidad. (...) [P]ara la Sala la parte actora carece de otro instrumento de defensa judicial para obtener la protección de los derechos fundamentales que considera violados para solicitar los pagos de asistencia alimentaria que faltan, o aquellos a quienes no se les ha desembolsado ningún rubro, así como para solicitar la entrega de los proyectos productivos. Finalmente, frente a lo que atañe al derecho a la vida de los líderes sociales que han visto amenazada tal garantía por el apoyo y publicidad a la implementación y acogimiento por parte de la comunidad de Llorente al PNIS, tampoco se evidencia la existencia de un mecanismo de defensa judicial que pueda ser usado de forma subsidiaria a la acción de tutela. En principio aquellos que consideren amenazado su derecho fundamental a la vida y requieran, por circunstancias especiales, el despliegue de medidas de protección por parte del Estado, en el caso de los líderes sociales, deberían solicitar el inicio de la investigación de riesgo ante la Unidad Nacional de Protección. Sin embargo, en algunos eventos la Corte Constitucional ha superado el requisito de la subsidiariedad aun ante la existencia de decisiones de la UNP susceptibles de control por el juez contencioso administrativo. Al respecto, la guardiana de la Constitución Política ha considerado «que resulta irrazonable exigir a personas que requieren de protección inmediata y constante que expongan su caso ante el juez contencioso, cuando lo que se encuentra en discusión es la vida misma (...) [N]o puede desconocer la Sala el flagelo que atraviesan actualmente poblaciones especialmente vulnerables y sus líderes sociales, aunado a las múltiples amenazas y delitos de los que son víctimas. Así las cosas, exigirles la solicitud de un estudio de riesgo con la atención de todos los protocolos y plazos legales, más aún a los líderes de una asociación que promueven la implementación de una política pública, resultaría desproporcionado. Ello conlleva a que se supere el requisito general de la subsidiariedad en cuanto al tema en cuestión.”

**ACCIÓN DE TUTELA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA / AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO / DERECHO A LA PAZ / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / PROTECCIÓN DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL / CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL / DERECHO AL MÍNIMO VITAL / ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA / ACUERDO DE PAZ / PLAN NACIONAL INTEGRAL DE SUSTITUCIÓN DE CULTIVO DE USO ILÍCITO / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / ASOCIACIONES CAMPESINAS / CAMPESINO / UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN / ASISTENCIA ALIMENTARIA**

**Problema jurídico 2:** *¿La Presidencia de la República, la Dirección para la Sustitución de Cultivos Ilícitos, la Agencia de Renovación Territorial y la Unidad Nacional de Protección vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, vida, seguridad y debido proceso de las familias campesinas inscritas al Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos (PNIS) del corregimiento de Llorente (Tumaco) congregadas en la Asociación Porvenir Campesina (Asoporca), con ocasión de la presunta falta de implementación de algunos puntos de los Planes de Atención Inmediata (PAI), suscritos en el Acuerdo Colectivo pactado con el Gobierno Nacional el 26 de agosto de 2017 en el marco del Acuerdo de Paz?*

**Tesis 2:** “[P]ara esta Sala sí se configuró el incumplimiento aludido por la parte actora en cuanto al pago de asistencia técnica alimentaria frente a los 89 núcleos suspendidos, los 619 a los que se les adeudan pagos y los 282 que no han recibido ninguno. (...) [E]s necesario reiterar que las personas sobre las que se dispone el amparo son campesinos sujetos de especial protección constitucional. (...) [P]ese a que las obligaciones presuntamente desatendidas provienen de un acto administrativo bilateral, en este caso los medios ordinarios establecidos por el legislador resultarían ineficaces. Lo anterior, puesto que esta acción constitucional propende por la protección del derecho a la paz desde el punto de vista individual, el cual permite que una vez amparado, el protegido tenga elementos para gozar de otros derechos fundamentales contenidos en la Carta Política, como en este caso, serían las garantías fundamentales al trabajo y al mínimo vital. (...) El Acuerdo Final de Paz, el Acuerdo Colectivo de 26 de agosto de 2017 y los formularios individuales hacen parte de la política pública de erradicación y sustitución de los cultivos de uso ilícito y propenden por la consecución de una paz estable y duradera, que permita el goce efectivo de los derechos fundamentales de los suscriptores. (...) En cuanto a los derechos fundamentales que se protegerán por medio de esta acción constitucional, se encontró que efectivamente la ART [Agencia de Renovación del Territorio] como gestora del [Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos] PNIS, para el caso de las familias de Asoporca del corregimiento de Llorente, ha incumplido con distintos deberes. A saber, ha suspendido y excluido de los beneficios del PAI [Plan de Atención Inmediata], puntualmente del pago de la asistencia alimentaria, a distintos núcleos familiares a quienes se les ha cercenado su derecho a la defensa previa adopción de la decisión definitiva sobre su permanencia en el programa. Lo mismo ha ocurrido en el caso de los grupos familiares excluidos. En lo que tiene que ver con los proyectos productivos de ciclo corto e ingreso rápido y ciclo largo, no se demostró que si quiera se haya iniciado con la implementación. Así, en aras de garantizar la efectividad de lo pactado, se dará la orden a la ART [Agencia de Renovación del Territorio] de continuar de manera inmediata con la implementación de los proyectos productivos de la comunidad de Llorente congregada en Asoporca. Finalmente, en cuanto a la adopción de las medidas de seguridad que se solicitaron en procura de proteger los derechos fundamentales a la vida y la seguridad de los líderes y lideresas sociales, es necesaria la agilización del estudio de riesgo y la determinación de las medidas protectoras que determine la UNP. Esto, teniendo en cuenta que sobre quienes pesan las presuntas amenazas que serán investigadas por la entidad, son sujetos de especial protección constitucional. (...) [S]e confirmará integralmente la sentencia de primer grado que amparó los derechos fundamentales deprecados por el señor [R.E.] en su nombre y en el de las familias de Asoporca del corregimiento de Llorente que se acogieron al PNIS.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 15 de junio de 2023, C.P.: Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-15-000-2022-03053-01 \(AC\).](#)

# ACCIONES POPULARES

**Se revoca la multa impuesta al alcalde de Tunja por la no construcción de un puente peatonal como parte de la estructura vehicular de acceso al barrio “Las Quintas”, del referido municipio.**

**Síntesis del caso:** *El Tribunal Administrativo de Boyacá, por medio del fallo del 14 de diciembre de 2005, proferido en el marco de una acción popular, ordenó al alcalde del municipio de Tunja que adelantara las gestiones necesarias para conseguir los recursos que permitan culminar la construcción del puente vehicular de acceso al Barrio Las Quintas del mismo municipio. A través del auto de 16 de febrero de 2022, el Tribunal Administrativo de Boyacá, de oficio, inició el incidente de desacato a la sentencia, por el hecho de no haberse culminado la construcción del puente peatonal anexo a la estructura del puente vehicular en comento. Mediante la providencia de 28 de abril de 2022, el Tribunal resolvió el incidente de desacato, en el sentido de imponer una multa equivalente a 10 SMLMV al alcalde del municipio de Tunja.*

**GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA EN TRÁMITE DE INCIDENTE DE DESACATO / INCIDENTE DE DESACATO EN LA ACCIÓN POPULAR / REVOCATORIA DE LA SANCIÓN POR DESACATO / ALCANCE DE LA ORDEN JUDICIAL / INEXISTENCIA DE ORDEN JUDICIAL / ELEMENTO OBJETIVO DEL DESACATO / CONSTRUCCIÓN / PUENTE VEHICULAR/ OBRAS ADICIONALES / PUENTE PEATONAL**

**Problema jurídico:** *¿Hay lugar a revocar la sanción por desacato que el Tribunal Administrativo de Boyacá impuso al alcalde del municipio de Tunja (Boyacá), por el presunto incumplimiento de la sentencia del 14 de diciembre de 2005, modificada por la providencia del 16 de agosto de 2007, proferidas por el Tribunal Administrativo de Boyacá y la Sección Tercera del Consejo de Estado, respectivamente, toda vez que no se encuentra acreditado el elemento objetivo exigido para declarar el desacato de las órdenes impartidas por el juez de la acción popular?*

**Tesis:** “[L]a providencia consultada será revocada, porque para este caso concreto no se encuentra acreditado el elemento objetivo exigido para declarar el desacato de las órdenes impartidas por el juez de la acción popular, dicho de otra manera, el señor [L.A.F.G.], en la condición de alcalde del municipio de Tunja (Boyacá) no incumplió ninguna de las órdenes impartidas en la sentencia de acción popular de 14 de diciembre de 2005 proferida por esa misma Corporación, modificada y confirmada por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 16 de agosto de 2007. (...) [L]a Sala revocará la decisión consultada por razón de que la presunta obligación cuyo incumplimiento se reprocha en el trámite del incidente de desacato no guarda estricta coherencia con lo ordenado en la sentencia de acción popular proferida el 14 de diciembre de 2005 por el Tribunal Administrativo de Boyacá y confirmada por esta Corporación mediante proveído de 16 de agosto de 2007. (...) [E]n auto de 16 de febrero de 2022, el Tribunal Administrativo de Boyacá inició el presente trámite incidental de desacato por estimar que no se cumplió a cabalidad con lo ordenado en la sentencia del 14 de diciembre de 2005 debido a que el municipio de Tunja (Boyacá) no culminó la construcción del puente peatonal anexo a la estructura vehicular construida en el barrio “Las Quintas”; luego, mediante providencia del 28 de abril de 2022, esa misma Corporación dispuso sancionar al señor [L.A.F.G.] en su condición de alcalde del municipio de Tunja (Boyacá), con multa equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por incurrir en desacato de la sentencia de acción popular proferida el 14 de diciembre de 2005 por el Tribunal Administrativo de Boyacá y confirmada por la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante proveído de 16 de agosto de 2007, en los términos descritos anteriormente. c) En este contexto, advierte la Sala que la orden impartida en la sentencia de acción popular en mención fue la de construir un puente vehicular de acceso al barrio “Las Quintas” del

municipio de Tunja (Boyacá) mas no la de edificar un puente peatonal como parte de la estructura vehicular, razón por la cual no se advierte el incumplimiento de ninguna de las órdenes impartidas en la sentencia y, en consecuencia, no se encuentra acreditado el elemento objetivo exigido para declarar el desacato de las órdenes impartidas por el juez de la acción popular. 2) Así las cosas, se revocará la sanción objeto de consulta debido a que la autoridad demandada no ha incurrido en desacato de la sentencia de acción popular de 14 de diciembre de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, modificada y confirmada por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 16 de mayo de 2007.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 5 de mayo de 2023, C.P.: Fredy Ibarra Martínez, radicación: 15001-23-31-000-2004-00966-03 \(AP\).](#)

#### **Aclaración del magistrado Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz**

#### **ACLARACIÓN DE VOTO / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA EN TRÁMITE DE INCIDENTE DE DESACATO / INCIDENTE DE DESACATO EN LA ACCIÓN POPULAR / REVOCATORIA DE LA SANCIÓN POR DESACATO DE LA ACCIÓN POPULAR / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / LÍMITES DE LA FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ**

Tesis: “[A]unque comparto la decisión de revocar el auto del 28 de abril de 2022 proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por medio del cual se impuso una sanción por desacato de una sentencia de acción popular al alcalde del Municipio de Tunja, aclaro mi voto para precisar que el incidente que culminó con la multa objeto de estudio por la Sala no podía ser iniciado de oficio por el a quo. En relación con las competencias oficiosas del juez en el incidente de desacato, la decisión objeto de aclaración afirma que los artículos 34 y 41 de la Ley 472 de 1998 las autorizan. (...) [N]o hay duda de que lo prescrito por dicha norma es que el juez, después de dictado y ejecutoriado el fallo de la acción popular, conserva competencia para tomar las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento, regla que de ninguna manera autoriza que el juzgador inicie de oficio un trámite sancionatorio como es el incidente de desacato. (...) [E]s claro que ninguna de las disposiciones referidas por la providencia objeto de aclaración avalan que el juez de la acción popular active de oficio el trámite incidental para sancionar el incumplimiento de la sentencia por él dictada. Cabe recordar que, para que la autoridad judicial ejerza cualquier competencia de carácter oficioso, es necesario que el legislador expresamente lo autorice, máxime cuando dicha competencia puede culminar con una decisión que imponga una sanción conmutable en arresto hasta por seis (6) meses. Finalmente, debo agregar que la providencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, citada como argumento de autoridad para justificar la supuesta competencia oficiosa bajo estudio no argumenta en tal sentido, pues se limita a afirmar en un subtítulo que El incidente de desacato procede de oficio o a solicitud de parte, sin desarrollar una motivación con tal propósito.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 5 de mayo de 2023, A.V. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación: 15001-23-31-000-2004-00966-03 \(AP\).](#)

## **ACCIONES DE GRUPO**

**Mientras no finalice el proceso administrativo de liquidación no es posible determinar si se infirió un daño a los acreedores por las prórrogas sucesivas decretadas en el trámite concursal.**

**Síntesis del caso:** *Los integrantes del grupo demandante, en su condición de acreedores de la Empresas Públicas de Quibdó E.S.P., empresa pública que entró en proceso de liquidación forzosa, reclamaron el reconocimiento de perjuicios materiales en virtud del daño que, a su juicio, se encontraba acreditado por la falta de pago de los dineros adeudados, luego de haberse constituido la masa liquidatoria por la entidad intervenida y, además, por las demoras presentadas durante el trámite del proceso liquidatorio. En primera instancia, les fueron negadas las pretensiones de la demanda con sustento en que hasta que no culminara el proceso liquidatorio, no era posible determinar el daño sufrido por los accionantes. Por su parte, los accionantes interpusieron recurso de apelación contra la decisión anterior, para que sea resuelto por el Consejo de Estado.*

**ACCIÓN DE GRUPO / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DE PERJUICIOS CAUSADOS A UN GRUPO / SENTENCIA DE LA ACCIÓN DE GRUPO / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PROCESO DE LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA / ACREEDORES EN PROCESO LIQUIDATORIO / TRÁMITE DE LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN TRÁMITE / EXISTENCIA DEL DAÑO / CONSOLIDACIÓN DEL DAÑO / HECHO FUTURO E INCIERTO**

**Problema jurídico:** *¿La falta de pago de las acreencias reconocidas en la masa liquidatoria por las Empresas Públicas de Quibdó E.S.P., sin que se hubiera concluido el trámite de liquidación forzosa administrativa de esa entidad, constituye un daño cierto para los demandantes?*

**Tesis:** “La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante acto administrativo expedido el 24 de octubre de 2006, ordenó la liquidación de las Empresas Públicas de Quibdó E.S.P. A continuación, se dio inicio al procedimiento liquidatorio forzoso administrativo, el cual, fue prorrogado sucesivamente siendo el último plazo hasta el día 31 de diciembre de 2015. Los integrantes del grupo demandante, en su condición de acreedores de la referida empresa, reclaman el reconocimiento de perjuicios materiales en virtud del daño que, a su juicio, se encuentra acreditado por la falta de pago de los dineros adeudados, luego de haberse constituido la masa liquidatoria por la entidad intervenida y, además, por las demoras presentadas durante el trámite del proceso liquidatorio. (...) El Tribunal Administrativo del Chocó profirió fallo de primera instancia el 6 de noviembre de 2015, en el que declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y negó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión, el A-quo consideró, en síntesis, que el daño objeto de la pretensión resarcitoria sólo adquiriría la connotación de real y cierto cuando culminara el proceso liquidatorio de las Empresas Públicas de Quibdó E.S.P. En ese orden, -añadió que mientras se encontrara en curso el procedimiento administrativo de liquidación forzosa no resultaba posible determinar si, con esa actuación, se había causado un daño por la supuesta demora injustificada en que incurrieron las entidades demandadas, a través de sus agentes designados, en concluir el proceso de liquidación. Remarcó, además, que una vez concluida la liquidación podía demandarse a la administración, pues a partir de ese instante el daño materia de reparación dejaría de ser hipotético e incierto y los acreedores podrían conocer el estado de los negocios, bienes y haberes de la empresa liquidada. Denotó que no se demostró por los accionantes la demora injustificada de acuerdo con el régimen jurídico aplicable en el proceso de liquidación y, menos aún, el incumplimiento del término para expedir el acto administrativo de finalización del trámite liquidatorio. (...) [E]n los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado, el primer elemento que debe quedar demostrado es el daño, el cual debe tener la connotación de antijurídico. La jurisprudencia ha definido el daño como la afectación de un derecho o interés tutelado por el ordenamiento jurídico y se caracteriza por ser cierto, personal y directo. (...) [E]l daño antijurídico se convierte en el eje central de la obligación resarcitoria y en presupuesto insoslayable del juicio de imputación. Esa es la razón por la que esta Corporación ha asumido, para el análisis de la responsabilidad patrimonial pública, una metodología que encuentra punto de partida en la verificación de la existencia del daño materia de la pretensión de reparación al tenor de la demanda. El segundo estadio de esa metodología tiene por objeto el juicio de imputación, esto es, de atribución de las consecuencias de ese daño a un patrimonio diferente al de la víctima, juicio que sólo resulta procedente en los casos en que el juez haya encontrado demostrado el padecimiento por el accionante del daño objeto de su pretensión de reparación. (...) [T]al como lo sostuvo el Tribunal Administrativo del Chocó, siguiendo

la jurisprudencia de esta Corporación, conviene recordar que, en estos eventos, mientras no finalice el proceso administrativo de liquidación, no resulta posible determinar por los acreedores si definitivamente, con esa actuación, se infirió un daño por las prórrogas sucesivas decretadas en el trámite concursal adelantado en las Empresas Públicas de Quibdó E.S.P. Por tanto, sólo una vez agotadas las etapas de la actuación liquidatoria, podría demandarse a la administración por la presunta responsabilidad que le pudiera incumbir con ocasión al procedimiento cuestionado. Ello, en la medida que solo a partir de ese instante, los demandantes tendrían conocimiento del estado en que quedaron los negocios, bienes y haberes de la sociedad liquidada y, el daño objeto de reparación por el detrimento patrimonial que dicen haber sufrido en el marco de la liquidación forzosa administrativa dejaría de ser hipotético e incierto para los accionantes. (...) En ese orden, no podría aducirse en el presente asunto, la existencia de un daño derivado de la falta de pago de las acreencias reconocidas en la masa liquidataria por las Empresas Públicas de Quibdó E.S.P., por un lado, por cuanto esa entidad, con oficio del 14 de septiembre de 2015, informó al Tribunal Administrativo del Chocó que, a esa fecha, el proceso de liquidación forzosa administrativa del cual era objeto se encontraba en la conformación del pasivo pensional" y, por otro, porque no existe en el expediente elemento probatorio alguno que acredite determinación del liquidador respecto de los créditos reconocidos a los acreedores de la empresa de servicios públicos demandada y, menos aún, la finalización del trámite concursal. (...) Bajo este escenario, en armonía con lo expuesto por el agente del Ministerio Público en su intervención, únicamente cuando se perfeccione y concluya el trámite liquidatorio de las Empresas Públicas de Quibdó E.S.P., cuyas disposiciones son de orden público y preferentes, se podrá conocer si las acreencias reconocidas en Resolución No. 027 del 11 de mayo de 2007 y aquellas que la modificaron, fueron satisfechas integralmente conforme al orden de prelación de créditos y, en todo caso, si los demandantes sufrieron un daño cierto y determinado o determinable que les otorgara interés jurídico para demandar por la supuesta responsabilidad extracontractual endilgada a las demandadas. En consecuencia, mientras dicha situación no se presente, el daño materia de reparación comporta una indiscutible nota de incertidumbre que impide su reconocimiento" y, por lo tanto, la sentencia de primera instancia, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, deberá ser confirmada."

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 16 de diciembre de 2022, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 27001-23-31-000-2013-00148-01\(AG\).](#)

# SALA PLENA DEL CONTENCIOSO



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia de autos y determina que, en los recursos extraordinarios de revisión, no se configura en los magistrados la causal de recusación prevista en el numeral 1° del artículo 141 del Código General del Proceso por el solo hecho de haber suscrito la sentencia objeto de revisión.

**Síntesis del caso:** La Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado **dictó auto de unificación jurisprudencial** sobre la interpretación de la causal de recusación e impedimento prevista en el numeral 1° del artículo 141 del Código General del Proceso, en el marco de los recursos extraordinarios de revisión.

**AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / IMPEDIMENTO / IMPEDIMENTO DEL CONSEJERO DE ESTADO / IMPEDIMENTO POR INTERÉS EN EL PROCESO / IMPEDIMENTO POR CONOCIMIENTO PREVIO DEL PROCESO**

**Problema jurídico 1:** ¿Se configura la causal de recusación prevista en el numeral 1° del artículo 141 del Código General del Proceso, para el magistrado que suscribió la sentencia objeto de revisión?

Tesis 1: “La Sala considera que cuando el magistrado ha suscrito la providencia objeto de revisión, no concurren los presupuestos para que se configure la causal de recusación del numeral 1° del artículo 141 del CGP, pues la sola participación del magistrado en la expedición de la sentencia cuestionada a través del recurso extraordinario no afecta en sí misma la dimensión objetiva del principio de imparcialidad, puesto que, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-450 de 2015, el proceso ordinario y el del recurso extraordinario de revisión cuentan con objeto y finalidad, distintas por lo que el análisis que se adelanta en cada uno de ellos es diferente. Conforme con lo anterior, por el solo hecho de haber suscrito la sentencia objeto del recurso de revisión no se configura la causal de recusación, referida a que el juez tenga un interés en el resultado del proceso, porque en nada lo beneficia de manera personal, cierta y actual que se mantenga la intangibilidad de la sentencia, ya que esas decisiones las adopta en ejercicio de la función jurisdiccional que le corresponde. Sin embargo, se pueden configurar otras causales de recusación o impedimento, las cuales se deberán decidir en cada caso concreto. Si en el magistrado que suscribió la sentencia y que hace parte de la sala especial que debe resolver el recurso extraordinario contra dicho fallo concurre alguna de las causales de impedimento señaladas en la Ley, es necesario que así lo manifieste a la Sala con la indicación del hecho que la sustenta. Entonces, el impedimento debe resolverse atendiendo la circunstancia particular que el magistrado exponga, la cual no podrá limitarse a haber suscrito la providencia recurrida”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** En la presente providencia se expusieron las distintas tesis vigentes en la Corporación sobre la configuración de la causal de recusación o impedimento prevista en el numeral 1° del artículo 141 del CGP bajo el supuesto fáctico de que el magistrado tiene interés directo o indirecto para conocer del asunto porque participó de la decisión que se discute en el recurso extraordinario de revisión.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la exequibilidad del aparte “sin exclusión de la sección que profirió la decisión” del artículo 249 del CPACA, ver: Corte Constitucional, sentencia C-450 de 2015.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre la naturaleza y dimensión de las causales de recusación e impedimento, ver: Corte Constitucional, sentencia C-496 de 2016.

**NOTA DE RELATORÍA 4:** Sobre la causal de impedimento por interés directo o indirecto en el proceso, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto del 19 de marzo de 2002. Exp: 2002-0094-01 (IMP 135) y Auto del 7 de febrero de 2006, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 2003-00063-01.

## **AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / IMPEDIMENTO / IMPEDIMENTO DEL CONSEJERO DE ESTADO / IMPEDIMENTO POR INTERÉS EN EL PROCESO**

**Problema jurídico 2:** *¿Se constituye el interés directo o indirecto para el magistrado el hecho de haber suscrito la sentencia objeto de revisión?*

**Tesis 2:** “[E]l hecho de que quien participa en la expedición de la sentencia de revisión haya suscrito la providencia cuestionada, no compromete el criterio del operador judicial; por el contrario, el recurso extraordinario de revisión constituiría un momento en el que pueda advertir circunstancias que comprometen la justicia material y, eventualmente, ante argumentos debidamente sustentados y sólidos, pueda determinar la configuración de la causal y, por ende, declarar fundado el recurso extraordinario de revisión. La causal de impedimento prevista en el numeral 1° del artículo 141 del CGP, prevé la posible parcialidad del juez por tener interés en la actuación procesal. La referida causal se funda en la utilidad, provecho o menoscabo que la decisión del proceso le representa a quien ejerce la función jurisdiccional o a sus parientes más cercanos. Sin embargo, como se indicó, acorde con la interpretación hecha por la Corte Constitucional al artículo 249 del CPACA, el solo hecho de haber participado en el estudio y aprobación de la decisión que se ataca por vía extraordinaria no compromete la imparcialidad del juez «por cuanto, “el recurso extraordinario de revisión, es un proceso distinto, a través del cual se analizan cuestiones que no fueron objeto de debate en instancias anteriores». Así que debe existir realmente un interés particular y directo en el asunto que se somete a debate, en ejercicio del recurso extraordinario de revisión. El hecho de que el magistrado haya dado su criterio al interior de un proceso, solo corresponde al ejercicio de la función jurisdiccional establecida en los artículos 236 y 237 de la Constitución Política, así como la Ley 1437 de 2011, en especial, los artículos 103, 104 y 179, y la Ley 270 de 1996. Por lo tanto, ello no constituye la configuración de causal de impedimento porque, se insiste, corresponde a un proceso diferente de aquél en el que se profirió la providencia que se controvierte vía recurso extraordinario de revisión. Cabe destacar que, no es suficiente con manifestar la existencia de interés directo o indirecto del magistrado para resolver el asunto, sino que el mismo debe ser real y estar debidamente soportado, de tal forma que justifique plenamente el relevarle de su deber jurisdiccional. Luego, no existe un interés directo ni indirecto para el magistrado al revisar la legalidad de su propia decisión al resolver el recurso extraordinario de revisión, pues se reitera, el análisis que se hace dentro del recurso extraordinario es distinto al que se efectuó dentro del proceso ordinario y el solo hecho de suscribir la providencia no da cuenta de alguna utilidad o menoscabo, de índole patrimonial, intelectual o moral para el fallador”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el principio de especialidad que rige las competencias al interior del Consejo de Estado, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, SED 27, Auto del 26 de enero de 2022, exp. nro. 11001-03-15-000-2021-01547-00, C.P. Dra. Rocío Araújo Oñate.

## **REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / IMPEDIMENTO / IMPEDIMENTO DEL CONSEJERO DE ESTADO / IMPEDIMENTO POR INTERÉS EN EL PROCESO**

**Problema jurídico 3:** *¿Para los Consejeros se configura la causal de recusación o impedimento prevista en el numeral 1° del artículo 141 del Código General del Proceso, dentro de los recursos extraordinarios de revisión por el solo hecho de haber suscrito la sentencia que es objeto de controversia?*

**Tesis 3:** “De acuerdo con todo lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo establece las siguientes reglas de unificación: • En los recursos extraordinarios de revisión, no se configura en los magistrados la causal de recusación prevista en el numeral 1° del artículo 141 del Código General del Proceso, por el solo hecho de haber suscrito la sentencia objeto de revisión”.

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / IMPEDIMENTO / IMPEDIMENTO DEL CONSEJERO DE ESTADO / IMPEDIMENTO POR INTERÉS EN EL PROCESO / NEGACIÓN DEL IMPEDIMENTO / AUTO QUE RESUELVE IMPEDIMENTO**

**Problema jurídico 4:** *¿La consejera Marta Nubia Velásquez Rico se encuentra impedida para conocer el recurso extraordinario de revisión bajo estudio por estar incurso en la causal del numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso por el hecho de haber sido parta de la Sala que profirió la sentencia cuestionada?*

**Tesis 4:** “[L]a Sala advierte que la única razón en la cual la magistrada fundó la manifestación de impedimento es la de haber participado en el estudio y adopción de la sentencia objeto de impugnación extraordinaria y por ello tener un criterio preconcebido sobre el asunto objeto de debate. Sin embargo, no señaló cómo podría obtener un beneficio o ser perjudicada con la decisión de donde se derive un interés directo o indirecto en la solución del recurso extraordinario. En atención a la naturaleza del recurso extraordinario de revisión, el estudio que debe efectuar la sala especial de decisión es diferente al realizado en la sentencia de reparación directa, pues debe limitarse a establecer la configuración de la causal invocada. La imparcialidad no se ve afectada por la sola circunstancia de haber participado en la decisión que ahora es objeto de este recurso, en tanto que, se insiste, es la propia ley la que determina que no se excluirá a la sección que profirió la sentencia que se ataca por este medio de impugnación extraordinario. Luego, la circunstancia manifestada por la magistrada no tiene la entidad suficiente para comprometer su criterio y que haga indispensable separarla de su deber jurisdiccional para resolver el asunto. En consecuencia, se declarará infundado el impedimento manifestado por la doctora Marta Nubia Velásquez Rico para conocer del nuevo proceso [recurso extraordinario de revisión] que promovió la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 24 de mayo de 2023; C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-15-000-2020-00471-00\(B\)U](#)

### **Salvamento de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz**

#### **SALVAMENTO DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / IMPEDIMENTO / IMPEDIMENTO DEL CONSEJERO DE ESTADO / IMPEDIMENTO POR INTERÉS EN EL PROCESO**

**Problema jurídico:** *¿La regla de unificación adoptada por la Sala Plena no es clara y no resuelve el problema jurídico que hacía necesaria la unificación, el cual fue originado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado?*

**Tesis:** “No estoy de acuerdo con la forma como la Sala Plena adoptó la regla de unificación porque, en vez de acoger una regla uniforme a partir de la interpretación de disposiciones legales, optó por expedir una nueva norma con fundamento en consideraciones propias de legislador. La regla enunciada no es clara, y si ella se interpreta a la luz de las consideraciones expuestas en la providencia objeto de este salvamento, puede conducir a una conclusión opuesta de la que se adoptó en la parte resolutive. Estimo, adicionalmente, que la regla de interpretación, además de votarse de manera independiente, debió incluirse en la parte motiva del fallo para adoptar la decisión conforme con la misma”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 24 de mayo de 2023; S.V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-15-000-2020-00471-00\(B\)U](#)

### **Salvamento de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter**

#### **SALVAMENTO DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / IMPEDIMENTO / IMPEDIMENTO DEL CONSEJERO DE ESTADO / IMPEDIMENTO POR INTERÉS EN EL PROCESO**

**Problema jurídico:** *¿La regla de unificación adoptada por la Sala Plena resulta rígida, amplia y objetiva y, por lo tanto, podría no ofrecer las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico?*

**Tesis:** “No resultaba dable fijar reglas de unificación en términos tan rígidos, amplios y objetivos de la manera como se consignaron, puesto que, precisamente, como se admite, al mismo tiempo, en el auto del cual me aparto, «el impedimento debe resolverse atendiendo la circunstancia particular que el magistrado exponga, la cual no podrá limitarse a haber suscrito la providencia recurrida». Es sabido que en la práctica no en pocos casos se interpone el recurso extraordinario de revisión con fundamento en la causal 5ª del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), esto es, por «Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación» y se sustenta, por ejemplo, en inconformidades por supuesta indebida apreciación de pruebas o de valoración jurídica, con el deseo de que se reabra el debate jurídico, pese a que no es esa la finalidad de tal recurso, ante lo cual el consejero de Estado que participó en la expedición del fallo recurrido se hallaría incurso en impedimento, comoquiera que ya expresó su postura «hacia uno de los aspectos en debate» (elemento subjetivo) y, además, tuvo «contacto anterior con el thema decidendi» (elemento objetivo), de modo que no «se ofrecen las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y

orgánico».

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 24 de mayo de 2023; S.V. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 11001-03-15-000-2020-00471-00\(B\)U](#)

### Salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata

#### SALVAMENTO DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / IMPEDIMENTO / IMPEDIMENTO DEL CONSEJERO DE ESTADO / IMPEDIMENTO POR INTERÉS EN EL PROCESO

**Problema jurídico:** *¿Podría configurarse en los consejeros la causal de recusación o impedimento prevista en el numeral 1° del artículo 141 del Código General el Proceso, dentro de los recursos extraordinarios de revisión por el hecho de haber suscrito la sentencia que es objeto de controversia y de la cual se alegan vicios de nulidad?*

**Tesis:** “Por la manera en que está redactada esta causal, en mi sentir, existe un elemento subjetivo. Así, entiendo que si un ser humano, juez en este caso, sostiene que tiene un interés directo o indirecto en el proceso, esta convicción subjetiva e íntima no debería ser negada de manera general y categórica, y menos en una decisión de Unificación, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Es cierto, y entiendo, que las causales de recusación son de interpretación restrictiva y que no pueden ser leídas de manera extensiva o analógica. Sin embargo, si el legislador ha decidido dejar en ellas, o algunas de ellas, elementos subjetivos que deben ser valorados por el propio juez, no puede la Sala eliminar tal elemento en una decisión como esta. Por lo anterior, no puedo apoyar que se decida, de manera genérica y definitiva, que un juez no tiene interés en el proceso en el cual se discute si se originó una nulidad en una sentencia que suscribió”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 24 de mayo de 2023; S.V. Alberto Montaña Plata, radicación: 11001-03-15-000-2020-00471-00\(B\)U](#)

### Salvamento de voto del consejero Rafael Francisco Suárez Vargas

#### SALVAMENTO DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / IMPEDIMENTO / IMPEDIMENTO DEL CONSEJERO DE ESTADO / IMPEDIMENTO POR INTERÉS EN EL PROCESO

**Problema jurídico:** *¿Cuándo un magistrado ha sido fallador de instancia y, luego, le corresponde conocer un recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia que suscribió, podría romperse la relación de imparcialidad?*

**Tesis:** “[C]uando un magistrado ha sido fallador de instancia y, luego, le corresponde conocer un recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia que suscribió, la relación de imparcialidad se puede romper por algún tipo de interés, al saber que la decisión de revisión podría incidir en una eventual acción de repetición. Por otro lado, es posible que existan casos donde el juez emita un doble juicio sobre el mismo asunto, como ocurriría si el recurrente propuso la causal de revisión en el proceso ordinario o, habiéndola pasado por alto, el fallador se pronunció sobre ella. Además, si se llega a infirmar la sentencia impugnada, sería necesario emitir una de reemplazo en la que se podría adoptar un criterio diferente al que se expuso en el fallo recurrido. Finalmente, no se trata de desconocer el tenor del inciso 1.º del artículo 249 del CPACA ni la decisión de exequibilidad proferida por la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-450 de 2015, sino de considerar que no se pueden cerrar las posibilidades de un impedimento, ya que se podría presentar el supuesto señalado en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, dependiendo de la causal invocada y la sustentación que se haga de ella”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 24 de mayo de 2023; S.V. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-15-000-2020-00471-00\(B\)U](#)

### Aclaración de voto de la consejera María Adriana Marín

#### ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / IMPEDIMENTO / IMPEDIMENTO DEL CONSEJERO DE ESTADO / IMPEDIMENTO POR INTERÉS EN EL PROCESO

**Problema jurídico:** *¿Participar en la decisión de un recurso extraordinario de revisión donde la causal invocada cuestione el análisis y el juicio contenido en la providencia objetada, pone en tela de juicio la objetividad e imparcialidad de quienes la adoptaron y podría dar lugar a la configuración de la causal del numeral 2 del artículo 141 del C.G.P.?*

**Tesis:** “Aunque compartí el sentido de la regla antes expuesta, me permito aclarar que es posible que en algunos eventos particulares sí pueda haber lugar al impedimento previsto en el numeral 2 del artículo 141 del C.G.P. (...) el magistrado que suscribió o participó en la decisión objeto del recurso extraordinario de revisión estaría, en principio, habilitado para adoptar la decisión que corresponda frente al recurso extraordinario de revisión. No obstante, aunque la mayoría de causales de revisión cuestionan hechos o circunstancias sobrevinientes o cuyo conocimiento se hubiera producido con posterioridad a la decisión objeto de dicho recurso, también se puede cuestionar el análisis y el juicio contenido en la providencia, es decir, la validez misma de la decisión con apoyo en la trasgresión al debido proceso. Verbi gratia, la causal de revisión del artículo 250.5 del CPACA, esto es, la de nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso, cuestiona la competencia funcional asumida por la Sala que decidió. Lo anterior supone que para resolverla debe hacerse una valoración de fondo de la providencia objeto de revisión para definir si la misma se ajustó o no a derecho, teniendo en cuenta las pretensiones formuladas, su fundamento -causa petendi- y las normas en las que se debía fundar esa decisión. A mi juicio, esa revisión implica hacer una valoración jurídica de dicha providencia, para concluir si se desconocieron o no principios y normas, en asuntos tales como el principio de congruencia, la nulidad de las pruebas del proceso y, en fin, todas las circunstancias que impliquen la vulneración de los derechos fundamentales al efectivo acceso a la administración de justicia, la tutela judicial efectiva y el debido proceso (...). Por lo tanto, participar en la decisión de un recurso extraordinario de revisión de esta índole pone en tela de juicio la objetividad e imparcialidad de quienes la adoptaron y podría dar lugar a la configuración de la causal del numeral 2 del artículo 141 del C.G.P.”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 24 de mayo de 2023; A.V. María Adriana Marín, radicación: 11001-03-15-000-2020-00471-00\(B\)U](#)

#### **Aclaración de voto del consejero César Palomino Cortés**

#### **ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / IMPEDIMENTO / IMPEDIMENTO DEL CONSEJERO DE ESTADO / IMPEDIMENTO POR INTERÉS EN EL PROCESO**

**Problema jurídico:** *¿A pesar de haber suscrito la providencia recurrida, para los magistrados existen otras circunstancias que pueden afectar su imparcialidad o independencia?*

**Tesis:** “Aunque me aparté de la decisión tomada por la Sala Plena el 14 de marzo de 2023 mediante el cual asumió el conocimiento del asunto para unificar el criterio en relación con el alcance de la causal de recusación del artículo 141.1 CGP para la decisión de recursos extraordinarios de revisión, lo cierto es que comparto la decisión ahora tomada por la mayoría de la Sala (...) Ahora bien, como lo señalé en la discusión del proyecto, la providencia hace un buen aporte en su parte motiva al dejar abierta la posibilidad para los magistrados que conocen del recurso extraordinario de revisión de manifestar su impedimento por razones diferentes al simple hecho de haber suscrito la sentencia recurrida (...) En efecto, estas consideraciones plasmadas en el auto de unificación reconocen que, a pesar de haber suscrito la providencia recurrida, para los magistrados existen otras circunstancias que pueden afectar su imparcialidad o independencia, con la posibilidad de manifestar su impedimento y ser separados del conocimiento del recurso extraordinario de revisión”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 24 de mayo de 2023; A.V. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-15-000-2020-00471-00\(B\)U](#)

#### **Aclaración de voto del consejero Wilson Ramos Girón**

#### **ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / IMPEDIMENTO / IMPEDIMENTO DEL CONSEJERO DE ESTADO / IMPEDIMENTO POR INTERÉS EN EL PROCESO**

**Problema jurídico:** *¿En cada caso en particular se debe analizar si las razones y argumentos del recurso extraordinario de revisión se refiere a asuntos que tienen estrecha relación con lo debatido en el proceso y se fundan en irregularidades imputables a la sala que profirió la decisión?*

**Tesis:** “[N]o comparto la posición del auto de unificación en cuanto a que “el principio de imparcialidad no se ve afectado, aun cuando se alegue que existe nulidad originada en la sentencia, conforme al numeral 5 del artículo 250 del CPACA” y que, por tanto, “el criterio del magistrado que suscribió la sentencia cuestionada no está comprometido para decidir el recurso extraordinario de revisión, ya que el análisis que tiene que efectuar al interior de este trámite no se refiere a aspectos que hayan hecho parte del debate en el proceso ordinario”. Si bien estoy de acuerdo con que no se configura la causal por el solo hecho de haber firmado la providencia, considero que en cada caso en particular se debe analizar si las razones y argumentos del recurso (más allá de ser procedentes o no) se refiere a asuntos que tienen estrecha relación con lo debatido en el proceso y se fundan en irregularidades imputables a la sala que profirió la decisión. En esos eventos, se ve afectado el principio de imparcialidad de los magistrados y, por tanto, es procedente la manifestación de impedimento, siempre y cuando la misma esté debidamente sustentada”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 24 de mayo de 2023; A.V. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-15-000-2020-00471-00\(B\)U](#)

## **2. La formalización de la renuncia al cargo de elección popular impide que se configure la prohibición de coincidencia de períodos para los congresistas, lo que hace que tampoco se configure la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.**

**Síntesis del caso:** *En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra de la representante a la Cámara, Karyme Adrana Cotes Martínez, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por una presunta violación al régimen de inhabilidades por presuntamente haberse presentado en su persona una concurrencia parcial de periodos de cargos de elección popular.*

**PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / COINCIDENCIA DE PERIODOS EN CARGO PÚBLICO DE ELECCIÓN / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR COINCIDENCIA DE PERIODOS / RENUNCIA AL CARGO DE DIPUTADO / RENUNCIA AL CARGO PÚBLICO DE ELECCIÓN / TÉRMINO PARA LA PRESENTACIÓN DE LA RENUNCIA AL CARGO PÚBLICO DE ELECCIÓN**

**Problema jurídico:** *¿Se encuentra configurada la causal de pérdida de investidura contenida en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política debido a la supuesta coincidencia de periodos en la que habría incurrido la representante a la Cámara Karyme Adrana Cotes Martínez, al haber sido elegida para el cargo de diputada del Departamento de Sucre para el periodo 2020-2023 y Representante a la Cámara para el periodo 2022-2026?*

**Tesis:** “La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación ha (...) sostenido que la formalización de la renuncia impide que se configure la causal de que trata el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución, lo que hace que tampoco se configure la causal de pérdida de investidura de que trata el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución. La Sentencia citada constituye un precedente relevante para la resolución de este caso, como consecuencia de la identidad fáctica y jurídica entre los casos. Lo anterior, en la medida en que la renuncia implica la falta absoluta del cargo, con lo cual, una vez aceptada, la persona deja de hacer parte de una de las corporaciones, por lo que no existe la simultaneidad que prohíbe la Constitución. Esta situación se diferencia, como se explicó en esa decisión, de otros que no se refieren a corporaciones públicas, sino a cargos de elección popular con voto programático como el de alcaldes y gobernadores. Así las cosas, debido a que la renuncia de Karyme Adrana Cotes Martínez a la

Asamblea Departamental de Sucre fue aceptada antes de su inscripción como candidata a la Cámara de Representantes, no existe inhabilidad por coincidencia de periodos, y no se configura la causal de pérdida de investidura de que trata el artículo 183-1 de la Constitución”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la exequibilidad del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5 de 1992, ver: Corte Constitucional, sentencia C-093 de 1994.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la violación al régimen de inhabilidades del congresista por la coincidencia períodos en un cargo de elección popular, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 7 de marzo de 2023, Exp. 11001-03-25-000-2022-04009-01.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Catorce Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 30 de mayo de 2023; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 11001-03-15-000-2022-04178-00\(PI\)](#)

### **3. No incurre en causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses el congresista a quien se le endilga que “podría” beneficiarse como presidente y representante legal de un partido político al participar o votar en el debate de un proyecto de ley o acto legislativo. Así mismo, tampoco incurre en causal de pérdida de investidura por violación al régimen de incompatibilidades el congresista que de manera simultánea tiene la calidad de presidente de un partido político.**

*Síntesis del caso: Demanda de pérdida de investidura en contra de la senadora Sor Berenice Bedoya Pérez con fundamento en la causal de pérdida de investidura, violación del régimen de conflicto de intereses por considerar que, en su calidad de presidenta de un partido político, podría beneficiarse por su participación o votación en proyectos de ley o actos legislativos, y al régimen de incompatibilidades por el ejercicio simultáneo de sus labores como congresista y presidente y representante legal de un partido político.*

**PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CONFLICTO DE INTERESES DEL CONGRESISTA / REQUISITOS DEL CONFLICTO DE INTERESES DEL CONGRESISTA / VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES / INEXISTENCIA DEL CONFLICTO DE INTERESES**

*Problema jurídico 1: ¿Incurre en causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses el congresista a quien se le endilga que “podría” beneficiarse como presidente y representante legal de un partido político al participar o votar en el debate de un proyecto de ley o acto legislativo?*

Tesis 1: “[P]ara la estructuración de la causal por violación de régimen de conflicto de intereses, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado que deben estar reunidos los siguientes requisitos: (i) tener la calidad de congresista; (ii) la concurrencia de un interés directo, particular y actual o inmediato en cabeza de quien es congresista o su círculo cercano; (iii) su no manifestación de impedimento o no haber sido separado del conocimiento del asunto por recusación; (iv) haber conformado el quorum o participado el congresista en el debate o votación del asunto, y (v) que esa participación tenga lugar en un asunto de conocimiento funcional del congresista. Acorde con el artículo 286 de la Ley 5 de 1992 y la jurisprudencia de esta Corporación, no cualquier interés configura la causal de desinvestidura, sino sólo aquel que es particular, actual y directo. En este caso se destaca que el interés es actual cuando se configura en las

circunstancias presentes o existentes al momento en el que el congresista participa de la decisión, por lo que se excluyen sucesos contingentes, futuros o imprevisibles. Es más, el artículo 286 ibidem establece que no existe conflicto de interés cuando el beneficio podría o no configurarse en el futuro. En ese sentido, en los términos en los que fue solicitada la desinvestidura, la Sala Especial de Decisión considera que no está llamada a prosperar, porque la petición se fundamentó en que la congresista “podría”, en la votación de un proyecto de ley o acto legislativo, beneficiarse como representante legal de un partido político; lo que significa que no fue invocado un interés actual, sino un hecho que puede o no ocurrir en el futuro, lo que descarta la configuración de un conflicto de interés. Aunado a lo anterior, la parte actora no indicó, ni tampoco probó, cuál fue la discusión en la que participó o votó la congresista respecto de la cual se estructuraría el conflicto de interés”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la violación del régimen de conflicto de intereses puede verse la sentencia proferida el 29 de marzo de 2023 por la Sala Veinticinco Especial de Decisión de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado. Expediente nro. 11001 0315 000 2022 06714 00. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. En el mismo sentido, ver sentencia del 8 de septiembre de 2021. Sala Veintisiete Especial de Decisión de Pérdida de Investidura. C.P. Rocío Araújo Oñate. Expediente radicación nro. 11001 03 15 000 2021 00068 00.

## **PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CONFLICTO DE INTERESES DEL CONGRESISTA / REQUISITOS DEL CONFLICTO DE INTERESES DEL CONGRESISTA / VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES / INEXISTENCIA DEL CONFLICTO DE INTERESES**

**Problema jurídico 2:** *¿Incorre en causal de pérdida de investidura por violación al régimen de incompatibilidades el congresista que de manera simultánea tiene la calidad de presidente de un partido político?*

**Tesis 2:** “[E]l numeral noveno del artículo 283 de la Ley 5 de 1992 establece que las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los congresistas puedan, directamente o por medio de apoderado, participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley. (...) La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, para la configuración de la excepción prevista en el numeral noveno del artículo 283 de la Ley 5 de 1992, es necesario que estén reunidos dos elementos: (i) El partido o movimiento político debe estar reconocido como tal y, por ende, debe ostentar personería jurídica. (ii) La participación o ejercicio desempeñado por el congresista debe corresponder a las actividades propias de los organismos directivos de un partido o movimiento político, mas no a cualquier actividad relacionada directa o indirectamente con éstos. (...) [L]a Sala Especial de Decisión concluye que tampoco está configurada la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de incompatibilidades, comoquiera que la participación de los congresistas en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley constituye una excepción al régimen de incompatibilidades y las actividades que la solicitante endilgó como constitutivas de incompatibilidad son propias del ejercicio de un organismo directivo, esto es, del presidente del Partido Alianza Social Independiente – ASI”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la excepción prevista en el numeral noveno del artículo 283 de la Ley 5 de 1992, ver: Corte Constitucional, sentencia C-985 de 1999; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de septiembre de 2022, radicado nro. 11001 0315 000 2021 04291 02. C.P.: José Roberto Sáchica Méndez.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la naturaleza de los partidos políticos puede verse el auto del 5 de junio de 2015 proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado. Expediente nro. 11001 0328 000 2014 00135 00. C.P.: Alberto Yepes Barreiro (E).

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre la naturaleza de los cargos directivos de los partidos políticos, ver: Sobre este punto, puede verse la sentencia proferida el 26 de mayo de 2022 por la Sala Especial de Decisión de Pérdida de Investidura nro. 13 en el proceso radicado con el nro. 11001 0315 000 2021 04291 00. C.P.: Myriam Stella Gutiérrez Arguello.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Dieciocho Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 5 de junio de 2023; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-15-000-2022-04507-00\(PI\)](#)

## 4. La falta absoluta de consideración de un elemento de prueba sobre un hecho que incide directamente en la decisión adoptada en la sentencia y que se aportó en debida forma y oportunidad, genera la nulidad de la misma.

**Síntesis del caso:** *En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, se solicitó infirmar la sentencia del 28 de enero de 2021, mediante la cual la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado confirmó el fallo de primera instancia del 28 de noviembre de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena en donde se negaron las pretensiones al considerar que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo son los establecidos en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, pero el IBL es el consagrado en los artículos 21 y 36, inciso tercero- de la Ley 100 de 1993.*

### RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN FUNDADO / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / INDEBIDA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

**Problema jurídico:** *¿La sentencia del 28 de enero de 2021, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se encuentra incurso en la causal de revisión prevista en el numeral 5° del artículo 250 del C.P.A.C.A., por haberse proferido con falta absoluta de valoración de algunos de los medios de prueba y, por ello, con violación al debido proceso?*

**Tesis:** “De la lectura del numeral 5 del artículo 250 del CPACA, es posible advertir que para que se configure la causal, deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que la providencia que es recurrida mediante el recurso extraordinario de revisión ponga fin al proceso; (ii) que contra esta decisión no proceda el recurso de apelación y, (iii) que la nulidad alegada haya ocurrido en el momento en que se dictó la sentencia y no antes. Pues bien, por regla general, los motivos de nulidad que afectan la sentencia son aquellos eventos descritos en el artículo 133 del Código General del Proceso –antes el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil– y por violación del artículo 29 de la Constitución Política, ocurre lo propio en las distintas jurisdicciones. Será entonces, en los eventos en los que algunas de las circunstancias descritas en la precitada norma se configuren en el momento procesal de la expedición de la sentencia que se habilita el recurso extraordinario de revisión, pues recuérdese, que de conformidad con el parágrafo del artículo 133 del Código General del Proceso, las demás irregularidades del proceso que no se impugnan oportunamente se tendrán por subsanadas y que, en los términos del inciso final del artículo 135 ejusdem, será rechazada de plano toda solicitud de nulidad que se funde en hechos que se propongan después de saneada la nulidad, sin perjuicio de las nulidades insaneables que describe el parágrafo del artículo 136 de la misma norma. (...) Finalmente, se precisa que esta causal no procede para controvertir las razones del fallo ni para corregir los errores de apreciación de los hechos y de las pruebas, en que, a juicio del recurrente, hubiera incurrido el fallador. Un entendimiento distinto equivaldría a convertir el recurso en un juicio en que se discutirían nuevamente los hechos, ya dilucidados con fuerza de cosa juzgada. (...) [E]l recurrente asegura que en la sentencia no se tuvo en cuenta el periodo comprendido entre el 28 de octubre de 1987 y el 1° de noviembre de 1988, para efectos de computar el tiempo que trabajó como servidor público, pese a que en el expediente ese periodo de cotización se encontraba acreditado. (...) Tal y como lo afirmó el recurrente, en la sentencia acusada no se tuvo en cuenta el periodo comprendido desde el 28 de octubre de 1987 hasta el 1° de noviembre de 1988, en la Contraloría del Magdalena, para efectos de computar el tiempo de servicio como funcionario público. Cabe destacar que los referidos tiempos de servicio no eran objeto de controversia, pues como se indicó en párrafos anteriores los argumentos expuestos en el trámite de primera instancia se limitó a analizar si el IBL de la pensión del actor era el previsto en la Ley 33 de 1985 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Aunado a ello, las certificaciones de tiempo de servicio y los actos administrativos de reconocimiento pensional tuvieron en cuenta el referido periodo de tiempo y dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho las partes no cuestionaron la veracidad o no de esas cotizaciones. Aunque era acertado que en la sentencia cuestionada se hiciera referencia a los tiempos de servicio del señor [recurrente] como funcionario público, para efectos de determinar si era aplicable la Ley 33 de 1985, a efectos de liquidar la pensión de jubilación. No se

explicaron las razones por las cuales no se tuvo en cuenta el lapso ya referido. Valga decir, que al haber efectuado la sumatoria con ese periodo, se habría dado por cumplido el requisito de los 20 años de servicio en el sector público y, en consecuencia, determinar la posibilidad de reliquidar la pensión del señor [recurrente] con base en la Ley 33 de 1985. En ese orden, la Sala declarará fundado el recurso extraordinario de revisión y, por consiguiente, infirmará la sentencia 28 de enero de 2021, en la que se confirmó el fallo del 28 de noviembre de 2018, del Tribunal Administrativo del Magdalena, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Como consecuencia, se devolverá el proceso a la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, para que dicte sentencia de nuevo, en la que se analice si hay lugar a reliquidar la pensión de jubilación del señor [recurrente], conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta el periodo comprendido desde el 28 de octubre de 1987 hasta el 1° de noviembre de 1988, en la Contraloría del Magdalena, para efectos de computar el tiempo de servicio como funcionario público”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la naturaleza del recurso extraordinario de revisión, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-418 de 1994; Consejo de Estado. Sala Especial de Decisión Número 3. Sentencia del 6 de septiembre de 2016. Expediente con radicado número: 11001-03-15-000-2013-01998-00. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre los eventos en que se puede configurar la causal de revisión por existir nulidad en la sentencia que puso fin al proceso, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 31 de mayo de 2011. Radicado número: 11001-03-15-000-2008-00294-00.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre la configuración de la casual de revisión por existir nulidad en la sentencia que puso fin al proceso por violación al principio de congruencia, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 7 de septiembre de 2018, Rad. REV 2014-00440-00.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Quinta Especial de Decisión; sentencia del 19 de mayo de 2023; C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-15-000-2022-00179-00\(REV\)](#)

SECCIÓN  
PRIMERA



**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

## La Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el debido proceso, por cuanto al resolver el recurso de apelación interpuesto dentro del trámite administrativo tuvo en cuenta una causal de irregistrabilidad diferente a la aplicada en instancias anteriores para denegar el registro como marca del signo, sin que la parte interesada pudiera controvertir dicho argumento

**Síntesis del caso:** La sociedad GRUPO LAMOSA, S.A.B. DE C.V. presentó demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para obtener la nulidad de los actos de la Superintendencia de Industria y Comercio SIC por medio de los cuales le negó el registro como marca del signo mixto "PORCELANATO CERÁMICA PARA TODA LA VIDA PORCELANITE", para amparar productos comprendidos en la Clase 19 de la Clasificación Internacional de Niza. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la SIC conceder el registro como marca del signo mixto "PORCELANATO CERÁMICA PARA TODA LA VIDA PORCELANITE".

PROPIEDAD INDUSTRIAL / ACTOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO / ACTO QUE NIEGA EL REGISTRO DE LA MARCA / MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DECISIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN / ARGUMENTO EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN / RECURSO DE APELACIÓN / NUEVO ARGUMENTO EN EL RECURSO DE APELACIÓN / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ORDEN / SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO / EXAMEN DE REGISTRABILIDAD / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

**Problema jurídico:** Si se debe declarar la nulidad de las resoluciones núms. 0044729 de 29 de agosto de 2011, 002887 de 30 de enero y 00064616 de 29 de octubre de 2012, mediante las cuales la SIC denegó el registro como marca del signo mixto "PORCELANATO CERÁMICA PARA TODA LA VIDA PORCELANITE" a la actora, para amparar productos comprendidos en la Clase 19 de la Clasificación Internacional de Niza, por vulnerar el artículo 29 de la Constitución Política, pues se resolvió el recurso de apelación interpuesto dentro del trámite administrativo, sin que se otorgara la oportunidad pertinente para pronunciarse respecto del examen de oficio de confundibilidad realizado frente a la marca "PORCELANATO"; no obstante, que los argumentos iniciales para denegar el registro del signo cuestionado iban dirigidos a señalar que se trataba de un signo descriptivo.

**Tesis:** [D]escendiendo el caso concreto, se resalta que mediante Resolución núm. 0044729 de 29 de agosto de 2011, la Directora de Signos Distintivos de la SIC denegó el registro como marca del signo "PORCELANATO CERÁMICA PARA TODA LA VIDA PORCELANITE", para amparar productos en la Clase 19 de la Clasificación Internacional de Niza, [...] Frente a dicha decisión, la actora mediante escrito de 27 de septiembre de 2011 interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación, [...] Frente al recurso de reposición interpuesto, la Directora de Signos Distintivos de la SIC a través de la Resolución núm. 002887 de 30 de enero de 2012, resolvió: "[...] Al estudiar los argumentos del recurrente, los motivos planteados en la resolución recurrida y al dar aplicación a las normas legales vigentes sobre la materia, esta Dirección considera que concurren en el presente caso los presupuestos de irregistrabilidad establecidos en el literal e) del artículo 135 anteriormente citado, por cuanto el signo cuyo registro se solicita es una expresión que describe las características de los productos reivindicados [...]" Por último, mediante la Resolución núm. 00064616 de 29 de octubre de 2012, el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial de dicha entidad confirmó la decisión recurrida [...] De lo anterior, se observa que al resolverse el último recurso interpuesto la autoridad demandada desestimó los fundamentos tenidos en cuenta en la instancia anterior para denegar el registro del signo cuestionado, en la que se había argumentado que las palabras que conformaban el mismo eran descriptivas y que no le otorgaban distintividad alguna para ser registrado como marca, por lo que se encuadraba en la causal de irregistrabilidad del artículo 135, literal e), de la Decisión 486. Asimismo, de manera contraria a lo sostenido en la primera instancia, señaló que el análisis debía recaer sobre la integridad de la expresión cuestionada sin separar sus elementos, pues estos le

conferían distintividad, lo que significaba que “[...] no era exclusivamente descriptiva [...]” y que se configuraba la causal de irregistrabilidad contenida en el artículo 136, literal a), ibidem, al encontrar de oficio el signo solicitado similarmente confundible con la marca nominativa previamente registrada “PORCELANATO”, de propiedad de COLCERÁMICA S.A.; y que, además, entre los productos que distinguían existía conexidad competitiva. Así las cosas, para la Sala es claro que la SIC negó la posibilidad a la parte actora de ser oída en el trámite del procedimiento administrativo, así como de ejercer su derecho de defensa y el principio de contradicción y de presentar pruebas e impugnar la decisión adoptada. [...] Ahora, la Sala encuentra que debido a que se encontró vulnerado el primer cargo abordado, esto es, la transgresión del artículo 29 de la Constitución Política, resulta innecesario entrar a analizar los restantes cargos de la demanda. Lo anterior, impone a la Sala declarar la nulidad de los actos acusados, no obstante, no se accederá al restablecimiento del derecho deprecado tendiente a ordenar en esta instancia el registro como marca del signo mixto “PORCELANATO CERÁMICA PARA TODA LA VIDA PORCELANITE”, pues de conformidad con el régimen de propiedad industrial de la Comunidad Andina, corresponde a la oficina nacional competente efectuar el examen de registrabilidad pertinente. [...] Por ello, se ordenará a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO que realice nuevamente el estudio de registrabilidad del signo mixto “PORCELANATO CERAMICA PARA TODA LA VIDA PORCELANITE”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de junio de 2023; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2013-00155-00.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. No se vulnera el principio de “trabajo igual salario igual” al fijar un régimen salarial y prestacional diferente a los docentes nacionales incorporados a las plantas de los entes territoriales, en razón a la descentralización educativa, por cuanto existe consagración constitucional y legal que lo autoriza.

*Síntesis del caso:* Un docente inició labores en la secretaría de educación municipal de Medellín como docente de carácter nacional y perteneciente a la planta del referido ente territorial. Lo anterior, como consecuencia de la descentralización administrativa en los servicios docentes estatales, consagrada en la Ley 715 de 2001, lo que ocasionó que fuera entregado el servicio de educación por parte del Ministerio de Educación al Municipio de Medellín. Posteriormente, el docente presentó una petición en la que solicitó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial y prestacional existente entre los docentes que se incorporaron a la planta global del municipio, financiados con recursos del situado fiscal, y los docentes vinculados con anterioridad al ente territorial, que eran cancelados con recursos propios. La solicitud fue negada por el municipio de Medellín por considerar que los docentes se diferencian por el tipo de vinculación y aplicación normativa en materia salarial y prestacional.

**DESCENTRALIZACIÓN DE LA EDUCACIÓN / PRINCIPIO DE IGUALDAD/ PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL / REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL / NIVELACIÓN SALARIAL / REQUISITOS DE LA NIVELACIÓN SALARIAL/ IMPROCEDENCIA DE LA NIVELACIÓN SALARIAL / RÉGIMEN SALARIAL DEL DOCENTE / PRESTACIONES SOCIALES / DOCENTE NACIONAL / DOCENTE NACIONALIZADO / DOCENTE TERRITORIAL / VINCULACIÓN DEL DOCENTE TERRITORIAL / EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

*Problema jurídico:* ¿Es procedente aplicar la excepción de ilegalidad invocada respecto del acto administrativo que es objeto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por ser contrario al derecho de igualdad, y, en consecuencia, le asiste derecho al docente nacional a la nivelación salarial y prestacional frente a los cargos docentes y directivos docentes territoriales vinculados a la planta global del municipio de Medellín?

**Tesis:** [...] En los asuntos en los que se afirma una presunta igualdad basada en el ejercicio homogéneo de funciones que le corresponden a un empleo con mejor remuneración y en el cumplimiento exacto de requisitos o perfiles para desempeñar la misma actividad, tales hechos tendrán que valorarse en conjunto con todas las condiciones particulares de cada empleo en contraste, en orden a fijar un criterio de equiparación viable en lo relativo a la nivelación salarial, debido a que un examen adecuado para hallar un trato discriminatorio únicamente puede ser predicado entre pares y no entre similares con ciertas diferencias. (...) respecto al cargo de la vulneración del principio «a trabajo igual salario igual», no es procedente, pues como ya se explicó, la desigualdad salarial y el trato discriminatorio se configuran cuando no hay causas objetivas y razonables que lo justifiquen y cuando tal diferencia no obedece a criterios válidos constitucionalmente que autoricen el trato diferente; cosa que no acontece en el presente caso, porque como quedó dicho en el acápite del régimen jurídico de los docentes, es la propia Constitución de 1991 y el legislador quienes establecieron que el servicio educativo puede ser prestado de forma concurrente por la Nación y las entidades territoriales, así como la clasificación de los docentes en nacionales, nacionalizados y territoriales, en atención al periodo y la forma de vinculación, para lo cual, el legislador estableció un régimen salarial y prestacional diferente para cada uno de ellos. Por lo tanto, al ser vinculado el 21 de enero de 1994 como docente nacional, se le debe aplicar el artículo 15 de Ley 91 de 1989, el cual dispuso que «[l]os docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional», al igual que la Ley 60 de 1993, la cual estableció que el régimen

prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporaran a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, es decir, el régimen salarial y prestacional del orden nacional, el cual es distinto del régimen de los docentes del orden territorial, por lo tanto, la diferencia salarial se encuentra justificada en una causa objetiva y razonable como lo es, el cumplimiento de normas de orden constitucional y legal que gozan de presunción de legalidad, debido a que estas últimas han sido creadas en atención a la libertad de configuración de la cual goza el legislador y el gobierno nacional por mandato constitucional. En segundo lugar, el juicio de igualdad se debe hacer entre sujetos comparables, es decir, aquellos que se encuentran en una misma situación fáctica y jurídica, porque desempeñan la misma actividad, tienen las mismas funciones y obligaciones y están sometidos al mismo régimen jurídico salarial y prestacional; situación que tampoco acontece en el presente caso, porque si bien los docentes y directivos docentes desarrollan las mismas funciones, tienen el mismo escalafón; no se encuentran en idéntica situación fáctica ni jurídica, pues unos fueron vinculados al servicio directo de la entidad territorial y se les asignaron conceptos salariales y prestaciones diferentes de aquellos que fueron vinculados por el gobierno nacional, de tal modo que se encuentran diferenciados por su forma de vinculación y por el régimen jurídico salarial y prestacional que dispuso el legislador para ello, en el que estableció que, una vez unificadas las plantas de personal de la entidad territorial producto del proceso de descentralización educativo, aquellos docentes, directivos docentes y administrativos tanto del orden territorial, nacional y nacionalizado seguirían gozando sin solución de continuidad de los beneficios laborales que venían recibiendo, así lo estipuló el artículo 6 de la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y el artículo 34 de la Ley 715 del 2001. De conformidad con lo anterior, los docentes territoriales seguirían gozando sin solución de continuidad de los emolumentos y demás beneficios laborales que hayan sido creados por la entidad territorial, en tanto que, los docentes del orden nacional mantendrían los beneficios laborales atribuidos por el orden nacional una vez se incorporaran a las plantas de personal docente del nivel territorial. Finalmente, la expresión sin solución de continuidad que previó el legislador para la vinculación de los docentes y directivos docentes territoriales, nacionales y nacionalizados que se incorporaran a la entidad territorial con anterioridad al 1 de enero de 1990, impone la obligación de que los cargos sean asumidos en las mismas condiciones salariales y prestaciones que tenían con anterioridad a la unificación de las plantas de personal docente y directivo docente del ente territorial, por ende, el régimen prestacional y salarial que los gobernaba no puede de ninguna manera verse menguado por pasar el manejo de la educación a un ente diferente al de la nación, de lo contrario, se vulneraría la protección de los derechos adquiridos y el principio de progresividad. En el presente caso, el demandante fue vinculado en el mismo cargo, escalafón y asumió las mismas funciones, responsabilidades y beneficios laborales que venía percibiendo en el régimen salarial y prestacional del orden nacional, el cual se estableció sin solución de continuidad; por lo tanto, la Sala observa que no hubo una desmejora funcional, orgánica, salarial o prestacional en el desempeño del empleo posterior a ser incorporado a la planta global de personal de la entidad territorial, por lo que no es procedente la homologación o nivelación salarial. De conformidad con los argumentos esbozados, la Sala concluye que no existe discriminación salarial en el caso bajo estudio, pues existen parámetros objetivos, discernibles y razonables que justifican la diferenciación salarial y prestacional entre los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales incorporados a la planta global de personal de la entidad territorial; de igual forma, considera improcedente la aplicación de la excepción de ilegalidad [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de mayo de 2023, C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación: 05001-23-33-000-2019-02694-01 \(0366-2022\)](#)

### **Aclaración de voto del Consejero de Estado Carmelo Perdomo Cuéter**

**Problema jurídico:** *¿Procede reconocer la nivelación salarial a los docentes nacionales incorporados a las plantas del personal de las entidades territoriales, previo el cumplimiento de los requisitos de ley?*

**Tesis:** “[...] Pese a que comparto la conclusión de acuerdo con la cual el accionante no acreditó que, en su condición de maestro con vinculación nacional, sufrió «[...] una desmejora funcional, orgánica, salarial o prestacional en el desempeño del empleo posterior a ser incorporado a la planta global de personal de la entidad territorial por lo que no es procedente la homologación o nivelación salarial» (sic), estimo necesario precisar que en controversias como la que ahora nos ocupa, no resulta dable anotar de manera general que, con fundamento en el «[...] artículo 6 de la Ley 91 de 1989 [y la] Ley 60 de 1993 [...], los docentes del orden nacional mantendrían los beneficios laborales atribuidos por el orden nacional una vez se

incorporaran a las plantas de personal docente del nivel territorial» (sic). Lo anterior, toda vez que aunque la aludida normativa preceptúa que los departamentos y distritos certificados asumieron la administración de la labor educativa y en materia prestacional se contemplaron mecanismos que no afectarían (i) a los profesores nacionales o nacionalizados incorporados sin solución de continuidad a las entidades territoriales y a los nuevos, a quienes les sería aplicada la Ley 91 de 1989, (ii) mientras que quienes laboraban en los departamentos, distritos y municipios que acogieron el personal descentralizado, continuarían con las prerrogativas ya reconocidas por estos, según el caso; lo cierto es que con la Ley 715 de 2001 (que derogó la 60 de 1993) los pedagogos nacionales y nacionalizados se incorporaron a las plantas de personal locales que los recibían (desde luego, siempre que existiera acto administrativo expreso de incorporación del respectivo maestro), lo que sugiere que adquirieron la condición de territoriales (artículos 3º y 4º de la Ley 60) con los beneficios que ello implicaba, como el pago de salarios y otros emolumentos vigentes en el respectivo ente, claro está, previo cumplimiento de la totalidad de requisitos legales [...]”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de mayo de 2023, A.V. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 05001-23-33-000-2019-02694-01 \(0366-2022\)](#)

## **2. En lo atinente a los servidores del magisterio, con acumulación de aportes del sector público y privado, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentra condicionado a la acreditación de la primera data de vinculación de cada docente como tal.**

**Síntesis del caso:** *El demandante, obrando por medio de apoderado debidamente constituido, instauró demanda en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, con el fin de que fuese declarada la nulidad de la Resolución 2018 del 7 de noviembre de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del departamento de Risaralda en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual dicha entidad negó el reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes conforme a las previsiones de la Ley 71 de 1988 a favor del demandante, a título de restablecimiento del derecho se reconozca una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y demás factores percibidos durante el año anterior a la adquisición de su estatus jurídico ocurrido el 7 de marzo de 2017, esto sin exigir la terminación de su vínculo estatal por ser compatible con el salario que devenga en calidad de maestro oficial, y se ordene el pago retroactivo de las mesadas atrasadas desde la fecha de efectividad de la prestación, junto a la indexación sobre las sumas adeudadas por este concepto, así como el reconocimiento de intereses moratorios desde la data de ejecutoria de la sentencia y hasta que se materialice el pago.*

### **NEGACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL DOCENTE / RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES / REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES / INAPLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL**

**Problema jurídico:** *«¿Al demandante en su calidad de docente oficial con acumulación de aportes del sector público y privado, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello conforme a la Ley 71 de 1988 en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la*

*adquisición del estatus jurídico respectivo y con efectividad a partir de tal fecha sin condicionar su goce al retiro definitivo del servicio, o si lo propio está regulado en su caso por la Ley 100 de 1993?»*

**Tesis:** «[...] Para resolver el problema jurídico le corresponde a la Subsección dar aplicación a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la cual se estableció la forma de liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes prevista en la Ley 91 de 1989. Ahora bien, adicional a lo planteado en dicha providencia sobre el cálculo de la prestación en comento, lo cierto es que, al verificar las reglas jurisprudenciales contenidas en el mentado fallo, se deduce que esta también desarrolló postulados específicos y de obligatorio acatamiento acerca del entendimiento de los diferentes regímenes pensionales aplicables a los docentes en atención a la fecha de vinculación al magisterio oficial, debido a la expedición de la Ley 812 de 2003. [...] sobre los efectos de la aludida decisión judicial, se destaca que esta los estimó de manera retrospectiva según el ordinal segundo de la parte resolutive, ello en orden de que se extendieran a todas las situaciones pendientes de definición jurídica que no hayan sido objeto de consolidación del fenómeno de cosa juzgada, tal como se presenta en el caso bajo estudio. La sentencia de unificación en comento fijó en síntesis las siguientes reglas de interpretación normativa: a) En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985 y, por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. b) Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones. [...] En primer lugar, con fundamento en lo expuesto previamente, resulta necesario determinar el marco normativo que gobierna el caso del reclamante en virtud de la fecha de ingreso de aquel al servicio educativo oficial [...] verificado el material probatorio, se advierte que el actor detentó una relación contractual de trabajo sostenida con un empleador privado, particularmente con la sociedad comercial Nicole S.A. Lo anterior tuvo lugar durante el período comprendido entre el 10 de enero de 1989 y el 31 de mayo de 1999, tiempo en el que realizó cotizaciones a Colpensiones equivalentes a 518,43 semanas, tal como consta en el reporte emitido por dicha entidad. Aun así, en vigencia de dicho lapso, lo cierto es que no se alega en la demanda ni se demostró a través del acervo probatorio, que el señor (...) hubiese realizado aportes a pensión ante el ISS (hoy Colpensiones) provenientes de relaciones legales y reglamentarias con entidades públicas del sector educativo, así como tampoco efectuados por él mismo en calidad de contratista del Estado bajo la modalidad de educador por OPS12, situación que eventualmente habría permitido considerarlo factualmente como docente oficial en las mencionadas fechas. Lo que sí se extrae con claridad del certificado de información laboral emitido por el departamento de Risaralda, es que el demandante ha ejercido labores como empleado público nombrado en el cargo de docente oficial del orden nacional al servicio del departamento de Risaralda, esto luego de haber tomado posesión de aquella plaza desde el 21 de abril de 2004, y al menos, conforme al hecho tercero del escrito introductor, hasta la fecha de presentación de la demanda (7 de febrero de 2019). Sobre el punto se recuerda conforme al desarrollo del marco jurídico y jurisprudencial propio del presente caso, que, en lo atinente a los servidores del magisterio, la aplicación de uno u otro régimen pensional está condicionada a la acreditación de la primera data de vinculación de cada docente como tal. [...] la Sala encuentra que, al haberse comprobado en el litigio bajo estudio, que el demandante solo ha tenido una relación legal y reglamentaria con el Estado como maestro oficial, pero consolidada con posterioridad a la promulgación de la norma precitada, se torna inviable verificar su situación pensional conforme a las previsiones anteriores de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, en la medida en que lo propio estaría regulado por la Ley 100 de 1993. [...] lo que se advierte a partir del acto administrativo censurado en esta causa judicial (Resolución 2018 del 7 de noviembre de 2018), es que la entidad demandada al momento negar el reconocimiento de la prestación debatida a favor del reclamante, tuvo en cuenta el referido marco jurídico con fundamento en el momento exacto de ingreso de aquel al magisterio, por lo que según los aludidos lineamientos jurisprudenciales de unificación, la parte demandada aplicó en debida forma la normativa sobre la pensión de jubilación a la que tendría derecho el reclamante, es decir, negó el pago de la prerrogativa con base en la Ley 71 de 1988 por ser aplicables los preceptos de la Ley 100 de 1993, los cuales tampoco acreditó en su momento para que se accediera a la petición. Por consiguiente, se concluye que el señor (...) no tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes con base en

los preceptos de la Ley 71 de 1988, pues debido a que su vinculación como docente oficial ocurrió con posterioridad al 27 de junio de 2003 cuando entró en vigencia la Ley 812 del mismo año, no resultaba aplicable a su caso la regulación especial de los educadores estatales en materia prestacional que remitía a la norma deprecada, sino que su situación jurídica tenía que resolverse conforme a las previsiones de la Ley 100 de 1993 como en efecto lo determinó la entidad demandada al negar su reclamación [...] Lo anterior sin que sea del caso verificar la situación particular de aquel de acuerdo con las previsiones de la Ley 100 de 1993, toda vez que, en primer lugar, lo propio no fue instado de manera subsidiaria en la demanda, y aun así, lo cierto es que se afirma que el docente todavía se encuentra activo al servicio del Estado en la referida calidad, por lo que debe percibir salario, prestaciones de la protección social que no la ubican en un estado de indefensión o posible vulneración de su derecho al mínimo vital, lo cual le permite esperar la respuesta formal a su petición, o bien radicar una nueva con base en la normativa realmente aplicable a su contexto fáctico y jurídico, ello en garantía igualmente del pronunciamiento previo de la administración. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de dieciocho \(18\) de mayo de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 66001-23-33-000-2019-00181-01 \(2077-2022\)](#)

### **3. La asignación de funciones específicas de conductor a un patrullero de la Policía Nacional no despoja al servidor armado de su condición de policial, lo que lo hace idóneo para asumir funciones de vigilancia, aprehensión y custodia de delincuentes y sindicados que derive en responsabilidad disciplinaria, por omisión del deber funcional que ocasione la fuga de un detenido.**

**Síntesis del caso:** *Se impone la sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio del cargo a un patrullero de la Policía Nacional por la fuga de un detenido. El disciplinado argumentó que de tal hecho no se podía derivar responsabilidad disciplinaria, pues, por la asignación específica de funciones era conductor de vehículo y no custodio de delincuentes y sindicados. La Administración consideró que así no tuviera la asignación de legal de la función, el haber accedido a llevar al hospital de Caldas al detenido lo hace responsable de su fuga.*

**PROCESO DISCIPLINARIO/ DERECHO AL DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO/DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO/ADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA /INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO/INCUMPLIMIENTO DE DEBER FUNCIONAL/ PATRULLERO DE LA POLICÍA NACIONAL /ASIGNACIÓN DE FUNCIONES / CONDUCTOR DE VEHÍCULO / FUGA DE DETENIDO /SUSPENSIÓN DEL CARGO PÚBLICO**

**Problema jurídico:** *¿Se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa del patrullero de la Policía Nacional por no valorar de manera integral el acervo probatorio al encontrarlo disciplinariamente responsable por la fuga de un detenido, cuando la función específica asignada era la de conductor y no la vigilancia, aprehensión y custodia de delincuentes y sindicados?*

**Tesis:** [...]. el actor alega que las autoridades disciplinarias no actuaron con imparcialidad en las diligencias que se adelantaron en su contra, dado que no valoraron adecuadamente las pruebas recaudadas, porque no se tuvo en cuenta que el demandante no era responsable de la custodia del detenido que se dio a la fuga, pues él solo debía conducir el vehículo «panel» que lo trasladó al lugar transitorio de detención, además de que tampoco fue culpable por su evasión porque quien debía estar pendiente de recibir al retenido era el policial encargado del manejo del lugar de reclusión, por ende, no pueden tener la capacidad

de llevar al convencimiento de su responsabilidad (...) Para la subsección la indebida o falta de apreciación integral de las pruebas no ocurrió. Revisado el expediente administrativo, se observa que la accionada efectuó en las decisiones un amplio análisis y examen integral de las evidencias probatorias; en ese contexto, explicó y justificó con suficiencia por qué dio credibilidad a unas pruebas y se apartó de otras, y el hecho de que el accionante esté en desacuerdo con tal razonamiento, no implica que haya incurrido en violación de los derechos de contradicción, defensa y debido proceso o que no existieran razones suficientes para sancionar. En criterio de la Sala, la Administración articuló la apreciación de las pruebas frente a todos los hechos y circunstancias que rodearon los acontecimientos investigados contra el demandante, no solo con los testimonios recibidos, sino con todas las pruebas recabadas de las que se constató que fue responsable por omisión de la fuga del detenido que estaba bajo su custodia. Sea lo primero precisar que el demandante laboraba como patrullero, es decir, pertenece al nivel ejecutivo dentro del escalafón policial y entre las funciones asignadas se le entregó la de ser conductor, y para esta labor debió acreditar, además de la licencia de tránsito, el respectivo «certificado de idoneidad» para conducir los vehículos a cargo de la Policía Nacional, conforme al manual logístico de ese ente, como ya lo ha precisado esta subsección, esto es, que el manejo de automotores dentro de esa institución comporta una actividad más que se suma a la condición de policial. Bajo la anterior premisa, se advierte que el demandante no solo era un simple conductor de «la panel», sino que también tenía la condición de integrante del nivel ejecutivo, es decir, que estaba capacitado y era idóneo para asumir funciones propias de las diferentes dependencias de la institución policial, como son las de vigilancia, aprehensión y custodia de delincuentes y sindicados, apoyar a la policía judicial, entre otras. En otros términos, la asignación de funciones específicas no despoja al servidor armado de su condición de policial. Destaca la Sala que los integrantes de la fuerza pública tienen el deber de observar mayor disciplina en el cumplimiento de sus deberes, dada la responsabilidad constitucional a cargo de la Policía Nacional, del «mantenimiento las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas» (artículo 218 superior), esta responsabilidad va dirigida de manera general y abstracta a todos sus integrantes, de manera que no hay segregación de funciones pues el fin destacado no lo permite. Bajo la óptica antes esbozada no resulta razonable la posición de la parte demandante y del Tribunal, al aducir que por el hecho de que no se tenga asignada, expresamente, la función de custodio de un detenido, sino la de conductor, no debía responder por la omisión que dio lugar a su fuga. (...) En suma, el demandante sí tenía el deber de cumplir la misión de entrega del retenido, porque él asumió en forma voluntaria esa carga; bien pudo abstenerse de transportarlo hasta cuando el policial que tenía asignada la función tramitara los documentos y lo acompañara en «la panel», entre otras acciones que no comprometieran su responsabilidad. No es aceptable que se asuma una función de manera irresponsable, pues es de la naturaleza de todo servidor y con mayor razón de la fuerza pública, que las misiones se deben realizar con total empeño; no existe la actividad funcional de un empleado oficial sin compromiso. En efecto, la persona con orden de detención y que el actor se comprometió a transportar y entregar en la estación de policía de Manizales, siempre debió estar sometida, bien sea esposada o dentro de un calabozo, pues el hecho de que él, de manera torpe se agachara a desanudarle los cordones al reo (que estaba sin esposas y en un patio abierto), le dio la oportunidad para que, previo puntapié, se diera a la fuga. La anterior conducta, sin hesitación, dio lugar a que se le imputara y sancionara, por el tipo disciplinario culposo del artículo 34 (numeral 2) de la Ley 1015 de 2006, esto es, «[...] Permitir o dar lugar a la fuga de persona capturada, retenida, detenida o condenada, de cuya vigilancia o custodia haya sido encargado [...]», al margen de que el retenido debía estar en un centro de reclusión y carcelario; o que dentro de la estación de policía las puertas estuviesen sin seguridad; o que, aparentemente, el fugado estuviera incapacitado por haberle sido atendido de una lesión por arma de fuego, entre otras circunstancias o hipótesis externas y ajenas a su omisión que no le exoneran de responder disciplinariamente. En este orden de ideas, establecido de que el accionante era responsable de la custodia del recluso fugado, en el trámite disciplinario y ante esta jurisdicción existe suficiente acervo probatorio que da validez y sirve como sustento de las decisiones sancionatorias. [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 13 de abril de 2023, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 17001-23-33-000-2015-00209-01 \(2323-2021\).](#)

**4. Las cesantías anualizadas, cuando la relación laboral no ha terminado, tienen la condición de prestación periódica y, por tanto, se debe concluir que no están**

**afectas al fenómeno prescriptivo. En lo que se refiere a la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías anuales causadas y con miras a analizar la configuración del fenómeno extintivo, ha de tenerse en cuenta que la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.**

***Síntesis del caso:** La demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por conducto de apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que fuese declarada la nulidad de las Resoluciones 1503 del 27 de agosto de 2012 y 2020 del 9 de noviembre de 2012, expedidas por el alcalde de Buenaventura, mediante las cuales negó el reconocimiento y pago de las cesantías, intereses y sanción moratoria. Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó reconocer y pagar las cesantías, intereses y sanción moratoria, producto del pago inoportuno de la prestación; indexar la condena, reconocer intereses moratorios e imponer costas a la entidad demandada.*

**CESANTÍAS / LIQUIDACIÓN DE LAS CESANTÍAS / LIQUIDACIÓN ANUAL DE LAS CESANTÍAS / CESANTÍAS DEL DOCENTE / INTERÉS SOBRE LAS CESANTÍAS / PRESTACIONES PERIÓDICAS / SANCIÓN MORATORIA / PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA**

***Problema jurídico 1:** «¿Es viable declarar la prescripción extintiva de las cesantías y sanción moratoria reclamada por la demandante, producto de la tardanza en el pago de sus cesantías anuales y definitivas?»*

**Tesis 1:** «[...] la Ley 244 de 1995 «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones» en su artículo 1 estableció el término de quince (15) días para que la administración expida el acto de reconocimiento de cesantías definitivas de los servidores públicos, que han de contarse desde la fecha de radicación de la solicitud que se haga en tal sentido, en todo caso, determinó que en el evento de que la solicitud esté incompleta, el empleador debe manifestarlo así al peticionario, dentro de los diez días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, y señalar expresamente los requisitos de que carece, de modo que una vez se alleguen, pueda proferir el acto que reconozca la prestación, en el término inicialmente indicado. El artículo 2 ibidem determinó que una vez se encuentre en firme el acto de reconocimiento de cesantías definitivas, la administración cuenta con el término de cuarenta y cinco días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el parágrafo, en el equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago. [...] La Ley 1071 de 2006 adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, en torno al pago de las cesantías definitivas y parciales de los servidores públicos [...] el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus artículos 5 y siguientes [...] No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores [...] en lo que respecta al personal docente, se debe indicar que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales que se causaran a favor del personal docente nacional y nacionalizado, a partir de la promulgación de esa ley. La aludida norma, en su artículo 1, numeral 3, precisó que los docentes territoriales son aquellos «vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43

de 1975» y en el artículo 2 ibidem estableció lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones [...] la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el previsto para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley». [...] en el expediente no obra prueba de la petición que dio origen a los actos administrativos acusados; sin embargo, del texto de estos y del recurso de reposición interpuesto en sede administrativa se puede constatar que, a través de solicitud radicada el 30 de diciembre de 2010, la demandante formuló reclamación orientada al pago de sus cesantías e intereses sobre estas y que, en dicho recurso, solicitó también el cumplimiento de ello en los términos de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, de donde se infiere que allí se exigió la sanción moratoria por la tardanza en el pago de dicha prestación. El requerimiento anterior está sustentado en la terminación de la relación laboral que se habría producido el 31 de diciembre de 2007, como consecuencia de lo dispuesto en el Decreto 263 de dicha fecha. Las cesantías e intereses que, en criterio de la parte demandante, se habrían dejado de reconocer y pagar, en su oportunidad, son las anuales causadas en 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, — lo que se corrobora con el certificado expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que da cuenta de la acreditación de dicha prestación, únicamente, respecto de las cesantías causadas en los años 2007 y subsiguientes, y como consecuencia del nombramiento efectuado mediante el Decreto 261 del 31 de diciembre de ese año — y las definitivas que se habrían causado como consecuencia de la terminación de dicho vínculo. No obstante lo anterior (...) en realidad, la relación laboral que la demandante sostiene con el Distrito de Buenaventura no ha concluido, pues es evidente que se ha mantenido en el tiempo, en forma continua, desde el 25 de marzo de 2003 e, incluso, hasta más allá del 14 de enero de 2011, fecha en que se generó el formato único para la expedición del certificado de historia laboral del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual consta que la accionante continúa «activa» en el servicio. [...] producto de los nombramientos realizados por dicha entidad territorial por medio de los Decretos 2491-1 del 26 de diciembre de 2002, 261 del 31 de diciembre de 2007 y 364 del 9 de septiembre de 2008, con sus correspondientes actas de posesión, no se observa rompimiento de la relación laboral y, por el contrario, se constata que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio, como se hace evidente en el aludido formato único; por lo tanto, se debe concluir que se trata de una relación laboral que se ha mantenido en forma continua y aun a pesar de que han existido «actos de desvinculación» y otros, subsiguientes, de nombramiento, ellos no han tenido la virtualidad de romper el vínculo, por lo que se entiende que la prestación del servicio ha sido ininterrumpida con la entidad territorial, lo que conlleva que no es viable acceder a pretensión alguna, relacionada con el reconocimiento de cesantías catalogadas como definitivas o sanción por su inoportuno pago, pues al estar vigente la relación laboral, aquellas no se han causado. Ahora bien, en lo que respecta a la prescripción de las cesantías y de los intereses sobre ellas, de los años que se reclaman —2003 a 2007—, la Sala debe señalar que el artículo 15, numeral 3, literal B, de la Ley 91 de 1989, determina que a los docentes que se vinculen con posterioridad al 1.º de enero de 1990 —que es el caso de la demandante, quien ingresó al servicio docente el 25 de marzo de 2003— se les reconocerán las cesantías en forma anual; además, se causa un interés, también anual, sobre «el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período». En consideración a lo anterior, la norma citada es concluyente de que la accionante sí tiene derecho a la liquidación de sus cesantías, durante el tiempo laborado y que sobre el valor de ellas se liquiden los intereses, en los términos allí descritos. En torno a ello, se debe señalar que según el certificado expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se pudo establecer que la acreditación de dicha prestación y de tales intereses, por parte del Distrito de Buenaventura, únicamente, se ha hecho desde los causados en el año 2007, lo que lleva a concluir que dicho ente territorial no ha cumplido con su obligación de pagar la prestación e intereses que consagra la ley por los periodos comprendidos entre 2003 y 2006 tal como lo concluyó el a quo. [...] Valga advertir que como las cesantías de dichos años tienen la condición de prestación periódica, bajo el entendido de que la relación laboral no ha terminado, se debe concluir que no están afectadas por el fenómeno prescriptivo, tal como lo consideró la Sección Segunda de esta Corporación en la Sentencia CE-SUJ004 de 2016, según la cual «1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible», de modo que no prospera, en ese aspecto, el planteamiento de prescripción invocado por la entidad demandada. [...]

## **CESANTÍAS DEL DOCENTE / SANCIÓN MORATORIA / PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA**

**Problema jurídico 2:** «¿Procede reconocer la sanción moratoria de las cesantías anuales de 2003 a 2006 a favor de la demandante desde su causación hasta el momento en que se terminó la relación laboral?»

**Tesis 2:** «[...] en lo que se refiere a la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías anuales causadas desde 2003 hasta 2007 y con miras a analizar la configuración del fenómeno extintivo, conforme lo solicitó el apoderado de la entidad demandada, la Sala debe señalar que ante la falta de acreditación de los periodos de la prestación que se reclaman, según certificación del Fondo, es forzoso concluir que sí hubo tardanza en la consignación y/o acreditación de las cesantías, pues no hay prueba de que los recursos pertinentes hayan sido dirigidos al fondo, con excepción de las del año 2007 que sí fueron acreditadas pero tardíamente como se señalará a continuación. [...] No obstante lo anterior, la sanción moratoria pretendida está afectada por el fenómeno de la prescripción extintiva, comoquiera que la obligación —sanción moratoria— se hizo exigible a partir del momento en que se generó el incumplimiento o tardanza, es decir, desde el día siguiente al vencimiento del término con que la entidad contaba para realizar el pago —15 de febrero del año siguiente al de la causación del auxilio— y la accionante dejó transcurrir un lapso superior a tres (3) años sin hacer la reclamación administrativa de la sanción moratoria. [...] en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, CE-SUJ-SII-022-2020 [...] como la petición de la indemnización moratoria se formuló el día 4 de septiembre de 2012, ante el Distrito de Buenaventura, se encuentra prescrita la sanción pretendida, pues se reclamó cuando habían transcurrido más de tres años desde el momento en que la obligación se hizo exigible; por ende, procedía declarar probada la excepción extintiva, y, en ese sentido, prospera parcialmente la apelación formulada por la parte demandada, por lo que deberá revocarse el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia que dispuso el reconocimiento de tal penalidad. [...] En esas condiciones, la reclamación al respecto debía realizarse dentro de los 3 años contados a partir del momento de su exigibilidad y, como se dejó plasmado con antelación, la parte interesada excedió ese término [...]».

#### **CESANTÍAS / LIQUIDACIÓN DE LAS CESANTÍAS / LIQUIDACIÓN ANUAL DE LAS CESANTÍAS / CESANTÍAS DEL DOCENTE / PRESTACIONES PERIÓDICAS / ENTIDAD RESPONSABLE DEL PAGO DE LAS CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS**

**Problema jurídico 3:** «¿Procede reconocer la sanción moratoria de las cesantías anuales de 2003 a 2006 a favor de la demandante desde su causación hasta el momento en que se terminó la relación laboral?»

**Tesis 3:** «[...] en lo que tiene que ver con la responsabilidad a cargo del cumplimiento de la condena, la entidad demandada alega que esta le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; sin embargo, dicho argumento no tiene vocación de prosperidad pues, en el expediente quedó demostrado que la afiliación de la demandante, por parte de la entidad territorial, a dicho Fondo se efectuó a partir del año 2007; por lo tanto, en este caso, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 1º, numeral 1º del Decreto 3752 de 2003, según el cual, «[l]a falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar». [...] como el Distrito de Buenaventura tan solo afilió a la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 31 de diciembre de 2007, según constancia expedida por la Fiduprevisora el 28 de octubre de 2014, la responsabilidad en el pago de las cesantías ordenadas, le compete a la entidad territorial. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de cuatro \(4\) de mayo de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 76001-23-33-000-2013-00758-01 \(5969-2019\)](#)

**5. El retiro de la condición de guardiamarina o estudiante de la Escuela Naval de Cadetes «Almirante Padilla», es procedente por no resultar apto para el servicio de acuerdo con el concepto de la Junta Médica y el Tribunal**

## Médico Laboral, evento en el cual no es posible promover al aspirante al curso de oficiales y su ingreso al escalafón en el grado de teniente de corbeta.

**Síntesis del caso:** La demandante solicitó fuese declarada la nulidad de la Resolución 398 del 26 de enero de 2011, proferida por la Dirección de la Escuela Naval de Cadetes «Almirante Padilla», que la retiró de su condición de guardiamarina o estudiante. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la entidad demandada a reintegrarla al mismo cargo que ocupaba al momento de su retiro, o a otro de igual o de superior categoría y remuneración; pagarle todos los emolumentos salariales, prestaciones, de seguridad social e indemnizatorios dejados de percibir, correspondientes al empleo de guardiamarina, junto con los incrementos legales, desde cuando se produjo su desvinculación hasta cuando se haga efectivo su reintegro; el reajustarle las sumas que resulten de la condena, junto con los intereses moratorios correspondientes e indemnización por concepto de perjuicios morales y daño a la vida de relación en cuantía de 150 smlmv y 20 smlmv, respectivamente.

**DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA / ACTO ADMINISTRATIVO DE RETIRO / ACTO DE RETIRO DEL PROGRAMA DE FORMACIÓN DE OFICIALES / ASCENSO DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES / DERECHO ADQUIRIDO / INEXISTENCIA DEL DERECHO ADQUIRIDO / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL SERVIDOR PÚBLICO / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR**

**Problema jurídico:** ¿La pérdida de aptitud psicofísica es causal suficiente para el no ingreso de la demandante en el escalafón del grado de teniente de corbeta y la pérdida de su condición de guardiamarina o estudiante la escuela Naval de Cadetes «Almirante Padilla»?

**Tesis:** «[...] El Decreto 1790 del 14 de septiembre de 2000 previó, en su artículo 33, que el «ingreso y ascenso de los oficiales de las Fuerzas Militares se dispone por el Gobierno Nacional». Esta normativa, en el artículo 34, señaló que «los oficiales ingresarán a las Fuerzas Militares como Subteniente en el Ejército y en la Fuerza Aérea y como Teniente de Corbeta en la Armada Nacional» (...) Este ordenamiento, en su artículo 45, también previó que «los cadetes de las escuelas de formación de oficiales y alumnos de las escuelas de formación de suboficiales de las Fuerzas Militares, serán dados de alta por disposición del Comando de la respectiva fuerza. Los alféreces, guardiamarinas y pilotines, por resolución ministerial». Este artículo enfatizó que las «bajas del personal a que se refiere el presente artículo se dispondrán en forma discrecional por las mismas autoridades a las cuales corresponde su incorporación» (...) Por su parte, en los artículos 52 y 53, destacó que para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares (i) «se requiere acreditar condiciones de conducta, profesionales y psicofísicas [...]» y (ii) «acreditar aptitud psicofísica de acuerdo con el reglamento vigente» (negrita fuera del texto). En la misma línea, la Resolución 47 del 20 de abril de 2011, señaló que se pierde la condición de estudiante de la Escuela Naval de Cadetes «Almirante Padilla» cuando «f. [...] un Guardiamarina, Alférez, Pilotín, Brigadier, Cadete sea declarado “No apto para el servicio” de acuerdo con el concepto de la Junta Médica y el Tribunal Médico Laboral [...] se encuentra acreditado que la señora (...) fue, inicialmente, propuesta para ingresar al escalafón del grado de teniente de corbeta; sin embargo, esta recomendación quedó aplazada mientras se definía su situación médica, por reumatología. Establecida la patología que afrontaba la señora (...) (Artritis Reumatoidea), se le informó al director de Personal de la Armada Nacional de esta situación y se requirió al Ministerio de Defensa Nacional para que modificara la Resolución 6105 del 1º de diciembre de 2011, en el sentido de excluir a la antes nombrada de la promoción a teniente de corbeta que se efectuaría con efectos fiscales el 10 de diciembre de 2011. La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, el 18 de noviembre de 2011, resolvió excluir a la actora de la promoción que se efectuaría al «Curso Extraordinario de Oficiales No. 135, al grado de Teniente de Corbeta con fecha 10 de diciembre de 2011», porque no cumple los requisitos de acuerdo con los artículos 52 y 53 del Decreto 1790 de 2000. En ese sentido, indicó que «aprueba por unanimidad la modificación del Acta No. 012/2011 del 31 de octubre de 2011 en el sentido de excluir el ingreso al Escalafón en el grado de Teniente a la Guardiamarina antes relacionada». Con esta aprobación, la actora fue excluida de la promoción que tendría su curso, el 10 de diciembre de 2011 y, en ese orden, no

ingresó al escalafón de teniente de corbeta. [...] no resulta ser cierto que la accionante fue promovida al grado de teniente de corbeta e ingresó a la carrera naval propiamente dicha y, en ese orden, no tenía un derecho adquirido en su favor, del cual se pudiera predicar la estabilidad laboral reforzada por ella predicada. De ahí que, el jefe de Sanidad de la Escuela Naval le informó al guardiamarina (...) la realización de una Junta Médico Laboral. Procedimiento que culminó con la determinación de que la estudiante afronta una incapacidad permanente parcial con pérdida de la capacidad laboral del 11.50%, que la hace no apta para el servicio. Situación que, en los términos (i) del reglamento académico de la Escuela Naval de Cadetes «Almirante Padilla» (Resoluciones 45 del 1º de junio de 2013, 9 de diciembre de 2000 y 47 del 20 de abril de 2021), hace que pierda la condición de estudiante y (ii) de los artículos 52 y 53 del Decreto 1790 de 2000, la imposibilita para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares. [...] como el aludido acto de retiro fue expedido por el comandante de la Armada Nacional, con fundamento en (i) la Resolución de Delegación Ministerial No. 15 de 2002 que lo habilita para desvincular de las Escuelas de Formación a los Alféreces, Guardiamarinas y Pilotines, de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 del Decreto Ley 1790 de 2000 (PARÁGRAFO. Las bajas del personal [...] se dispondrán en forma discrecional por las mismas autoridades a las cuales corresponde su incorporación) y (ii) la no aptitud para el servicio, según concepto de la Junta Médica y el Tribunal Médico Laboral, la Sala descarta una falta de competencia o falsa motivación. [...] vale la pena evidenciar que en el plenario no hay elementos de juicio que permitan inferir que la desvinculación de la demandante obedeció a una retaliación, con clara violación de sus derechos fundamentales o a fines distintos no previstos en la ley. Tampoco a la falta de acciones positivas tendientes a su reubicación, ya que era una estudiante, que no alcanzó a ingresar al escalafón del grado de teniente de corbeta. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de dieciocho \(18\) de mayo de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000-23-42-000-2013-00093-01 \(0386-2019\)](#)

# SECCIÓN TERCERA



# BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Se condena a las Empresas Públicas Municipales de Cali – Emcali EICE ESP a reparar el daño causado por las lesiones que sufrió la demandante como consecuencia de una electrocución ocasionada por el contacto con una red eléctrica

**Síntesis del caso:** *Mediante acción de reparación directa contra el municipio de Santiago de Cali y Emcali, se demanda para que se condene y ordene indemnizar a los demandantes el daño causado por las lesiones sufridas por la víctima directa, niña de 10 años, quien estando en su residencia, apartamento ubicado en un tercer piso, salió al balcón a recoger una prenda que se había caído y se electrocutó con los cables de conducción de energía, se afirma en la demanda que la niña “empuñó el pequeño listón para tratar de enganchar su prenda, en el momento en que subía su objetivo se formó un arco eléctrico con los cables de conducción de energía que inexplicablemente se encuentran instalados muy próximos su vivienda, generado por la omisión de las entidades en el cumplimiento de las normas existentes sobre distancia de seguridad”. Y se agrega que lo anterior le causó graves quemaduras y la amputación del brazo derecho, la pierna izquierda y cuatro dedos del pie derecho.*

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / ELECTROCUCIÓN / LESIONES PERSONALES AL MENOR / PROPIEDAD DE LA RED DE ENERGÍA ELÉCTRICA / EMCALI / FUNCIONES DE EMCALI / RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / REGLAMENTO TÉCNICO DE INSTALACIONES ELÉCTRICAS / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR RIESGO EXCEPCIONAL / CONFIGURACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / INSTALACIÓN DE RED DE ENERGÍA ELÉCTRICA / OPERADOR DE RED DE ENERGÍA ELÉCTRICA / CAUSA GENERADORA DEL DAÑO / CONDUCTA DE LA VÍCTIMA**

**Problema jurídico 1:** *¿Se configuró la responsabilidad patrimonial de Emcali, bajo el título de imputación de riesgo excepcional, al acreditarse que fue la indebida ubicación de sus redes de energía eléctrica, la causa de las lesiones por electrocución sufridas por la menor?*

**Tesis 1:** “El riesgo excepcional que genera la presunción de responsabilidad sobre la entidad demandada en su condición de propietaria de una red eléctrica se estructuró al acreditarse que la red estaba a una distancia inferior de la permitida: esa circunstancia es la que determina jurídicamente que el daño se le impute causalmente a la red, así se trate de una cosa inerte. Si la red hubiera estado adecuadamente ubicada, se habría demostrado que fue la víctima quien entró en contacto con ella y, por lo tanto, se configuraría lo que denomina la doctrina el “rol absolutamente pasivo de la cosa”. El contacto se le atribuye a la red por su indebida colocación y la ubicación de la víctima termina siendo solo una condición del daño que no puede tenerse como causa jurídicamente determinante del mismo. (...) Y menos puede considerarse esta actuación como constitutiva de culpa en los términos del artículo 2357 del Código Civil, puesto que no está acreditado que los demandantes hubiesen creado un riesgo desaprobado. En esa medida, se destaca que la utilización de listones o de instrumentos similares para recoger ropa no está desaprobada o prohibida por ninguna norma, sino que se trata de un riesgo permitido o de un riesgo general de la vida. Por el contrario, fue Emcali quien creó el riesgo desaprobado al violar el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas -RETIE-. El ámbito de protección del Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas -RETIE- precisamente tiene por objeto impedir que las personas entren en contacto con las redes eléctricas y prevenir el riesgo de electrocución. Por lo tanto, en este caso, la creación del riesgo desaprobado –violación del reglamento técnico– fue lo que generó el daño: la electrocución de la menor (...).”

**INEXISTENCIA DE LA CULPA DE LA VÍCTIMA / INEXISTENCIA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / CONDUCTA DE LA VÍCTIMA / INEXISTENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR RIESGO EXCEPCIONAL / APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / TEORÍA DE LA GUARDA DE ACTIVIDAD PELIGROSA / DAÑO EN EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / RED DE ENERGÍA ELÉCTRICA / CONDUCCIÓN DE RED DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PROPIEDAD DE LA RED DE ENERGÍA ELÉCTRICA / INSTALACIÓN DE RED DE ENERGÍA ELÉCTRICA / ELEMENTOS DE LA RED DE ENERGÍA ELÉCTRICA / REGLAMENTO TÉCNICO DE INSTALACIONES ELÉCTRICAS / TEORÍA DEL RIESGO CREADO / FUNCIONES DE EMCALI / ELECTROCUCIÓN / LESIONES PERSONALES AL MENOR**

**Problema jurídico 2:** *¿Se acreditó una conducta imprudente de la víctima al entrar en contacto con la red de energía eléctrica, ubicada en su vivienda a una distancia que violaba la exigida en la reglamentación técnica vigente al momento de los hechos?*

**Tesis 2:** “Emcali y las llamadas en garantía no acreditaron el hecho exclusivo de la víctima como causa extraña que las exonerara totalmente de responsabilidad. Y tampoco acreditaron una culpa de la víctima que tuviera incidencia causal en el daño. (...) A partir de la valoración de los medios de prueba obrantes en el expediente, la Sala deduce que: (i) la red eléctrica con la que entró en contacto la menor estaba ubicada a una distancia que violaba la exigida por la reglamentación técnica vigente en la época de los hechos; (ii) no está acreditado que el inmueble donde residían los demandantes hubiera sido construido con posterioridad a la instalación de las redes eléctricas; (iii) aunque los demandantes admiten que el daño ocurrió cuando la niña intentaba recuperar una prenda de vestir ayudada de un listón, no está acreditado que ella entrara en contacto con la red con un objeto metálico como se afirmaron las demandadas; y en cualquier caso, esta circunstancia no configura la culpa concurrente de la víctima que permita la reducción de responsabilidad. (...) Con base en lo anterior, la Sala condenará a Emcali a indemnizar la totalidad del daño porque su responsabilidad es objetiva, fundada en el riesgo que implica la instalación de redes eléctricas. Al no estar probado que la construcción del inmueble se realizó con posterioridad a la instalación de la red, no puede afirmarse que la víctima se hubiese expuesto al daño imprudentemente. La causación del daño en este caso se demuestra con la prueba de la posición anormal de la red, y la conducta de la menor (...) no puede considerarse como causa concurrente del daño porque la ocurrencia de daños a las personas que puedan ubicarse cerca a la red es precisamente el riesgo que hace responsable objetivamente al guardián de la red o el riesgo que está a su cargo; y su ocurrencia se produce cuando se evidencia la posición anormal de la cosa. Ese riesgo correlativamente se excluye en los eventos en los que, encontrándose la cosa adecuadamente puesta, es la víctima la que entra en contacto con ella.”

**RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / NIVELES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PRESUNCIÓN DE PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MORAL POR LESIONES CORPORALES / MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / ACREDITACIÓN DE LA RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / APLICACIÓN DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / PRUEBA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / GRADO DE PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ / PRUEBA DE PARENTESCO / REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema jurídico 3:** *¿Procede el reconocimiento del perjuicio moral a la víctima directa y sus familiares al acreditarse el grado de pérdida de su capacidad laboral con la certificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez y la relación de parentesco a través de registros civiles de nacimiento?*

**Tesis 3:** “De acuerdo con las reglas jurisprudenciales señaladas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, expediente 31172, la indemnización de perjuicios morales en casos de lesiones personales está sujeta a las siguientes reglas: (i) el monto de los perjuicios morales está determinado por la gravedad de la lesión, la cual se debe determinar con base en el grado de incapacidad; (ii) el parentesco

o relación con la víctima directa; (iii) se presumen los perjuicios morales para los demandantes que se encuentren en el nivel 1 y (víctima directa, parientes en primer grado de consanguinidad, cónyuges y compañeros permanentes) y 2 (parientes en segundo grado de consanguinidad o civil). Con la certificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca se probó que la demandante (...) sufrió una pérdida de capacidad laboral del 66,95% con ocasión del accidente ocurrido el 12 de agosto de 2004. Así mismo, con los registros civiles de nacimiento allegados al proceso, se probó que (...) son padres de la víctima directa; que (...) son sus hermanos; y que (...) es su abuela.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el reconocimiento del perjuicio moral, ver: Consejo de Estado, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, rad. 31172, C. P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

**RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MATERIAL EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE / PRUEBA DEL LUCRO CESANTE / PRESUPUESTOS DEL LUCRO CESANTE / SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA CÁLCULO DEL LUCRO CESANTE / RECONOCIMIENTO DE LA TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE / LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE CONSOLIDADO / RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE FUTURO / SALARIO MÍNIMO LEGAL / APLICACIÓN DE PRESUNCIÓN DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL / MENOR DE EDAD / MAYOR DE EDAD / VIDA PROBABLE DE LA PERSONA**

**Problema jurídico 4:** *¿Procede el reconocimiento de la indemnización del lucro cesante a favor de la menor, en aplicación de la presunción del salario mínimo legal mensual vigente?*

**Tesis 4:** “La Sala confirmará la decisión de indemnizar el lucro cesante. Sin embargo, modificará su liquidación en los siguientes términos: Debido a que la víctima directa tenía diez años para el momento en el que ocurrió el accidente, se aplicará la presunción del salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, contrariamente a la liquidación realizada por el tribunal, no se adicionará el 25% por concepto de prestaciones sociales. El período de la liquidación se extenderá desde el momento en el que la víctima directa cumplió 18 años hasta su expectativa probable de vida. Para la liquidación del lucro cesante consolidado, es decir, el que se causó desde que la víctima directa cumplió 18 años hasta la expedición de esta sentencia, se aplicará la siguiente fórmula: Período indemnizable: desde el 14 de febrero de 2013 fecha en la que la demandante (...) cumplió 18 años hasta el 25 de mayo de 2023, fecha de expedición de esta providencia, lo que equivale a 123,36 meses.”

**DAÑO EMERGENTE / PRUEBA DEL DAÑO EMERGENTE / ACREDITACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL POR DAÑO EMERGENTE / NEGACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE / RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EMERGENTE / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MATERIAL EN LA MODALIDAD DE DAÑO EMERGENTE / CÁLCULO DEL DAÑO EMERGENTE / LESIONES PERSONALES AL MENOR / AMPUTACIÓN DE EXTREMIDAD / GASTOS MÉDICOS / RECONOCIMIENTO DE GASTOS MÉDICOS / DAÑO EMERGENTE FUTURO / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN ABSTRACTO**

**Problema jurídico 5:** *¿Procede el reconocimiento del perjuicio material bajo la modalidad de daño emergente futuro, por los gastos médicos en los que incurran los demandantes para adquirir las prótesis requeridas por la menor?*

**Tesis 5:** “En el expediente obra la historia clínica de la demandante (...), que da cuenta de las atenciones médicas que recibió desde la ocurrencia del accidente. Sin embargo, no se allegó prueba alguna que permita determinar el monto de los gastos en los que incurrieron los demandantes para la atención médica de la víctima directa. También se acreditó que la demandante (...) sufrió la amputación de distintos miembros con ocasión del accidente. Pero no se allegó prueba alguna del tipo de prótesis requeridas por la víctima directa, ni sobre sus reemplazos. En consecuencia, la Sala: (i) negará la reparación del daño emergente consolidado porque no se allegó prueba alguna de los gastos en los que incurrieron los demandantes con ocasión del hecho dañoso, ni si fueron los demandantes quienes los sufragaron; y, (ii) condenará en abstracto a Emcali a reparar el daño emergente futuro por los gastos médicos futuros en los que incurran los demandantes para adquirir las prótesis requeridas por la demandante (...) con ocasión de la electrocución que sufrió el día 12 de agosto de 2004.”

**DAÑO A LA SALUD / CONCEPTO DE DAÑO A LA SALUD / ELEMENTOS DEL DAÑO A LA SALUD / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA SALUD / TASACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / GRADO DE PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / AMPUTACIÓN DE EXTREMIDAD / LESIONES PERSONALES AL MENOR**

**Problema jurídico 6:** *¿Procede el reconocimiento de la indemnización por daño a la salud, al acreditarse el grado de pérdida de la capacidad laboral de la menor y la pérdida anatómica de varios miembros de su cuerpo?*

**Tesis 6:** “Los perjuicios reclamados por los demandantes por concepto de “perjuicio estético”, “daño a la vida de relación” y “daño al proyecto de vida” corresponden a la tipología actualmente conocida como daño a la salud. De acuerdo con las reglas jurisprudenciales señaladas en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, expedientes 31170, 28832 y 28804, la indemnización del daño a la salud está sujeta a las siguientes reglas: (i) la acreditación de “una lesión a la integridad psicofísica del sujeto”, y (ii) la gravedad de la lesión, la cual se puede determinar a partir de variables cuantitativas, como la pérdida de capacidad laboral, o de otras variables cualitativas. Debido a que se acreditó que la demandante (...) sufrió una pérdida de capacidad laboral del 66,95% (variable cuantitativa) ya que, sufrió una pérdida anatómica permanente (variable cualitativa), se reconocerá a su favor una indemnización de 100 SMLMV por concepto de daño a la salud.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el daño a la vida en relación, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, rad. 31170, C. P. Enrique Gil Botero; sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, rad. 28832, C. P. Danilo Rojas Betancourth; sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, rad. 28804, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 25 de mayo de 2023, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 76001-23-31-000-2005-00292-03\(51864\).](#)

**Salvamento de voto del consejero Fredy Hernando Ibarra Martínez**

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / SALVAMENTO DE VOTO / ELECTROCUCIÓN / LESIONES PERSONALES AL MENOR / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / EXISTENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / CONDUCTA DE LA VÍCTIMA CON CAUSACIÓN DEL DAÑO / AUTOPUESTA EN PELIGRO DE LA VÍCTIMA / PRUEBA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

**Problema jurídico:** *¿El daño antijurídico, consistente en las lesiones sufridas por la menor con ocasión de la electrocución, tuvo como causa la conducta imprudente de la misma, por lo que debió declararse el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima?*

**Tesis:** “Con el debido respeto por las decisiones de la Sala, me aparté de lo decidido toda vez que, tal como lo manifesté durante la discusión del caso, considero que las súplicas no debieron prosperar, porque, se configuró el hecho exclusivo de la víctima como causal eximente de responsabilidad; en efecto, el incumplimiento de la distancia de seguridad indicada en el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (RETIE) por parte de la prestadora demandada no fue la causa determinante para la ocurrencia del daño, por el contrario, la intervención de la víctima fue la causa necesaria y eficiente para ello, ya que el daño se produjo debido a la manipulación cercana a las redes eléctricas de un instrumento metálico, en consecuencia, la proximidad del inmueble a las redes no fue la causa exclusiva, pues, como se concluyó en anterior oportunidad en un asunto con similitudes fácticas, “aquello que causalmente determinó el daño fue la manipulación de un elemento metálico cerca a la red, lo que tuvo lugar en razón de una acción imprudente de la víctima (...), el nefasto resultado no fue producto de la mayor o menor cercanía de la red eléctrica a la vivienda”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la culpa exclusiva de la víctima, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B,

sentencia de 2 de marzo de 2020, rad. 48922, C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 25 de mayo de 2023, S. V. Fredy Hernando Ibarra Martínez, radicación: 76001-23-31-000-2005-00292-03\(51864\).](#)

### **Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata**

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACLARACIÓN DE VOTO / DAÑO CAUSADO POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / ELECTROCUCIÓN / LESIONES PERSONALES AL MENOR / RECURSO DE APELACIÓN / ARGUMENTO EN EL RECURSO DE APELACIÓN / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO / RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD TERRITORIAL / ENTIDAD DE VIGILANCIA Y CONTROL / CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA / RED DE ENERGÍA ELÉCTRICA / REGLAMENTO TÉCNICO DE INSTALACIONES ELÉCTRICAS / APELANTE ÚNICO / EMCALI**

***Problema jurídico 1:** ¿Conforme a los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por Emcali, el juez de segunda instancia debió estudiar la responsabilidad del Municipio para determinar si hubo omisión en la vigilancia y control respecto de la construcción de la vivienda en que ocurrieron los hechos?*

**Tesis 1:** “Comparto la decisión de la Sala porque, considero que el daño es atribuible a la parte demandada. Sin embargo, disiento de las consideraciones respecto de las razones para no estudiar la responsabilidad del municipio de Santiago de Cali y de las consideraciones sobre la cuantía de los perjuicios inmateriales. La Sala entendió que, como la decisión de absolver al municipio de Santiago de Cali no había sido apelada por la parte demandante, desconoció que, las Empresas Públicas Municipales de Cali - Emcali EICE ESP (en adelante Emcali), expusieron en su recurso de apelación que, debió estudiarse la responsabilidad del municipio y determinar si hubo omisión en la vigilancia y control respecto de la construcción de la vivienda en que ocurrieron los hechos y la verificación de la distancia mínima de la construcción con las redes eléctricas. Es decir, el no estudio de la responsabilidad del municipio obedeció simplemente a una errada interpretación de la garantía del apelante único y un desconocimiento de los efectos de la firmeza de las decisiones judiciales. Era un derecho de Emcali que se estudiaran los argumentos de su apelación y tal derecho fue desconocido por la Sala. No obstante, anuncié aclaración de voto porque, considero que no hay prueba que permita establecer con certeza la responsabilidad del municipio.”

**DAÑO A LA SALUD / ELEMENTOS DEL DAÑO A LA SALUD / ELEMENTO OBJETIVO DEL DAÑO A LA SALUD / ELEMENTO SUBJETIVO DEL DAÑO A LA SALUD / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / MONTO DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / TASACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA SALUD / ELECTROCUCIÓN / LESIONES PERSONALES AL MENOR / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL**

***Problema jurídico 2:** ¿El juez de segunda instancia omitió indemnizar el daño a la salud en su faceta subjetiva, toda vez que se acreditó que las lesiones sufridas por la menor revistieron gravedad y causaron una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%?*

**Tesis 2:** “[D]isiento del monto con que se repararon los perjuicios por daño a la salud de la víctima porque, aunque menciona seguir los precedentes jurisprudenciales de unificación, esto es solo en apariencia pues, los montos que se reconocieron, obedecen únicamente a la faceta objetiva del perjuicio, según esos mismos precedentes, “la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV”. En el presente asunto, como la pérdida de capacidad laboral fue superior al 50%, en los términos de los criterios unificados, a la menor le correspondía una indemnización de 100 smlmv únicamente por la faceta objetiva y, como en el presente caso, las lesiones revistieron una gravedad importante que ameritaban tratar el caso como excepcional, ha debido indemnizarse, también, la faceta subjetiva del perjuicio, no solo mencionarla, como se hizo, sin

ninguna implicación en la cuantificación del perjuicio. No obstante, planteo mi disentimiento como aclaración porque considero importante que se haya reparado el perjuicio a la salud de la víctima.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el daño a la salud, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, rad. 31170, C. P. Enrique Gil Botero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 25 de mayo de 2023, A. V. Alberto Montaña Plata, radicación: 76001-23-31-000-2005-00292-03\(51864\).](#)

## **2. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la procedente para reclamar los perjuicios que sufrió la demandante por el desequilibrio de la UPC girada por el Estado para la cobertura económica de los servicios de salud del POS-C, desde la fecha de expedición de la Ley 1122 de 2007 que disminuyó los periodos mínimos de cotización a 26 semanas sin que se equilibrara la relación contractual**

**Síntesis del caso:** *“La parte demandante alega que las entidades demandadas son patrimonialmente responsables de los perjuicios que sufrió a partir de la expedición de la Ley 1122 de 2007, norma que disminuyó los periodos mínimos de cotización para acceder a ciertos (...) servicios de salud de 52 y 100 semanas a periodos mínimos de 26 semanas, lo cual le generó mayores costos para garantizar el aseguramiento de sus afiliados, los cuales no fueron compensados”.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / FUENTE DEL DAÑO / ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRETENSIONES DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN / RECURSO DE UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN / ADMINISTRADOR DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / ORGANISMOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / PRESTACIONES ECONÓMICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES / EXCEPCIÓN DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA / PROCEDENCIA DE LA INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

**Problema jurídico:** *¿La fuente del daño cuya reparación se reclama es el acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud dispuso los ajustes en el valor de la UPC, con el fin de compensar los efectos económicos de la Ley 1122 de 2007, por lo que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho?*

**Tesis:** “Esta Subsección revocará la sentencia apelada y, en su lugar, de oficio declarará la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control jurisdiccional, toda vez que la fuente del supuesto daño cuya reparación pretende la EPS demandante es un acto administrativo, por lo cual le correspondía atacar su legalidad mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) [L]a fuente del daño cuya reparación reclama la parte demandante es el acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud dispuso los ajustes en el valor de la UPC con el fin de compensar los efectos económicos de la Ley 1122 de 2007, los cuales, según cuestiona el demandante, fueron insuficientes para tal efecto y debieron aplicarse en forma retroactiva, de donde surge evidente que la acción promovida es improcedente. (...) [L]a Ley 100 de 1993 dispone que las cotizaciones que recaudan las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social y que el Sistema General de Seguridad Social en Salud debe reconocer a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominaría Unidad de Pago por Capitación -UPC- por la organización y garantía de la prestación de los servicios (...) [E]l aseguramiento en salud que garantizan las EPS no deriva de una relación contractual que pueda estar llamada a sufrir desequilibrio ni se identifica con el ejercicio de una actividad económica privada a cuenta y riesgo del prestador; por el contrario, conlleva el ejercicio de unas competencias ampliamente reguladas a cambio de una remuneración que fija el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud, con sustento en determinados parámetros establecidos por el legislador que tienen que ver con el perfil epidemiológico de la población, los riesgos cubiertos y los costos de prestación del servicio. (...) [E]l 5 de julio de 2007, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSS- expidió el Acuerdo 374 en el cual, de manera concreta, determinó que la disminución en los periodos mínimos de cotización prevista en la Ley 1122 de 2007 había generado un déficit en la relación UPC-POS, especialmente en los grupos etarios de 45 a 59 años y mayores de 60 años, motivo por el cual consideró necesario e indispensable corregir un incremento en un (1%) punto porcentual adicional de la UPC para dichos grupos, el cual se aplicaría a los periodos de compensación de agosto de 2007 en adelante. La parte demandante reclama que tal determinación le causó un daño antijurídico, por cuanto, en su criterio, no se reajustó en debida forma la unidad de pago por capitación (...) [E]s claro que la fuente del supuesto daño cuya indemnización se reclama con la demanda no deviene directamente de la ley, a la cual corresponde fijar las garantías y coberturas de los afiliados al sistema de seguridad social integral, sino de un preciso acto administrativo que supuestamente no reajustó de manera adecuada la unidad de pago por capitación luego de la expedición de la Ley 1122 de 2007, con el fin de ajustar la remuneración correspondiente que debían recibir las EPS. (...) [P]rocesalmente la acción de reparación directa no es la idónea para discutir tal inconformidad, ya que se está frente a un acto administrativo que debió atacarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que se trata de una decisión administrativa que por mandato legal está amparada por una presunción de legalidad y que, por tanto, es de obligatorio cumplimiento mientras no sea de objeto de suspensión provisional o cuando menos de anulación por parte del juez competente, lo cual no acontece en el presente asunto. (...) [D]e manera excepcional, el medio de control jurisdiccional de reparación directa resulta procedente para reclamar los daños causados por un acto administrativo, sin embargo, ello solo es posible siempre que no se cuestione su legalidad; contrario sensu, el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho es el adecuado cuando se pretenda una indemnización proveniente de un daño pero, cuando el sustento del mismo sea la ilegalidad de un acto administrativo particular, tal como ocurre en el presente caso.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Acerca de la procedencia excepcional de la acción de reparación directa para reclamar daños causados por un acto administrativo, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de febrero de 2021, rad. 48950, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 25 de mayo de 2023, C. P. Fredy Hernando Ibarra Martínez, radicación: 25000-23-26-000-2008-10465-01\(49899\).](#)

#### **Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata**

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACLARACIÓN DE VOTO / ALTERACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / IMPUTACIÓN DEL**

**DAÑO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR HECHO DEL LEGISLADOR / DEBERES DEL JUEZ / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

**Problema jurídico 1:** *¿Existió una alteración de la causa petendi por parte del Juez vulnerando el derecho de acceso a la administración de justicia?*

**Tesis 1:** “[L]a sentencia de la Subsección decidió declarar la indebida escogencia de la acción, con el argumento de que “la fuente del daño cuya reparación reclama la parte demandante es el acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud dispuso los ajustes en el valor de la UPC con el fin de compensar los efectos económicos de la Ley 1122 de 2007, los cuales, según cuestiona el demandante, fueron insuficientes para tal efecto y debieron aplicarse en forma retroactiva, de donde surge evidente que la acción promovida es improcedente”. De esta manera, la sentencia pasó por alto la imputación hecha al legislador, la dejó sin resolver y modificó parcialmente la causa de la demanda. La variación de la causa de la demanda no hace parte de las facultades iura novit curia que le son reconocidas en estos casos al juez de lo contencioso administrativo, porque no es posible alterar la causa del litigio o controversia (causa litis), ya que ello vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia.”

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR HECHO DEL LEGISLADOR / INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO**

**Problema jurídico 2:** *¿Los daños que causen actos administrativos que no han sido anulados o revocados por la causal primera, son antijurídicos, a la luz del artículo 90 de la Constitución?*

**Tesis 2:** “[L]as pretensiones no tenían vocación de prosperar. En efecto, las dos causas planteadas eran inocuas: de un lado, la responsabilidad del Congreso de la República debía negarse, por ausencia de nexo causal, tras identificar que, de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada, el daño padecido no lo habría causado la Ley 1122 de 2007 – antecedente del daño-; sino los actos administrativos que fijaron la UPC – causa del daño-. Por otra parte, la responsabilidad de la Administración se encontraba cubierta por la presunción de legalidad de los actos administrativos que expidió y que, al no haber sido adecuada y oportunamente demandados, no permitían la declaratoria de responsabilidad del Estado porque, se recuerda: salvo el daño especial, los daños que causen actos administrativos que no han sido anulados o revocados por la causal primera, no son antijurídicos, a la luz del artículo 90 de la Constitución. De esta manera, en este caso no era necesario variar irregularmente la causa de la demanda y era posible proferir una decisión de fondo, aunque negando las pretensiones.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 25 de mayo de 2023, A. V. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2008-10465-01\(49899\).](#)

### **3. El término de caducidad de la acción de reparación directa por error judicial empieza a contarse a partir de la fecha en que el demandante tuvo conocimiento de la decisión.**

**Síntesis del caso:** *El periodo del alcalde en el municipio de Sardinata (Norte de Santander) vencía el 8 de noviembre de 2003, pese a lo cual la Comisión Escrutadora Municipal expidió credencial*

*al ganador de las elecciones celebradas ese año para el periodo 2004-2007. Dichas elecciones fueron demandadas, lo que llevó a que el Consejo de Estado -el 1 de septiembre de 2005- determinara que el periodo del alcalde elegido debía ir del 9 de noviembre de 2003 al 05 de diciembre de 2005. Por esta razón se celebraron nuevas elecciones atípicas en las que resultó ganador el aquí demandante, quien desempeñó el cargo entre el 7 de diciembre de 2005 y el 11 de junio de 2007, fecha en la que se hizo efectiva una sentencia de tutela de la Corte Constitucional que dejó sin efectos la sentencia del Consejo de Estado y ordenó el reintegro del anterior alcalde para que culminara su periodo. Previo a dar cumplimiento al fallo de tutela, el demandante -aún obrando como alcalde- se reunió con otras autoridades locales para analizar la situación y es a partir de esa fecha en que se debe contabilizar el término de caducidad a juicio de la Sala. El demandante alega error judicial cometido por la Corte Constitucional en su fallo de tutela.*

**EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ERROR JUDICIAL / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CONFIRMACIÓN DEL FALLO / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONOCIMIENTO DEL HECHO DAÑOSO / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / PROCEDENCIA DEL REINTEGRO AL CARGO PÚBLICO / REINTEGRO DEL ALCALDE SUSPENDIDO / PERIODO DEL ALCALDE MUNICIPAL / ELECCIÓN POPULAR**

**Problema jurídico:** *¿A partir de qué momento empieza el cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa por error judicial?*

**Tesis:** “Debe desestimarse el recurso de apelación, pues, se acreditó que la acción de reparación directa de la referencia se encuentra caducada, dado que el correspondiente término debe contabilizarse a partir de la fecha en que el demandante tuvo conocimiento de la decisión mediante la cual la Corte Constitucional ordenó el reintegro del señor JMM a la alcaldía del municipio de Sardinata (Norte de Santander) para que culminara el periodo como alcalde del mismo y para el cual había sido elegido en los comicios llevados a cabo el 26 de octubre de 2003, por consiguiente, debe confirmarse la sentencia apelada que declaró probada la excepción de caducidad de la acción del asunto de la referencia.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el fallo de tutela que ordena el reintegro del alcalde, cita: Corte Constitucional, sentencia T-441 del 30 de mayo de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de mayo de 2023, C. P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 54001-23-31-000-2013-00003-01\(62077\).](#)

**Salvamento de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz**

**SALVAMENTO DE VOTO / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ERROR JURISDICCIONAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ERROR JUDICIAL / VINCULACIÓN AL PROCESO / VINCULACIÓN DE TERCERO PROCESAL / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL / INEXISTENCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**

**Tesis:** “No estoy de acuerdo con la decisión de confirmar el fallo de primera instancia que declaró probada la excepción de caducidad de la acción [...]. [...] [N]o es claro que el demandante JLDH haya sido vinculado como parte o como tercero con interés en el trámite del fallo de tutela T-441 de 2007. En efecto, por tratarse de una tutela contra providencia judicial, en ese proceso solamente se debió ordenar la vinculación de las partes del proceso de nulidad electoral y de la autoridad judicial que dictó la providencia cuestionada. En consecuencia, estimo que el término de caducidad debió empezar a contar a partir del día siguiente al que se hizo efectiva la orden contenida en la sentencia T-441 de 2007, lo cual, según lo

afirmado por el demandante, ocurrió el 11 de junio de 2007.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de mayo de 2023, S. V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 54001-23-31-000-2013-00003-01\(62077\).](#)

## **4. Por presunta corrupción de funcionarios en la Alcaldía, se declara la nulidad absoluta de contrato estatal de adquisición de motos eléctricas para la Policía Nacional de Bogotá**

**Síntesis del caso:** *La entidad pretendió la declaratoria de la nulidad de su propio acto administrativo, en el que se justificó una contratación directa, y solicitó la declaratoria de la nulidad absoluta del contrato celebrado, por haberse pretermitido el procedimiento de licitación pública.*

**DECLARACIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA / SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA / PROCEDIMIENTO DE LA SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA / DESCONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN DIRECTA / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO**

**Problema jurídico:** *¿Son nulos los actos administrativos impositivos de sanción conminatoria dentro de los regímenes de contratación especial regidos por el derecho común?*

**Tesis:** Con fundamento en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 (EGCAP), “los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además” en los casos previstos en el EGCAP, como ocurre cuando los contratos se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, o cuando se celebren con abuso o desviación de poder. Como lo ha señalado esta Corporación, hay lugar a declarar la nulidad absoluta de un contrato administrativo cuando se trasgreda el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por eludir el procedimiento de licitación pública. Como complemento a esta consideración, se ha afirmado que la razón de la nulidad por pretermitir el procedimiento de selección deriva directamente del artículo 1519 del Código Civil, o bien, del artículo 6 de Código Civil. En virtud de la remisión expresa al derecho común que hace el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de igual manera se ha puesto de presente que, inobservar de manera injustificada la licitación pública desconoce el artículo 1741 del Código Civil, que establece que se configura una nulidad absoluta cuando se produzca “la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos”, lo que ocurre cuando se desconoce la obligación de aplicar el procedimiento licitatorio. Como se advierte, existe acuerdo y un entendimiento pacífico sobre el hecho de que un contrato estatal es nulo cuando se elude o inobserva el procedimiento de selección que debía atender; no obstante, la causal de la nulidad se ubica en una fuente normativa diversa, sea en la Ley 80 de 1993, sea en el Código Civil o incluso en el Código de Comercio (...) Como lo advirtió de manera reciente esta Subsección, las normas del Código Civil equiparan algunas nulidades, como la nulidad del contenido del contrato, con la nulidad por objeto ilícito. Como consecuencia, dondequiera que, técnicamente, existen otras ilicitudes, el juez se ha visto obligado a declarar la ilicitud del objeto. Celebrar un contrato en contravía de una norma como el artículo 24-8 de la Ley 80 de 1993, que prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva, implica celebrarlo en contravención de una norma de derecho público. Por lo tanto, ese contrato, en aplicación del Código Civil, será nulo por objeto ilícito. A una conclusión similar se llega a partir de la lectura del artículo 899 del Código de Comercio, que indica que “será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa”. En esta ocasión, como puede observarse, el legislador no identificó la nulidad por contrariar una norma imperativa con la ilicitud del objeto. Razón que permitiría

decretar la nulidad absoluta del negocio jurídico sin declarar que su objeto sea ilícito. 44. A la luz de lo señalado, es claro que pretermitir el proceso de selección conlleva a la declaratoria de la nulidad absoluta del contrato. El ordenamiento es prolijo y en él abundan las causales precisas para soportar la nulidad absoluta del contrato cuando se inobserva, de manera injustificada, la obligación de adelantar licitación pública para la escogencia del contratista. Una primera línea argumentativa se fundamenta en el EGCAP y en la trasgresión a lo dispuesto por el artículo 24-8; otra se apoya en el Código Civil, por la omisión de los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de los contratos y por objeto ilícito, por contrariar el derecho público de la nación; y una más se basa en el Código de Comercio, por contrariar una norma imperativa.

**NOTA DE RELATORÍA:** Se ha llegado a sostener que "la nulidad del artículo 6 del Código Civil [...] no es diferente a la establecida en el causal del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en tanto ambas parten del supuesto de que es nulo el acto celebrado o ejecutado contra expresa prohibición de la ley". Aclaración de voto de la magistrada Ruth Stella Correa a la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 18 de marzo de 2010, exp. 14390.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 25 de mayo de 2023, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación 25000-23-36-000-2013-00502-01\(67201\).](#)

#### **Aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz**

**ACLARACIÓN DE VOTO / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN / ACTO PRECONTRACTUAL / ACTO ADMINISTRATIVO PRECONTRACTUAL / NULIDAD DEL ACTO PRECONTRACTUAL / CONTRATACIÓN DIRECTA / IMPROCEDENCIA DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / DESCONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN DIRECTA**

**Problema jurídico:** *¿Cuál es el elemento causal que funda la nulidad del contrato estatal en el evento de declararse improcedente la modalidad de contratación directa?*

**Tesis:** Si bien comparto la decisión de declarar la nulidad del contrato, considero que ella debió tomarse con fundamento en la ilegalidad del acto que declaró la procedencia de la contratación directa. La nulidad de dicho acto administrativo precontractual es procedente como fundamento de la nulidad del contrato, pues para las partes no se trata de un acto separable del contrato. (...) En el caso de las partes, una vez celebrado el contrato, el acto que lo adjudica o que lo declara procedente hace parte integral del mismo, pues a diferencia de lo que sucede con los terceros, es el fundamento de su relación contractual. Por lo anterior, estimo que no era procedente declarar la caducidad de las pretensiones contra el acto que declaró la procedencia de la contratación directa, pues estas son fundamento de la nulidad del contrato, la cual fue solicitada en tiempo. Adicionalmente, la ilegalidad de la decisión de procedencia contratación directa es la que deriva en la nulidad del contrato, pues con dicha determinación se desconoció el deber de selección objetiva en la adquisición de los vehículos objeto del contrato, pues es claro que dicha declaratoria se hizo para obviar el proceso de selección procedente.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 25 de mayo de 2023, A.V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 25000-23-36-000-2013-00502-01\(67201\).](#)

#### **Salvamento de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez**

**SALVAMENTO DE VOTO / NULIDAD DEL CONTRATO / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CARGA PROCESAL DE LAS PARTES DEL PROCESO / CARGA DE LA PRUEBA / APLICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA / EXIGENCIA DE CARGA DE LA PRUEBA / OFERENTE / CONCURRENCIA DE OFERENTES / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

**Problema jurídico:** ¿Para la prosperidad de las pretensiones le correspondía a la parte actora probar la existencia de pluralidad de oferentes?

**Tesis 1:** [L]as súplicas de nulidad del contrato se fundaron en una situación de orden fáctico que se produjo al momento de la actuación, correspondiente a la existencia o no de otros proveedores del producto con las condiciones y especificaciones requeridas por la entidad, que no fue desvirtuada en el proceso; para la prosperidad de las pretensiones le correspondía a la parte actora probar, idónea y fehacientemente, la existencia de pluralidad de oferentes y ello no ocurrió; la demandante se limitó a señalar, sin demostrarlo, que existían otros proveedores de motocicletas eléctricas en Colombia que podían suplir en igual o mejor forma la necesidad de la Policía Nacional. (...) La parte demandante no demostró la existencia, para la época del contrato, de otros proveedores o marcas de este tipo de vehículo automotor que proporcionaran las especificaciones requeridas por la entidad, que el comparativo realizado en los estudios previos hubiera dejado de lado modelos técnicamente comparables con el producto adquirido, que las especificaciones exigidas fueran innecesarias, infundadas o discordantes con la función de los vehículos con el fin de direccionar el proceso de selección. En ese contexto, con los elementos probatorios legal y oportunamente allegados al proceso no resulta posible concluir que efectivamente existía pluralidad de oferentes.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 25 de mayo de 2023, S.V. Fredy Ibarra Martínez, radicación 25000-23-36-000-2013-00502-01\(67201\).](#)

## **5. El solo cambio de jurisprudencia no configura en «error judicial» el criterio judicial modificado.**

**Síntesis del caso:** El demandante aduce que la Subsección C del Consejo de Estado incurrió en error judicial porque condicionó la prosperidad de las pretensiones a las reclamaciones y salvedades que se consignaron en las prórrogas del contrato de obra. Esta postura fue revisada posteriormente por la Sala en el sentido de que, cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución del contrato, el juez debe resolver de fondo la controversia, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad.

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA POR ERROR JUDICIAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / CAMBIO DE JURISPRUDENCIA / INEXISTENCIA DEL ERROR JUDICIAL / INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO**

**Problema jurídico:** ¿El cambio de jurisprudencia configura en «error judicial» el criterio judicial modificado?

**Tesis:** “Resulta connatural a la función de impartir justicia que el juez rectifique su jurisprudencia, porque considera que el nuevo criterio se ajusta mejor a los cánones interpretativos y permite la adaptación de las decisiones a los continuos cambios sociales. El juez encuentra límite en la necesidad de salvaguardar la igualdad en la aplicación del derecho y la seguridad jurídica. Estas variaciones de criterio traen consigo, como regla general, el hecho de que su efecto es inmediato y, por ende, resultan aplicables, incluso, a los asuntos que van a ser decididos y que se hallan cobijados por la misma regla de derecho. En manera alguna, el solo cambio de jurisprudencia configura en «error judicial» el criterio judicial modificado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2022, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 25000-23-36-000-2017-00979-01\(67712\).](#)

## 6. Consejo de Estado determina la naturaleza jurídica de los actos de la Administración mediante los cuales impone sanciones dentro de la actividad contractual que se rige por el derecho privado

**Síntesis del caso:** *Se cuestiona la nulidad del acto a través del cual la UNGRD declaró el incumplimiento parcial del contrato de compraventa No. 9677-MECOVID19-540-2020 e impuso una multa a la contratista, así como el acto a través del cual esa Unidad Administrativa Especial confirmó su decisión, al considerar que se expidieron con falta de competencia, toda vez que se aplicó el procedimiento sancionatorio dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que, según lo afirmado por la parte actora, solo estaba previsto para contratos regidos por el EGCAP y no para negocios regulados por el derecho privado, como es el caso del acuerdo que ahora se discute.*

**ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / ACTO QUE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACUERDO DE VOLUNTADES / DECLARATORIA UNILATERAL DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / COVID 19 / PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO**

**Problema jurídico:** *¿Son nulos los actos administrativos impositivos de sanción conminatoria dentro de los regímenes de contratación especial regidos por el derecho común?*

**Tesis:** Se cuestiona la nulidad del acto a través del cual la UNGRD declaró el incumplimiento parcial del contrato de compraventa No. 9677-MECOVID19-540-2020 e impuso una multa a la contratista, así como el acto a través del cual esa Unidad Administrativa Especial confirmó su decisión, al considerar que se expidieron con falta de competencia, toda vez que se aplicó el procedimiento sancionatorio dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que, según lo afirmado por la parte actora, solo estaba previsto para contratos regidos por el EGCAP y no para negocios regulados por el derecho privado, como es el caso del acuerdo que ahora se discute. (...) Si bien la UNGRD no suscribió el contrato objeto de estudio, no es un ente extraño al negocio jurídico celebrado por el FNGRD y UB S.A.S., sino que, por disposición legal, tiene intereses legítimos en los contratos que celebra el fondo, al punto de que en esos acuerdos se pactan obligaciones y responsabilidades a su cargo, que, en este caso, no resultaron ajenas a la contratista, dado que, quedaron expresas en la invitación a contratar y en el acuerdo suscrito por las partes, además de que, de conformidad con las pruebas allegadas al proceso, la ahora demandante tenía una interlocución directa y reiterada con la UNGRD para efectos de la coordinación de las actividades derivadas del contrato de compraventa No. 9677-MECOVID19-540-2020. (...) No obstante, el caso objeto de estudio reviste una particularidad, en la medida en que fue celebrado con cargo a una subcuenta del FNGRD que en su norma de creación previó un régimen de contratación propio. (...) Como se ha expuesto, la contratista considera que la ahora demandada se excedió en el ejercicio de la facultad otorgada en el contrato de compraventa No. 9677-MECOVID19-540-2020, al sostener que carecía de competencia para adelantar el procedimiento sancionatorio previsto en la Ley 1474 de 2011 para la imposición de la multa que ahora es objeto de discusión, dado que, según lo afirmó, para hacer ejercicio de esta cláusula, debió acudir al juez del contrato. Así las cosas, resulta necesario realizar un estudio de los términos en los que se acordó la imposición de la multa como sanción frente al incumplimiento de las obligaciones por parte de la contratista, en orden a determinar si existió o no el incumplimiento endilgado a la ahora demandada. (...) Del contenido de la cláusula referida se desprende que la contratista le otorgó al contratante -en este caso esta facultad estaba a cargo de la UNGRD, de conformidad con lo establecido desde la propia invitación a contratar- la facultad de aplicar multas sucesivas por cada día de atraso en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, hasta llegar a un límite respecto del valor total del negocio y, frente al ejercicio de esta sanción, las partes convinieron que este valor podría ser descontado directamente por el FNGRD del saldo a favor de

la contratista, siempre y cuando existiera una comunicación escrita previa; también se dejó abierta la posibilidad de acudir a otros mecanismos para hacer efectivas las multas, como la compensación, el cobro coactivo o por la vía judicial. En el caso objeto de estudio, la UNGRD acudió a lo previsto en el manual de contratación de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias COVID 19 -Decreto 296 del 4 de mayo de 2020-, incorporado al contrato por acuerdo entre las partes, que en su artículo 1830 no solo previó la posibilidad de incluir cláusulas de incumplimiento en los contratos celebrados con cargo los recursos de la subcuenta, sino que también dispuso que para hacer efectivas esas sanciones se podría establecer un procedimiento o acoger el establecido previamente por el FNGRD a través de sus manuales o guías, aplicable a la contratación entre particulares. La Unidad, para declarar el incumplimiento e imponer la multa, acudió entonces al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en desarrollo de lo previsto en el artículo 30 del Manual de Contratación del FNGRD -Resolución 683 de 2017-. En línea con lo expuesto, se puede afirmar que al cumplir con las ritualidades y las etapas previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la UNGRD aplicó un estándar alto de requisitos previos para imponer la multa<sup>31</sup>, lo que se traduce en el reconocimiento pleno del derecho al debido proceso para UB S.A.S., en tanto que tuvo la oportunidad de conocer los incumplimientos que se le atribuían, para que pudiera controvertir esas afirmaciones en audiencia, con sustento en las pruebas que pudo presentar y de controvertir las que se enrostraban en su contra. Así las cosas, se puede concluir que los actos proferidos por la UNGRD para multar a la contratista son actos jurídicos contractuales que se profirieron en el marco de un procedimiento adelantado con garantía del debido proceso, el derecho de audiencia y de defensa con base en la norma antes referida y que, al acudir a este, la ahora demandada no incumplió ni abusó de la facultad otorgada en la convención; por el contrario, respetó el derecho al debido proceso de la contratista. Por lo anterior, la Sala concluye que en este caso no existió un incumplimiento por parte de la contratante en relación con el ejercicio de la cláusula décima tercera del contrato de compraventa No. 9677-MECOV19-540-2020, lo que lleva a confirmar la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 02 de junio de 2023, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 25000-23-36-000-2021-00249-01\(68996\).](#)

#### **Aclaración de voto de la consejera María Adriana Marín**

**ACLARACIÓN DE VOTO / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CONTRATO DE COMPRAVENTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA / FALTA DE COMPETENCIA MATERIAL / DERECHO PRIVADO / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / ACTO JURÍDICO UNILATERAL / APLICACIÓN DE LA NORMA / CUMPLIMIENTO DE LA NORMA / FONDO NACIONAL DE CALAMIDADES / OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA / FIDUPREVISORA / REQUISITOS DEL CONTRATO / REQUISITOS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE**

**Problema jurídico:** *¿Cuál es el procedimiento aplicable para la imposición de multas de una entidad de derecho público de régimen especial de contratación?*

**Tesis:** [P]aso a exponer las razones que me llevaron a aclarar mi voto frente a la decisión en el asunto de la referencia, así: 1. En el caso concreto se cuestionó la legalidad de las resoluciones por medio de las cuales la UNGRD declaró el incumplimiento parcial del contrato de compraventa n.º 9677- MECOV19-540-2020, al considerar que fueron expedidas con falta de competencia material, toda vez que al estar sometido el referido contrato al derecho privado, no se contaba con el poder unilateral para expedirlas, ni tampoco darles el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, reservado para los contratos regulados por la Ley 80 de 1993. 2. La mayoría de la Sala consideró que el régimen contractual aplicable era el del derecho privado, toda vez que el artículo 4 del Decreto 559 de 2020 así lo definió en relación con los recursos para la atención de la emergencia sanitaria generada por el COVID19. 3. En tal sentido, no puede perderse de vista que el inciso segundo del párrafo 1º del artículo 48 de la Ley 1523 de 2012 regula la contratación, en general, de la Fiduciaria La Previsora para el manejo y administración de los bienes y derechos del Fondo Nacional de Calamidades y permite la utilización, entre otros, de los poderes

unilaterales en sus contratos. Aunque en este caso, hay normatividad especial y posterior sobre los recursos del COVID19, que definen que el régimen es el del derecho privado, lo hace para sus requisitos y formas (art. 4 Decreto 559 de 2020). 4. Entonces, si bien el artículo 4 del Decreto 559 de 2020 remitió al derecho privado para los requisitos y formalidades de dichos contratos, se podría aplicar el parágrafo 1 del artículo 48 de la Ley 1523 de 2012 citada, que permite la expedición de actos administrativos, entre ellas, las multas, en tanto estas cuestiones no son requisitos ni formalidades, que sí están regulados por el derecho privado. 5. Tampoco podría hablarse de una especialidad excluyente del Decreto 559 de 2020 frente a la Ley 1563 citada, como quiera que regulan un mismo tema, la atención de emergencias, razón por la cual su interpretación va más allá de este criterio y de lo simplemente gramatical, para en su lugar buscar su entendimiento armónico y teleológico. 6. El artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, para los contratos del Fondo Nacional de Calamidades, remite a las formas y requisitos de los particulares, pero al tiempo permite incorporar, entre otras, las cláusulas excepcionales. Esto se explica, por cuanto en un marco de calamidad es apenas razonable que se impongan las lógicas públicas, en las cuales las imposiciones unilaterales son vitales para salvaguardar los altos intereses en juego. 7. En consecuencia, el entendimiento armónico y teleológico lleva a concluir que el régimen jurídico del contrato en estudio, salvo los requisitos y formas, expresamente remitidos al derecho privado, incorporaba la posibilidad de hacer efectivas las multas a través de actos administrativos. 8. Ahora, despejado el régimen jurídico del contrato, el análisis de fondo se imponía en el marco del cargo de falta de competencia material para expedir actos administrativos y no en el de su inexistencia, en tanto las decisiones unilaterales se produjeron y, además, dicho reproche no se planteó en la litis, lo cual podría conllevar a un desborde en la competencia del juez y a su vez la variación de la causa petendi. 9. En atención a la posibilidad legal de imponer multas, como quedó visto, el cargo de falta de competencia estaría desvirtuado, lo que confirma mi acuerdo con la decisión final, pero con las precisiones arriba consignadas.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 02 de junio de 2023, A.V. María Adriana Marín, radicación 25000-23-36-000-2021-00249-01\(68996\).](#)

## **7. La fuerza obligatoria del contrato se funda en la voluntad o querer de las partes que intervienen en él**

**Síntesis del caso:** *“El 31 de marzo de 2014 el departamento del Tolima y el Consorcio Saldaña - Purificación celebraron el contrato de obra No. 0447 de 2014, cuyo objeto consistió en el “MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA SECUNDARIA SALDAÑA-PURIFICACIÓN EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA”. El contrato se acordó por un valor inicial de (...) y un plazo inicial de 270 días calendario contados a partir del acta de inicio. Durante la ejecución del contrato tuvieron lugar diversas prórrogas y suspensiones del plazo de ejecución, como resultado de las cuales finalizó el 24 de mayo de 2016. A su vez, el valor del contrato fue adicionado (...). Finalmente, el 30 de octubre de 2016, el contrato fue liquidado de manera bilateral. La actora afirma que debido a deficiencias e inexactitudes en los estudios técnicos y en el presupuesto oficial del contrato y al acaecimiento de otras situaciones ajenas al contratista, como lluvias y protestas por parte de los habitantes del área de influencia, las distancias de transporte de materiales fueron superiores a las previstas, se afectó la programación de los trabajos y la maquinaria, equipos y personal permanecieron inactivos en algunos periodos. En su demanda solicita que se declare el rompimiento del equilibrio económico en contra del contratista (...).”*

**MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONTRATO DE OBRA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / DEBERES DEL ESTADO / ESTUDIOS PREVIOS PARA OBRA PÚBLICA / ESTUDIOS PREVIOS AL CONTRATO ESTATAL / PROPONENTE / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / EXPERIENCIA CONTRACTUAL DEL PROPONENTE / CÁLCULO ECONÓMICO DE LAS PROPUESTAS / SOBRECOSTOS EN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / ADICIÓN AL CONTRATO ESTATAL / ADICIÓN DEL VALOR DEL CONTRATO ESTATAL / ACUERDO DE**

## **VOLUNTADES / MUTUO CONSENTIMIENTO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PRINCIPIO DE PACTA SUNT SERVANDA**

**Problema jurídico 1:** *¿El soporte sobre el que se estructura el régimen contractual, incluida la contratación pública, es el mutuo consentimiento de las partes que da lugar al nacimiento de obligaciones recíprocas, como expresión de la autonomía de la voluntad y del que emerge la fuerza vinculante del negocio jurídico libremente convenido y el deber de ejecutar lo acordado en los términos pactados?*

**Tesis 1:** “[S]i bien en el proceso quedó claro que los diseños del proyecto presentaron falencias, circunstancia que resulta imputable a una indebida planeación contractual por parte del departamento, entidad que en la etapa previa al procedimiento de selección debió adelantar estudios y revisiones pertinentes dirigidas a establecer diseños que se ajustaran a las condiciones existentes, lo que ciertamente constituye un incumplimiento contractual, ello no es óbice para resaltar que al consorcio le correspondía también la carga de estructurar sus precios sobre la base de constatar con suficiente diligencia y cuidado los distintos factores que tenían incidencia en los costos, dentro de los que se encontraba la localización de las fuentes de materiales requeridos para acometer la obra. [...] [L]a Sala encuentra que previa solicitud del contratista las partes acordaron la adición al valor del contrato, negocio jurídico que constituye un acuerdo vinculante para los contratantes y que fue suscrito tras conocer y evaluar las causas que daban origen a su celebración, de modo que concernía al contratista establecer las implicaciones económicas derivadas de las mayores distancias de acarreo y cantidades de material a transportar que solicitó, como en efecto lo hizo al estimar la adición en valor que era requerida y los costos que ello implicaba de cara a salvaguardar su economía. A la anterior conclusión arriba la Sala partiendo de recordar que el soporte sobre el que se estructura el régimen contractual, incluida la contratación pública, es el mutuo consentimiento de las partes que da lugar al nacimiento de obligaciones recíprocas, como expresión de la autonomía de la voluntad y del que emerge la fuerza vinculante del negocio jurídico libremente convenido y el deber de ejecutar lo acordado en los términos pactados. El principio enunciado –pacta sunt servanda, garante de la seguridad jurídica, constituye pilar esencial de las relaciones contractuales y encuentra su fundamento en la autonomía privada de la voluntad como fuente primaria de derechos y obligaciones. Tanto es así, que toda la estructura jurídica construida sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y voluntariamente. En efecto, la fuerza obligatoria del contrato se funda en la voluntad o querer de las partes que intervienen en él, teniendo éstas la facultad de limitar su libertad para asumir un deber de conducta en razón a una determinada causa. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, recogen este principio en los artículos 1602 y artículo 871, respectivamente, según los cuales los contratos válidamente celebrados son ley para los contratantes y no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por las causas legales. En consecuencia, la Sala despachará desfavorablemente la pretensión de la demanda atinente a los sobrecostos por transporte de materiales en distancias superiores a las contempladas.”

## **CONTRATO DE OBRA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / DEBERES DEL ESTADO / PLAZO DEL CONTRATO ESTATAL / PRÓRROGA DEL CONTRATO / MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA PÚBLICA / ESTUDIOS PREVIOS PARA OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / EXISTENCIA DE PERJUICIOS / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / INEXISTENCIA DE LA PRUEBA DE LOS PERJUICIOS / CARGA DE LA PRUEBA / EXIGENCIA DE CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

**Problema jurídico 2:** *¿El contratista acreditó los sobrecostos en los que aduce haber incurrido por la inactividad de equipos, maquinaria y personal técnico, administrativo y operativo, al extenderse el plazo de la ejecución del contrato debido a las falencias en los estudios y diseños por parte del ente territorial?*

**Tesis 2:** “[L]a ampliación del plazo contractual de que fue objeto el contrato invadió la órbita de responsabilidad de la entidad pública, pues ciertamente se advierte que el departamento del Tolima no cumplió en debida forma los deberes de diligencia y cuidado que le asistían en la etapa de planeación precontractual, lo que ciertamente impactó el cronograma del proyecto y el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. [...] [A] juicio de la Sala las pretensiones de la demanda en punto a la mayor permanencia en la obra y los costos de stand by de personal y equipo reclamados por la actora no

están llamadas a prosperar, toda vez que, por una parte, mediante los acuerdos modificatorios celebrados por los contratantes regularon lo concerniente a los costos que serían reconocidos al contratista como consecuencia de las obras extras y adicionales que de allí se derivaron así como del mayor plazo que ello implicó y, por otra, aun dejando de lado lo anterior, lo cierto es que la actora no demostró en el proceso que sufrió efectivamente los perjuicios reclamados en su demanda. [...] [D]e 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 los perjuicios que se alegan requieren de prueba, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal *onus*, impide su reconocimiento [...]. En consecuencia, la Sala despachará desfavorablemente las pretensiones principales de la demanda atinentes a la mayor permanencia en obra derivada de las dos prórrogas del plazo contractual y sus consecuenciales.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las pretensiones fundadas en la mayor permanencia en la obra y la carga de la prueba, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de agosto de 2020, rad. 51833, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; sentencia de 22 de noviembre de 2021, rad. 52430, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

### **INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

**Problema jurídico 3:** *¿El incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del negocio jurídico, bien sea por su inejecución absoluta o por su ejecución imperfecta o tardía?*

**Tesis 3:** “[E]l incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del negocio jurídico, bien sea por su inejecución absoluta o por su ejecución imperfecta o tardía, a lo que cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la infracción de las estipulaciones plasmadas en el texto contractual, sino también de aquellas contenidas en todos los documentos que lo integran, como es el caso, por ejemplo, de los pliegos de condiciones. De igual modo, puede tener ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce los principios que orientan la contratación, los cuales igualmente se entienden incorporados en el negocio jurídico.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el incumplimiento del contrato, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de febrero de 2020, rad. 63123, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia de 22 de agosto de 2013, rad. 22947, C. P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 15 de julio de 2020, rad. 28794, C. P. Guillermo Sánchez Luque.

### **DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL**

**Problema jurídico 4:** *¿La teoría del equilibrio o equivalencia de la ecuación económica procura garantizar que en la ejecución del contrato se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento de su celebración, mientras que el incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en virtud del negocio jurídico por ellas acordado se ubica en el marco de la responsabilidad contractual?*

**Tesis 4:** “[M]ientras la teoría del equilibrio o equivalencia de la ecuación económica procura garantizar que en la ejecución del contrato se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento de su celebración, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en virtud del negocio jurídico por ellas acordado se ubica en el marco de la responsabilidad contractual, es decir, aquella que surge de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato existente y válido. Por tanto, aun cuando se advierte cierta confusión en la propia legislación y la jurisprudencia, que en torno al tema tampoco ha sido del todo consistente, pues en algunas decisiones se ha identificado el incumplimiento del contrato como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico, no deben confundirse la responsabilidad contractual y la teoría del equilibrio o equivalencia económica del contrato, dadas las diferencias que se advierten no solo en los presupuestos, sino también en los efectos o consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la diferencia entre el incumplimiento del contrato y el desequilibrio económico del contrato, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de febrero de 1999, rad. 11194, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 21 de junio de 1999, rad. 14943, C. P. Daniel Suárez Hernández; sentencia de 15 de julio

de 2020, rad. 28794, C. P. Guillermo Sánchez Luque; sentencia de 21 de septiembre de 2020, rad. 47106, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

## **PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / DEBERES DEL ESTADO / PROPONENTE / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / EXPERIENCIA CONTRACTUAL DEL PROPONENTE / CÁLCULO ECONÓMICO DE LAS PROPUESTAS**

**Problema jurídico 5:** *¿La falta de planeación precontractual afecta el adecuado desarrollo de las obras y esta planeación en materia de contratación estatal le es exigible tanto a la entidad estatal como al proponente?*

**Tesis 5:** “[L]a falta de estudios y diseños o su deficiencia afecta el adecuado desarrollo de las obras, además de que puede elevar su valor por el cambio en las cantidades de obra y en las especificaciones técnicas pactadas. Por tal razón, la jurisprudencia ha sostenido que la inobservancia de esta obligación a cargo de las entidades del Estado quebranta el deber de planeación cuyo cumplimiento compete en primer término a la entidad estatal, comprometiendo la responsabilidad contractual de la administración, siempre y cuando se acrediten los daños efectivamente causados por dicho incumplimiento. En este sentido, el deber de planeación en materia de contratación estatal le es exigible en primera medida a la entidad estatal, en tanto es quien elabora los estudios, análisis y documentos requeridos para la futura contratación. Con todo, lo anterior no significa que al proponente no le asistan deberes de diligencia, cuidado y seriedad en la etapa previa a la celebración del contrato, pues su participación en el proceso de selección parte de la premisa de la experiencia y conocimiento que ostenta.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el deber de planeación precontractual, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2011, rad.18080, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 13 de agosto de 2020, rad. 46057, C. P. María Adriana Marín; sentencia de 18 de marzo de 2015, rad. 33223, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 28 de enero de 2016, rad. 34454, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia de 29 de agosto de 2016, rad. 34288, C. P. Ramiro Pazos Guerrero; y sentencia de 13 de agosto de 2020, rad. 46057, C. P. María Adriana Marín.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 16 de diciembre de 2022, C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 73001-23-33-000-2017-00473-01\(67397\).](#)

### **Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque**

## **MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACLARACIÓN DE VOTO / CONTRATO DE OBRA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / COSTOS EN EL SERVICIO DE TRANSPORTE / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / ADICIÓN AL CONTRATO ESTATAL / ADICIÓN DEL VALOR DEL CONTRATO ESTATAL / ACUERDO DE VOLUNTADES / MUTUO CONSENTIMIENTO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / OBITER DICTA / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL**

**Problema jurídico:** *¿Debió negarse el reconocimiento de los costos de transporte peticionados, porque las partes durante la ejecución contractual pactaron una adición presupuestal para cubrir esos costos?*

**Tesis:** “Aclaro voto en cuanto a los motivos por los cuales se debió negar el reconocimiento de los costos de transporte. Esa pretensión debió negarse, exclusivamente, porque durante la ejecución del contrato las partes, mediante contrato adicional, pactaron una adición presupuestal para cubrir esos costos. De manera que, por virtud de la autonomía de la voluntad (art. 1602 CC), las partes regularon este aspecto. Por ello, las reflexiones sobre el “principio de planeación” eran ajenas a la decisión [obiter dictum].”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 16 de diciembre de 2022, A. V. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 73001-23-33-000-2017-00473-01\(67397\).](#)

## 8. Consejo de Estado dio aplicación al régimen de responsabilidad objetiva en un caso de responsabilidad médica por procedimiento quirúrgico de histerectomía

**Síntesis del caso:** El 22 de junio de 2005, el demandante ingresó a la ESE Hospital Local de Arjona para que le practicasen los procedimientos de remoción de su útero – y hernia en su pared abdominal. Durante el procedimiento médico, el electrobisturí cuya placa aislante reposaba en la pierna derecha de la paciente, prendió fuego y cual ocasionó quemaduras de segundo y tercer grado en el pie derecho de la paciente. Un médico adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal valoró a la demandante, le prescribió incapacidad de 35 días y le diagnosticó deformación física permanente en su pie derecho.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA PROBADA DEL SERVICIO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / AUSENCIA DE FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO QUIRÚRGICO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ACTIVIDAD PELIGROSA / PELIGROSIDAD / RESPONSABILIDAD POR RIESGO PELIGROSO / APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / CONFIGURACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / PROCEDENCIA DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR RIESGO EXCEPCIONAL / TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

**Problema jurídico:** ¿Son nulos los actos administrativos impositivos de sanción conminatoria dentro de los regímenes de contratación especial regidos por el derecho común?

**Tesis:** “Mediante auto del 17 de marzo de 2014 el Tribunal Administrativo de Bolívar ordenó remitir las diligencias al Consejo de Estado para adelantar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 184 del C.C.A., pues la condena impuesta en contra de la E.S.E. Hospital Local de Arjona excedió la suma de 300 SMLMV y no fue apelada. Por ello, a continuación, se analizará si la E.S.E. Hospital Local de Arjona es patrimonialmente responsable por las quemaduras de segundo y tercer grado ocasionadas en el pie derecho de [la demandante], durante la “eventración abdominal sintomática con malla”. (...) En el caso sub examine, se tiene que el daño alegado son las lesiones físicas sufridas por [la demandante], consistentes en quemaduras de segundo y tercer grado en su pie derecho. Este daño está debidamente acreditado con la historia clínica allegada al proceso y con la copia simple del informe médico legal de lesiones no fatales suscrito el 9 de junio de 2006 (hechos probados 7.1.2. y 7.1.19.). Este daño tiene el carácter de antijurídico, pues se trata de la afectación de un derecho protegido por el ordenamiento jurídico, cuya lesión no encuentra justificación legal. (...) Para determinar si hay lugar a imputar el daño antijurídico a la E.S.E. Hospital Local de Arjona, es menester establecer si la atención médica prestada a la paciente fue adecuada. (...) está probado que durante las operaciones los médicos se cercioraron de que el electrobisturí se encontraba en óptimas condiciones y no se acreditó que existió una sobrecarga intempestiva que alterara el circuito eléctrico de dicho aparato o que el daño hubiese tenido su origen en una falta de mantenimiento del mismo, pues no se probó la antigüedad del bien o la periodicidad con la que este era revisado por expertos para asegurar su cabal desempeño. Por ello no es posible atribuir el daño a una falla probada del servicio de la entidad accionada, pues no se acreditó cuál fue la causa del incendio y, por tanto, la obligación que ésta incumplió cuando prestó atención médica a [la demandante]. De hecho, no se logró determinar cuál fue el defecto en que se incurrió en el transcurso de la praxis médica que se adelantó en la E.S.E. Hospital Local de Arjona, situación que imposibilita endilgarle el daño bajo el régimen subjetivo de responsabilidad de falla probada. No obstante, comoquiera que los hechos probados dan cuenta que las intervenciones quirúrgicas a las cuales se sometió [la demandante] implicaban la

manipulación de un instrumento peligroso, se parte también de la premisa que en el presente caso es factible aplicar el título de atribución de carácter objetivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación. (...) se evidencia que es posible atribuir jurídicamente la causación del daño a la E.S.E. Hospital Local de Arjona, pues se advierte que la lesión de la paciente obedeció a un incendio que se produjo por la manipulación del electrobisturí quirúrgico, que, como se dijo, era un objeto que entrañaba peligrosidad y frente al cual, para ese momento, el centro médico detentaba la guarda material. No en vano la jurisprudencia reiterada de la Corporación ha sido enfática en manifestar que en los eventos en los que el daño es producido por el ejercicio de actividades o cosas peligrosas, el régimen aplicable es objetivo, porque el factor de imputación se deriva de la realización directa de una actividad o del desempeño de un objeto que entraña peligro, de tal manera que en esos supuestos basta que la parte demandante acredite, primero, la existencia del daño antijurídico, y segundo, que el mismo se ha generado como consecuencia de dicha actividad o de la manipulación del aludido bien, para que sea procedente su imputación. En consecuencia, se advierte, entonces, que el daño antijurídico es atribuible a la E.S.E. Hospital Local de Arjona, pues se probó que la paciente sufrió las referidas quemaduras por el incendio de las sábanas en las que reposaba el electrobisturí, mientras se le realizaba dos procedimientos quirúrgicos en dicho centro médico (hechos probados 7.1.1. y 7.1.2.). No sobra advertir que en el presente caso no se evidencia que la conducta de la paciente haya sido la causa eficiente del daño o que haya colaborado en la causación del mismo, pues la única razón por la cual padeció las quemaduras ocasionadas en el pie derecho de [la demandante] acaeció por la elevación del riesgo al que fue expuesta, el cual no tenía la obligación de soportar”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, cita Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de enero de 2017. Rad. 36816.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 16 de diciembre de 2022, C. P. Nicolas Yepes Corrales, radicación 13001-23-31-000-2006-01527-01\(51372\).](#)

SECCIÓN  
CUARTA



**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. La factura del impuesto de alumbrado público tiene la naturaleza de un acto administrativo liquidatorio del tributo, cuya legalidad no se puede desconocer con el fin de expedir una nueva liquidación del tributo.

**Síntesis del caso:** *Se estudió la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales el municipio de Santiago de Cali liquidó el impuesto sobre el servicio de alumbrado público a cargo de una contribuyente por los periodos de enero a diciembre de 2014, tributo respecto del cual se habían expedido previamente unas facturas por los mismos periodos. La Sala anuló tales actos, porque concluyó que las facturas en las que se cobró el impuesto, al contener la liquidación del tributo cuya tarifa debía ser liquidada por EMCALI en cumplimiento del convenio interadministrativo que celebró con el referido municipio, no podían ser desconocidas por este, al tratarse de actos administrativos que, si bien fueron proferidos por un tercero, expresan la voluntad unilateral de la administración, por lo que gozan de presunción de legalidad mientras no hayan sido suspendidos o anulados por esta jurisdicción. Precisó que si el ente territorial consideraba que las facturas eran contrarias al ordenamiento legal, porque la tarifa aplicada no correspondía con la realidad, lo procedente no era expedir una nueva liquidación para modificar la inicial, pues dicha actuación desconocía la naturaleza de esos actos administrativos, que, para dejarlos sin efectos, bien podían ser revocados o demandados, motivo por el cual, la Sala estimó probada la ilegalidad de los actos acusados, por lo cual confirmó su anulación.*

**IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO / RECAUDO Y PAGO DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI / AGENTES DE RECAUDO DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI / PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO EN EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – Competencia de la Subdirección de Impuestos y Rentas Municipales / FACTURACIÓN DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI - Competencia de las empresas de servicios públicos domiciliarios como agentes de recaudo / FACTURA DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – Naturaleza jurídica de acto administrativo liquidatorio del tributo / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LAS FACTURAS DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO – Para dejarlas sin efectos, bien se podían revocar o demandar, en lugar de expedir una nueva liquidación para modificar la inicial, pues dicha actuación desconoce la naturaleza de actos administrativos que ostentan las facturas**

**Problema jurídico:** *¿El procedimiento adelantado por el municipio de Santiago de Cali para modificar el impuesto de alumbrado público inicialmente facturado al contribuyente por los periodos de enero a diciembre de 2014, se ajustó a la legalidad?*

**Tesis:** “En relación con el recaudo y pago del impuesto de alumbrado público en el municipio de Santiago de Cali, la Sala observa que el Acuerdo 0321 del 30 de diciembre de 2011, vigente para la época de los hechos, en su artículo 171 indicó que «[s]on agentes de recaudo de este impuesto, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que atienden a los usuarios a que alude el presente Capítulo. Las Empresas que prestan los Servicios Públicos Domiciliarios, en su calidad de agentes de recaudo, podrán facturar el impuesto sobre el Servicio de Alumbrado Público, no sólo en la expedida para el cobro del servicio público de energía, sino también, en la facturación de cualquier servicio público que presten». Mediante el Decreto Extraordinario 411.0.20.0139 del 28 de febrero de 2012, se expidió el procedimiento tributario local, el cual, según se indica en su artículo 1, contiene las disposiciones de carácter procedimental que «serán aplicables a todos los contribuyentes, declarantes y agentes de retención de los tributos administrados por el Municipio de Santiago de Cali existentes a la fecha de su vigencia, así como de aquellos que posteriormente se establezcan». Por su parte, en el artículo 53 del citado decreto se estableció que la Subdirección de Impuestos y Rentas Municipales tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales y podrá «[e]n general, efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los tributos, facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión que conduzca a una correcta determinación». Además, en el artículo 57 del mismo ordenamiento se consagró que «[l]os tributos que le correspondan al Municipio de Santiago de Cali, recaudados por otras entidades oficiales, serán fiscalizados por éste conforme con las normas de procedimiento que consagra el presente Decreto». (...) [S]ea lo primero advertir que de la lectura

del Acuerdo 0321 del 30 de diciembre de 2011 (norma local aplicable), se observa que en el municipio de Santiago de Cali no está establecido a cargo de los obligados tributarios el deber formal de presentar declaraciones del impuesto de alumbrado público. Por el contrario, en el artículo 171 *ibidem* se prevé que «[l]as Empresas que prestan los Servicios Públicos Domiciliarios, en su calidad de agentes de recaudo, podrán facturar el impuesto sobre el Servicio de Alumbrado Público, no sólo en la expedida para el cobro del servicio público de energía, sino también, en la facturación de cualquier servicio que presten». Así las cosas, al no prever el ordenamiento local el deber formal de declarar el impuesto de alumbrado público en el municipio de Santiago de Cali, no es posible, como lo dispuso el *a quo*, que se exija el cumplimiento del procedimiento previsto para la expedición de los actos de determinación del tributo, incluido el relacionado con los términos legales señalados para tal fin. Por lo anterior, no le asiste razón al tribunal al afirmar que para la expedición de los actos administrativos demandados se debía atender el procedimiento establecido en el artículo 71 y siguientes del Decreto Extraordinario 411.0.20.0139 de 2012, en concreto, los plazos para notificar el requerimiento especial y la liquidación de revisión, porque en este caso particular el municipio no está ejerciendo la facultad de modificar una liquidación privada. Sin embargo, lo anterior no es suficiente para que prospere el recurso de apelación, en consideración a que uno de los argumentos que planteó el *a quo* y que comparte el municipio, tiene que ver con que el impuesto de alumbrado público de los periodos de enero a diciembre de 2014 fue liquidado por EMCALI mediante facturas, por considerar que «son verdaderos actos administrativos conforme a la sentencia C-558 de 2001 de la Corte Constitucional antes citada, como quiera que en ella se plasmó el valor del tributo regulado por el estatuto tributario municipal, la información del respectivo consumo y la liquidación del mismo». Así las cosas, es un hecho no controvertido que con dichas facturas –acto administrativo- se creó una situación jurídica particular y concreta para el contribuyente, en cuanto por medio de estas se determinó el impuesto de alumbrado público a su cargo, por los periodos en discusión y, surgió la obligación de pagar el impuesto liquidado por EMCALI –recaudador- a favor del municipio, por ser este el sujeto activo del tributo. Destaca la Sala que, las facturas mediante las cuales se cobró el impuesto de alumbrado público (...), al contener la liquidación del tributo cuya tarifa debía ser liquidada por EMCALI en cumplimiento del convenio interadministrativo celebrado el 4 de agosto de 1997, no pueden ser desconocidas por el municipio de Santiago de Cali, en tanto se trata de actos administrativos que si bien fueron proferidos por un tercero, expresan la voluntad unilateral de la administración, los que gozan de presunción de legalidad mientras no hayan sido suspendidos o anulados por esta jurisdicción. De modo que, si el ente territorial consideraba que las facturas emitidas por EMCALI eran contrarias al ordenamiento legal porque la tarifa aplicada no correspondía con la realidad, lo procedente no era expedir una nueva liquidación para modificar la inicial, pues dicha actuación desconoce la naturaleza de esos actos administrativos, que, para dejarlos sin efectos, bien podían ser revocados o demandados, motivo por el cual, está probada la ilegalidad de los actos administrativos demandados, como lo dispuso el tribunal, pero por las razones expuestas en esta providencia. En cuanto al argumento del municipio, en el sentido que, conforme con la sentencia del 24 de mayo de 2018, exp. 21110, C.P. Julio Roberto Piza, la falta de un procedimiento establecido no constituye un impedimento para que la administración adelante el cobro de las obligaciones a su favor, al respecto la Sala advierte que los supuestos fácticos y jurídicos examinados en esa oportunidad son diferentes a los de este proceso, en el que se insiste, no se puede desconocer la existencia de un acto administrativo – factura- por medio del cual se liquidó el impuesto de alumbrado público. Por lo anterior, se concluye que procede la nulidad de los actos administrativos demandados, con el consecuente restablecimiento del derecho (...).”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de mayo de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 76001-23-33-000-2019-00301-01 \(27239\).](#)

## **2. No es ilegal la aplicación de las normas del Estatuto Tributario en materia procedimental a la contribución a favor de la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC, en cuanto ello no contradice la naturaleza fiscal del gravamen.**

**Síntesis del caso:** Se negó la anulación de los artículos 9, 71, 73, 76, 77 y 144 de la Resolución 5278 del 4 de diciembre de 2017, expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC y en la que se “adopta el marco normativo unificado que rige la liquidación y pago de la contribución a favor de la Comisión de Regulación de Comunicaciones y se unifican las disposiciones vigentes, aplicables a los procesos de determinación, discusión, imposición de

*sanciones y cobro coactivo". Lo anterior, luego de que la Sala concluyó que dicha entidad estaba legalmente facultada para regular, de acuerdo con su consideración, el procedimiento, fiscalización, recaudo y sanciones de dicho tributo, de modo que, dadas las características fiscales del mismo, la aplicación de las normas del estatuto tributario en materia procedimental no contradecía la naturaleza propia de la contribución.*

**CONTRIBUCIÓN A LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES - Competencia de la Comisión para establecer los procedimientos para la liquidación y pago de la contribución y para ejercer las funciones de fiscalización, imposición de sanciones y cobro coactivo / FACULTADES REGULATORIAS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES RESPECTO DE LA CONTRIBUCIÓN A SU FAVOR - Alcance del literal f) del artículo 11 de la Ley 1369 de 2009 / FINALIDAD DE LA CONTRIBUCIÓN A LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES / PROCEDIMIENTO APLICABLE A LA LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LA CONTRIBUCIÓN A LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES – Legalidad de los artículos 9, 71, 73, 76, 77 y 144 de la Resolución 5278 del 4 de diciembre de 2017, expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC / APLICACIÓN DEL ESTATUTO TRIBUTARIO A ENTIDADES DIFERENTES DE LA DIAN - Procedencia / VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO - Falta de configuración / VIOLACIÓN DE NORMAS ANTITRÁMITES - Falta de configuración**

**Problema jurídico:** *¿Los artículos 9, 71, 73, 76, 77 y 144 de la Resolución 5278 del 4 de diciembre de 2017, expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC- se expidieron sin autorización o facultad legal para el efecto?*

**Tesis:** "El demandante alegó que los artículos demandados fueron expedidos en contra del literal f del artículo 11 de la Ley 1369 de 2009, debido a que dicha norma solo permite a la CRC aplicar el Estatuto Tributario para temas sancionatorios y no procedimentales. (...) Se advierte que la norma facultaba de forma amplia y general a la CRC de establecer los procedimientos para la liquidación y pago de la contribución y especificaba en relación con el Estatuto Tributario la obligación de aplicar las normas sancionatorias del impuesto sobre la renta en caso de incumplimiento del tributo. En consecuencia, no le asiste razón al demandante en el sentido de que la CRC no tenía facultades para reglar temas procedimentales, ya que del tenor literal de la norma a la mencionada entidad se le otorgó expresamente esa potestad. Adicionalmente, se aclara que la norma no determina que el legislador haya establecido que en materia procedimental se aplicara de forma obligatoria la Ley 1437 de 2011 (CPACA), por lo que la CRC no se encontraba obligada a aplicar dicho código en temas procesales, como erróneamente lo alega el actor. Se advierte que durante el trámite legislativo de la Ley 1369 de 2009, se advirtió de las características fiscales de la contribución especial de la CRC, de acuerdo con la ponencia de segundo debate ante el Senado de la República (...) De acuerdo con el aparte de los antecedentes legislativos de la ley enunciada, el objetivo de la contribución es financiar el funcionamiento de la CRC, por lo que sus características fiscales hacen que la aplicación de las normas del estatuto tributario en materia procedimental a la contribución de la CRC no contradiga su naturaleza. Los artículos de la resolución demandados tampoco son violatorios a de los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, debido a que estas normas no obligan a aplicar el código de procedimiento administrativo y por el contrario el legislador permitió a la CRC la remisión a las normas del Estatuto Tributario en relación con la contribución especial y en materia procesal. En el mismo sentido, no se advierte violación a los artículos 2 y 34 del CPACA, ya que el legislador no estableció que en relación con la contribución especial de la CRC se aplicara dicho código, por el contrario, permitió a la entidad demandada regular de acuerdo con su consideración el procedimiento, fiscalización, recaudo y sanciones de dicho tributo. Se aclara, que pese a que el artículo 1 del Estatuto Tributario determina que sus normas aplican a la DIAN no limita a que solo esa entidad puede utilizarlas, como ocurre con la obligatoriedad de las entidades territoriales de aplicar el mencionado estatuto de acuerdo con el artículo 59 de la Ley 788 de 2002, por lo que no existe exclusividad de dicha normativa, como lo alega el demandante. Ahora, en relación con las normas anti trámite de los artículos 24 de la ley 962 de 2005, artículo 5 del Decreto Ley 19 de 2012 y el artículo 33 del Decreto Ley 2150 de 1995, se advierte que no se contravienen porque las normas del Estatuto Tributario exigen la presentación personal de documentos y otros requisitos formales. No se evidencia afectación al debido proceso establecido en los artículos 29 y 86 de la Constitución Política."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 22 de junio de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00010-00 \(25478\).](#)

### **3. Están exentas del GMF las transferencias financieras que hacen las EPS a los gestores farmacéuticos, únicamente cuando su propósito sea el cumplimiento de los servicios del POS (hoy plan de beneficios) y siempre y cuando las operaciones no se efectúen con cargo a recursos propios de las EPS.**

**Síntesis del caso:** *Se anuló el Oficio 100208221-1270 del 12 de agosto de 2021, en el que la DIAN señalaba que no procedía la exención del GMF prevista en el numeral 10 del artículo 879 del Estatuto Tributario para las transacciones financieras efectuadas entre las EPS y los gestores farmacéuticos. Al respecto, la Sala precisó que se debe entender que dicha exención, reglamentada por el numeral 2 del artículo 1.4.2.2.11 del Decreto 1625 de 2016, es aplicable a las transferencias realizadas por las EPS a los gestores farmacéuticos, únicamente cuando su propósito sea el cumplimiento de los servicios del POS y siempre y cuando las operaciones no se efectúen con cargo a recursos propios de la EPS, tales como el cumplimiento de planes complementarios de salud. Lo anterior, porque el legislador habilitó a las EPS para acordar contractualmente con los gestores farmacéuticos, que también integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, la entrega ambulatoria de medicamentos a sus afiliados, en cumplimiento de las prestaciones derivadas del POS. Así las cosas, enfatizó que la operación exenta es la transferencia financiera que realiza la EPS al gestor para cubrir los referidos servicios del POS, de modo que el destinatario de la exención es la EPS y no el gestor. Puntualmente porque el gravamen recae, entre otros, sobre las transacciones que impliquen la disposición de recursos depositados en cuentas de ahorros o corrientes y quien realiza la operación sujeta a la exención es la EPS, cuanto traslada estos recursos para los fines mencionados. Así las cosas, explicó que el beneficio tributario opera para los recursos, en razón de su destinación -su utilización para cumplir con la finalidad del sistema de seguridad social- independientemente del sujeto beneficiario de los pagos.*

**DESTINACIÓN ESPECÍFICA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Alcance / PARAFISCALIDAD DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Efectos / GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS GMF - Hecho generador / GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS GMF - Sujetos pasivos / EXENCIÓN DEL GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS GMF SOBRE OPERACIONES FINANCIERAS REALIZADAS CON RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Se debe entender prevista sobre todas las transacciones financieras realizadas por las EPS para cubrir los servicios del POS (hoy Plan de Beneficios) / FINALIDAD COMPILATORIA DEL DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO EN MATERIA TRIBUTARIA - Alcance / GESTOR FARMACÉUTICO - Noción / PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Alcance / EXENCIÓN DEL GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS GMF SOBRE TRANSFERENCIAS FINANCIERAS DE LAS EPS A LOS GESTORES FARMACÉUTICOS / CONCEPTO GENERAL UNIFICADO 1466 DE 2017 DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN - Legalidad del literal b) del numeral 8.16 / INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LOS BENEFICIOS TRIBUTARIOS - Cumplimiento / BENEFICIARIO DE LA EXENCIÓN DEL GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS GMF SOBRE TRANSFERENCIAS DE LAS EPS A LOS GESTORES FARMACÉUTICOS / CONCEPTO 908127 U OFICIO 100208221-1270 DE 2021 DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN - Ilegalidad**

**Problema jurídico:** *¿Se ajustan a la legalidad el literal b) del numeral 8.16 del Concepto General Unificado 1466 del 29 de diciembre de 2017 y el Oficio 100208221-1270 del 12 de agosto de 2021, proferidos por la DIAN?*

**Tesis:** *“[E]l inciso 5° del artículo 48 de la Constitución Política establece que «No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella». Al respecto, en sentencia C-1040 de 2003, la Corte Constitucional destacó que el servicio de salud requiere de un flujo constante de*

recursos que permita su financiación y la atención adecuada y oportuna correspondiente. Para este propósito, el inciso 5° del artículo 48 de la Constitución Política establece que los recursos del Sistema tienen una destinación específica, lo que le otorga un carácter parafiscal, por lo que precisó que *«los mismos no pueden ser objeto de impuestos, pues el establecimiento de esta clase de gravámenes altera la destinación específica de dichos recursos desviándolos hacia objetivos distintos de la prestación del servicio de salud»* (...). Súmese a lo dicho que, en la Sentencia C-264 de 2019, de la Corte Constitucional, se aclaró que la garantía del inciso 5° del artículo 48 de la Constitución *«versa sobre los recursos del sistema de seguridad social, y particularmente sobre los recursos parafiscales asociados a la seguridad social, y no sobre todo el patrimonio de la entidad»*. Descendiendo al caso concreto, se encuentra que el GMF se genera por la realización de las operaciones descritas en el artículo 871 del Estatuto Tributario, entre estas, *«la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia»*, siendo los sujetos pasivos *«los usuarios y clientes de las entidades vigiladas por las Superintendencias Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria; así como las entidades vigiladas por estas mismas superintendencias, incluido el Banco de la República»*. En el numeral 10 del artículo 879 del Estatuto Tributario, modificado por la Ley 788 de 2002, se establece una excepción a la regla impositiva, al consagrar una exención sobre las operaciones financieras realizadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (...). Esta normativa fue reglamentada por el artículo 8 del Decreto 449 de 2003, el cual quedó compilado en el numeral 2 del artículo 1.4.2.2.11 del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016 (en adelante DUR) (...). Debe tenerse en cuenta que el DUR tiene por objeto compilar las normas reglamentarias, para actualizar la normativa tributaria con miras a racionalizar, simplificar y ajustar su contenido *«a la realidad institucional y a la normativa vigente»*, como se expone en sus considerandos. Así, en desarrollo de la facultad reglamentaria, precisó el alcance de la exención prevista en el numeral 10 del artículo 879 del Estatuto Tributario, en el sentido de que todas las transacciones financieras realizadas por las EPS para cubrir los servicios del POS están amparadas con el beneficio tributario. La Corte Constitucional ha precisado el alcance de la exención de GMF sobre los recursos de seguridad social en salud. En particular, en la sentencia C-828 de 2001, que declaró la exequibilidad condicionada de la versión anterior del artículo 879 (artículo 1, Ley 633 de 2000) que limitaba la exención *«hasta el pago a la entidad promotora de salud, a la administradora del régimen subsidiado o al pensionado, afiliado o beneficiario, según el caso»*, dijo que: *“El GMF impuesto a las transacciones entre las EPS y las IPS y a las transacciones entre las ARS y las IPS, no puede aplicarse sobre los pagos del servicio de salud que pertenecen al Plan Obligatorio de Salud definido legal y jurisprudencialmente cuando se tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida e integridad física. Por ello, tal y como lo prescribe la ley para las EPS también, las IPS deben llevar una contabilidad separada en la que se diferencien los recursos por pagos en la prestación de los servicios del POS y los recursos obtenidos por otros servicios complementarios o suplementarios. Las entidades que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud cubiertas por la exención al GMF son las definidas por la Ley 100 de 1993.”* En esas condiciones, a partir de lo previsto en los artículos 48 de la Constitución Política, 879 (numeral 10) del Estatuto Tributario y 1.4.2.2.11 (numeral 2) del DUR, y la jurisprudencia constitucional emitida en la materia, la Sala encuentra que la exención legal analizada debe entenderse prevista sobre todas las transacciones financieras realizadas por las EPS para cubrir los servicios del POS hoy Plan de Beneficios. (...) [L]as demandantes sostienen que las transferencias de las EPS a los gestores farmacéuticos deben estar exentas del GMF en aplicación del artículo 48 constitucional porque la provisión de medicamentos, dispositivos y productos similares, hacen parte del cumplimiento de los servicios del POS. Para verificar esta afirmación, se pone de presente que los gestores farmacéuticos son integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y por éstos se entienden *«los operadores logísticos, cadenas de droguerías, cajas de compensación y/o establecimientos de comercio, entre otros, cuando realicen la dispensación ambulatoria en establecimientos farmacéuticos a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud por encargo contractual de las EPS, IPS y de otros actores del sistema»* (...). Ahora bien, el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 establece que el Sistema General de Seguridad Social en Salud se caracterizará porque todos los afiliados *«recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud»* (...). En concordancia, el artículo 162 *ibidem* dispone que dentro de los servicios del POS para los afiliados cotizantes se encuentra *«la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica»* (...), prestación que también es aplicable a los beneficiarios y a los afiliados al régimen subsidiado de salud. Con base en las normas expuestas, la Sala concluye que el legislador habilitó a las EPS para encargar contractualmente a los operadores farmacéuticos, para que suministren de forma ambulatoria los medicamentos que hacen parte del POS. Así las cosas, con base en los artículos 48 de la Constitución Política, 879 del Estatuto Tributario, la norma reglamentaria, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, deben considerarse exentas del GMF las transferencias que realizan las EPS a los gestores farmacéuticos, siempre y cuando se realicen para el cumplimiento de los servicios POS y que no tengan origen en recursos propios (como, por ejemplo, el cumplimiento de planes complementarios de salud). Hechas las anteriores precisiones, se analizará el contenido de los actos administrativos acusados. (...) [S]e observa que el literal b) del numeral 8.16 del Concepto Unificado Nro. 1466 de 2017 no afirma de forma expresa que la exención

del literal 10 del artículo 879 del Estatuto Tributario no es aplicable a las transacciones entre las EPS y los gestores farmacéuticos. Por el contrario, reconoce el alcance de la exención dado en esta providencia, cuando de manera general afirma que «están gravadas todas las transacciones financieras cuyo propósito sea diferente del cubrimiento de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, POS». De esta forma, ninguno de los cargos de nulidad propuesto por las demandantes está llamado a prosperar frente a este acto administrativo, pues no desvirtúan su presunción de legalidad. En cuanto al Oficio Nro. 100208221-1270 del 12 de agosto de 2021, se observa que fue formulada la siguiente solicitud ante la autoridad tributaria: «Se adicione al Concepto General Unificado No. 1466 del 29 de diciembre de 2017 del Gravamen a los Movimientos Financieros "GMF" en el sentido que, no solo los pagos efectuados a las IPS sino también aquellos efectuados a los gestores farmacéuticos en ejecución de contratos de suministro y/o dispensación de productos farmacéuticos, dispositivos, medicamentos y productos que se brinden en desarrollo de un contrato con una Entidad Promotora de Salud -EPS, se encontrarían exentas del gravamen a los movimientos financieros GMF, ya que, se trata de operaciones financiadas con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud». Ante esta consulta, luego de transcribir el contenido del literal b) del numeral 8.16 del Concepto Unificado Nro. 1466 de 2017, la DIAN expuso lo siguiente: «Ahora bien, en relación con la exención mencionada es importante tener en cuenta la fuente de los recursos, pues los mismos deben corresponder a los recursos del sistema de seguridad social en salud de las EPS y ARS, los cuales están exentos de dicho gravamen hasta el pago de las instituciones prestadoras de salud (IPS), o al pensionado, afiliado o beneficiario, según el caso, sin que la norma contemple los traslados de recursos efectuados a los gestores farmacéuticos. Así las cosas, los recursos del sistema de seguridad social en salud de las EPS y ARS que sean trasladados a los gestores farmacéuticos, dejan de ser recursos del sistema de seguridad social en salud y pasan a ser recursos propios de los gestores farmacéuticos, motivo por el cual no se encuentran cubiertos por la exención establecida en el numeral 10 del artículo 879 del Estatuto Tributario. Lo anterior, teniendo en cuenta el principio de legalidad contemplado en el artículo 338 de la Constitución Política, en virtud del cual en materia tributaria los tratamientos exceptivos son de interpretación restrictiva y se limitan a los que de manera expresa señala la ley» (...). Respecto al primer argumento propuesto por el acto transcrito, como se expuso al analizar el precedente constitucional, el artículo 48 de la Constitución Política impide gravar los recursos del Sistema, siempre y cuando la EPS realice la transferencia para cumplir las prestaciones del POS. Además, según se analizó con antelación, el legislador habilitó a las EPS para acordar contractualmente con los gestores farmacéuticos, que también integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, la entrega de medicamentos de forma ambulatoria a sus afiliados, en cumplimiento de las prestaciones derivadas del POS. En consecuencia, debe entenderse que la exención prevista en el numeral 10 del artículo 879 del Estatuto Tributario y reglamentada por el numeral 2 del artículo 1.4.2.2.11 del Decreto 1625 de 2016 es aplicable a las transferencias realizadas por las EPS a los gestores farmacéuticos, únicamente cuando su propósito sea el cumplimiento de los servicios del POS y que no se efectúe con cargo a recursos propios de la EPS. La DIAN afirmó que lo expuesto no es suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda porque los beneficios tributarios son de interpretación restrictiva, por lo que no procede la exención en la medida que no existe una norma que prevea expresamente la exención para las transacciones entre las EPS y los gestores farmacéuticos. Sobre este punto, la Sala advierte que, si bien es cierto que los beneficios tributarios son de interpretación restrictiva, en este caso la exención tiene origen en el artículo 48 la Constitución Política y en el alcance que debe darse a las normas que establecen el beneficio tributario, como quedó expuesto, por lo que no se incumple este criterio interpretativo. Ahora, frente al argumento expuesto por el Oficio Nro. 100208221-1270 de 2021 referido a que los recursos del Sistema de las EPS que son trasladados a los gestores farmacéuticos «dejan de ser recursos del sistema de seguridad social en salud y pasan a ser recursos propios de los gestores farmacéuticos», se precisa que no es correcto en los casos en que las EPS contratan a los gestores farmacéuticos para prestar los servicios del POS, concretamente para dispensa ambulatoria de medicamentos a sus afiliados, para lo cual fueron habilitados por el legislador. Debe hacerse énfasis en que la operación exenta es la transferencia financiera que realiza la EPS al gestor farmacéutico para cubrir los servicios del POS, y en tal sentido, el destinatario de la exención es la EPS y no los gestores farmacéuticos. Puntualmente, porque el gravamen recae, entre otros, sobre las transacciones financieras que impliquen la disposición de recursos depositados en cuentas de ahorros o corrientes, y quien realiza la operación financiera sujeta a la exención es la EPS, cuanto traslada estos recursos para el cumplimiento del POS. Importante considerar que el beneficio tributario opera para los recursos, en razón de su destinación, porque son utilizados para cumplir con la finalidad del sistema de seguridad social, el POS, independientemente del sujeto beneficiario de los pagos. De ahí que lo determinante es que las transferencias financieras se realicen para dar cumplimiento al POS, lo que no puede confundirse con que constituyan una fuente de pago para el beneficiario, pues esta operación no es sobre la que recae la exención. Con base en lo expuesto, la Sala declarará la nulidad del Oficio Nro. 100208221-1270 del 12 de agosto de 2021 y negará las demás pretensiones de la demanda.".

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de junio de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2022-00045-00 \(26729\).](#)

#### **4. Se precisa que la calidad de «activo productivo» a que alude el artículo 258-1 del Estatuto Tributario implica una relación directa y permanente entre el bien empleado y la actividad productora de renta sin distinguir en el sector económico en que el contribuyente se desenvuelva (sea industrial, comercial, de servicios, entre otros).**

**Síntesis del caso:** *Se anuló la expresión «para la producción de bienes y/o servicios» contenida en el ordinal 4º, del artículo 1.2.1.27.1, adicionado al DUR 1625 de 2016, por el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1089 de 2020. Lo anterior, porque la Sala concluyó que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público excedió su potestad reglamentaria al incluir dentro de las características para que un activo sea fijo real y productivo a los efectos del descuento tributario del artículo 258-1 del Estatuto Tributario el que este fuera «para la producción de bienes y/o servicios». Para la Sala, al haber determinado que el descuento en renta por el IVA soportado en la adquisición de activos fijos reales productivos estaba acotado a los responsables del IVA siempre que fuera «para la producción de bienes y servicios», excluye actividades productoras de renta de otros sectores económicos, como sería la comercialización, por lo que precisó el alcance de la expresión «activo productivo» del artículo 258-1 ibidem, en el sentido de indicar que implica una relación directa y permanente entre el bien empleado y la actividad productora de renta sin distinguir en el sector económico en que el contribuyente se desenvuelva.*

#### **FACULTAD REGLAMENTARIA - Alcance y límites / BENEFICIO TRIBUTARIO DEL ARTÍCULO 258-1 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO – Finalidad y requisitos / DESCUENTO EN RENTA POR EL IVA SOPORTADO EN LA ADQUISICIÓN DE ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS - Requisitos / REQUISITOS DE LOS ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS**

**Problemas jurídicos:** *¿La expresión «para la producción de bienes y/o servicios» del ordinal 4.º del artículo 1.2.1.27.1 del Decreto Reglamentario 1089 de 2020 se ajusta a la legalidad? ¿El Ministerio de Hacienda y Crédito Público excedió su potestad reglamentaria y vulneró el derecho de igualdad y los principios de eficiencia y equidad, al incluir dentro de las características para que un activo sea fijo real y productivo a los efectos del descuento tributario del artículo 258-1 del ET el que este fuera «para la producción de bienes y/o servicios»?*

**Tesis:** “3- La potestad reglamentaria, facultad constitucional (artículo 189.11 de la Carta) conferida al Gobierno, como órgano supremo de Administración, está dirigida a facilitar la ejecución de la ley, por lo que su ejercicio presupone la existencia de una norma con rango de ley, al cual le debe sujeción, de manera que «el reglamento no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador». De esta forma, la reglamentación emana en cuanto potestad, a la necesidad de precisar el alcance en la ejecución o cumplimiento de la ley, por lo que la norma reglamentaria debe estar acorde con esta, pues la adopción de condiciones no previstas en el dispositivo legal implicaría arrogarse la facultad configurativa de la ley, cuando lo cierto es que dicha función está reservada al legislador. 3.1- Preciado lo anterior, partirá la Sala del contenido del artículo 258-1 del ET, el cual prevé para los responsables y no responsables del IVA (sentencia C-379 de 2020, MP: Antonio José Lizarazo Ocampo), la posibilidad de descontar del impuesto sobre la renta, el IVA pagado por la adquisición, construcción o formación e importación de activos fijos reales productivos, incluyendo el asociado a los servicios necesarios para ponerlos en condiciones de utilización, en el año en el que se efectúe su pago, o en cualquiera de los períodos gravables siguientes. Respecto de los activos fijos reales productivos formados o construidos, determina que el IVA podrá descontarse en el año gravable en el que el activo se active y comience a depreciarse o amortizarse, o en cualquiera de los períodos gravables siguientes. Asimismo, precisa que el descuento referido procede en el caso en que los activos fijos reales productivos se hayan adquirido, construido o importado a través de contratos de arrendamiento financiero o leasing con opción irrevocable de compra, supuesto en el cual el descuento procede en cabeza del arrendatario. Finalmente, advierte que el IVA de que trata esta disposición no podrá tomarse

simultáneamente como costo o gasto en el impuesto sobre la renta ni será descontable del IVA. 3.2- Por otro lado, la exposición de motivos del Proyecto de Ley nro. 278 de 2019, que derivó en la Ley 2010 de 2019 (y que coincide con la exposición de motivos del Proyecto de Ley nro. 240 de 2018, que sustentó la Ley 1943 de 2018, declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-481 de 2019), señala que: *«dado que el IVA se establece sobre el consumo, la imposibilidad de descontar plenamente el IVA en la compra de los bienes de capital (...) castiga de manera importante la inversión. Bajo esta circunstancia, el IVA (...) representa un costo adicional para las empresas, que afecta su productividad (...) este impuesto distorsiona las decisiones de producción de los empresarios, fomentando la implementación de métodos menos intensivos en capital y/o alterando los precios relativos de los bienes más intensivos en capital. En particular, lo que puede ocurrir es que el productor traslada ese mayor costo al precio del producto (...), con el fin de recuperar en el tiempo esperado su inversión. Sin embargo, esto está sujeto a las características de la empresa, en cuanto a tamaño, poder de mercado y elasticidad precio de la demanda del bien que produce. Si las condiciones de mercado impiden que el costo se pueda trasladar al precio, es posible que la inversión no se lleve a cabo (...) en promedio las firmas que utilizaron dicho beneficio [el IVA pagado podía ser llevado como impuesto descontable en el siguiente periodo al hecho económico] realizaron una inversión mayor (...) frente a las empresas manufactureras que no hicieron uso de este (...) se propone desmontar uno de los desincentivos más gravosos para la inversión en bienes de capital, que deriva de la imposibilidad de recuperar plenamente el IVA pagado en su adquisición, importación, construcción o formación, como sucede en los países que compiten con Colombia como receptores de inversión del exterior o doméstica».* 3.3- Ahora bien, esta corporación, en sentencia del 23 de marzo de 2006 (exp. 15086, CP: Ligia López Díaz) al analizar la definición de activo fijo real productivo, en el marco del tratamiento de deducción previsto para la inversión en este tipo activos en el artículo 158-3 del ET (derogado por el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016), indicó que *«la condición sobre la cualidad de "productivos", prevista en la ley para que proceda la deducción, implica que entre lo producido y los bienes empleados para ello, debe existir una relación directa y permanente, de suerte que sean indispensables para su ejecución. Ello necesariamente excluye los activos fijos que participan de manera indirecta en el proceso productivo, como son los muebles y equipos destinados a la parte administrativa y gerencial, a que alude la accionante».* 4- En el contexto anterior, se precisa destacar que el artículo 258-1 del Estatuto Tributario, solo se refirió a activos fijos reales productivos, sin vincularlos en ninguna forma a la producción de bienes y servicios. Una cosa es que el activo fijo sea productivo y otra que es que participe en la producción de bienes y servicios, productivo es que coadyuve en la actividad productora de renta. Tampoco la disposición circunscribió el beneficio a unos determinados sectores económicos. Cabe igualmente destacarse que la noción de estos activos no es novedosa en la regulación tributaria, la misma ya había sido utilizada por el legislador a efectos de otros beneficios, como fue el caso de la deducción del valor del activo propiamente tal que consagraba el artículo 158-3 *ejusdem*, oportunidad para la cual, su alcance no estuvo restringido a los sectores productivos de bienes y servicios, sino que se reconoció y aplicó indistintamente del sector económico de los contribuyentes, mismo contexto de la (sic) sentencia del 24 de mayo de 2007 (exp. 14898, CP: Juan Ángel Palacio Hincapié), que invoca el demandado en la contestación de la demanda. Ahora bien, observa la Sala que la exposición de motivos del artículo 258-1 del ET pone de presente que el referido descuento fue creado con la finalidad de mejorar la competitividad empresarial, para lo cual aludió a apartes del informe de 2015 de la Comisión de Expertos para la Equidad y la Competitividad Tributaria, según el cual, la imposibilidad de descontar el IVA soportado -impuesto descontable- en la compra de bienes de capital *«castigaba»* ese tipo de inversión, porque era un costo adicional que debía asumirse y ello afectaba la productividad, razonamiento que aplica respecto de los activos fijos adquiridos para el desarrollo de cualquier actividad económica, no solo para los productores de bienes y servicios, pues la prohibición de descontar el IVA incurrido aplica para la generalidad de bienes que tengan la connotación de activos fijos. De manera que la alusión a productores y a bienes de capital que destaca la entidad demandada, como efectuada en la exposición de motivos, solo corresponde a una mera referencia a uno de los sectores productivos, sin que ello pueda ser entendido como excluyente respecto de los demás sectores económicos. Si esa hubiere sido la voluntad legislativa, así lo hubiera señalado el artículo 258-1 *ibidem*. En ese orden, se precisa que la calidad de *«activo productivo»* implica una relación directa y permanente entre el bien empleado y la actividad productora de renta sin distinguir en el sector económico en que el contribuyente se desenvuelva (sea industrial, comercial, de servicios, entre otros), pues, a diferencia del entendimiento de la contraparte en este juicio, la norma no está acotada para contribuyentes de cierto sector económico, por lo que, la expresión *«para la producción de bienes y/o servicios»* excede la potestad reglamentaria, al restringir la aplicación del beneficio respecto de otros sectores económicos, entre ellos el comercial, en tanto esto no fue previsto en la ley. Establecido el exceso en la potestad reglamentaria, lo que resulta suficiente para anular los apartes acusados de la disposición, la Sala se relevará de analizar los demás cargos planteados en la demanda”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de junio de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2021-00060-00 \(25688\).](#)

## SECCIÓN QUINTA



# BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Se declaró la nulidad del acto de elección de quienes fueron elegidos como consejeros municipales de juventud de Medellín.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección de los señores Santiago Espinal Echavarría, Vanessa Montoya Cuartas y Miguel Ángel Montoya Angee, como consejeros municipales de juventud de Medellín, para el período 2022-2026, de quienes se aduce presentaron renuncia a sus aspiraciones con anterioridad al certamen electoral. La Sala declaró la nulidad del acto demandado teniendo en cuenta que, (i) no se demostró que se hubiesen configurado vicios en el consentimiento con respecto a la presentación de las renunciaciones; (ii) tales renunciaciones, surtieron plenos efectos jurídicos desde el momento mismo de su presentación ante la autoridad electoral.*

## **NULIDAD ELECTORAL / CONSEJOS MUNICIPALES DE JUVENTUD / RENUNCIA A CANDIDATURA ELECTORAL / VICIOS DEL CONSENTIMIENTO / ERROR DE DERECHO / MODIFICACIÓN DE LAS LISTAS DE CANDIDATOS**

**Problema jurídico:** *Corresponde a la Sala determinar si debe decretarse la nulidad del acto demandado por estar incurso en la causal de nulidad de infracción de norma superior al haberse desconocido los artículos 1, 4, 40, 85, 103 y 134 de la Constitución Política; los artículos 139 y 275.5 del CPACA y los artículos 33, 34 y 46 de la Ley 1622 de 20134, modificada por la Ley 1885 de 2018. Para esto debe establecerse: i) Si las renunciaciones presentadas por los demandados Santiago Espinal Echavarría y Vanesa Montoya Cuartas fueron provocadas o sugeridas, como se narra y cuál es el alcance de dicha circunstancia. ii) Si las renunciaciones presentadas por los tres candidatos, con anterioridad al certamen electoral, surtieron efectos, a partir de cuándo y cuál la consecuencia jurídica que de ellas se deriva, en relación con la validez del acto mediante el cual se declaró la elección de los mencionados jóvenes.*

**Tesis:** “Para que el consentimiento resulte anulado se deben configurar los llamados vicios del consentimiento previstos en el artículo 1508 del Código Civil, estos son error, fuerza o dolo. En punto de la fuerza, el artículo 1513 del Código Civil se refiere a esas situaciones que puedan generar un mal irreparable y grave, y para que vicie el consentimiento debe ser de tal entidad que sea capaz de producir una impresión fuerte en una persona. (...). Así las cosas, del material probatorio que se ha analizado, la Sala no encuentra que sobre los jóvenes (...) se hubiera ejercido alguna clase de fuerza o violencia que tuviera la entidad de viciar su voluntad para la presentación de la renuncia a la candidatura, pues ninguno de los declarantes refirió una circunstancia de esa naturaleza, ni fueron precisos en señalar cuales hubieran sido esas consecuencias nefastas para ellos si no presentaban la renuncia, por el contrario (...) específicamente afirmó que no se empleó ninguna clase de violencia y (...) solo logró avizorar consecuencias de tipo político, en el sentido de que su liderazgo se vio como una amenaza para el direccionamiento del movimiento político Medellín Nos Une, pero no se observa el mal irreparable o la consecuencia adversa, física o moral, contraria al ordenamiento, a la que se habrían visto expuestos, sumado al hecho de que tampoco se acreditó que la renuncia hubiera sido sugerida, más allá de lo afirmado por los propios declarantes, hecho que por demás no tiene la entidad de viciar el consentimiento, según se ha explicado. Corresponde a los demandados comprobar los hechos constitutivos del referido vicio y, más exactamente, aquellos de los que pudiera inferirse, por una parte, que en verdad tuvieron ocurrencia y, por otra, que fueron de la magnitud suficiente como para poder provocar la alteración de su juicio, teniendo en cuenta sus circunstancias personales. (...). [T]anto la parte actora, como los demandados han sido coincidentes en afirmar que las renunciaciones se presentaron de forma extemporánea, de lo cual la Sala concluye que la interpretación que le dan es que se presentaron con posterioridad a la fecha oportuna para realizar modificaciones a la lista de inscritos. Ahora, la posibilidad de modificar las inscripciones ante diversas eventualidades que se puedan presentar, como lo son la falta de aceptación de la candidatura, la renuncia de un candidato, la revocatoria de una inscripción, inhabilidades sobrevinientes, muerte o incapacidad de los inscritos, busca que los partidos y movimientos puedan recomponer sus listas, para lo cual el artículo 31 de la Ley 1475 de 2011 trae diferentes términos según el evento de que se trate. (...). Así las cosas, se debe distinguir que una es la posibilidad que tienen los partidos y movimientos políticos de modificar las inscripciones, para lo cual se cuenta con unos términos legales, y otra, la opción de que un candidato renuncie a su aspiración, acto que no cuenta con plazo determinado, pues por tratarse de un asunto que depende de la voluntad de cada individuo, se puede realizar en cualquier momento. En lo que interesa a este caso, se tiene que para la fecha en la que los demandados presentaron sus renunciaciones (27 de septiembre y 29 de noviembre de 2021) ya no se podían modificar las listas de inscritos del movimiento

independiente Medellín Nos Une para las elecciones del Consejo de Juventudes de ese municipio, no que ellos no pudieran declinar válidamente de su aspiración. (...). Ahora, para que la renuncia a una candidatura surta efectos, basta con que la misma sea presentada por «el renunciante directamente o por conducto de los inscriptores, ante el funcionario electoral correspondiente», lo que indica que la abdicación tiene efectos inmediatos. Se reitera que, al ser dos cosas diferentes, una, la renuncia y otra, la modificación de las listas de inscripción de candidatos, la dejación presentada en cualquier tiempo tiene efectos inmediatos, por lo que no es viable hablar de renunciaciones extemporáneas. Así las cosas, las dimisiones presentadas por (...), al ser una manifestación de su voluntad surtía plenos efectos jurídicos desde el mismo momento de su presentación ante la autoridad electoral. (...). Es importante poner de presente que, sin importar que las renunciaciones se hubieran manifestado con posterioridad al término oportuno para la modificación de las listas, los votos obtenidos se reputan válidos y pertenecen al movimiento, no a los candidatos. Bajo ese panorama, como el acto demandado declaró la elección de quienes ya no eran candidatos por el movimiento Medellín Nos Une, como se ha dejado claro en virtud de las renunciaciones presentadas, se evidencia un desconocimiento al ordenamiento jurídico, razón por la cual se declarará la nulidad del acto demandado respecto de quienes se ha enjuiciado en esta causa.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 20 de abril de 2023; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00022-00.](#)

## **2. Se negó la nulidad del acto de elección del representante a la Cámara por el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.**

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección del representante a la Cámara por el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para el período 2022-2026, a quien se acusa de haberse asociado con el alcalde del municipio de Providencia y Santa Catalina y sus secretarios de despacho, con el propósito de conseguir votos para la elección a la Cámara de Representantes a cambio del ofrecimiento de contratos con la administración municipal y otras prebendas. La Sala negó las pretensiones de la demanda en tanto no se acreditó que el demandado hubiera participado directa o indirectamente en la conducta endilgada o que la misma hubiese sido desarrollada con su anuencia.*

### **NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / CORRUPCIÓN DEL ELECTOR / CORRUPCIÓN DE LAS PRÁCTICAS ELECTORALES / FALTA DE PRUEBA**

**Problema jurídico:** *Corresponde a la Sala determinar, en el marco de la existencia de prácticas corruptas que afectan la pureza y libertad del voto, como causal subjetiva de nulidad electoral, si: a) ¿Se encuentra o no acreditado que servidores públicos de la Alcaldía de Providencia le solicitaron a empleados y contratistas de la entidad territorial, votar en favor de la candidatura del demandado a la Cámara de Representantes para el periodo 2022-2026, a cambio de la entrega de prebendas como la suscripción de contratos de prestación de servicios?. b) De ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante, si está o no acreditado, que, respecto de la situación antes señalada, el señor Jorge Méndez Hernández participó directa o indirectamente o sabía de ella y con su anuencia se adelantó. c) De ser afirmativa la respuesta al anterior problema, si la participación o anuencia del demandado en los hechos denunciados, constituye o no una violación de las normas invocadas que afecta la legalidad de la elección enjuiciada.*

**Tesis:** “De la causal de nulidad electoral de comisión de prácticas corruptas adelantadas por los candidatos de elección popular. (...). Se han descrito los principales aspectos del fallo del 16 de mayo de 2019 de esta Sección, porque a partir de lo considerado en él los demandantes alegaron que existieron prácticas corruptas relacionadas con la existencia una organización encabezada por el señor Méndez Hernández y en la que participaron el alcalde y la secretaria de planeación de Providencia, con el propósito de conseguir votos para el primero a cambio de prebendas, en abierta vulneración de las normas invocadas. (...). Aunque en principio buena parte del material probatorio apunta a que se le solicitó a empleados y contratistas de la entidad territorial, votar en favor de la candidatura del demandado a la Cámara de Representantes para el periodo 2022-2026, a cambio de la entrega de prebendas como la suscripción de contratos de prestación de servicios, a juicio de la Sala no se advierte con claridad, que el señor Jorge Méndez Hernández (I) participó directa o indirectamente en la anterior conducta o (II) que la misma se desarrolló con su anuencia. En efecto, pese a que de las pruebas recaudadas se desprende que la persona supuestamente favorecida con la referida exigencia sería el demandado, de ninguno de los documentos, testimonios o la declaración de parte que efectuó, puede concluirse aquélla se realizó en virtud de una

solicitud que hubiere realizado el señor Méndez Hernández o de algún acuerdo del que hizo parte con tal propósito. Tampoco, puede predicarse a partir de las pruebas practicadas, que el demandado estuvo presente en alguna reunión donde se hubiere requerido a los contratistas y/o servidores públicos de Providencia, votar por su candidatura para mantener la relación contractual o laboral con la entidad territorial, o en alguna sesión en la que se hubiere propuesto lo anterior como alternativa para obtener votos. Por tal motivo, de las pruebas aportadas al proceso no hay lugar concluir que la conducta denunciada por los demandantes se presentó con la participación directa o indirecta del señor Méndez Hernández. (...). En punto a la legalidad del acto electoral acusado, el hecho que no esté acreditado que el demandado participó directa o indirectamente en la prácticas antidemocráticas denunciadas, ni que éstas se hayan llevado a cabo con su anuncia, es relevante, en tanto (...) la anterior circunstancia es condición indispensable para que se predique la configuración de la causal de nulidad alegada y, por ende, para considerar que la conducta del elegido dio lugar al desconocimiento de las normas legales y constitucionales sobre el derecho al voto secreto y libre. Conclusión. Por lo tanto, debido a que no se probó la participación o anuencia del señor Méndez Hernández en las prácticas antidemocráticas denunciadas, no hay lugar de declarar la nulidad del acto que declaró su elección como congresista.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 25 de mayo de 2023; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00034-00 \(acumulado\).](#)

### **Aclaración de voto del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra**

#### **PRUEBA TRASLADADA / DOCUMENTOS CON CARÁCTER RESERVADO**

Tesis: “[E]l tratamiento dado a la reserva documental de la prueba trasladada no puede ser entendido en términos tan absolutos, porque no siempre es oponible a los jueces tal veto probatorio dentro del ejercicio de sus funciones como administradores de justicia. (...). [C]onsidero que resulta alejado a la finalidad de la calificación de “reservado” que se impida a un juez conocer y pronunciarse sobre la prueba respectiva cuando se trate de adoptar la decisión de la causa que decide. (...). [D]ependiendo de las circunstancias que rodeen el asunto bajo decisión judicial, el operador debe valorar cada caso en concreto, a fin de determinar hasta dónde puede plasmar el contenido o apoyarse en la prueba reservada en las consideraciones de su providencia, sin afectar o incidir en la cualificación de reserva. De manera tal, que pueda conciliar las dos circunstancias, a saber, por un lado, la reserva y por otro, el fundamento y consideraciones en que apoyará probatoriamente su decisión. (...). [L]a posición de negar en forma total la posibilidad de valorar la prueba trasladada reservada no resulta de recibo como una regla absoluta y general y menos oponible per se a los operadores judiciales. (...). Con mayor razón, (...) frente al juez en su labor de administrar justicia, no puede indicarse que como la prueba trasladada es reservada, esta tenga una prohibición o un impedimento absoluto para ser analizada por él y permitir proferir la decisión con fundamento en dicho medio de convicción, pues [se insiste] que corresponde analizar la situación en cada caso concreto dentro del marco del litigio que le han judicializado al operador, quien de todos modos está sometido al estricto cumplimiento del tratamiento procedimental de las pruebas que se consideran son reservadas.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 25 de mayo de 2023; A.V. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00034-00 \(acumulado\).](#)

## **3. Se declaró la nulidad del acto de elección del Contralor General de la República.**

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad de la elección del contralor general de la República, alegando que: (i) las Comisiones Legales de Acreditación Documental del Congreso de la República sesionaron durante el receso legislativo; (ii) se desconocieron los principios de publicidad, transparencia, moralidad e imparcialidad al elegir a la Universidad Industrial de Santander para adelantar la primera etapa del proceso de selección; (iii) se desconocieron las órdenes judiciales impartidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Tribunal Superior de Medellín dentro del proceso de elección cuestionado al momento de sanear el proceso de elección en cuestión y, por ende, se modificó la lista de elegibles de manera irregular; (iv) se modificaron de manera irregular los términos de la convocatoria; (v) se desconoció el principio de equidad de género en la elaboración de la lista definitiva de elegibles; y, (vi) que, la*

*elección demandada está viciada de falsa motivación por cuanto obedeció a negociaciones políticas y, no a una elección objetiva. La Sala declaró la nulidad del acto de elección teniendo en cuenta que se presentaron irregularidades graves durante etapas cruciales de su desarrollo. Lo anterior por cuanto la sesión plenaria en que se hizo la elección no fue citada con la antelación de que trata el artículo 21 de la Ley 5 de 1992; se elaboró una tercera lista de elegibles sin justificación alguna y lo más grave y determinante: los parámetros de la convocatoria fijados en la Resolución 001 del 17 de enero de 2023 fueron cambiados de manera injustificada luego de que se conocían los resultados de la prueba de conocimientos y de la evaluación de las hojas de vida efectuada por la Universidad Industrial de Santander.*

**NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA / SESIÓN DE LAS COMISIONES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA / RECESO LEGISLATIVO / COMISIÓN LEGAL DE ACREDITACIÓN DOCUMENTAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD / MODIFICACIÓN A LA CONVOCATORIA PÚBLICA / MODIFICACIÓN IRREGULAR DE LA LISTA DE ELEGIBLES / PRINCIPIO DE EQUIDAD DE GÉNERO / LISTA DE ELEGIBLES DEL CONCURSO DE MÉRITOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

**Problema jurídico:** *Corresponde a la Sala determinar si se debe declarar o no la nulidad del acto de elección del señor Carlos Hernán Rodríguez Becerra como contralor general de la República para el período 2022-2026. De manera concreta, se debe determinar: [1]. Si está acreditado o no que las Comisiones Legales de Acreditación Documental del Congreso de la República sesionaron durante el receso legislativo. De igual forma, si la citación al Congreso de la República se hizo en los términos dispuestos en el artículo 21 de la Ley 5 de 1992. [2]. Si se desconocieron los principios de publicidad, transparencia, moralidad e imparcialidad al elegir a la Universidad Industrial de Santander para adelantar la primera etapa del proceso de selección. [3]. Si se desconocieron o no las órdenes judiciales impartidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Tribunal Superior de Medellín dentro del proceso de elección cuestionado al momento de «sanear» el proceso de elección en cuestión y, por ende, se modificó la lista de elegibles de manera irregular. En este mismo sentido, si las varias reorganizaciones de las listas de elegibles se ajustaron a los parámetros legales y jurisprudenciales o si con ello se reabrieron injustificadamente etapas concluidas dentro del proceso de selección. [4]. Si se modificaron de manera irregular o no los términos de la convocatoria -específicamente en lo que tiene que ver con los criterios de ponderación de la entrevista y demás pruebas practicadas- a través de la Resolución 03 del 3 de agosto de 2022 que modificó las Resoluciones 01 y 02 del 17 y el 20 de enero de ese mismo año, mediante las cuales se convocó y reguló el proceso de elección del contralor general de la República. [5]. Si se desconoció el principio de equidad de género en la elaboración de la lista definitiva de elegibles. [6]. Si la elección demandada está viciada de falsa motivación por cuanto obedeció a negociaciones políticas y, no a una elección objetiva.*

**Tesis:** “[1] [E]n cuanto a las comisiones accidentales, el artículo 66 de la norma en comentario [Ley 5 de 1992] establece que «[p]ara el mejor desarrollo de la labor legislativa y administrativa, los presidentes y las Mesas Directivas de las Cámaras y sus Comisiones Permanentes podrán designar comisiones accidentales para que cumplan funciones y misiones específicas.» Entonces, como se mencionó, el artículo 143 habilita a que se autorice a las comisiones permanentes a sesionar durante el receso, para puntos específicos, sin embargo, la norma no diferencia entre comisiones constitucionales o legales y de la lectura del artículo 60 de la Ley 5 de 1992 se deduce que las Comisiones de Acreditación Documental son de carácter permanente. (...). [L]a diferencia entre las dos disposiciones [artículo 21 de la Ley 5 de 1992 y artículo 9 de la Ley 1904 de 2018] -más allá de que una hable de días calendario y la otra simplemente de días, por lo que conforme con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 4 de 19139 debe entenderse que se refiere a días hábiles- radica en que ambas normas regulan momentos diferentes. Efectivamente, el artículo 21 de la Ley 5 de 1992 fija el término de antelación con el que deben ser citados los congresistas en pleno para la elección del contralor general de la República por parte del presidente de la corporación, plenaria debe ser citada con 8 días de anticipación; mientras que el artículo 9 de la Ley 1904 de 2018 establece el plazo que tiene la Mesa Directiva del Congreso, una vez culminadas todas las etapas del proceso, para fijar fecha y hora para el efecto. (...). Es decir, entre la citación y la realización de la plenaria en que se eligió al demandado no transcurrieron los 8 días de antelación de que trata el artículo 21 de la Ley 5 de 1992, razón por la cual encuentra la Sala que durante este trámite se desconoció dicha norma, de lo que se deriva un vicio procedimental en el proceso bajo estudio que impidió que los miembros de la plenaria del Congreso pudieran estudiar y sustentar su voto de manera reposada. (...). [2] La inconformidad de los demandantes en lo que respecta al segundo subproblema jurídico se relaciona con que, desde su punto de vista, no se tuvieron en cuenta criterios de selección objetivos y no se informó a la ciudadanía sobre los factores empleados para la escogencia de la Universidad Industrial de Santander, UIS, para adelantar las primeras fases del proceso de elección del contralor general de la República, con lo cual se vulneraron los artículos 209 de la Constitución Política y 2 de la Ley 1904 de 2018. (...). [P]ese a que no obren en el expediente los

soportes de la selección de la Universidad Industrial de Santander, tampoco existe prueba alguna de que dicho procedimiento haya sido efectuado en contravía de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía o celeridad consagrados en el artículo 209 de la Carta Política; lo que sí se evidencia es un posible desconocimiento del principio de publicidad consagrado en esa misma disposición -por cuanto no se le permitió el acceso al público a las invitaciones efectuadas, a las universidades, a las propuestas por aquellas presentadas ni a los criterios de selección empleados, omisión que, en todo caso, no encuentra la Sala que sea relevante ni tenga incidencia en las resultas del proceso de elección ahora cuestionado, máxime si se tiene en cuenta que no se elevó cargo alguno por parte de los demandantes respecto de la actuación de la UIS dentro de este asunto. Es decir, en ninguno de los apartes de las demandas bajo estudio se cuestionó la gestión adelantada por la referida universidad en la elección del contralor general de la República ni se invocó el incumplimiento de sus obligaciones constitucionales, legales o contractuales. (...). Por lo que no corresponde en el marco del medio de control de nulidad electoral estudiar este tipo de cuestionamientos. (...). [3] y [4] Entonces, no encuentra la Sala que la Resolución 003 del 3 de agosto de 2022 haya llenado «vacíos» dejados por la Resolución 001 de ese mismo año, lo que hizo fue modificar sustancialmente los parámetros de ponderación allí establecidos y creó una nueva entrevista, es decir, una nueva etapa, pese a que se estaba en la etapa de formación de lista de elegibles, es decir, retrotrajo la actuación a una instancia anterior todo ello con base en una orden judicial dictada en el marco de una acción popular que se limitó a ordenar rehacer una lista de elegibles, no todo el proceso y mucho menos variar los criterios de evaluación y ponderación. Todo lo anterior en claro desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 126 de la Constitución Política y 6 de la Ley 1904 de 2018. (...). [N]o era viable elaborar una nueva lista sino elegir de los que quedaban en la segunda. Así las cosas, también se encuentra acreditado el desconocimiento de lo dispuesto en el precitado artículo 9 de la Ley 1904 de 2018 con la conformación de una tercera lista de elegibles. (...). En ese orden de ideas, se advierte que hubo una variación sustancial e injustificada de la convocatoria del proceso de selección lo que evidentemente - como se advirtió- contraviene lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución Política y los artículos 6 y 9 de la Ley 1904 de 2018 razón suficiente para declarar la nulidad de la elección demandada. (...). [5] Así las cosas, se insiste como sólo 5 mujeres obtuvieron o superaron los 70 puntos en la prueba de conocimientos y una de ellas renunció no era posible que la lista de elegibles estuviera integrada por 5 hombres y por 5 mujeres. En tales condiciones, no encuentra la Sala que la acusación referida a la violación del principio de equidad de género tenga vocación de prosperidad. (...). [6] En criterio de los demandantes, la elección del señor Carlos Hernán Rodríguez Becerra estuvo viciada de falsa motivación por cuanto obedeció a una serie de negociaciones políticas y no a una elección objetiva, sin embargo, como prueba de ello sólo aportaron dos enlaces de medios de comunicación en los que se hizo alusión a las denuncias presentadas por el señor Gustavo Bolívar. (...). En tales condiciones las pruebas allegadas por la parte actora sólo demuestran el registro periodístico que en su momento se hizo de las acusaciones elevadas por el congresista Bolívar, pero en manera alguna prueban la veracidad de aquellas. Así las cosas, al no existir prueba adicional al respecto no se encuentra acreditada la falsa motivación invocada en una de las demandas y, por ende, ese cargo no prospera.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 25 de mayo de 2023; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00297-00 \(acumulado\).](#)

## **4. Se negó la nulidad del acto de nombramiento de una magistrada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.**

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de nombramiento de una magistrada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, alegando que: (i) se vulneró el principio de publicidad; (ii) no hubo certificado de disponibilidad presupuestal para la expedición del acto demandado; y, (iii) el acto se expidió de manera irregular por cuanto se ejecutó sin estar en firme la decisión de confirmación. La Sala negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que: (i) si bien no se cumplió la publicación de la confirmación, ello no tiene incidencia para desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado; (ii) la disponibilidad presupuestal no es un requisito para la existencia o validez del acto de nombramiento de un magistrado de la Corte Suprema de Justicia; y, (iii) que tanto el acto de nombramiento y su confirmación se ejecutaron cuando adquirieron firmeza.*

**NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DE MAGISTRADO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD / ACTO DE CONFIRMACIÓN DEL NOMBRAMIENTO / CERTIFICADO**

## DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL / ACTO ADMINISTRATIVO EJECUTORIADO / INEXISTENCIA DE EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ELECCIÓN

**Problema jurídico:** *Corresponde a la Sala determinar si se debe declarar la nulidad del acto de nombramiento de la señora Martha Patricia Guzmán Álvarez, como magistrada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se debe dar respuesta a los siguientes interrogantes: a) ¿La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia desconoció el principio de publicidad y, de haberse transgredido, tal circunstancia conlleva a la anulación del acto de nombramiento demandado, por violación de las disposiciones constitucionales y legales invocadas como vulneradas? b) ¿La falta del certificado previo de disponibilidad presupuestal, conforme al artículo 71 del Decreto 111 de 1996, implica la anulación del acto de nombramiento cuestionado? c) En caso de que no haya operado la caducidad frente al cargo nuevo planteado en la reforma de la demanda, se estudiará ¿si el acto demandado se ejecutó sin estar en firme y si tal hecho lo vicia de nulidad?*

**Tesis:** “[1] La parte actora sostuvo que el acto demandado es nulo porque no se publicó la decisión de confirmación. La Sala considera que, si bien se acreditó que dicha actuación no se cumplió, sino que solo se divulgó su existencia a través del sistema de consulta de procesos de la Rama Judicial (...) tal circunstancia no tiene incidencia para desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado. (...). Así las cosas, aun cuando no se publicó la decisión de confirmación, esta se divulgó a través de la consulta en el sistema de procesos judicial de la Rama Judicial. Ahora, el artículo 65 del CPACA y la jurisprudencia en cita permiten concluir que dicho yerro no tiene la entidad suficiente de afectar la legalidad del acto de nombramiento y, por tal razón, la Sala advierte que las pretensiones del demandante en este aspecto carecen de vocación de prosperidad. (...). [2] De la necesidad de un certificado de disponibilidad presupuestal para la expedición del acto demandado. (...). En primer lugar, la Sala encuentra que la disponibilidad presupuestal no es un requisito para la existencia o validez del acto de nombramiento de un magistrado de la CSJ. Así se desprende del artículo 53 de la Ley 270 de 1996, el cual establece el procedimiento para la designación de los magistrados de dicha corporación judicial, sin que se avizore de su contenido que el CDP se trate de un elemento que deba soportar su legalidad. En segundo lugar, se tiene que los recursos para cubrir los emolumentos de un empleo en la CSJ se incluyen en el proyecto de presupuesto de la entidad, gastos que hacen parte del rubro de funcionamiento de la Rama Judicial. Así las cosas, la demandada fue nombrada en una plaza existente en la SCC de la CSJ, cuyos recursos estaban apropiados en el presupuesto de funcionamiento de la Rama Judicial -vigencia 2021- acorde con el artículo 2 de la Ley 2063 de 2020. Por lo anterior, se concluye que no se configuró el vicio de expedición irregular que alegó el demandante. (...). [3] De la presunta expedición irregular del acto por cuanto se ejecutó sin estar en firme la decisión de confirmación. (...). Para la Sala, como la anterior irregularidad se soportó en una actuación posterior al acto de nombramiento, es decir, frente aspectos de la ejecución del Acuerdo 1680 de 2021 y no frente a la legalidad de este, el cargo no prosperará. Además, acorde con las pruebas valoradas, se demostró que la decisión de confirmación se comunicó mediante correo electrónico del 2 de diciembre de 2021 -3:50 p. m.- como lo afirmó el accionante. Pese a lo anterior, como dicha decisión no es susceptible de recurso alguno, cobró firmeza al día siguiente -3 de diciembre-, en consonancia con el artículo 87 del CPACA. Por lo tanto, como las pruebas apreciadas dan cuenta que la demandada se posesionó en el cargo de magistrada de la SCC de la CSJ el 16 de diciembre de 2021 ante el presidente de la República, es claro que el acto de nombramiento y su confirmación se ejecutaron cuando adquirieron firmeza, lo que ocurrió el día 3 de ese mes y año.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia del 11 de mayo de 2023; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00023-00.](#)

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

**1. En la etapa de liquidación del contrato, las partes pueden celebrar transacciones y otra clase de arreglos que les permitan solucionar y finiquitar satisfactoriamente las diferencias que subsistan entre ellas, aunque esto implique recibir extemporáneamente obligaciones pactadas en el contrato, condonar o renunciar parcialmente a ciertos derechos, modificar determinadas obligaciones contractuales e, incluso, asumir algunas obligaciones nuevas.**

*Síntesis del caso: El Gobierno nacional, por intermedio de la directora general del Departamento Nacional de Planeación (DNP), con la coadyuvancia de la gerente general de la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio), solicita a la Sala emitir un concepto, en desarrollo de la función prevista en el artículo 112, numeral 7°, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), para solucionar la controversia jurídica que se ha suscitado entre esas dos entidades, en relación con la ejecución y liquidación del contrato interadministrativo N.º SGR-053 / 215050 del 7 de octubre de 2015, cuyo objeto es ejecutar la gerencia para el programa de fortalecimiento de capacidades a entidades territoriales en el ciclo de pre inversión de la estructuración de proyectos y al apoyo operativo y logístico del grupo de coordinación del Sistema General de Regalías.*

**CONCEPTO PARA PRECAVER LITIGIOS ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS / CLASES DE CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN / EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL / FONADE / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / CONTRATO ATÍPICO / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ATÍPICO / CONTRATO DE GERENCIA INTEGRAL DE PROYECTOS / PROYECTO DE INVERSIÓN / MODIFICACIÓN AL PROYECTO DE INVERSIÓN / FASES DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / HECHO DEL TERCERO / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL POR MUTUO ACUERDO / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO**

*Problema jurídico 1: Considerando la naturaleza del contrato, las partes y las obligaciones pactadas, ¿Cómo solucionar las diferencias entre las partes sobre el cumplimiento de obligaciones o compromisos que dependen de la conducta de un tercero, como lo son las entidades territoriales beneficiarias de los proyectos, tales como la adquisición de predios o gestiones a su cargo ante otras autoridades?*

**Tesis 1:** “A juicio de la Sala, el mecanismo más idóneo, razonable y eficaz que pueden utilizar las partes para solucionar las controversias surgidas entre ellas, en relación con la ejecución del contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015, es la liquidación bilateral o de común acuerdo de dicho contrato, dentro del plazo establecido en la ley. Conforme a lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia y la doctrina de esta corporación, en la etapa de liquidación, las partes pueden celebrar transacciones y otra clase de arreglos que les permitan solucionar y finiquitar satisfactoriamente las diferencias que subsistan entre ellas, aunque esto implique recibir extemporáneamente obligaciones pactadas en el contrato (y no cumplidas dentro del plazo de este), condonar o renunciar parcialmente a ciertos derechos, modificar determinadas obligaciones contractuales e, incluso, asumir algunas obligaciones nuevas, de futuro cumplimiento, pero estrictamente relacionadas con el objeto y el alcance del contrato interadministrativo que se liquida, entre otras opciones. En este sentido, los acuerdos a los que lleguen las partes, con base en las consideraciones expuestas en este concepto, deben tener en cuenta, como criterio fundamental, la necesidad de proteger y salvar los recursos públicos del Sistema General de Regalías que se han invertido hasta el momento en la estructuración de estos proyectos y, por encima de ello, satisfacer las necesidades básicas insatisfechas que se pretendían solucionar con tales proyectos, en las comunidades beneficiarias. En esa medida, aparte de establecer cuál de las partes debe asumir el costo de la realización de determinada actividad o etapa

de cada proyecto específico objeto de la disputa, debe velarse porque este pueda ser estructurado, en su totalidad, aunque ello se haga más adelante y con la participación de terceros, de forma tal que el proyecto pueda ser presentado y aprobado por el respectivo órgano colegiado de administración y decisión (OCAD) y, finalmente, ejecutado. Lo anterior se indica, claro está, a menos de que se concluya, en forma clara, técnica y objetiva, que determinado proyecto no resulte definitivamente viable, por razones jurídicas, técnicas o económicas, o que sea más oneroso para el erario reformularlo o corregirlo, que estructurar un proyecto distinto, para satisfacer la correspondiente necesidad de inversión social. Con respecto a las actividades o gestiones que dependían de un tercero (como las entidades territoriales), es importante señalar que, según lo explicado en este concepto, ENTerritorio asumió libre y voluntariamente el riesgo de inejecución o ejecución tardía de tales labores, cuando se obligó, mediante los otrosíes números 4 y 5 de 2018, a entregar un grupo determinado de proyectos debidamente estructurados, en fase de factibilidad, en una fecha cierta, con la plena consciencia de que dicha entrega dependía de las actividades que realizaran o culminaran esos terceros y que, en las fechas de suscripción de las modificaciones contractuales citadas, no habían ejecutado o culminado. Asimismo, se pudo verificar que, en varios de los proyectos objeto de la controversia, ENTerritorio no cumplió adecuadamente con sus obligaciones de «[g]arantizar que las actividades desarrolladas en el marco del presente contrato, cumplan con las condiciones de calidad técnica, económica razonable y de seguridad jurídica», y de «[...] realizar un trabajo mancomunado, constante y permanente con las entidades territoriales definidas por el DNP» (cláusula segunda, numerales 4 y 12), entre otras. Por tales razones, a juicio de la Sala, el incumplimiento de esos terceros no exonera de responsabilidad a ENTerritorio, pues dicha situación no puede calificarse jurídicamente, en este caso, como el «hecho exclusivo de un tercero», una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, u otro de los eventos de «causa extraña», que sirve para exonerar de responsabilidad contractual al deudor, en las obligaciones de resultado.”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre los contratos de gerencia integral de proyectos celebrados por ENTerritorio, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 1881 del 30 de abril de 2008, 1994 del 20 de mayo de 2010, 2135 del 9 de abril de 2013, 2271 del 10 de mayo de 2016, 2299 del 12 de diciembre de 2017 y 00002 del 16 de diciembre de 2019.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** // En el presente concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un estudio del marco jurídico, normativo y jurisprudencial de lo que se entiende por gerencia integral de proyectos, las obligaciones de medio y de resultado y las causales de exoneración en las obligaciones de resultado.

## **CONTRATO DE GERENCIA INTEGRAL DE PROYECTOS / PROYECTO DE INVERSIÓN / MODIFICACIÓN AL PROYECTO DE INVERSIÓN / FASES DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN / FASE DE PERFIL / FASE DE PREFACTIBILIDAD / FASE DE FACTIBILIDAD**

**Problema jurídico 2:** *Considerando las obligaciones de ENTerritorio en las fases de definición del perfil, prefactibilidad y factibilidad de un proyecto, ¿Cuál es el alcance de la prestación contractual sobre definición del perfil?*

**Tesis 2:** “El alcance de esta obligación contractual fue definido en varios documentos que forman parte integrante del contrato interadministrativo, como la oferta presentada por Fonade (ENTerritorio), los estudios técnicos elaborados por el DNP para la celebración del contrato, el Anexo Técnico y el Manual Operativo. Adicionalmente, debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.4.1.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015. De acuerdo con lo pactado en el contrato interadministrativo y en los documentos citados, el desarrollo del perfil de cada proyecto y la elaboración del informe respectivo eran obligaciones de ENTerritorio, que implicaban realizar, al menos, una jornada de trabajo en campo, es decir, en el terreno, junto con la entidad territorial interesada, para tener una aproximación más certera sobre la necesidad planteada por dicha entidad; hacer un análisis sobre el entorno de la idea presentada; determinar el nivel de maduración esta; preparar y evaluar, a partir de «información de origen», las posibles alternativas para estructurar el proyecto, con análisis de costo – beneficio y análisis legales e institucionales, de la gestión predial y de las restricciones sociales, ambientales, legales y financieras, entre otras; evaluar la situación actual y la esperada con las distintas alternativas, y elaborar costeos preliminares de estudios y diseños. Asimismo, suponía que, con base en el análisis de dicha información, ENTerritorio debía determinar si era viable seguir estructurado el proyecto, en cualquiera o cualesquiera de las alternativas planteadas, para lo cual debía tener en cuenta, además de la información y los análisis mencionados, la titularidad de los predios en los cuales se pretendiera construir o ejecutar el proyecto, según lo indicado expresamente por esa entidad, en su propuesta”.

## **CONTRATO DE GERENCIA INTEGRAL DE PROYECTOS / PROYECTO DE INVERSIÓN / FASES DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN / FASE DE PERFIL / FASE DE PREFACTIBILIDAD / FASE DE FACTIBILIDAD / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / FINALIDAD DEL CONTRATO**

## **INTERADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / OBLIGACIÓN DE RESULTADO**

**Problema jurídico 3:** *Considerando las obligaciones de ENTerritorio en las fases de definición del perfil, prefactibilidad y factibilidad de un proyecto, ¿Puede considerarse que ENTerritorio ha incumplido el contrato?*

**Tesis 3:** “Tal como se explica detalladamente, para cada uno de los seis proyectos involucrados en la controversia, en el acápite respectivo de este concepto y en su anexo, luego de estudiar de manera completa, objetiva y sistemática el expediente de esta consulta, así como lo manifestado por las partes en la audiencia y en las reuniones efectuadas con cada una de ellas, la Sala observa que existió un incumplimiento parcial del contrato por parte de ENTerritorio, en algunos de los proyectos mencionados, el cual está referido principalmente a su obligación de entregar determinados proyectos o subproyectos de inversión debidamente estructurados en fase de factibilidad, dentro del plazo acordado por las partes (obligación de resultado), en conjunto con otras obligaciones contractuales que tenía a su cargo dicha entidad”.

## **CONTRATO DE GERENCIA INTEGRAL DE PROYECTOS / PROYECTO DE INVERSIÓN / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / SUPERVISIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA**

**Problema jurídico 4:** *Considerando las obligaciones de ENTerritorio en las fases de definición del perfil, prefactibilidad y factibilidad de un proyecto, ¿La aprobación del perfil por parte del supervisor designado por el contratante, cómo incide en la responsabilidad del contratista gestor en relación con el alcance y ejecución del proyecto?*

**Tesis 4:** “Ni el contrato interadministrativo ni los documentos descritos en la primera respuesta establecen, como una obligación del DNP, la de revisar y aprobar, desaprobar o devolver con observaciones el informe de perfil. Sin embargo, debe recordarse que, durante el desarrollo de esta etapa, el DNP debía: i) entregar la información inicial del proyecto a ENTerritorio, con base en la solicitud y en la información entregadas por la entidad territorial interesada; ii) revisar y objetar o no el cronograma inicial del proyecto, elaborado por ENTerritorio; iii) «guiar» a ENTerritorio en la ejecución de esta fase, lo que, a juicio de la Sala, consistía en suministrarle orientaciones generales (dado su carácter de experta); iv) recibir el informe de perfil entregado por ENTerritorio, y v) definir, en conjunto con ENTerritorio, y en el seno del Comité Técnico Operativo, los requerimientos técnicos que dicha entidad debía tener en cuenta para realizar los procesos de contratación de las consultorías para la estructuración de los proyectos, así como determinar la razonabilidad de los resultados obtenidos por ENTerritorio, en esta fase. Asimismo, en virtud de su deber de supervisión sobre el contrato interadministrativo, y del principio de colaboración armónica entre las entidades públicas, debía advertir a ENTerritorio acerca de cualquier error, inconsistencia o vacío que observara en la ejecución de esta fase, o en el informe respectivo”.

## **CONTRATO DE GERENCIA INTEGRAL DE PROYECTOS / PROYECTO DE INVERSIÓN / MODIFICACIÓN AL PROYECTO DE INVERSIÓN / FASES DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN / FASE DE PERFIL / FASE DE PREFACTIBILIDAD / FASE DE FACTIBILIDAD / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / FINALIDAD DEL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL**

**Problema jurídico 5:** *Considerando las obligaciones de ENTerritorio en las fases de definición del perfil, prefactibilidad y factibilidad de un proyecto, ¿Es factible, jurídicamente, que las partes acuerden modificaciones a los proyectos, cuando por alguna circunstancia el mismo no alcanza la etapa siguiente?*

**Tesis 5:** “Era factible, durante la ejecución del contrato interadministrativo e, incluso, en la etapa de liquidación, que las partes realicen modificaciones en los proyectos, para permitir que estos se puedan seguir estructurando, en la etapa siguiente, hasta lograr la viabilidad completa de tales proyectos, en el ciclo de preinversión, y lograr así su aprobación, por parte del respectivo OCAD. A este respecto, debe precisarse que el contrato interadministrativo era un acuerdo abierto y general, que no se refería, específicamente, a determinado proyecto o grupo de proyectos de inversión, sino a todos aquellos cuya estructuración encomendara el DNP a ENTerritorio y que alcanzaran a ser estructurados, dentro del plazo y los recursos asignados por las dos partes, en el acuerdo”.

## **CONTRATO DE GERENCIA INTEGRAL DE PROYECTOS / PROYECTO DE INVERSIÓN / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO / PAGO PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN**

**Problema jurídico 6:** *¿Considerando las obligaciones pactadas en el contrato sería posible, jurídicamente, que el DNP proceda a recibir los proyectos en discusión, en el estado en que se encuentran, y realizar el pago, total o parcial, de la cuota de Gerencia o remuneración pactada a favor de ENTerritorio, habida cuenta de las diferencias surgidas entre las partes en la etapa de liquidación del contrato y expuestas en los antecedentes de la solicitud de concepto?*

**Tesis 6:** “Tal como se manifiesta en la respuesta a la primera pregunta, es jurídicamente viable que el DNP, como acreedor de las principales obligaciones relacionadas con el componente de estructuración de proyectos, los reciba en el estado en que se encuentren, con el fin de continuar su estructuración, ya sea internamente (con su propio personal), mediante la contratación de terceros o, incluso, si así lo convienen las partes, con la colaboración de ENTerritorio, en desarrollo de otro contrato interadministrativo. En relación con el reconocimiento de los costos involucrados en la estructuración de estos proyectos, y la parte que debe asumirlos, nos remitimos a lo explicado, para cada uno de ellos, en la parte considerativa de este concepto. Con respecto a la cuota de gerencia u honorarios a favor de ENTerritorio por la ejecución de este componente del contrato interadministrativo, la Sala entiende, con base en la documentación y en la información suministrada por las partes, que el DNP desembolsó la totalidad de los recursos acordados en el contrato interadministrativo, por este concepto. Ahora bien, como el contrato interadministrativo celebrado entre las dos partes constituye un negocio sinalagmático y conmutativo, y los honorarios estipulados a favor de ENTerritorio deben guardar proporcionalidad con el cumplimiento de sus obligaciones, dicha entidad solo tendría derecho a recibir la totalidad de la cuota de gerencia si hubiese cumplido cabalmente con la totalidad de sus obligaciones. En consecuencia, y dado que la Sala ha constatado que se presentó un incumplimiento parcial del contrato, por parte de ENTerritorio, dicha entidad tendría que devolver parte de sus honorarios, en proporción al referido incumplimiento, dentro del plazo que las partes acuerden. Para tal efecto, la Sala sugiere que las partes calculen dicha porción, aplicando la misma relación matemática que exista entre: i) el valor total del contrato y ii) el valor total de las obligaciones incumplidas parcialmente por ENTerritorio, que equivaldría, en principio, a la sumatoria de los recursos que dicha entidad debe reintegrar, por este motivo, conforme a lo establecido en el presente concepto”.

## **CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / RENDIMIENTO FINANCIERO / RECURSO CONTRACTUAL NO EJECUTADO / DEVOLUCIÓN DEL RENDIMIENTO FINANCIERO**

**Problema jurídico 7:** *Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, lo estipulado en el mismo, las diferencias de las partes en torno al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, las circunstancias atribuibles a terceros, las modificaciones aceptadas por el DNP o convenidas por las entidades públicas contratantes, ¿A quién corresponden los rendimientos financieros generados por los recursos contractuales no ejecutados?, ¿si hay lugar a la devolución de los rendimientos financieros, a partir de qué momento se causan los mismos?*

**Tesis 7:** “En el contrato interadministrativo se pactó expresamente que los rendimientos financieros que generaran los recursos entregados por el DNP a ENTerritorio serían de propiedad de esta entidad, sin ninguna salvedad o excepción. Tal estipulación es coherente con el alcance del contrato y las obligaciones asumidas por las partes. En consecuencia, y en desarrollo de los principios de la autonomía de la voluntad, de la buena fe y de la fuerza obligatoria de los contratos (pacta sunt servanda), ENTerritorio no estaría obligado a devolver al DNP los rendimientos financieros obtenidos con las sumas aportadas por dicho organismo que no fueron ejecutadas. Por el contrario, y dado que la Sala considera que los rendimientos financieros pactados en el contrato constituían una especie de remuneración adicional para ENTerritorio (además de la «cuota de gerencia») por la efectiva realización de las actividades y la prestación de los servicios a su cargo, tal como ocurre con la denominada «cuota de gerencia», se infiere que ENTerritorio solo podría tener derecho a percibir la totalidad de esta remuneración (rendimientos) si ejecutaba cabalmente la totalidad de sus obligaciones, mas no cuando incurriera en un incumplimiento parcial, como sucedió en el caso de la consulta. Por tal razón, la Sala considera que ENTerritorio debe reconocer y pagar o devolver al DNP, dentro del plazo que las partes acuerden, los rendimientos financieros generados por las sumas de dinero que esa entidad debería reintegrar, según lo explicado en este concepto, por haber incurrido en un incumplimiento parcial de sus obligaciones. En dicho caso, los rendimientos a devolver serían aquellos que se hayan causado, sobre las sumas mencionadas, desde el momento en que se produjeron hasta la fecha en la que se realice su pago efectivo al DNP”.

## **CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS / RECURSO CONTRACTUAL NO EJECUTADO**

**Problema jurídico 8:** *Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, lo estipulado en el mismo, las diferencias de las partes en torno al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, las circunstancias atribuibles a terceros, las modificaciones aceptadas por el DNP o convenidas por las entidades públicas contratantes, ¿Qué sucede con los gravámenes a los movimientos financieros -GMF- causados y pagados con cargo a los recursos contractuales no ejecutados?*

**Tesis 8:** “Con respecto al gravamen a los movimientos financieros (GMF), la Sala considera que el costo del tributo pagado efectivamente por ENTerritorio (mediante la retención practicada por las entidades financieras) no debe ser asumido por el DNP, en relación con los recursos que ENTerritorio deba reintegrarle a la liquidación del contrato interadministrativo, debido a que, si el valor de dicho impuesto fuera deducido o descontado por ENTerritorio de las sumas a devolver al DNP, este organismo no recibiría una indemnización integral del perjuicio económico (daño emergente) sufrido por el incumplimiento parcial del contrato, atribuible a ENTerritorio. En consecuencia, las sumas de dinero que ENTerritorio deba reintegrar, tal como se acuerde en el acta de liquidación, deberán devolverse de manera completa, es decir, sin descontar el correspondiente gravamen a los movimientos financieros (GMF) que dicha entidad haya pagado”.

### **CONTRATO DE GERENCIA INTEGRAL DE PROYECTOS / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL POR MUTUO ACUERDO / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO**

**Problema jurídico 9:** *¿De acuerdo con los antecedentes y demás circunstancias fácticas relacionadas en el escrito inicial y con las preguntas que se hacen en este complemento, es posible, bajo las condiciones descritas, liquidar el contrato y en qué forma?*

**Tesis 9:** “[N]o solamente es viable liquidar, de común acuerdo, el contrato interadministrativo, sino que, en opinión de la Sala, es la forma más adecuada, razonable, segura y, por lo tanto, recomendable para solucionar las controversias jurídicas planteadas en la consulta”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto PL 00004 del 22 de noviembre de 2022; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2021-00138-00\(PL00004\). Levantamiento de reserva mediante auto del 13 de junio de 2023.](#)

**Salvamento parcial de voto de la consejera Ana María Charry Gaitán.**

### **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / RENDIMIENTO FINANCIERO / COMPONENTE DE INFLACIÓN EN EL RENDIMIENTO FINANCIERO / INFLACIÓN EN EL RENDIMIENTO FINANCIERO / RECURSO CONTRACTUAL NO EJECUTADO / DEVOLUCIÓN DEL RENDIMIENTO FINANCIERO**

**Problema jurídico:** *¿Le corresponden a ENTerritorio los rendimientos financieros generados por los recursos contractuales no ejecutados?*

**Tesis:** “[C]onsidero respetuosamente que la Sala ha debido circunscribirse a determinar cuál de las dos autoridades en conflicto -el DNP o ENTerritorio- debe ser considerada la propietaria de los rendimientos financieros generados con los recursos no ejecutados del contrato o, dicho de otra forma, cuál de las dos entidades tiene derecho a percibir dichos réditos. (...) [L]os intereses o rendimientos financieros que ENTerritorio pudo obtener con los recursos desembolsados por el DNP, en desarrollo del contrato interadministrativo, son aquellos generados con las sumas de dinero que no utilizó para la ejecución de las diferentes actividades u obligaciones a cargo de esa entidad, conforme a lo pactado en el contrato, y que, por lo tanto, ENTerritorio tuvo (y tiene todavía) a su disposición para invertir. Por el contrario, los recursos que fueron efectivamente utilizados por ENTerritorio para pagar gastos y obligaciones adquiridas con terceros (entre ellos, los consultores y los interventores contratados para la estructuración de los proyectos), en desarrollo del objeto del contrato interadministrativo, no generaron ni podían generar rendimientos financieros, salvo, eventualmente, entre el momento en que tales sumas de dinero fueron desembolsadas por el DNP y el instante en que fueron giradas por ENTerritorio a favor de terceros o de la propia entidad (en el caso de la «cuota de gerencia»). Esta conclusión no varía por el hecho de que las obligaciones contractuales de ENTerritorio, para cuya ejecución se utilizaron dichos recursos, hayan sido acometidas de manera defectuosa o tardía (cumplimiento defectuoso o retardo), pues, en tales casos, los dineros se utilizaron, de todas formas, y no se mantuvieron en poder de ENTerritorio, para invertirlos en el mercado de capitales. es claro que las partes acordaron, libre, voluntaria y expresamente, que los rendimientos financieros causados en la ejecución del contrato serían propiedad de ENTerritorio, sin ninguna excepción o limitación, ni siquiera por el hecho de que esta entidad tuviera que devolver al DNP

parte de los recursos suministrados por este organismo para el cumplimiento del objeto contractual, por no haberlos ejecutado o por haberlo hecho de manera equivocada. Es importante precisar que el principio de la fuerza normativa de los contratos implica que lo pactado por las partes, no solamente debe ser obedecido por ellas, sino también debe ser respetado por los terceros, incluyendo en esta categoría a las autoridades judiciales y administrativas, salvo cuando, en relación con las primeras, el juez que deba resolver el asunto observe que el contrato o la cláusula respectiva sean inexistentes o ineficaces, o estén incurso en una causal de nulidad absoluta, que debe proceder a declarar, aun de oficio (artículos 45 de la Ley 80 de 1993 y 1742 del Código Civil). Por lo tanto, la Sala de Consulta, al conceptuar sobre la forma como las partes podrían solucionar la controversia jurídica que enfrentan y liquidar, de común acuerdo, el contrato interadministrativo, debe respetar y acoger fielmente lo convenido por aquellas, sobre este y cualquier otro punto. Ni siquiera, si la Sala estimara que la cláusula décima del contrato interadministrativo estuviera viciada de nulidad -lo que no ha ocurrido-, podría desconocer su contenido y efectos, sino que tendría que limitarse a advertirlo, pues, al no ejercer función judicial, no podría declarar, de oficio o a petición de parte, dicha nulidad. (...) Sin perjuicio de lo anterior, la suscrita considera que la Sala ha podido y debido recomendar a las partes que las sumas de dinero que ENTerritorio deba reintegrar al DNP, como consecuencia del incumplimiento parcial de sus obligaciones, según lo explicado en el concepto, sean actualizadas o indexadas, con el índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) y de acuerdo con la fórmula que, para tales efectos, ha implementado la jurisprudencia”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto PL 00004 del 22 de noviembre de 2022; S.P.V. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2021-00138-00\(PL00004\). Levantamiento de reserva mediante auto del 13 de junio de 2023.](#)

## **2. El Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar, de manera directa, a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras es la autoridad competente para resolver las impugnaciones que se presenten en el marco de la elección de los delegados ante dicho órgano.**

**Síntesis del caso:** *El ministro del Interior solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil emitir concepto relacionado con «la autoridad u órgano competente para determinar los conflictos que surgen en el marco de la elección de delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa de las comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras», y, además, sobre el procedimiento aplicable.*

**ESPACIO NACIONAL DE CONSULTA PREVIA / DERECHO A LA CONSULTA PREVIA / CONSULTA PREVIA DEL GRUPO ÉTNICO / CONSULTA PREVIA DE LA COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE / PARTICIPACIÓN DE LA COMUNIDAD ÉTNICA / REPRESENTACIÓN DE LA COMUNIDAD / ELECCIONES / IMPUGNACIÓN / COMPETENCIA**

**Problema jurídico 1:** *¿El Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar, de manera directa, a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras es la autoridad competente para resolver las impugnaciones que se presenten en el marco de la elección de delegados ante dicho órgano?*

**Tesis 1:** “[C]omo una institución de representación, fue creado el Espacio Nacional de Consulta Previa de medidas de amplio alcance, como consecuencia de un proceso de consulta previa ordenado por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-576 de 2014, luego de haber fracasado un primer intento de creación debido a que el Gobierno, al expedir la Resolución 121 de 2012, limitó la participación sólo para aquellas comunidades que acreditaran títulos de dominio de tierras, y, además, omitió consultar dicho acto administrativo pese a la trascendencia de los asuntos que se iban a definir a través del Espacio referido. Este Espacio Nacional de Consulta Previa creado por las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en ejercicio de su derecho de participación, autonomía y autodeterminación, es la

institución representativa, legítima y operativa para adelantar los procesos de consulta previa de las medidas de amplio alcance que las afecten directamente. Estas comunidades al crear este Espacio establecieron sus propias reglas de funcionamiento de acuerdo con su cosmovisión, sus propias costumbres, formas de vida, gobernanza, prácticas tradicionales y procedimientos culturalmente aceptados, lo que reafirma su propia identidad. Todo esto dota al Espacio de representatividad no solo en materia de consulta previa de medidas legislativas y administrativas de amplio alcance que puedan afectarlas, sino para solucionar los conflictos y dificultades que se presenten en su funcionamiento. (...) [A]l Espacio Nacional de Consulta Previa se le asignaron funciones tendientes a desarrollar su objeto como instancia de consulta previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, tales como: i) servir de instancia de diálogo e interlocución con el Gobierno nacional en las diferentes etapas de la consulta previa; ii) adelantar la etapa de protocolización de la consulta previa, es decir, suscribir los acuerdos y los puntos de desacuerdo respecto de los proyectos sujetos a análisis; y, iii) crear y adoptar un protocolo de consulta previa. Adicionalmente, se le asignó una función que podría catalogarse como administrativa consistente en «darse su propio reglamento». En el reglamento se debe regular lo relacionado con el funcionamiento operativo de dicho Espacio, pero también es allí donde se señalan los criterios que se deben tener en cuenta para la invitación a funcionarios del Gobierno o a un tercero y el número de integrantes de las diferentes comisiones, las cuales tienen como límite máximo de integrantes 50 delegados. Este órgano representativo deberá sesionar mínimo 2 veces al año, para lo cual deberá ser convocado por el Ministerio del Interior. Está conformado por 7 comisiones permanentes, cada una de las cuales tiene asignados unos temas específicos de conocimiento y estudio, sin embargo, no tienen poder decisorio, sino de recomendación a la plenaria sobre los temas que les compete. La regulación también da la posibilidad de que se conformen comisiones accidentales para tratar temas coyunturales o que no sean propios de las comisiones permanentes. Su funcionamiento es eminentemente temporal, de tal manera que en su conformación se deben definir el propósito, la duración y el número de delegados, que no pueden superar los 50 delegados. Además, en armonía con lo señalado respecto a la competencia de las comisiones permanentes, una comisión accidental tampoco tendría poder de decisión, su función se limita a conocer y estudiar el tema asignado para, posteriormente, recomendar a la plenaria, la que finalmente es la competente para decidir. Esta regulación del Espacio Nacional de Consulta Previa, como se indicó, es la materialización del ejercicio, por parte de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, de varios de sus derechos fundamentales, como son la participación en las decisiones que involucran sus derechos e intereses; la consulta previa, como una modalidad de participación, que se activa cuando se identifica la existencia de una afectación directa; la autonomía y la autodeterminación «[c]omo una manifestación del derecho fundamental a la identidad y a la integridad económica, social y cultural [...] garantías superiores que propenden por su supervivencia como grupos étnica y culturalmente diferenciados». De lo expuesto, analizados los criterios y las reglas de integración y funcionamiento de dicho Espacio, los cuales fueron expedidos por las mismas comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en ejercicio de su autonomía, autodeterminación y autogobierno, y, atendiendo sus procedimientos culturalmente aceptados, su cosmovisión y sus tradiciones, se concluye que es esta la institución llamada a dilucidar los conflictos, inconformidades e impugnaciones que se hayan presentado en el proceso de elección de los nuevos dignatarios, adelantado en cada una de las asambleas departamentales y distritales. Incluso, en dicha condición de institución representativa, el Espacio ya había aprobado la modificación del período de los delegados actuales, prorrogándolo en varias oportunidades, como se evidenció”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** En el presente concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un recuento del marco normativo de carácter internacional y nacional, así como de los antecedentes jurisprudenciales referidos al derecho fundamental a la consulta previa.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre los estándares que rigen el derecho a la consulta previa, ver: Corte Constitucional, Sentencias C-891 de 2002, C-030 de 2008, Sentencia C-175 de 2009, C-615 de 2009, T-129 de 2011, T-359 de 2015, SU-123 de 2018, SU-383 de 2003, T-376 de 2012, T-660 de 2015, T-256 de 2015, T-197 de 2016, T-236 de 2017, T-547 de 2010, T-693 de 2011, SU-039 de 1997, SU-383 de 2003, T-576 de 2014, C-461 de 2008, C-175 de 2009, C-169 de 2001, T-514 de 2012, T-550 de 2015, entre otras; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2290 de 2016.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance que puedan afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Institución representativa, ver: Corte Constitucional, sentencia T-576 de 2014 // La Sala de Consulta y Servicio Civil realizó una reseña del marco jurídico internacional y de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en lo que refiere a las instituciones representativas de las comunidades étnicas y el deber de adelantar la consulta previa.

**NOTA DE RELATORÍA 4:** La Sala de Consulta y Servicio Civil realizó una reseña del marco jurídico internacional y de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en lo que refiere a las instituciones representativas de las comunidades étnicas y el deber de adelantar la consulta previa.

## ESPACIO NACIONAL DE CONSULTA PREVIA / PARTICIPACIÓN DE LA COMUNIDAD ÉTNICA / REPRESENTACIÓN DE LA COMUNIDAD / ELECCIONES / IMPUGNACIÓN / DERECHO DE PETICIÓN / APLICACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN / GARANTÍAS DEL DERECHO DE PETICIÓN / NORMATIVA DEL DERECHO DE PETICIÓN

**Problema jurídico 2:** *¿El derecho fundamental de petición es un medio efectivo para resolver las impugnaciones que se presenten en el marco de la elección de delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar, de manera directa, a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras?*

**Tesis 2:** “[L]as peticiones materializadas a través de las inconformidades e impugnaciones planteadas al interior de algunas de las asambleas departamentales convocadas para la elección de los delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa se constituyen en el medio para hacer efectivo el derecho fundamental a elegir y ser elegido; es decir, el derecho fundamental de petición es el medio para hacer efectivo el derecho fundamental electoral; ambos derechos propios de una democracia participativa y principio fundamental del Estado Social de Derecho. La Corte Constitucional fijó unas reglas respecto del derecho de petición, cuando este es ejercido por personas pertenecientes a comunidades étnicas, quienes gozan de especial protección constitucional. Al respecto, diferenció dos situaciones en que es ejercido este derecho: la primera, cuando la petición es elevada ante una entidad o funcionario del orden mayoritario, o ante un particular de la cultura occidental; y, la segunda, cuando la petición es dirigida ante una de las autoridades tradicionales. En la primera hipótesis, la Corte señaló que dicha petición y la contestación se deben regir por la Constitución y por las normas estatutarias en relación con el derecho de petición, de manera general. En la segunda hipótesis, la Corte resguardó la autonomía étnica, la cosmovisión y organización de los procedimientos tribales, por lo que amparó el derecho de petición haciéndolo compatible con los usos, costumbres, tradiciones y organización interna del grupo étnico, dado que dichas comunidades reconocían reglas para el ejercicio de ese derecho al interior de sus organizaciones. (...) [P]ara el caso objeto de consulta, dado que la alternativa propuesta es tramitar los conflictos, inconformidades e impugnaciones por la vía del derecho de petición, y este se tramitaría ante el Espacio Nacional de Consulta Previa, en pleno, para medidas de amplio alcance, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, como autoridad representativa, y dado que no se conocen reglas tradicionales para el ejercicio de su derecho de petición, lo conducente, y de manera supletiva, será acudir a las reglas establecidas para todos los ciudadanos en materia del derecho de petición, acorde con la Carta, que son las desarrolladas por el CPACA, mientras las mismas comunidades adoptan sus propias reglas en esta materia, de conformidad con sus costumbres, usos, tradiciones y organización interna”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre el ejercicio del derecho fundamental de petición, ver: Corte Constitucional, sentencia C-951 de 2014, C-818 de 2011.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre el ejercicio del derecho fundamental de petición al interior de las comunidades étnicas, ver: Corte Constitucional, sentencia T-221 de 2021.

## ESPACIO NACIONAL DE CONSULTA PREVIA / PARTICIPACIÓN DE LA COMUNIDAD ÉTNICA / REPRESENTACIÓN DE LA COMUNIDAD / ELECCIONES / IMPUGNACIÓN / COMPETENCIA

**Problema jurídico 3:** *¿Puede el propio Espacio Nacional de Consulta Previa resolver impugnaciones a las elecciones de delegados para el nuevo período? ¿Es posible que mediante la conformación de una comisión accidental del Espacio Nacional de Consulta Previa se resuelvan las impugnaciones a las elecciones de delegados ante el Espacio? ¿Cuál debe ser el número de delegados ante esta comisión accidental y cuál el procedimiento para su conformación?*

**Tesis 3:** “El Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar, de manera directa, a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, por ser el órgano representativo de estas comunidades en la materia aludida, sería el llamado a resolver las impugnaciones que se hayan presentado en el proceso de elección de los nuevos dignatarios. (...) Las impugnaciones deben resolverse por el Espacio Nacional de Consulta Previa en pleno, sin perjuicio de que operativamente se apoye en comisiones o grupos de trabajo, según lo determine el órgano representativo en ejercicio de su autonomía”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre el ejercicio del derecho fundamental de petición, ver: Corte Constitucional, sentencia C-951 de 2014, C-818 de 2011.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el ejercicio del derecho fundamental de petición al interior de las comunidades étnicas, ver: Corte Constitucional, sentencia T-221 de 2021.

## ESPACIO NACIONAL DE CONSULTA PREVIA / PARTICIPACIÓN DE LA COMUNIDAD ÉTNICA / REPRESENTACIÓN DE LA COMUNIDAD / ELECCIONES / IMPUGNACIÓN / COMPETENCIA / APLICACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN

**Problema jurídico 4:** *¿Cuál debe ser el procedimiento y la autoridad competente para resolver las impugnaciones e inconformidades presentadas contra las elecciones de delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa para el período 2023-2027?*

**Tesis 4:** “El procedimiento que debe aplicarse es el propio del derecho de petición, como quedó explicado en la consulta. Respecto a la autoridad (...) la competencia es del Espacio Nacional de Consulta Previa en pleno”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2504 del 16 de mayo de 2023; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2023-00152-00\(2504\). Levantamiento de reserva mediante oficio del 8 de junio de 2023.](#)

### **3. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que la Procuraduría General de la Nación es la autoridad competente para continuar adelantando un proceso disciplinario en contra de un auxiliar de la justicia.**

**Síntesis del caso:** *Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría Regional de Instrucción del Meta y la Comisión Seccional de Disciplina Judicial del Meta, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para conocer de la investigación disciplinaria adelantada en contra de un auxiliar de la justicia.*

## CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / COMISIÓN SECCIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL / LIQUIDADOR / AUXILIAR DE LA JUSTICIA / PROCESO DISCIPLINARIO / CONOCIMIENTO DEL PROCESO DISCIPLINARIO / COMPETENCIA DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL / COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL / PODER DISCIPLINARIO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PARTICULARES QUE EJERCEN LA FUNCIÓN PÚBLICA / DISCIPLINADO /

**Problema jurídico 1:** *¿En relación con la competencia para investigar y sancionar a particulares disciplinables prevalece el artículo 92 de la Ley 1952 de 2019 que atribuye esta competencia a la Procuraduría General de la Nación y a las personerías?*

**Tesis 1:** “i) La atribución de competencia disciplinaria que realiza el artículo 2 de la Ley 1952 de 2019 a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a sus respectivas comisiones seccionales, en relación con los particulares disciplinables conforme al nuevo código, no es compatible con el mandato superior contenido en el artículo 257A. Dicha incompatibilidad se debe a que, como se analizó en esta decisión, el artículo constitucional 257A, al asignar funciones a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a sus comisiones seccionales, no facultó al Legislador para agregar nuevas funciones a dichas comisiones mediante normas de rango legal. Como consecuencia, se tiene que la competencia de dichos órganos de la Rama Judicial se restringe a la que la Constitución le hubiere asignado, sin que puedan ser agregadas otras funciones por vía legal, como sería la asignación de competencia para disciplinar a los auxiliares de justicia, consignada en el artículo 2 de la Ley 1952 de 2019. ii) De manera adicional, existe una contradicción entre la competencia atribuida en el referido artículo 2 a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial para disciplinar a los particulares y lo dispuesto en los artículos 70 y 92 de la misma normativa, en virtud de los cuales los auxiliares de justicia, en calidad de particulares que ejercen funciones públicas, son disciplinados por la Procuraduría General de la Nación y las personerías. iii) Dicha incompatibilidad debe ser resuelta realizando una interpretación conforme a la Constitución Política, esto es, acorde con

las competencias constitucionales atribuidas por el artículo 257A a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a sus seccionales, la cual no incluye la facultad de disciplinar a los particulares disciplinables por el Código General Disciplinario. iv) En consecuencia, la Sala concluye que, en relación con la competencia para investigar y sancionar a particulares disciplinables prevalece el artículo 92 de la Ley 1952 de 2019, que atribuye esta competencia a la Procuraduría General de la Nación y a las personerías, según el caso”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre los liquidadores en procesos de insolvencia empresarial adelantados por la Superintendencia de Sociedades como auxiliares de la justicia, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 22 de junio de 2021. Exp. 11001-03-06-000-2021-00025-00(C).

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la naturaleza de las funciones de los auxiliares de la justicia, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 22 de junio de 2021. Exp. 11001-03-06-000-2021-00025-00(C) y Corte Constitucional Sentencia C-798 de 2003. // Sobre la competencia del extinto Consejo Superior de la Judicatura para adelantar procesos disciplinarios en contra de auxiliares de la justicia, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 22 de junio de 2021. Exp. 11001-03-06-000-2021-00025-00(C) // Sobre la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, ver: Corte Constitucional, sentencia C-373 de 2016 y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2415 del 20 de agosto de 2019.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre la naturaleza de las funciones de los auxiliares de la justicia, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 22 de junio de 2021. Exp. 11001-03-06-000-2021-00025-00(C) y Corte Constitucional Sentencia C-798 de 2003.

**NOTA DE RELATORÍA 4:** Sobre la competencia del extinto Consejo Superior de la Judicatura para adelantar procesos disciplinarios en contra de auxiliares de la justicia, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 22 de junio de 2021. Exp. 11001-03-06-000-2021-00025-00(C)

**NOTA DE RELATORÍA 5:** Sobre la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, ver: Corte Constitucional, sentencia C-373 de 2016 y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2415 del 20 de agosto de 2019.

## **CONFLICTO DE COMPETENCIA EN MATERIA DISCIPLINARIA / AUXILIAR DE LA JUSTICIA / COMISIÓN SECCIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL / PODER DISCIPLINARIO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PARTICULARES QUE EJERCEN LA FUNCIÓN PÚBLICA**

**Problema jurídico 2:** *¿La Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Regional de Instrucción del Metal es la autoridad competente para conocer de la investigación disciplinaria adelantada en contra de un auxiliar de la justicia (agente liquidador), por presuntas irregularidades en un contrato de fiducia mercantil?*

**Tesis 2:** “Revisados los antecedentes normativos y los documentos que obran en el expediente, la Sala encuentra que la Procuraduría Regional de Instrucción del Meta es la competente para conocer y asumir el proceso disciplinario en contra de [L.F.A.M.], en su calidad de agente liquidador del Fondo Ganadero del Meta S.A, por presuntas irregularidades en el contrato de Fiducia Mercantil FA-4333 Fondo Ganadero del Meta S.A. (...) La Comisión Seccional de Disciplina Judicial del Meta no es competente en el presente caso, por cuanto el proceso disciplinario en contra del auxiliar de la justicia no inició en el Consejo Superior de la Judicatura; en ese sentido no hay lugar a aplicar el régimen transitorio constitucional contenido en el artículo 257A. Con posterioridad a la entrada en funcionamiento de la Comisión de Disciplina Judicial y sus comisiones seccionales, esto es, el 13 de enero de 2021, la competencia para disciplinar a los auxiliares de la justicia se trasladó a la Procuraduría General de la Nación, en virtud de la competencia general que le otorgaba la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) para conocer y sancionar las faltas disciplinarias de los particulares disciplinables, entre los cuales se encuentran los auxiliares de la justicia. Ahora bien, El Código General Disciplinario establece un nuevo régimen de competencias respecto de los particulares disciplinables, dentro de los cuales se encuentran los auxiliares de la justicia, según lo dispone el artículo 70 de la Ley 1952 de 2019. Al respecto, el artículo 92 de la mencionada ley establece que «[...] El particular disciplinable conforme a este código lo será por la Procuraduría General de la Nación y las personerías [...]». De conformidad con las citadas normas, la competencia para adelantar las actuaciones disciplinarias en contra de auxiliares de la justicia se encuentra a cargo de la Procuraduría General de la Nación y las personerías. (...) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 2094 de 2021, las modificaciones introducidas por el nuevo código son aplicables a los procesos disciplinarios que, a 29 de marzo de 2022, no contaban con pliego de cargos o en los que no se hubiere instalado la audiencia del proceso verbal. Por lo tanto, también a los procesos disciplinarios que no se hubiesen iniciado a la entrada en vigencia de dicha normativa. Dado que en el presente caso no existe pliego de cargo en contra de [L.F.A.M.], a este le son aplicables las reglas de competencia introducidas por el artículo 92 de la Ley 1952 de 2019, para investigar a los auxiliares de la justicia”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 10 de mayo de 2023; C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2023-00031-00\(C\).](#)

## 4. El Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Oficina de Enlace Institucional e Internacional y de Seguimiento Legislativo, es la autoridad competente para realizar la traducción oficial de documentos que sirven de soporte en el proceso de solicitud de alimentos de personas que se encuentran en el extranjero.

**Síntesis del caso:** *Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Consejo Superior de la Judicatura y el Ministerio de Relaciones Exteriores, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para que traduzca una solicitud surtida dentro del trámite de obtención de alimentos en el extranjero.*

**FACULTADES DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / CLASES DE CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / CONCEPTO PARA PRECAVER LITIGIOS ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS / AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO / INTERVENCIÓN EN EL PROCESO DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO / ENTIDAD TERRITORIAL / COMITÉ DE CONCILIACIÓN**

**Problema jurídico:** *¿El Consejo Superior de la Judicatura, a través de la de la Oficina de Enlace Institucional e Internacional y de Seguimiento Legislativo, es la autoridad competente para realizar la traducción de la solicitud sobre la obtención de alimentos en el exterior, así como de sus anexos, incoada por la señora L.J.O.V., representante legal y madre de la niña L.C.O.?*

**Tesis:** “En atención a la obligación del Estado colombiano de informar las autoridades que designa como intermediarias y remitentes, mediante «nota verbal» núm. 1613 del 27 de octubre de 2003, la Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas notifica a la Secretaría General de las Naciones Unidas que, el Consejo Superior de la Judicatura es la entidad designada como autoridad remitente de las solicitudes de obtención de alimentos en el exterior de que trata la referenciada convención de New York y que la institución intermediaria es el Instituto de Bienestar Familiar- Subdirección de Intervenciones Directas. (...) El Consejo Superior de la Judicatura para dar cumplimiento a su designación como autoridad remitente, crea, mediante el Acuerdo núm. PSAA06-3432 de 200614, la Oficina de Coordinación y Asuntos Internacionales y Asesoría Jurídica de la Rama Judicial, hoy denominada, Oficina de Enlace Institucional e Internacional y de Seguimiento Legislativo con el fin de que a través de ella se tramiten las solicitudes de obtención de alimentos en el exterior. (...) La Sala no evidencia norma expresa que regule lo relativo a las traducciones que deban hacerse dentro del trámite de obtención de alimentos en el exterior, ni en la Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero, ni en el Acuerdo 2207 de 2003, ni en el Decreto 869 de 2016. Dentro de este marco deberá aplicarse lo dispuesto de los artículos 8. ° de la Ley 153 de 1887, 2. ° y 40 del CPACA, tal como lo señaló el Consejo de Estado en la Sentencia de fallo de tutela del 26 de noviembre de 2021 (...). De lo anterior, es posible entender, que, por regla general, las partes son las encargadas de costear los gastos que se causen en los distintos trámites. Por tal motivo, podría sostenerse que, al no existir regulación específica sobre la traducción oficial de documentos en el trámite de obtención de alimentos en el exterior, correspondería a la parte interesada asumir los gastos asociados con dichas traducciones. (...) Para la Sala, la regla general, señalada anteriormente encuentra su excepción en una interpretación armónica del párrafo del artículo 2. ° del Acuerdo 2207 de 2003 y del artículo 151 del CGP. (...) [A]l tenor de las normas y la jurisprudencia mencionadas, cuando la persona solicitante de la obtención de alimentos en el exterior reúna la calidad de madre cabeza de familia y no se encuentre en capacidad económica de sufragar las traducciones oficiales necesarias dentro del trámite, no deberá asumir el costo de dicha traducción. (...) [L]a Sala considera que la autoridad llamada a realizar la traducción oficial de los documentos que sirven de soporte en el proceso de solicitud de alimentos en el extranjero, presentada por la señora L.J.O.V. en favor de la niña L.C.O. en el exterior es el Consejo Superior de la Judicatura, a través de la OEIISL del CSJ. A esta conclusión se arriba teniendo en cuenta las siguientes razones: 1. De la lectura de las funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, en lo referente a las traducciones oficiales, no se evidencia que tenga la obligación de traducir las solicitudes de obtención de alimentos en el exterior, pues estas se refieren a aquellas directamente relacionadas con su

competencia. 2. Bajo una interpretación sistemática de los artículos 3 y 4 de la Ley 471 de 1998, la OEIISL del CSJ es la responsable de realizar las referidas traducciones. (...) Los citados artículos consagran las obligaciones de la autoridad remitente (CSJ), una de las cuales es, verificar que la solicitud sea enviada en debida forma. Cuando la disposición menciona que dicha autoridad deberá adoptar las medidas a su alcance para que la solicitud cumpla con los requisitos, se debe interpretar que dicha autoridad debe velar porque incluso la solicitud y sus anexos se envíen en el idioma del país donde se encuentra el demandado. Este deber incluye la obligación de traducir la documentación necesaria. 3. La competencia dada al CSJ es concordante con su importante rol de autoridad remitente dentro del trámite de obtención de alimentos en el exterior. 4. Finalmente, la Sala advierte que el CSJ podrá dar cumplimiento a la competencia asignada dado que de las pruebas allegadas se pudo evidenciar que la mencionada autoridad cuenta con traductores oficiales que hacen parte de la lista de auxiliares de la justicia”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre el trámite de obtención de alimentos en el exterior, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Fallo de tutela de segunda instancia del 26 de noviembre de 2021, Rad. 11001-03-15-000-2021-05113-01(AC).

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre las traducciones de solicitudes de obtención de alimentos en el exterior, ver: Fallo de tutela con radicado núm. 11001-03-15-000-2021-05113-00 del 16 de septiembre de 2021, emitido por la Sección Cuarta del Consejo De Estado y fallo que decide la impugnación del 26 de noviembre de 2021, emitido por la Sección Tercera-Subsección C.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 3 de mayo de 2023; C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00090-00\(C\).](#)

**GÉNERO Y NO  
DISCRIMINACIÓN**



# **BOLETÍN**

**DEL CONSEJO DE ESTADO**

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# SECCIÓN SEGUNDA

**No afecta la legalidad del acto de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes la decisión del juez de familia de no reconocer la existencia de la unión marital de hecho. Prueba de la convivencia en parejas del mismo sexo.**

**Síntesis del caso:** *El demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de quien fuera su compañero permanente la cual le fue reconocida por la UGPP. Posteriormente, un hermano del causante solicitó se excluyera al beneficiario de la nómina de pensionado por existir decisión judicial del juez de Familia, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, que no reconoce la calidad de compañero permanente para el reconocimiento prestacional. Como consecuencia, la entidad previsional consideró que en razón de no cumplir con los requisitos legales era necesario adelantar el trámite de revocatoria directa de la pensión.*

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE A COMPAÑERO PERMANENTE / REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES/ PAREJA DEL MISMO SEXO / JURISDICCIÓN DE FAMILIA / SENTENCIA / UNIÓN MARITAL DEL HECHO / INEXISTENCIA UNIÓN MARITAL DE HECHO / JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / RELACIÓN DE CONVIVENCIA / TIEMPO DE CONVIVENCIA PARA LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CONVIVENCIA EFECTIVA**

**Problema jurídico 1:** *¿Procede declarar la nulidad del acto administrativo demandado que reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobrevivientes en favor del compañero permanente, con fundamento en las sentencias proferidas en el año 2015 por la jurisdicción de familia que negaron la existencia de la unión marital de hecho entre éste y el causante?*

**Tesis 1:** “[...]La Sala dirá en primer lugar, que ha de tenerse presente que la Administración de Justicia es función pública y que sus decisiones son independientes, al tiempo que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en los términos de los artículos 228 y 230 de la Constitución Política. Siendo así, no se puede perder de vista que el enfoque y análisis efectuado por los operadores judiciales depende del material probatorio arrojado en cada proceso y por contera, del punto de vista o arista del derecho en discusión. Siendo así el juez contencioso al efectuar el control de legalidad de los actos administrativos acusados de nulidad, deberá apreciar y otorgar el valor probatorio al acopio arrojado al proceso, entre ellos a los precedentes judiciales proferidos por otras jurisdicciones, con el fin de adquirir los elementos de juicio suficientes que le sirvan para formarse su convencimiento en aras de emitir la decisión que en derecho corresponda. Por lo anterior, es dable el distanciamiento frente a dichos pronunciamientos, con fundamento en la libre apreciación probatoria a la luz de la sana crítica que la conforman la lógica y la experiencia. (...)Es así como en el sub judice, mientras en sede administrativa la Resolución RDP 050444 del 30 de octubre de 2013 reconoció la pensión de sobrevivientes a (...) como una prestación social del Sistema de Seguridad Social, por haber cumplido el requisito de la convivencia durante los cinco años anteriores al fallecimiento de(...), la jurisdicción de familia analizó el incumplimiento de las exigencias para declarar la unión marital de hecho a la luz de la Ley 54 de 1990, es decir, desde el punto de vista del acuerdo de voluntades cuyo fin primordial es el de la elección de una pareja para vivir juntos, conformar una familia y consolidar un régimen patrimonial. (...)De allí que para la resolución del caso sub judice, la Sala partirá del presupuesto según el cual la respetable determinación adoptada por la jurisdicción de familia que negó la existencia de la unión marital de hecho no ata ni se constituye en camisa de fuerza -en el caso bajo estudio-, para declarar la ilegalidad de la resolución que reconoció la pensión de sobrevivientes al demandado como lo reclama la UGPP. Lo anterior, en vista de las diferencias de perspectivas y enfoques que están en discusión, pues no se puede perder de vista que mientras el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se debe analizar desde la óptica de la seguridad social en los términos del artículo 48 superior, cuyas implicaciones afectan sin duda el erario público, el reconocimiento de la declaratoria de la unión marital de hecho debe mirarse desde el punto de vista del ámbito particular o privado de la pareja, en el que los intereses públicos o de la comunidad en general no

se ven afectados. Ello, porque la unión marital de hecho es producto del derecho libre y voluntario de una pareja, que ha optado por convivir sin que medie el matrimonio, con el fin de compartir su vida, conformar una familia y acrecentar el patrimonio económico. De allí que pueda afirmarse, que la declaratoria de la unión marital de hecho afecta los intereses patrimoniales netamente de la pareja, pero no los del Sistema de Seguridad Social en Salud, contraria a la pensión de sobrevivientes por tratarse de una prestación que será pagada por el Estado, con recursos que previamente le fueron descontados al pensionado. Por lo mismo, el concepto de la convivencia entre la pareja, no obstante tener como presupuesto el mismo supuesto fáctico relativo al requisito de la cohabitación en términos de tiempo al exigir que no puede ser inferior a cinco años, lo cierto es que para dicho reconocimiento se deben cumplir también otros requisitos que deberán ser valorados como el de la solidaridad entre la pareja y el de su permanencia en el tiempo, con el fin de excluir las relaciones pasajeras o esporádicas. Siendo así, para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes el legislador exigió que el beneficiario acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y, que haya convivido con el fallecido no menos de 5 años con anterioridad a su muerte, con el fin de evitar reclamaciones ilegítimas evitando a toda costa que sean concedidas de manera ilegal, fraudulenta e injustificada, al no acreditarse una convivencia permanente con compromiso real de vida en pareja. (...) En primer lugar, la Sala destaca que la divergencia de criterios incluso judiciales, no se constituye en causal de nulidad de un acto administrativo en los términos del artículo 137 CPACA.

### **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE / ACREDITACIÓN DE CONVIVENCIA EFECTIVA / PAREJA DEL MISMO SEXO / CONVIVENCIA EFECTIVA / PRUEBA DE LA CONVIVENCIA EFECTIVA / CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / DERECHO AL MÍNIMO VITAL / DERECHO A LA SALUD / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**

**Problema jurídico 2:** *¿Debe exigirse el mismo rigor probatorio para acreditar la convivencia en una pareja heterosexual que a una pareja del mismo sexo, para efecto del reconocimiento de la pensión de sobreviviente?*

**Tesis 2:** “[...] se ha considerado que no se puede tratar con el mismo rigor las exigencias probatorias para demostrar la convivencia en parejas heterosexuales frente a las del mismo sexo, por cuanto resulta incuestionable que en las más de las veces estas parejas mantienen sus relaciones de manera oculta dado el veto social, laboral e incluso familiar al que han sido sometidas. (...). Por tanto, resulta insoslayable que la UGPP en la Resolución 44515 del 25 de septiembre de 2013, revocada con acierto a través de la Resolución RDP 050444 del 30 de octubre de 2013 (acto objeto de la presente acción de lesividad), le hubiera negado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al señor (...) con el argumento de que no hacía parte del grupo familiar del causante y que ello desvirtuaba la convivencia con (...), ya que dicha postura resulta obtusa al desconocer la realidad acerca de las prevenciones y cuestionamientos de los que aún siguen siendo objeto las parejas del mismo sexo. No se puede desconocer, que estas relaciones hasta época reciente, es que han comenzado a reclamar sus derechos jurídicamente ante las distintas autoridades públicas y privadas, razón ésta que seguramente incidió para que el señor (...) no hubiera ingresado en su momento a su pareja, como beneficiaria del sistema de seguridad social integral. Por otra parte, de acuerdo con la regulación legal que reglamenta la pensión de sobrevivientes y de la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, sí se encuentra acreditada la convivencia por más de cinco años contados entre el periodo 2008 al 2013 sostenida entre el demandado señor (...) y el causante (...) antes de su fallecimiento. Lo anterior, por cuanto como ya se ha puesto de presente tanto en las declaraciones extra juicio como en los testimonios rendidos por dos de los declarantes dentro del trámite contencioso, las cuales sin duda alguna aportan mayor credibilidad al rendir sus dichos de forma directa y personal ante el juez de primera instancia bajo el apremio de la gravedad del juramento, fueron contestes todos los declarantes en coincidir acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrolló la convivencia entre la pareja, al comportarse como cualquiera otra de sexos distintos, que compartieron el mismo techo de manera singular, al declarar que lo hacían de manera conjunta en las dos viviendas a donde compartían lecho y mesa. Resulta innegable entonces que, en el caso bajo examen, se está ante una relación sui generis pero que no se opone a los estándares del concepto de familia que debe evolucionar y ser dinámico, por tener que ajustarse a las necesidades de las parejas de cara a los vetos sociales, esto por cuanto al tratarse de la convivencia de personas del mismo sexo es probable que voluntariamente la pareja conformada por los señores (...) y (...), hubiese adoptado el anterior esquema de cohabitación. Por tanto, a juicio de esta Sala, el término “bajo el mismo techo familiar” no debe mirarse en términos absolutos en cuanto a un único hogar en una sola vivienda, como quiera que dicho esquema ha sido superado en vista de que los modelos de hogar han cambiado, lo que no deslegitima la estabilidad de su permanencia en la relación de pareja que en el presente caso mantuvieron por décadas los señores (...) contraria a la apreciación de la demandante, la Sala vislumbra que entre la pareja existió una verdadera intención de conformar una familia sui generis, al punto que se acreditó que tanto el causante(...) como el demandado (...), no conformaron cada uno por aparte hogares distintos ni procrearon hijos, lo que

evidencia que su proyecto fue de vida en común, se insiste no obstante la peculiar forma de convivencia adoptada por la pareja al no habitar bajo un solo y único domicilio sino en el de los dos. (...) Finalmente, la Sala no puede pasar inadvertidas las consecuencias que acarrearía la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, dadas las particularidades que tiene el demandado debido a su condición física -como persona en situación de discapacidad por su limitación auditiva y verbal- además de contar con 64 años de edad a la fecha de la presente decisión judicial, factores que sin duda alguna le restringen -mas no impiden- su manutención por sus propios medios. De tal manera que no se accederá a las pretensiones de nulidad deprecadas, por cuanto en primer lugar, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes efectuado en su momento por la UGPP se ajustó a los requisitos legales según se analizó en al acápite 2.5.2. ut supra y, en segundo término, porque la mesada percibida por el demandado hace parte de su mínimo vital, de allí que al revocársela se le estarían vulnerando derechos fundamentales superiores como el de la salud y seguridad social entre otros, aspecto frente al cual no puede ser ciego el juez de lo contencioso administrativo. [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 19 de enero de 2023, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 54001-23-33-000-2017-00245-01 \(6142-2019\)](#)

## SECCIÓN TERCERA

### Fiscalía General de la Nación es responsable por omisión al deber de protección a mujer víctima de violencia intrafamiliar

**Síntesis del caso:** *Se analiza la responsabilidad patrimonial de la demandada por la muerte de una mujer por parte de su pareja sentimental, luego de que ella hubiera denunciado un hecho de violencia intrafamiliar y la demandada no hubiera adoptado las medidas cautelares pertinentes.*

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA / INTERÉS JURÍDICO DEL APELANTE / FALTA DE INTERÉS LEGÍTIMO / APELACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA / CESIÓN DE DERECHO LITIGIOSO**

**Problema jurídico 1:** *¿Es responsable la Fiscalía General respecto de la actividad jurisdiccional al trámite dado a la denuncia de la víctima por el presunto delito de violencia intrafamiliar?*

**Tesis 1:** La Sala confirmará la sentencia consultada, habida cuenta de que se halla probada la falla del servicio por omisión de la demandada respecto de sus deberes de protección de la víctima de violencia intrafamiliar, la cual estuvo directamente relacionada con su muerte, tal como lo concluyó el a quo. (...) En relación con las obligaciones de la Fiscalía en este tipo de delitos relativos a la violencia intrafamiliar y contra la mujer, en el artículo 250 de la Constitución Política, y en los artículos 114 y 136 del Código de Procedimiento Penal, se estableció que la Fiscalía General de la Nación además de las atribuciones investigativas y la iniciativa para promover la acusación de los autores de delitos que suponen violencia intrafamiliar, se le confirió unas obligaciones especiales respecto de la víctima, que se recogen en el artículo 133 del Código de Procedimiento Penal (...). También resulta importante precisar que el deber del Estado de garantizar la protección de las mujeres de hechos de violencia doméstica es predicable respecto de todas las autoridades que tengan conocimiento de la situación de riesgo y la Ley 1257 de 2008 "[p]or la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones", dispone en su artículo 8 como un derecho de las víctimas, el de recibir orientación, asesoramiento jurídico y asistencia técnica legal, inmediato y especializado desde el momento en que el hecho constitutivo de violencia se ponga en conocimiento de la autoridad. El anterior recuento normativo expone un amplio catálogo de deberes que obliga a las autoridades, especialmente, a la Fiscalía General de la Nación, a adoptar medidas positivas tendientes al logro de la protección efectiva de las víctimas de violencia intrafamiliar, especialmente contra las mujeres. De ahí que, tanto los fiscales como los jueces están compelidos al estudio de las pruebas en el marco de estas circunstancias, especialmente cuando existan indicios de que la lesión a los derechos de las mujeres provenga de sus parejas o exparejas o se soporte en antecedentes de violencia intrafamiliar, entre las que se comprende tanto la violencia física

como la psicológica. Asimismo, el artículo 229 del Código Penal, al tipificar el delito de violencia intrafamiliar, dispone que el que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá en prisión de 4 a 8 años, siempre y cuando la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor y que la pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga en una mujer. De modo que, la pena mínima para el tipo penal de violencia intrafamiliar correspondía a 4 años y, al ser una mujer la víctima de la conducta, la pena aumentaría hasta en un mínimo de 6 años, razón por la cual, en aplicación del artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, el fiscal bien pudo haber solicitado una medida de aseguramiento para el señor Manuel Ibarra Serrano, ello, al margen del estudio de que el indiciado podía constituir un peligro para la víctima (artículo 311 C.P.P.), máxime los hechos narrados en la denuncia, en la que puso de presente la amenaza contra su vida con un arma de fuego en repetidas ocasiones. Contrario a los deberes referidos, la Fiscalía 18 Local de Cartagena se limitó a citar a una audiencia de conciliación al agresor para el 18 de septiembre siguiente, a la cual no asistió, absteniéndose de manera injustificada de adoptar medidas de protección para garantizar la vida e integridad personal de la denunciante y su hijo menor. Para la Sala, la omisión referida se sitúa en la causa estructurante de la antijuridicidad del daño, representada en la muerte ocasionada a la señora Rosa Rubiela Reinel Minota, pues si bien su compañero permanente fue el autor material de la misma, tal omisión facilitó la comisión de este ilícito. (...) Debe resaltarse que el conocimiento previo de la autoridad pública demandada sobre el riesgo por violencia intrafamiliar y de género que afrontaba la denunciante está probado. Ante este conocimiento, la Fiscalía no podía soslayar su deber de protección inmediata más aun cuando -por el relato de los hechos- se trataba de una ciudadana que por su condición económica, social y cultural se encontraba en manifiesta situación de vulnerabilidad y debilidad. (...) la Sala infiere que en el presente caso se encuentra acreditada la falla del servicio por omisión de los deberes constitucionales, convencionales y legales por parte de la Fiscalía General de la Nación de adoptar medidas de protección efectivas que pudieron evitar la consumación de las amenazas contra la denunciante de violencia intrafamiliar por su compañero permanente, las cuales finalmente se concretaron con la muerte de la señora Rosa Rubiela Reinel Minota el 20 de septiembre de 2008.

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA / INTERÉS JURÍDICO DEL APELANTE / FALTA DE INTERÉS LEGÍTIMO / APELACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA / CESIÓN DE DERECHO LITIGIOSO**

**Problema jurídico 2:** *¿Existe interés jurídico legítimo para apelar la sentencia en los eventos que se haya realizado cesión de derechos litigiosos?*

**Tesis 2:** En el presente caso, se observa que mediante contrato de cesión de derechos litigiosos celebrado el 4 de abril de 2013, la señora Carmelina Minota Cortés - actuando en nombre propio y en representación de su nieto Jonathan Sebastián Ibarra Reinel-, y los señores Diana Paola, Oscar Isaac y Silvio Reinel Monita, celebraron un contrato de cesión sobre el quince por ciento 15% de sus derechos litigiosos dentro del presente proceso, a quien hasta ese momento se desempeñaba como su apoderado judicial en este mismo litigio, este es, el señor Gustavo Alfonso Cabarcas Gómez. En dicho documento se indicó además que, "esta cesión se realiza como contraprestación por los servicios jurídicos prestados por el cesionario dentro del proceso de la referencia y a partir de la suscripción del presente contrato el cedente queda a paz y salvo con respecto a los honorarios profesionales por los servicios prestados dentro del proceso". Asimismo, se observa que, mediante memorial del 5 de abril del 2013, el señor Gustavo Cabarcas Gómez renunció al poder conferido por los demandantes y confirió poder especial al abogado Orinaldo Julio Rodríguez para que representara sus intereses en este asunto<sup>10</sup>. Al lado de lo anterior, se tiene que, por razón de la actuación antes referida, los demandantes carecen de apoderado. Sobre el particular, advierte la Sala que el profesional del derecho Gustavo Cabarcas Gómez, al haber adquirido parte del derecho en litigio de la parte actora y renunciado a la representación de los derechos restantes (85%), no puede ser tenido como receptor válido o legítimo del interés para cuestionar la decisión de primera instancia, pues al formular dicha impugnación no lo hizo en favor del interés de la parte que originariamente le confirió el mandato para que representara sus intereses, sino que lo está haciendo a nombre propio, para lo cual se valió de su condición de mandatario para adquirir una parte del litigio, aspecto que pudo haber desatendido los linderos del código de la abogacía. En ese sentido, la Sala resalta que el interés del referido abogado de cara a la presentación del recurso de alzada, con base en la cuestionada cesión, sólo lo representa a él mismo, abandonando, sin explicación conocida, el interés de quienes lo contrataron y remuneraron con la aludida cesión al dejar de apelar en nombre de ellos. De aquí que la Sala se abstendrá de considerar el interés del cesionario del 15% los derechos litigiosos, para abordar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de primera instancia<sup>13</sup>, de manera tal que con esta determinación se garantiza no solo la protección inherente a este mecanismo judicial, sino que, además, se cautelan y protegen los derechos de la totalidad de los sujetos envueltos en el conflicto.

**NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la referida disposición, el Consejo Superior de la Judicatura en Sala Jurisdiccional Disciplinaria, ha precisado lo siguiente: “El numeral atacado en este proceso impide que un abogado adquiera de su cliente parte del interés de éste en la causa, salvo en lo que corresponda a la equitativa retribución de sus servicios y de los gastos en que incurrió durante el proceso. La norma no es en modo alguno extraña a la realidad cotidiana dentro de la cual operan la función de representación judicial y el manejo que de los bienes e intereses de sus patrocinados adelantan estos profesionales y guarda relación estrecha con la posición en que se encuentra quien, habiendo sido apoderado dentro de un determinado juicio o actuación, conoce a cabalidad las circunstancias específicas de su cliente tanto desde el punto de vista personal como patrimonial y está en capacidad previa de maniobrar, so pretexto de la gestión que le ha sido encomendada, para obtener provecho de las situaciones jurídicas y fácticas que en desarrollo del proceso se han ido planteando. No se trata, desde luego, de una presunción general de mala fe de los abogados –lo cual chocaría abiertamente con el artículo 83 de la Constitución Política- sino de una elemental precaución concebida en defensa del cliente y en guarda de la ética y autonomía que deben presidir el desempeño de la esencial función que compete al abogado respecto a la administración de justicia o en lo referente a la gestión de los intereses de quienes a sus conocimientos y experiencia se confían. Por lo que hace al amparo del cliente, la disposición está inspirada en un imperativo de justicia según el cual, si bien es obligatorio remunerar los servicios recibidos, esa retribución debe ser proporcional a ella, razonable y equitativa, pues, como lo expresara el aforismo latino, ‘nemo debe lucrari ex alieno damno’ (‘nadie debe lucrarse con daño ajeno’). (...). Es que no se puede utilizar la profesión para engañar a los ciudadanos carentes de conocimientos jurídicos, cuando se depositó en el investigado su confianza con miras a solucionar sus conflictos con terceros, de tal modo que, una vez adelantadas las respectivas gestiones no deben verse ahora sometidos a actuaciones judiciales para que su propio representante, en contubernio con otro profesional, adquiera más de lo que por ley les corresponde, pues por este camino, lejos de cumplir su papel de colaboradores para la administración de justicia, se convierten en otro factor de incertidumbre y generador de conflictos, contrariando la razón de ser del ejercicio de esta noble profesión”. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 6 de octubre de 2010. Radicación No. 76001110200020050030701.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 08 de mayo de 2023, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 13001-23-31-000-2010-00793-01\(55717\).](#)

#### **Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico**

#### **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACLARACIÓN DE VOTO / CESIÓN DE DERECHO LITIGIOSO / ABOGADO / PROCESO DISCIPLINARIO / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DISCIPLINARIA / FALTA DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / SANCIONES AL ABOGADO**

**Problema jurídico:** *¿El interés jurídico procesal para apelar se encuentra supeditado al acaecimiento de una presunta falta disciplinaria?*

**Tesis:** La Subsección concluyó que al abogado al que los actores le cedieron el 15% de sus derechos litigiosos no le asistía un interés “legítimo” para actuar en este asunto, por haber sido apoderado de los cedentes en la primera etapa del proceso, lo que daba cuenta de una eventual falta disciplinaria, razonamiento que no comparto, por lo siguiente. En primer lugar, la parte actora, a pesar de ser procedente, no apeló la decisión de primera instancia que admitió al cesionario como su litisconsorte, lo que plantea interrogantes frente a la competencia de la Sala para abordar ese punto. En segundo lugar, la determinación de primera instancia tuvo como fundamento el contrato suscrito para tal fin y el cumplimiento de la normativa que regula la cesión de derechos litigiosos, en concreto, los artículos 1969 del Código Civil y 60 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala que “[e]l adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular”. A su vez, en esta instancia, la Subsección consideró que el abogado que, inicialmente, fue apoderado de los actores, al aceptar una cesión del 15% de los derechos litigiosos “como contraprestación por los servicios jurídicos prestados”, “pudo haber desatendido los linderos del código de la abogacía”, en concreto, las normas que impiden que un abogado adquiera de su cliente parte su interés en la causa, salvo en lo que corresponda a la equitativa retribución de sus servicios y de los gastos en que incurrió durante el proceso. Así las cosas, la decisión de la Sala de no aceptar al cesionario como litisconsorte no se sustentó en el incumplimiento de alguna de las reglas establecidas en las normas sustanciales y procesales que rigen el asunto y que fueron el sustento de la decisión de primera instancia, sino por una eventual falta del abogado, aspecto que no le corresponde determinar a la jurisdicción contencioso administrativo, sino a las autoridades disciplinarias pertinentes, quienes son las facultadas para investigar y sancionar tales conductas. De otro lado, al cesionario se le reprocha por haber “abandonando, sin explicación conocida, el interés de quienes lo contrataron y remuneraron con la aludida cesión”, afirmación que tampoco se comparte, pues la cesión y la renuncia del entonces apoderado estuvieron precedidas de su nombramiento como servidor público de carrera administrativa en la Contraloría General de la República, según resolución del 23 de julio de

2013, acto administrativo anterior a la sentencia de primera instancia, que fue proferida el 16 de abril de 2015. En los anteriores términos explico las razones por las cuales me aparto en el punto analizado de las consideraciones de la Sala, sin perjuicio de compartir la declaratoria de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 08 de mayo de 2023, A.V. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 13001-23-31-000-2010-00793-01\(55717\).](#)

## SECCIÓN QUINTA

### No se desconoció el principio de equidad de género en elección del contralor general de la República.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad de la elección del contralor general de la República, alegando, entre otros cargos, que hubo desconocimiento del principio de equidad de género en la elaboración de la lista definitiva de elegibles al estar conformada por 6 hombres y 4 mujeres. Si bien, la Sala declaró la nulidad del acto de elección del contralor general de la República, ello no tuvo lugar por violación al principio de equidad de género, pues frente a este aspecto, se acreditó que como solamente cinco mujeres superaron la prueba de conocimientos, la renuncia de una de ellas, imposibilitaba que la lista estuviera integrada por 5 hombres y 5 mujeres.*

#### **NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA / PRINCIPIO DE EQUIDAD DE GÉNERO / LISTA DE ELEGIBLES DEL CONCURSO DE MÉRITOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

**Problema jurídico:** *Corresponde a la Sala determinar si se debe declarar o no la nulidad del acto de elección del contralor general de la República con fundamento en el cargo de violación del principio de equidad de género en la elaboración de la lista definitiva de elegibles.*

**Tesis:** “Del desconocimiento del principio de equidad de género en la elaboración de la lista definitiva de elegibles. Como viene de exponerse, la elaboración de una tercera lista de elegibles por parte de la Comisión Accidental conformada por el Congreso de la República posesionado el 20 de julio de 2022 no estuvo debidamente justificada. No obstante, hay lugar a estudiar si además desconoció o no del principio de equidad de género invocado por los actores al estar integrada por 4 mujeres y 6 hombres. Al respecto, el artículo 2 de la Ley 1904 de 2018 establece que la convocatoria debe garantizar la equidad de género, a su vez, el parágrafo 2 del artículo 3 de la misma norma dispone que «[l]a lista de elegibles en lo posible respetará los criterios de equidad de género.» (...). [D]e todos los inscritos habilitados para participar en el proceso, sólo 20 obtuvieron el puntaje aprobatorio en la prueba de conocimientos, es decir, sólo 20 aspirantes pudieron continuar con las demás etapas del proceso y de esos 20 únicamente 5 eran mujeres, que fueron precisamente las incluidas en la segunda lista de elegibles. Razón por la cual ante la renuncia de la señora González Mora y ante la imposibilidad de incluir a alguien que no hubiera obtenido el puntaje -para ese momento eliminatorio- en la prueba de conocimientos se debía, tal como se indicó en el acápite anterior, elegir de los integrantes restantes de la lista sin que fuera viable reconformar la lista incluyendo el nombre de un hombre y sin que ello afectara el principio de equidad de género. (...). Así las cosas, se insiste como sólo 5 mujeres obtuvieron o superaron los 70 puntos en la prueba de conocimientos y una de ellas renunció no era posible que la lista de elegibles estuviera integrada por 5 hombres y por 5 mujeres. En tales condiciones, no encuentra la Sala que la acusación referida a la violación del principio de equidad de género tenga vocación de prosperidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 25 de mayo de 2023; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00297-00 \(acumulado\).](#)