

EDICIÓN
259

OCTUBRE 2022



CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

#MeSuscriboMeActualizo

BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Carlos Enrique Moreno Rubio
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

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

RELATORÍAS

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Liliana Marcela Becerra Gámez

Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Gloria Cristina Olmos Leguizamón

Antonio José Sánchez David

Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Jorge Eduardo González Correa

Natalia Yadira Castilla Caro

Guillermo León Gómez Moreno

Natalia Rodrigo Bravo

Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

María Magaly Santos Murillo

Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

Wadith Rodolfo Corredor Villate

Sala de Consulta y Servicio Civil

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Juan Sebastián Solarte Álvarez

Acciones Constitucionales

Pedro Javier Barrera Varela

Camilo Augusto Bayona Espejo

Juan Alejandro Suárez Salamanca

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.

Jurisprudencia y Conceptos.

No. 259, octubre de 2022

ISSN: 2711-385X

www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado

Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.

Palacio de Justicia

Bogotá D.C. – Colombia

CONTENIDO

CONTENIDO	3
EDITORIAL	4
I. NORMAS ANULADAS Y EXHORTOS	5
II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	7
III. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO	23
IV. SECCIÓN PRIMERA.....	30
V. SECCIÓN SEGUNDA.....	37
VI. SECCIÓN TERCERA	46
VII. SECCIÓN CUARTA	72
VIII. SECCIÓN QUINTA.....	88
IX. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN.....	95
X. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL	103
XI. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO.....	108

EDITORIAL

En esta versión del Boletín «Jurisprudencia y Conceptos», la Corporación expone una serie de providencias que: declara normas anuladas, exhorta al Registrador Nacional del Estado Civil, define asuntos de naturaleza constitucional, ordinarios, Salas Especiales de Decisión, providencias de unificación y sentencias en punto de género y no discriminación.

El compromiso del Consejo de Estado en la difusión de sus providencias ha llevado a la producción de 259 ediciones de esta herramienta, con el fin de contribuir a la práctica judicial, la formación académica y el desarrollo social.

Dentro de las acciones de tutelas resueltas, la Sección Cuarta consideró vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad y asociación de una organización sindical, que fue excluida de la presentación del pliego de peticiones por incumplimiento del mandato legal que ordena el deber de concertar un pliego unificado entre todas las asociaciones sindicales.

Por otro lado, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al resolver una solicitud para asumir el conocimiento de un proceso de nulidad electoral por importancia jurídica y por necesidad de sentar jurisprudencia, reiteró cuáles son las características de estas figuras y, las de la unificación de la jurisprudencia.

En asuntos de competencia de la Sección Primera, se profirió decisión sobre la causal de pérdida de investidura por violación de régimen de inhabilidades por ejercicio de autoridad administrativa, quien, dentro de los 12 meses anteriores a su elección como concejal, fue miembro del consejo directivo de una institución pública educativa.

En otros temas resueltos por la Sección Quinta, incluimos una decisión que negó la nulidad propuesta del acto de elección de varios magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, mediante sentencia de unificación, determinó la norma aplicable en la pensión gracia para acreditar el requisito de convivencia de los beneficiarios de la sustitución pensional o la pensión de sobreviviente.

Esperamos que estas y otras interesantes decisiones que se incluyeron en esta edición, sirvan para promover el conocimiento de la jurisprudencia a la comunidad en general.

I. NORMAS ANULADAS Y EXHORTOS

ANULADAS SECCIÓN CUARTA

1. La Ordenanza 26 de 2012, expedida por la Asamblea del Departamento de Bolívar: El numeral 3 del artículo cuarto y el literal b) del artículo octavo, en forma parcial, y el artículo décimo sexto en su totalidad.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de agosto de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 13001-23-33-000-2014-00056-02 \(25667\) \(ver página 79 de este boletín\).](#)

2. La Ordenanza 77 de 2014, expedida por la Asamblea del Departamento de Santander: El numeral 3 del artículo 160 y el artículo 559, en cuanto se refieren a los plazos para solicitar la devolución de lo pagado en exceso o no debido por concepto de tributos.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de septiembre de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2018-00785-01 \(26315\) \(ver página 74 de este boletín\).](#)

3. Los Oficios 001171 del 16 de enero de 2019 y 014495 del 6 de junio de 2019, expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN: El numeral 2.7 del Oficio 001171 y los numerales 10, 11 y 12 del Oficio 014495.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 14 de julio de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2019-00050-00 \(25031\) \(ver página 76 de este boletín\).](#)

4. El Concepto 9295 del 26 de marzo de 2015, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de septiembre de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2020-00031-00 \(25428\) \(ver página 82 de este boletín\).](#)

EXHORTOS SECCIÓN QUINTA

La Sección Quinta exhortó al Registrador Nacional del Estado Civil, para que las respuestas a los requerimientos de información procedentes del Consejo de Estado sean atendidos con la información correcta, a fin de salvaguardar los términos procesales en que deben ser decididas las controversias electorales.

Sobre el particular dispuso en la parte resolutive lo siguiente: “EXHORTAR al Registrador Nacional de Estado Civil, para que, en lo sucesivo, las respuestas a los requerimientos de información que procedan de dicha entidad sean atendidos con la información que resulte correcta, para los fines por los cuales la misma es requerida.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 1º de septiembre de 2022, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2022-00094-00.](#)

1
ASUNTOS
CONSTITUCIONALES



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIONES DE TUTELA

1. Vulneración del derecho al debido proceso por la mora en la resolución del recurso de apelación dentro del trámite administrativo.

Síntesis del caso: *El actor presentó solicitud de tutela contra el Presidente de la República, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Procuraduría General de la Nación y Caribe Mar de la Costa S.A.S. E.S.P., porque, a su juicio, con ocasión de la mora en la que ha incurrido la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al resolver el recurso de apelación que interpuso dentro del trámite administrativo de solicitud de rompimiento de la solidaridad adelantado ante Caribe Mar de la Costa S.A.S. E.S.P..*

ACCIÓN DE TUTELA / SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / MODIFICACIÓN DEL FALLO / AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / RUPTURA DE LA SOLIDARIDAD / SOLICITUD DE RUPTURA DE LA SOLIDARIDAD / RECURSO DE APELACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA / FALTA DE RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / ORDEN JUDICIAL DE JUEZ DE TUTELA / RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Problema jurídico: *¿Se vulneró el derecho fundamental del debido proceso, por la presunta mora al no resolver el recurso de apelación en sede administrativa?*

Tesis: “Como fundamento de su solicitud, el actor expuso que “[...] han transcurrido más de 7 meses y la superservicios (sic) aún no resuelve el recurso de apelación en donde la ley 1437/11 y 1755/15 establecen que el tiempo máximo para dar respuesta no puede ser mayor a 60 días, ósea 2 meses y en mi caso del primer proceso lleva 276 días sin respuesta alguna [...]”, lo cual, a su juicio, puede derivar en que Caribe Mar de la Costa S.A.S. E.S.P. le suspenda el servicio de energía por presentar una deuda pendiente de pago. Para tal efecto, hizo referencia a la sentencia de tutela de 31 de marzo de 2021 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, dentro del proceso identificado con el número único de radicación 110010315000202105822-01, mediante la cual, en un caso similar al suyo, se ordenó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionante al interior del trámite de ruptura de solidaridad iniciado ante la empresa prestadora en un término de 48 horas contado a partir del día siguiente a la notificación de la providencia, y se exhortó a la referida entidad para que, en lo sucesivo, no incurriera en demoras administrativas injustificadas. Finalmente, advirtió una presunta omisión en las funciones del Presidente de la República y la Procuraduría General de la Nación, en su deber de ordenar “[...] las sanciones a que haya lugar [...]”. Al respecto, la Sala advierte que, tal como lo consideró el A quo, la falta de elementos suficientes para estudiar la presunta acción u omisión por parte de la Procuraduría General de la Nación y el Presidente de la República implica que la Sala desconoce el fundamento de los reparos que propuso el actor y, en consecuencia, no se puede analizar un eventual incumplimiento de sus funciones y ordenar, como lo pretende el actor, que las demandadas establezcan “[...] las sanciones a que haya lugar [...]”. Ahora bien, frente a la falta de pronunciamiento respecto del recurso de apelación que presentó el actor dentro del trámite administrativo de la referencia, la Sala advierte que, en efecto, como lo advirtió el juez constitucional de primera instancia, ha transcurrido un término que no es razonable. Sin embargo, teniendo en cuenta que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el escrito de impugnación informó sobre la apertura reciente de un periodo probatorio, la Sala debe determinar si con esa actuación, a la fecha ya no se presenta mora alguna para resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor. 55. Al respecto, la Sala advierte que, mediante Auto de trámite núm. SSPD – 20228600182766 de 13 de julio de 2022, la Directora Territorial Nororiente de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios resolvió: “[...] ARTÍCULO PRIMERO. - REQUERIR al usuario señor(a) [R.M.R.G.], que acredite pruebas adicionales de su calidad de poseedor del

inmueble identificado con la nomenclatura CR 38 5N - 148 CONJ CERRADO ACUARELA VALLEDUPAR - CESAR, donde se presta el servicio de energía bajo el NIC: 7663523. ARTÍCULO SEGUNDO. - FIJAR para la práctica de las pruebas se le concede un término máximo de TRES (3) días hábiles, siguientes a la puesta en correo del presente auto. (...) Igualmente, la Sala observa que, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios manifestó dentro del escrito de impugnación que el Auto mencionado supra “[...] se notificó a la hoy parte accionante el día 13 de julio de 2022, a través del oficio No. 20228203400641 [...]”. En ese orden de ideas, el término de 3 días que se fijó para el periodo probatorio venció el 18 de julio de 2022, sin que a la fecha obre prueba alguna de que dicha entidad haya resuelto el respectivo recurso de apelación. (...) En ese orden de ideas, la Sala advierte que han transcurrido 536 días desde la radicación del recurso de apelación y, pese a que se dio apertura a un periodo probatorio, lo cierto es que vencido dicho término, a la fecha han transcurrido 31 día hábiles sin que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios haya resuelto el recurso de apelación que interpuso el actor. En efecto, la Sala observa que ni siquiera admitiéndose el hecho de que la Superintendencia en el trámite de la acción de tutela adelantó una actuación a efectos de resolver el recurso de apelación, se puede concluir que no ha existido la mora en la resolución del referido recurso, en la medida en que, como se indicó previamente, ha transcurrido un término que ha superado el máximo legal, el cual fue debidamente desarrollado por el A quo, lo que conduce a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso invocado por el actor.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 1° de septiembre de 2022, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación 11001-03-15-000-2022-03220-01\(AC\).](#)

2. Se ampararon los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de una niña de 11 años a quien se le diagnosticó una enfermedad de alto costo y su EPS le exigía los pagos de las cuotas moderadoras para la prestación de los servicios de salud.

Síntesis del caso: La Subsección C de la Sección Tercera Consejo de Estado en el marco de una acción de tutela amparó los derechos fundamentales de una niña de 11 años de edad, a quien le diagnosticaron una enfermedad de alto costo, epilepsia. Sin embargo, la EPS Sura le exigía el pago de las cuotas moderadoras y/o copagos para poder recibir la atención médica necesaria. El juez constitucional encontró que por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional y que a su vez la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que para esta clase de enfermedades deberá eximirse de los valores de cuotas moderadoras y/o copagos, sin necesidad de entrar a demostrar la capacidad económica de los pacientes y de sus familias.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE TUTELA / COSA JUZGADA FRAUDULENTO / INEXISTENCIA DEL FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL / INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / PROCEDENCIA DE LA ADICIÓN A LA SENTENCIA

Problema jurídico 1: [¿Se encuentra acreditada, en la providencia objeto de amparo, la cosa juzgada fraudulenta, que habilite la procedencia excepcional de la acción de tutela contra una decisión de la misma naturaleza?]

Tesis 1: “[E]n el caso concreto la parte tutelante manifestó que el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Medellín omitió en la resolutoria de la sentencia de tutela del 3 de septiembre de 2019, la orden que consignó en el acápite de consideraciones de la misma providencia, consistente en que AGLM quedaba exonerada de pagar cuotas copagos y moderadoras generadas en el tratamiento médico que recibe. Estos argumentos, si bien exponen una inconformidad con el fallo del 3 de septiembre de 2019 por

un posible error, no aportan elementos que permitan comprender o inferir que el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Medellín o alguna de las partes de la tutela con radicado núm. 2019-00371-00 incurrió, con dolo, en una situación de fraude que causara un perjuicio ilícito, en los términos previstos por la Corte Constitucional, motivo suficiente para que la Sala concluya que el primer requisito de procedibilidad no se encuentra satisfecho. En todo caso, en atención a que la pretensión analizada en esta oportunidad tiene como objetivo que la parte resolutive de la plurimencionada providencia fuera complementada, es preciso recordar que, para tal propósito, el tutelante podía solicitar la adición de sentencia para que el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Medellín decidiera sobre el asunto en cuestión, sin embargo, no lo hizo de manera oportuna. Es decir, tampoco fue superado el requisito de subsidiariedad”.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EPS / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / COPAGOS / COBRO DE CUOTA MODERADORA / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / ENFERMEDAD CATASTRÓFICA DEL PACIENTE / ENFERMEDAD DE ALTO COSTO / EXCEPCIÓN DE PAGO DE LA CUOTA MODERADORA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico 2: [¿La EPS accionada vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida de la parte actora, al exigirle el pago de unos copagos y cuotas moderadoras a su menor hija, quien padece una serie de patologías derivadas de una enfermedad diagnosticada como de alto costo?, ¿Hay lugar a ordenar la excepción de pago de cuotas moderadoras, en atención a la calidad de sujeto de especial protección constitucional que ostenta la menor hija de la tutelante?]

Tesis 2: [L]a Sala encuentra probado que AGLM fue diagnosticada con epilepsia, y que esta enfermedad fue clasificada como de alto costo en el artículo 1 de la Resolución 3974 de 2009, para establecer que todo el tratamiento de dicha enfermedad está exento de cualquier cobro por concepto de copagos o cuotas moderadoras, sin importar la capacidad de pago que tengan sus padres. En relación con este tipo de afección la Corte Constitucional ha concedido el amparo del derecho fundamental a la salud y ha ordenado a las Entidades Promotoras de Salud accionadas la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos. El máximo Tribunal Constitucional consideró que la clasificación de alto costo de la enfermedad de epilepsia era criterio suficiente para tutelar los derechos fundamentales, sin que fuera necesario entrar a estudiar la capacidad económica de las partes. Advirtió que la excepción en el cobro de cuotas moderadoras y copagos procedía con independencia del régimen de vinculación del accionante al sistema integral de seguridad social. Lo anterior resulta suficiente para comprender que la EPS SURA S.A., al cobrar cuotas moderadoras o copagos por la atención en el servicio de salud de AGLM en relación con el diagnóstico de epilepsia, vulnera sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, al imponerle a sus padres una carga que no deben soportar. (...) El estado de salud en que se encuentra AGLM ha sido reconocido en diferentes oportunidades por los médicos tratantes, quienes la han considerado como una paciente crónica que no tiene posibilidades de mejoría o cura, con formulación de medicamentos crónicos, que requiere del acompañamiento de una enfermera 12 horas al día y que debe acudir a innumerables controles y terapias de, entre otras especialidades, neurología pediátrica, fisioterapia, oftalmología pediátrica, fonoaudiología, nutrición, pediatría, gastroenterología pediátrica y otorrinolaringología. Incluso, en anterior oportunidad, la administración de justicia reconoció que la situación que atraviesa la familia de la que forma parte AGLM es compleja, al punto que en la sentencia del 3 de septiembre de 2019 el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Medellín amparó los derechos fundamentales de esta menor a la seguridad social, a la salud y a la vida digna, ordenó a la EPS autorizar y garantizar la prestación de los servicios que fueran prescritos por los respectivos médicos, y concedió el tratamiento integral necesario para atender las patologías que padece. Pues bien, analizada de manera integral la situación de AGLM en relación con todas las complicaciones de su salud que padece, la Sala encuentra que no responde con la finalidad de la garantía de los derechos fundamentales invocados en el caso concreto, exonerar únicamente el tratamiento que recibe para la epilepsia del cobro de copagos y cuotas moderadoras, y dejar estos costos para los demás servicios de salud. (...) Por lo tanto, esta Sala considera, conforme quedó expuesto, que exonerar a AGLM del cobro de los copagos y cuotas moderadoras que se generan en el tratamiento de la epilepsia, no responde con la extensión y la real situación que está viviendo de manera integral. Lo procedente de cara a la importancia de las garantías constitucionales en el Estado Social de Derecho, es amparar los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de AGLM, y ordenar a la EPS SURA S.A. que la exonere del cobro de cualquier cuota moderadora o copago en la prestación del servicio de salud.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de agosto de 2022, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 05001-23-33-000-2022-00605-01 \(AC\).](#)

3. Configuración del defecto sustantivo al no tenerse en cuenta que el conteo de caducidad del medio de control se suspende desde el día de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho.

Síntesis del caso: Los accionantes presentaron demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución núm. AL-14293 del 16 de noviembre de 2016, que se notificó el 19 de diciembre de 2016 y que quedó en firme el 20 de diciembre de 2016. En esa medida, el término de 4 meses para interponer la demanda fenecía el 20 de abril de 2017. Sin embargo, la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho se presentó el 19 de abril de 2017, por lo que la suspensión del término de caducidad fue de dos días, 19 y 20 de abril. Acto seguido, el 29 de junio de 2017, la Procuraduría expidió la certificación de no acuerdo, por lo que deben sumarse los 2 días suspendidos, esto es, 30 de junio y 1 de julio, y por ser este último un sábado, se corre al siguiente día hábil, que es el martes 4 de julio, por ser el 3 de julio festivo. La demanda se presentó dentro del término legal el 4 de julio de 2017. No obstante, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la caducidad del medio de control.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DEFECTO SUSTANTIVO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / APLICACIÓN INDEBIDA DE LA NORMA / PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECHAZO DE LA DEMANDA / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD POR SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / TÉRMINO DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO PROCESAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Problema jurídico: ¿Se configuró el defecto sustantivo por indebida aplicación normativa en la providencia que rechazó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por caducidad sin tener en cuenta la suspensión del conteo ante la solicitud y trámite de la conciliación extrajudicial?

Tesis: “En el escrito introductorio, la tutelante aduce que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca analizó de forma indebida el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 y el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, en tanto rechazó la demanda presentada por haberse probado que operó la caducidad, al considerar que se había suspendido el término de caducidad por solo 1 día. Al respecto, debe advertirse que el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, dispone: “ARTICULO 21. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”. De conformidad con lo anterior, se hace evidente que desde el mismo día que se presenta la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho se suspende el término de caducidad. La anterior interpretación ha sido reiterada en múltiples decisiones de la Sección

Tercera de esta Corporación, según las cuales, la caducidad solo admite suspensión cuando se presenta la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho. En esa medida, por cuestionarse la legalidad un acto administrativo de carácter particular, la parte actora contaba con 4 meses desde el día siguiente a su notificación, para incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Al revisar los antecedentes del caso concreto, se observa que se cuestiona la Resolución núm. AL-14293 del 16 de noviembre de 2016, que se notificó el 19 de diciembre de 2016 y que quedó en firme el 20 de diciembre de 2016. En esa medida, el término de 4 meses para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fenecía el 20 de abril de 2017. Sin embargo, la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho se presentó el 19 de abril de 2017, por lo que la suspensión del término de caducidad fue de dos días, 19 y 20 de abril. Acto seguido, el 29 de junio de 2017, la Procuraduría expidió la certificación de no acuerdo, por lo que deben sumarse los 2 días suspendidos, esto es, 30 de junio y 1 de julio, y por ser este último un sábado, se corre al siguiente día hábil, que es el martes 4 de julio, por ser el 3 de julio festivo. En efecto, la demanda se presentó dentro del término legal el 4 de julio de 2017. En ese orden de ideas, esta Sala encuentra plenamente acreditado el defecto sustantivo por indebida aplicación normativa, puesto que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, en tanto señaló que el término suspendido fue solo 1 día, cuando en realidad fueron 2 días, lo cual vulneró el derecho al debido proceso que le asiste a la tutelante.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de julio de 2022, C.P. Nicolás Yepes Corrales radicación 11001-03-15-000-2022-03176-00\(AC\).](#)

SALVAMENTO DE VOTO / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA VÍA DE HECHO / AUSENCIA DE REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Problema jurídico: ¿Es procedente la acción de tutela contra providencia judicial si la actuación no fue arbitraria?

Tesis: “Me aparto de la decisión (...) que accedió al amparo, [ya que:] 1. Como la tutela contra providencia judicial es excepcional y solo procede frente a decisiones arbitrarias y groseras de los jueces, a mi juicio, en este asunto no se cumplieron esos presupuestos para acceder al amparo. 2. En relación con la tutela contra providencia judicial y la aplicación del “precedente” de la Corte Constitucional para su estudio, me remito a los numerales 1 y 2 de la aclaración de voto Rad. No. 11001-03-15-000-2019-00022-00/19, respectivamente.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de julio de 2022, S.V. Guillermo Sánchez Luque, radicación 11001-03-15-000-2022-03176-00\(AC\).](#)

4. Se vulneran los derechos fundamentales de igualdad y negociación colectiva de las organizaciones sindicales que no participaron en la presentación del pliego de solicitudes por incumplimiento del mandato legal que ordena el deber de concertar un pliego unificado

Síntesis del caso: *El juez constitucional consideró vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad y asociación sindical de la organización sindical accionante, por cuanto la Defensoría del Pueblo quería surtir la etapa de negociación colectiva sin la participación de las demás organizaciones sindicales. A juicio de la Sección Cuarta, se desconoció un mandato legal que*

obliga a los sindicatos a concertar y buscar las alternativas para presentar un pliego de peticiones de manera unificada. Esta actuación derivó en la vulneración de los derechos fundamentales de los sindicatos que no pudieron participar dentro de la etapa de negociación del pliego de peticiones.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL / DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA / OBJETO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA / PARTICIPACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA / PRESENTACIÓN DE PLIEGOS DE PETICIONES AL EMPLEADOR / PROTOCOLIZACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN / COEXISTENCIA DE SINDICATOS / AUTONOMÍA DEL SINDICATO / APLICACIÓN DE LA NORMA / POTESTAD DEL JUEZ DE TUTELA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico: [C]orresponde a la Sala, en los términos del escrito de impugnación, determinar si se debe revocar la sentencia proferida el 1 de julio de 2022, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", en la que se ordenó a la Defensoría del Pueblo suspender la negociación de la vigencia 2022 hasta que se adelantara el proceso de autocomposición de las organizaciones sindicales de dicha entidad, lo que a juicio de la organización ASDEP, vulnera los derechos fundamentales a la negociación colectiva y a la autonomía de los sindicatos, pues i) esta cumplió con los requisitos establecidos en el Decreto 160 de 2014 para presentar el pliego de solicitudes y ii) las asociaciones ASEMDEP y SINDHEP no han formulado pliego alguno en la vigencia 2022, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 160 de 2014.

Tesis: [L]a Sala no desconoce que el artículo 8 del Decreto 160 de 2014, el cual fue recopilado en el Decreto 1072 de 2015, establece los requisitos y las condiciones para que un sindicato de empleados públicos formule un pliego de solicitudes ante la administración o entidad estatal, tal como lo afirmó la organización sindical ASDEP en el escrito de impugnación. Sin embargo, el numeral 1 del artículo 2.2.2.4.7. del Decreto 1072 de 2015, en el capítulo de sindicatos de empleados públicos (...), [se estableció el deber de "realizar previamente actividades de coordinación para la integración de solicitudes, con el fin de concurrir en unidad de pliego y en unidad de integración de las comisiones negociadoras y asesoras."] (...) De lo anterior, se observa que al existir otras dos organizaciones sindicales dentro de la Defensoría del Pueblo era necesario que previo a la presentación o radicación del pliego de solicitudes, todas debieran llevar a cabo actividades coordinadas con el fin de integrar las solicitudes en un solo pliego. Es decir, que es una obligación de los sindicatos la necesaria coordinación para la integración de las solicitudes, lo que permite garantizar un escenario consensuado en el proceso de negociación colectiva al que pueden concurrir en unidad de pliego y de integración ante el respectivo empleador. Ahora bien, se debe precisar que, si bien en el presente asunto ASDEP radicó el pliego de solicitudes dentro de los dos meses siguientes a la asamblea de dicha organización, lo cierto es que la norma antes transcrita establece de manera categórica que, en caso de existir varios sindicatos, estos deben, previamente, desarrollar actividades coordinadamente con el fin de presentar un pliego en unidad, lo que se echa de menos en el asunto bajo examen. (...) En ese orden de ideas, fue justamente esa falta de unidad de pliego y unidad de integración, la que llevó, acertadamente, al juez de tutela de primera instancia a acceder al amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y a la negociación colectiva, escenario en el que resulta improcedente limitar o cercenar esa posibilidad de negociación, o imponer el que haya sido formulado por una de las asociaciones, solo bajo el argumento de que ASEMDEP y SIDHEP no lo formularon oportunamente, pues ello llevaría a vaciar de contenido, adicionalmente, el derecho de asociación sindical. Por consiguiente, el hecho de que en la sentencia impugnada se ordenara la suspensión de la negociación colectiva con el fin de que las organizaciones ASEMDEP, SIDHEP y ASDEP concurren en unidad de pliego, con sujeción a los principios de concurrencia, economía, celeridad, igualdad, concertación, defensa de los intereses comunes y justicia social, entre los representantes de cada organismo sindical, responde a una obligación previamente establecida en el ordenamiento jurídico, específicamente en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto 1072 de 2015, no a una supuesta atribución de funciones legislativas del juez de tutela de primera instancia como lo afirmó ASDEP en el escrito de impugnación, lo que descarta la solicitud de que se declare la improcedencia de la solicitud de amparo constitucional. (...) Por las razones expuestas, la Sala confirmará el fallo de primera instancia que accedió al amparo constitucional de los derechos fundamentales a la igualdad y de negociación colectiva de ASEMDEP.

FUENTE FORMAL: DECRETO 160 DE 2014 - ARTÍCULO 8 / DECRETO 1072 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.2.4.7. – NUMERAL 1.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 15 de septiembre de 2022, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación 25000-23-15-000-2022-00611-01\(AC\).](#)

5. Se vulnera el derecho a la seguridad social al no diligenciar el formulario de corrección de la historia laboral e iniciar la investigación administrativa para determinar si existen cotizaciones a favor del actor y que no fueron realizadas por su empleador, con el fin de verificar, si cumple o no con los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Síntesis del caso: Mediante la Resolución N°. 108891 del 26 de mayo de 2013, Colpensiones negó la pensión de vejez del actor, por no reunir los requisitos de ley para acceder a la misma. Esa decisión fue confirmada mediante las Resoluciones N°. GNR 40013 de 14 de febrero de 2014 y VPB 21177 de 14 de noviembre de 2014. El demandante ejerció una acción de tutela, con el fin de que se anularan las referidas resoluciones. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en segunda instancia, por medio de fallo de 29 de agosto de 2019, concedió el amparo del derecho fundamental a la seguridad social. En consecuencia, ordenó a Colpensiones que iniciara un trámite administrativo con el fin de determinar si el tutelante tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. En cumplimiento de la orden de tutela, Colpensiones expidió la Resolución N°. 2019-12335446-9 SUB 249842 de 12 de septiembre de 2019, en la que negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA COLPENSIONES / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE TUTELA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ DE LA ACCIÓN DE TUTELA / FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / PERSONA DE LA TERCERA EDAD / RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ / PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ / PROTECCIÓN DE LA PERSONA DE LA TERCERA EDAD / ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA INICIADA DE OFICIO / CORRECCIÓN DE HISTORIA LABORAL / HISTORIA LABORAL / APORTES AL FONDO DE PENSIONES / MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL NO IDÓNEO

Problema jurídico: ¿La acción de tutela ejercida cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, habida cuenta que: la providencia cuestionada se notificó el 29 de agosto de 2019, mientras que la solicitud de amparo fue promovida el 14 de julio de 2021; el accionante es un sujeto de especial protección constitucional; el demandante contaba con otro medio de defensa judicial para cuestionar las Resoluciones No. 249842 de 12 de septiembre de 2019 y SUB 122107 de 5 de junio de 2020, que negaron el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, en específico, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho?

Tesis: “[L]a decisión objeto de reproche constitucional se notificó el 29 de agosto de 2019, mientras que la solicitud de amparo fue promovida el 14 de julio de 2021, es decir, transcurrieron un (1) año, diez (10) meses y catorce (14) días entre el momento de la notificación y el de la interposición de la acción constitucional, término que desborda el plazo razonable establecido jurisprudencialmente por la Sala Plena de esta Corporación, acogido igualmente por la Corte Constitucional. (...) La Sala observa que en la acción de tutela se hacen reparos contra los actos administrativos que dictó Colpensiones, frente a los cuales el agenciado cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que, en principio, se podría considerar que desconoció el requisito de la subsidiariedad. (...) [S]in embargo, no

se puede pasar desapercibido que existe una situación especial y es que el señor [A.C.M.] es una persona de la tercera edad, pues tiene 84 años de edad, es decir, se trata de un sujeto de especial protección constitucional. (...) [L]a Sala considera que existen razones que hacen que en el caso concreto la tutela sea el mecanismo idóneo y eficaz para ventilar sus pretensiones constitucionales (...). Igualmente, se da por superado el requisito de la inmediatez (...) pues encuentra la Sala que en esta oportunidad debe valorarse el mencionado requisito de manera flexible (...) [S]e observa que la parte actora considera que en las Resoluciones No. 249842 de 12 de septiembre de 2019 y SUB 122107 de 5 de junio de 2020, no se analizó en debida forma la historia laboral del agenciado que supuestamente demostraba el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez ni el régimen pensional aplicable. (...) [E]l agenciado indicó que Colpensiones no le reconoció los aportes y tiempos en el que laboró en la finca La Quinta, correspondiente a 11 años y 7 meses que equivalen a 595.76 semanas, información que de acuerdo a lo afirmado por la parte actora, se perdió en un incendio. (...) Colpensiones informó que los supuestos aportes que se realizaron durante el tiempo que laboró en la finca La Quinta no aparecen registrados en la base de datos del fondo, razón por la cual le solicitó que si en su sentir había una inconsistencia en la historia laboral, adelantara el trámite de "la corrección de la misma, para lo cual deberá diligenciar y radicar en cualquiera de nuestros Puntos de Atención, los Formularios de Solicitud de Corrección de Historia laboral. (...) [L]a Sala no encuentra que la parte accionante haya realizado dicho trámite, lo cual se puede justificar justamente por la condición de vulnerabilidad del señor [A.C.M.], pues si bien no se desconoce que la actualización de la historia laboral es una obligación que tienen los fondos de pensiones, lo cierto es que de acuerdo a los actos administrativos demandados se evidencia que Colpensiones no cuenta con información del empleador que le permita adelantar investigaciones, actualizar la historia laboral y realizar los respectivos cobros de los aportes, más aun cuando de las mismas afirmaciones que aparecen en el escrito de tutela, se evidencia que dichos tiempos corresponden al año 1968 hasta octubre de 1979 y que esta información desapareció como consecuencia de un incendio. Por consiguiente, no se observa vulneración alguna de los derechos fundamentales del agenciado por parte de Colpensiones, pues no se evidencia que Colpensiones incurriera en alguna omisión frente a la actualización de la historia laboral del señor [A.C.M.]. (...) [L]a Sala constató que Colpensiones efectuó el estudio del régimen pensional del agenciado a partir del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 así como del Decreto 758 de 1990, cuestión diferente es que no se evidenciara el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para que se le reconociera la pensión de vejez. (...) Ahora bien, una manera de garantizar la protección de los derechos de las personas de la tercera edad es el no poner obstáculos ni trabas en los casos en los que está en discusión el derecho a la seguridad social en pensiones. Sobre ese particular, el Estado debe garantizar que en aquellos casos en los que un ciudadano se le niegue una pensión de vejez por una supuesta duda, inconsistencia o alteración en la historia laboral, todo el aparato administrativo debe actuar en favor de dicho sujeto de especial protección constitucional y adelantar los trámites pertinentes con el fin de aclarar su situación frente a la mencionada historia laboral. (...) Ahora bien, atendiendo a la calidad de sujeto de especial protección constitucional que tiene el señor [A.C.M.], quien, se reitera, es una persona de 84 de edad, solicitarle que se acerque a los puntos de atención de Colpensiones con el fin de que diligencie el formulario de corrección de la historia laboral y a partir de este iniciar la investigación con el fin de establecer si a favor del actor aparecen otros aportes que no se tuvieron en cuenta o, en su defecto, que se debieron realizar por algún empleado y que esto no se hizo, desconocería la obligación que ostenta el Estado frente a las personas de la tercera edad y se entendería como una manera de imponer una carga excesiva a una persona de la tercera edad. (...) [L]a Sala accederá al amparo del derecho fundamental a la seguridad social del señor [A.C.M.] y ordenará a Colpensiones que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, diligencie de manera oficiosa el formulario de corrección de historia laboral del accionante e inicie la investigación administrativa pertinente con el fin de determinar si existen cotizaciones a favor del actor y que no fueron realizadas por su empleador, con el fin de verificar, nuevamente, si cumple o no con los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con independencia de que ya se haya reconocido y pagado la indemnización sustitutiva, monto que eventualmente puede ser descontado del retroactivo pensional. Igualmente, que se ponga en contacto con el demandante, con el fin de que le brinde el acompañamiento necesario durante el trámite de investigación y corrección de la historia laboral."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta; sentencia del 23 de septiembre de 2022; C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2022-02332-01 \(AC\).](#)

6. Quienes no fueron parte del proceso no están legitimados en la acción de tutela para cuestionar los efectos de una sentencia de unificación, a pesar de que les sean aplicadas las subreglas jurisprudenciales de la providencia.

Síntesis del caso: *La Sección Cuarta del Consejo de Estado determinó que no le asiste legitimación por activa en la acción de tutela a aquellos accionantes que pretenden que no se les aplique las subreglas jurisprudenciales dictadas en sentencia de unificación sobre la procedencia de los descuentos con destino a salud, sobre el 12% de las mesadas adicionales a la pensión de docentes. La razón del juez constitucional se fundó en el hecho de que los tutelantes no fueron parte ni tampoco vinculados como terceros en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se dictó la sentencia de unificación. De este modo, se declaró la improcedencia de la acción por falta de legitimación en la causa por activa.*

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / DESCUENTO SOBRE PENSIÓN / APORTES AL SISTEMA DE SALUD / MESADA PENSIONAL ADICIONAL / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / IMPROCEDENCIA DE LA COADYUVANCIA / INTERVENCIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO / FALTA DE INTERÉS LEGÍTIMO

Problema jurídico: *[¿Se encuentran legitimados los accionantes, en la causa por activa, para presentar la demanda de tutela contra la sentencia de unificación dictada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, relacionada con la procedencia de los descuentos con destino a salud, sobre el 12% de las mesadas adicionales de pensión a docentes?, De encontrarse superada la legitimación de los accionantes, ¿Es procedente la solicitud de coadyuvancia formulada por el abogado A.S.R., en representación de los señores S.A.B., I.S.R. y P.A.C., quienes manifestaron tener un interés directo en las resultas del proceso?]*

Tesis: En el caso en estudio, los actores cuestionan la sentencia de unificación del 3 de junio de 2021, dictada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que, dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, se unificó jurisprudencia al declarar que son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Así, la parte actora cuestiona una providencia dictada en un proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 66001-33-33-000-2015-0030901 (0632-18), en el que el señor [J.J.G.P.], en calidad de demandante, discutió la legalidad de los actos mediante los que se le efectuaron descuentos para aportes en salud de las mesadas pensionales adicionales que percibió en de junio y diciembre, proceso en el que, en todo caso, los actores de la solicitud de la referencia no fueron parte ni vinculados como terceros. Según lo argumentado por los actores, se encuentran habilitados para presentar la presente acción de tutela, porque la tesis de la sentencia de unificación les está siendo aplicada en sus situaciones particulares y, en esa medida, han visto afectados sus derechos. Al respecto, es necesario precisar que a los actores no les asiste interés para cuestionar la sentencia de unificación so pretexto de que con esa decisión se afecta su situación particular. Estarían legitimados en la causa en la acción de grupo, en la que manifiestan que son parte. En efecto, la Sala destaca que el hecho de que las decisiones de unificación constituyan un precedente de obligatorio cumplimiento no habilita la intervención automática de quienes debaten pretensiones similares, pues no tuvieron la calidad de parte en el proceso. (...) [Ahora bien,] mediante memorial del 5 de septiembre de 2022, el señor [A.S.R.], en calidad de apoderado de los señores [S.A.B., I.S.R. y P.A.C.], manifestó su voluntad de coadyuvar la presente solicitud de amparo, por tener interés directo en que se deje sin efecto la sentencia de unificación cuestionada, dado que, a su juicio, con esta decisión les fueron vulnerados derechos fundamentales y por esta razón tienen interés legítimo para cuestionarla. No obstante, conforme lo ya expuesto, la Sala precisa que, dado que la parte actora no se encuentra legitimada en la causa por activa, igual suerte corren los quienes solicitan intervenir como coadyuvantes dentro del trámite de tutela de la referencia.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 8 de septiembre de 2022, C.P. Milton Chaves García, radicación 11001-03-15-000-2022-02894-01 \(AC\).](#)

7. Por virtud del artículo 44 de la Ley 472 de 1998 no es posible sancionar al actor popular ante la inasistencia a la audiencia de pacto de cumplimiento usando la remisión normativa al artículo 180 del CPACA en referencia al apoderado judicial.

Síntesis del caso: El accionante presentó demanda para la protección de derechos colectivos. El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Bucaramanga, mediante sentencia del 5 de junio de 2019, negó el amparo de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público y dispuso sancionar con multa de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes al actor popular, por la inasistencia injustificada a la audiencia de pacto de cumplimiento celebrada el 3 de mayo de 2018. El actor popular interpuso recurso de apelación contra la sanción con sustento en que se le sancionó en atención al numeral 4 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, no obstante, la normativa especial, esto es, el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, no prevé sanción o multa alguna para quienes no comparezcan a dicha audiencia. El Tribunal Administrativo de Santander, mediante sentencia del 18 de febrero de 2022, confirmó la decisión de primera instancia. Respecto a la sanción impuesta al actor popular por no asistir a la audiencia de pacto de cumplimiento, consideró que, si bien el artículo 27 de la Ley 472 de 1998 prevé que la inasistencia a la misma por parte de los funcionarios competentes constituía causal de mala conducta, sancionable con la destitución del cargo, de acuerdo con el artículo 44 de la misma norma, en los procesos de acciones populares se aplican las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con la jurisdicción que corresponda, en los aspectos no regulados. Por tanto, concluyó que el juzgado de primera instancia estaba autorizado para acudir a otras disposiciones que sí preveían la sanción pecuniaria como consecuencia de la inasistencia a una audiencia o diligencia, tal es el caso de los numerales 3 y 4 del artículo 180 del CPACA.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / APLICACIÓN INDEBIDA DE LA NORMA / INTERPRETACIÓN INDEBIDA DE LA NORMA / REMISIÓN DE LA NORMA / INCOMPATIBILIDAD DE LA NORMA / NORMATIVIDAD DE LA ACCIÓN POPULAR / PREVALENCIA DE LA NORMA ESPECIAL / PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA / NORMA DE CONTENIDO SANCIONATORIO / ACCIÓN POPULAR / AUDIENCIA ESPECIAL DE PACTO DE CUMPLIMIENTO / INASISTENCIA A LA AUDIENCIA ESPECIAL DE PACTO DE CUMPLIMIENTO / SANCIÓN EN AUDIENCIA ESPECIAL DE PACTO DE CUMPLIMIENTO / IMPROCEDENCIA DE LA DESTITUCIÓN DEL CARGO PÚBLICO / AUSENCIA DE CALIDAD DE LAS PARTES DEL PROCESO / SUJETO ACTIVO DE LA ACCIÓN POPULAR / ACTUACIÓN EN EL PROCESO / ACTO PROPIO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA SANCIÓN / TIPICIDAD DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico: ¿Se configuró el defecto sustantivo al usar la remisión normativa del artículo 44 de la Ley 472 de 1998 al artículo 180 del CPACA, para sancionar al actor popular por la inasistencia a la audiencia de pacto de cumplimiento?

Tesis: “[L]a Sala anticipa que en el presente caso se encuentra configurado el defecto material o sustantivo, que invoca la parte actora, por indebida aplicación e interpretación del artículo 27 de la Ley 472 de 1998 y de los numerales 3 y 4 del artículo 180 del CPACA, como se pasa a explicar. De manera específica, el artículo 27 de la Ley 472 de 1998 señala como consecuencia ante la inasistencia a la audiencia de pacto de cumplimiento una «causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo dirigida». Sin embargo, esta norma únicamente está dirigida a «los funcionarios competentes. Por lo tanto, es evidente que los supuestos de esa norma no se enmarcan de modo alguno en los del caso objeto de estudio, en cuanto, para la aplicación de dicha disposición se exige un sujeto calificado, en este caso «los funcionarios competentes» y no una persona que actúa en nombre propio, como es la condición en que acudió el señor [S.A.A.S.] para ejercer la acción popular, que ahora cuestiona por esta vía. (...) En ese contexto, si bien el artículo 44 de la Ley 472 de 1998 habilita la remisión normativa, en los aspectos no regulados, al Código General del Proceso y al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según la especialidad que corresponda, lo cierto es que, de conformidad con el numeral 4 del artículo 180 del CPACA puede ser objeto de sanciones por inasistencia el apoderado que no concurra a la audiencia inicial sin justa causa, sin que la norma prevea, entonces, la posibilidad de imponer multa a personas distintas a los apoderados. Adicionalmente, la remisión prevista en el artículo 44 de la Ley 472 de 1998, autoriza la aplicación de las normas del Código General del Proceso y al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al trámite de la acción popular «mientras no se oponga a la naturaleza y finalidad de dichas acciones». Y, una sanción diferente a la prevista en el artículo 21 de la Ley 472 de 1998, que es norma especial, es incompatible con las disposiciones que regulan la audiencia inicial en los procesos contencioso administrativos previstos en el CPACA. Lo anterior para señalar que al amparo del artículo 44 de la Ley 472 de 1998 definitivamente no resulta posible sancionar, con base en el referido numeral 4 del artículo 180 del CPACA, a un actor popular que no tiene la condición de apoderado» ante la inasistencia a la audiencia de pacto de cumplimiento. Ello, porque tal supuesto no está contemplado en dicha normativa especial y no existe fundamento legal que sustente esa medida sancionatoria, máxime cuando se trata de normas de carácter sancionatorio, las cuales son de aplicación restrictiva y no extensiva, como la aplicaron las autoridades judiciales demandadas, actuación que claramente resulta desconocedora de los principios de legalidad y tipicidad de la sanción. De manera que, en el presente caso resulta acreditado el defecto sustantivo invocado por la parte actora, en cuanto el Tribunal Administrativo de Santander aplicó de indebida forma del artículo 27 de la Ley 472 de 1998 y de los numerales 3 y 4 del artículo 180 del CPACA.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 8 de septiembre de 2022, C.P. Milton Chaves García, radicación 11001-03-15-000-2022-02992-01\(AC\).](#)

8. Se vulneran los derechos al trabajo y a la salud del accionante, quien es un sujeto de especial protección constitucional debido a su estado de salud, al no dar cumplimiento a la sentencia que ordenó su reintegro al Ejército Nacional.

Síntesis del caso: *El actor ejerció un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ejército Nacional a causa de la desvinculación laboral no justificada. En segunda instancia, la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia del 12 de junio de 2020, en la que accedió a las pretensiones de la demanda. En el mes de octubre de 2020, el tutelante solicitó al Ministerio que cumpliera la orden de reintegro y el envío de la liquidación de pago de emolumentos. El 18 de junio de 2021 radicó demanda ejecutiva para procurar el cumplimiento de la sentencia condenatoria del 12 de junio de 2020. A pesar de que se notificó al accionado de la sentencia condenatoria proferida, la entidad no inició las gestiones administrativas para efectivizar la vinculación, reintegro y pago de emolumentos económicos adeudados.*

ACCIÓN DE TUTELA / SENTENCIA CONDENATORIA / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PROCESO EJECUTIVO / CUMPLIMIENTO DE REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO IRREMEDIABLE / ACCIÓN DE TUTELA PARA CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE HACER / ACREDITACIÓN DE LA DEBILIDAD MANIFIESTA

Problema jurídico 1: ¿La acción de tutela ejercida cumple con el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que lo que se persigue es el cumplimiento de una obligación de hacer y, además, el accionante acreditó un perjuicio irremediable?

Tesis 1: “Conviene precisar que la controversia que se plantea en la impugnación no gira en torno cuestionar si el accionante cuenta con un mecanismo judicial para propender por el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la sentencia del 10 de junio de 2020, pues es claro que con este propósito el Legislador consagró el proceso ejecutivo. Lo que se cuestiona es que a pesar de que existe un mecanismo judicial principal para lograr la satisfacción de las pretensiones del accionante, este considera que debe procurarse el amparo excepcional, dado que se acreditó la concreción de un escenario de perjuicio irremediable que deriva de la condición de vulnerabilidad del señor Díaz González con ocasión a su diagnóstico médico y exige medidas inmediatas por parte del juez constitucional. (...) En esa línea, el análisis de procedibilidad de la acción de tutela es diferenciado respecto de las obligaciones de dar sumas de dinero y las obligaciones de hacer. Frente a las primeras, se ha considerado que el análisis de procedibilidad debe ser más estricto y riguroso, ya que el legislador dotó al proceso ejecutivo de herramientas eficaces para lograr el recaudo efectivo de la deuda, como el embargo y secuestro, principalmente. Es por lo anterior, que el Tribunal Constitucional ha negado el análisis de fondo de la acción de tutela, dada la posibilidad de lograr la satisfacción de las pretensiones cuando el interesado tiene a su disposición el proceso ejecutivo, en aquellos eventos en que se pretende “: i) el pago de la indemnizaciones ordenadas por la autoridad judicial , ii) la entrega de intereses moratorios reconocidos judicialmente, iii) la cancelación de los salarios dejados de percibir y iv) sumas debidas a raíz del reajuste pensional.”

ACCIÓN DE TUTELA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / OBLIGACIÓN DE DAR / ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / PROCESO EJECUTIVO / CERTIFICADO LABORAL / FACTOR SALARIAL

Problema jurídico 2: ¿Resulta procedente acceder a la pretensión consistente en que se oficie a la accionada para que remita al juez de la ejecución el certificado del salario y los factores salariales que debieron cancelarse al accionante desde la fecha de la desvinculación hasta su reintegro?

Tesis 2: “En la acción de tutela, el señor [G.A.D.G] presentó dos peticiones principales, a saber: (i) que se disponga su reintegro laboral inmediato, en los términos establecidos en la sentencia declarativa condenatoria del 12 de junio de 2020 y en los términos del mandamiento de pago, proferido por el juez de la ejecución el 11 de febrero de 2022, cuyo plazo de cumplimiento de 5 días desde la notificación de la providencia ya venció sin que se hubiere ejecutado la orden; y (ii) que se oficie a la accionada para que remita al juez de la ejecución el certificado del salario y los factores salariales que debieron cancelarse al actor desde la fecha de la desvinculación hasta su reintegro, así como de los descuentos legales que debieron hacerse, so pena de que se ordene el embargo de las cuentas bancarias de la entidad. En primer lugar, la Sala se referirá a la petición de ordenar a la entidad accionada para que remita al despacho que conoce el proceso ejecutivo, e certificado con la información antes indicada. En la acción de tutela y en la impugnación se ha indicado que estos documentos son necesarios para liquidar la obligación de dar, contenida en el título judicial, relativo a cancelar a favor del hoy accionante los emolumentos y demás beneficios económicos dejados de percibir desde la fecha en que fue desvinculado hasta el momento en que se haga efectivo su reintegro. Entonces, se reitera, esta petición guarda relación con la liquidación de la obligación de dar. (...) Esta Sala no accederá a la pretensión del accionante relativa a ordenar la entrega de las certificaciones antes indicadas con destino al juzgado que conoce del proceso ejecutivo, por dos razones. La primera es que el documento refiere a una prueba solicitada de oficio por el juez natural de la causa en el curso del proceso ejecutivo, respecto de la cual esa autoridad, ya anunció la posibilidad de desplegar los poderes correccionales de los que lo dota el marco jurídico para procurar que la ejecutada lo arrime al proceso (artículo 44. CGP), esto a través del incidente de desacato de una orden judicial, figura que permite imponer sanción monetaria a la autoridad que incurre en desacato. Así pues, corresponde al señor [G.A.D], ante el incumplimiento de la orden en los términos expuestos por el juez de la ejecución,

pedirle que ejerza sus poderes correccionales y dé inicio al incidente de desacato. Adicional a lo anterior, las certificaciones solicitadas tienen por objeto lograr la liquidación del crédito a favor del ejecutante por las sumas de dinero que adeuda la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.”

ACCIÓN DE TUTELA / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SENTENCIA CONDENATORIA / PROCESO EJECUTIVO / REINTEGRO AL CARGO DEL SUBOFICIAL RETIRADO DE LAS FUERZAS MILITARES / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA / ACCIÓN DE TUTELA PARA CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE HACER / AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO

Problema jurídico 3: ¿Resulta procedente amparar los derechos fundamentales al trabajo y a la salud invocados por el accionante, en relación a la desvinculación laboral como miembro de la fuerza pública, siendo este un sujeto especial protección constitucional, debido a su estado de salud?

Tesis 3: “Frente a la pretensión del actor relativa a que se ordene a través de la acción de tutela cumplir con la orden de reintegro y reubicación contenida en la sentencia del 12 de junio de 2020, esta Sala declarará el amparo solicitado, por encontrar acreditados los requisitos para ello, tanto a la luz del marco jurisprudencial, como de los medios de convicción aportados a este proceso constitucional. (...) Al verificar el sistema de consulta de procesos unificado de la Rama Judicial, se observa que el señor Díaz González presentó una nueva petición de amparo ante el juez de tutela el 16 de septiembre de 2021, para procurar que se ordene a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional que proceda con su vinculación al sistema de salud de las Fuerzas Militares para que se brinde el servicio médico de manera integral frente a las patologías que padece, dado que estaba recibiendo tratamiento de quimioterapia para aliviar las dolencias derivadas de la espondilitis anquilosante. Aunque en la segunda instancia del proceso constitucional, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la improcedencia de la acción y lo conminó a procurar la satisfacción de su pretensión en ejercicio del incidente de desacato frente a la primera acción de tutela, lo que quiere destacar esta Sala es que el efectivo cumplimiento de la orden de hacer, consistente en el reintegro y reubicación laboral del señor Díaz González tiene una repercusión directa en la efectiva prestación de su servicio de salud. Es del caso considerar que en la solicitud de amparo y en el escrito de impugnación el accionante reitera las dificultades en la prestación de su servicio de salud, derivadas del acto de desvinculación de la entidad que ya se encuentra anulado, pero que sigue afectando su derecho a la salud, dado que no se ha cumplido con el reintegro y en razón a ello no se ha materializado su vinculación al sistema de salud de las Fuerzas Militares. (...) Entonces, aunque es cierto que el cumplimiento de las sentencias debe procurarse a través del proceso ejecutivo, también lo es que el precedente constitucional, permite que, tratándose de obligaciones de hacer, como lo es el reintegro y reubicación de un trabajador, la acción de tutela puede ser el mecanismo judicial idóneo y eficaz, dado que está dotada de mejores herramientas coercitivas para procurar que se lleve a cabo lo ordenado en la sentencia de condena. Luego, establecido que, se pretende con la acción de amparo la ejecución de una orden de hacer, cuyo cumplimiento impacta el derecho a la salud del señor [G.A.D.G] en cuanto a la prestación integral y efectiva de su servicio médico, la Sala reitera que en este caso están dados los requisitos para acceder a la solicitud de amparo frente a esta orden en específico.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 4 de agosto de 2022, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-15-000-2022-00559-01 \(AC\).](#)

ACCIONES POPULARES

Se ordena reubicar y brindar soluciones de vivienda a las familias localizadas en zonas de riesgo del barrio Providencia del municipio de Manizales.

Síntesis del caso: Debido a las lluvias en los meses de marzo, abril y mayo de 2017, los habitantes del barrio Providencia del municipio de Manizales se vieron afectados en sus viviendas, quedando en situación de riesgo por las nuevas cargas de lodo pudieran descender por la falta de obras de estabilización del cerro Sancancio del municipio. Esta Corporación, en segunda instancia, encontró vulnerados los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, y a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles, y, en consecuencia, ordenó al municipio, entre otras : i) realizar los estudios de detalle para establecer si la zona donde se encuentra ubicado el barrio Providencia es de riesgo no mitigable; ii) adelantar las gestiones pertinentes para la reubicación definitiva de las familias que no hayan sido beneficiarias de subsidios de vivienda o una indemnización equivalente y que se encuentren situadas en la zona; iii) efectuar un censo para determinar las características de la población beneficiaria de la medida de reubicación; iv) en caso de que los habitantes se rehúsen a abandonar el sitio, ordenar la desocupación con el apoyo de las autoridades de Policía; v) otorgar una solución de vivienda temporal hasta que se lleve a cabo la reubicación definitiva; vi) brindar asesoría y orientación a las familias que habitan la zona de alto riesgo en la obtención de una alternativa de vivienda temporal y digna.

RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA PREVENCIÓN DE DESASTRES TÉCNICAMENTE PREVISIBLES / DERECHO A LA SEGURIDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SALUBRIDAD PÚBLICA / REUBICACIÓN DE VIVIENDA / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR

Problema jurídico 1: ¿Lo pretendido por la actora es la protección de derechos de carácter colectivo y, por ende, el ejercicio de la acción popular resulta procedente?

Tesis 1: “[R]esulta evidente que lo pretendido por la señora [H.H.] no es la garantía de su derecho a la vivienda, sino la de derechos de naturaleza colectiva como la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes. Lo anterior, en atención a que lo que motivó el ejercicio de la presente acción popular fue la situación de riesgo en la que se encuentran los habitantes del barrio Providencia por la ola invernal que acaeció en el mes de abril de 2017 en el MUNICIPIO, mas no la consecución de vivienda para la actora, como acertadamente lo indicó el Tribunal (...) [S]e advierte que la decisión del Tribunal de proteger los derechos colectivos invocados en la demanda se ajusta a derecho, ya que está probado el riesgo en el que se encuentra dicha población.”

VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA PREVENCIÓN DE DESASTRES TÉCNICAMENTE PREVISIBLES / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD / COMPETENCIA DEL MUNICIPIO / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / COMPETENCIA DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Problema jurídico 2: ¿Resulta procedente ordenar al municipio de Manizales y a la realización de estudios de detalle en los que se identifique si la situación de amenaza, vulnerabilidad y riesgo del barrio Providencia del municipio de Manizales es o no mitigable y, en caso afirmativo, determinar las obras que deban ejecutarse?

Tesis 2: “[E]n cuanto a la orden específica de realizar estudios de detalle en los que se identifique si la situación de amenaza, vulnerabilidad y riesgo del barrio Providencia es o no mitigable y, en caso afirmativo, determinar las obras que deban ejecutarse, la Sala considera que se ajusta plenamente al procedimiento establecido en el Decreto 1077 de 2015 y el POT para aquellas zonas que son catalogadas como suelo de uso condicionado (...) De manera que, independientemente de que exista certeza sobre la naturaleza del riesgo, media o alta, como lo puso de presente el MUNICIPIO en el recurso de apelación y lo encontró

acreditado la Sala, lo cierto es que también resulta necesario establecer la mitigabilidad del riesgo, de conformidad con lo ordenado por el POT, el cual, por demás, prevé un procedimiento específico para establecer cómo se debe catalogar un suelo que aún no cuenta con un uso determinado (como el suelo de uso condicionado), razón por la que al Juez Popular no le es posible obviar este mandato y, en consecuencia, la medida adoptada por el Tribunal fue la idónea. (...) [A]ún cuando la función de implementar, ejecutar, desarrollar, entre otras, las políticas, actividades tendientes a la gestión del riesgo, le corresponde principalmente al alcalde, ello no significa que deba dejarse de lado que la misma Ley 1523 y el Decreto 4147 de 3 de noviembre de 2011, establecieron un trabajo coordinado y armónico con las demás entidades, dentro de las que se encuentran CORPOCALDAS, a la cual se le asignan especiales funciones de asesoría, orientación y apoyo a las entidades territoriales de distinto orden en materia de gestión del riesgo. (...) [L]a Sala considera que no ha debido declararse probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de CORPOCALDAS, toda vez que la normativa en comento le asigna claras competencias en materia de gestión del riesgo, máxime si se tiene en cuenta que, en el caso concreto, los factores que acentúan el peligro al que se exponen los habitantes del barrio Providencia se relacionan con el control de erosión y manejo de cauces, cuyos asuntos son propios de la entidad de acuerdo con lo expuesto. (...) [L]a Sala modificará la parte resolutive del fallo apelado en lo que respecta a: i) la resolución de las excepciones, en el sentido de excluir a CORPOCALDAS; y ii) la declaratoria de vulneración de los derechos colectivos y las medidas de protección, pues aquella no solamente se predica del ente territorial sino también de la autoridad ambiental.”

ACCIÓN POPULAR / DERECHO A LA SEGURIDAD / DERECHO A LA PREVENCIÓN DE DESASTRES TÉCNICAMENTE PREVISIBLES / COMPETENCIA DEL MUNICIPIO / PLAN DE REUBICACIÓN DE VIVIENDA EN CONDICIONES DE ALTO RIESGO / REUBICACIÓN DE VIVIENDA / SOLUCIÓN DE REUBICACIÓN DE VIVIENDA / ZONA DE ALTO RIESGO / ZONA DE RIESGO / DAÑO A BIEN INMUEBLE / DESLIZAMIENTO DE TIERRA

Problema jurídico 3: *¿El municipio de Manizales es el competente para llevar a cabo la reubicación de la población del barrio Providencia?*

Tesis 3: “[R]esulta evidente que el llamado a reubicar a la población del barrio Providencia es el MUNICIPIO, como en efecto lo ordenó el Tribunal. (...) [L]a Sala pone de manifiesto que esta Sección en sentencia de 1o. de junio de 2020, consideró que las órdenes de reubicación de viviendas en zonas de alto riesgo no mitigables y soluciones temporales de vivienda hasta que se efectúe la reubicación definitiva, deben obedecer a unos criterios específicos, los cuales no son consonantes con los dispuestos por el Tribunal en la parte resolutive de la sentencia apelada, pues éste circunscribió el actuar de la Administración a brindar un acompañamiento a las familias en procesos de postulación para proyectos de vivienda promovidos por FONVIVIENDA, lo que, por demás, desconoce las obligaciones del ente territorial sobre la materia. E]n relación con la competente para llevar a cabo la reubicación en caso de que a ello hubiere lugar, la Sala advierte que de acuerdo con lo analizado en precedencia, el artículo 40 de la Ley 1523 [dispone] (...) [R]esulta evidente que el llamado a reubicar a la población del barrio Providencia es el MUNICIPIO, como en efecto lo ordenó el Tribunal. (...) [L]a Sala pone de manifiesto que esta Sección en sentencia de 1o. de junio de 2020, consideró que las órdenes de reubicación de viviendas en zonas de alto riesgo no mitigables y soluciones temporales de vivienda hasta que se efectúe la reubicación definitiva, deben obedecer a unos criterios específicos, los cuales no son consonantes con los dispuestos por el Tribunal en la parte resolutive de la sentencia apelada, pues éste circunscribió el actuar de la Administración a brindar un acompañamiento a las familias en procesos de postulación para proyectos de vivienda promovidos por FONVIVIENDA, lo que, por demás, desconoce las obligaciones del ente territorial sobre la materia, (...) Comoquiera que los criterios expuestos por la Sala en los apartes transcritos resultan aplicables al caso bajo examen, serán adoptados en esta oportunidad para efecto de impartir la orden de reubicación de la población que habita en la zona que eventualmente podría ser calificada como de riesgo no mitigable en el barrio Providencia. [E]l caso concreto debe resolverse a la luz de los principios de precaución y prevención.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 19 de agosto de 2022, C.P.: Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 17001-23-33-000-2019-00070-01 \(AP\).](#)

2

**SALA PLENA
DEL CONTENCIOSO**



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al resolver una solicitud para que asumiera el conocimiento de un proceso de nulidad electoral por importancia jurídica y por necesidad de sentar jurisprudencia, reitera cuales son las características de estas figuras y de la unificación de la jurisprudencia.

Síntesis del caso: En el trámite del medio de control de nulidad electoral, la parte demandante solicita que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo asuma el conocimiento del asunto por importancia jurídica y ante la necesidad de sentar jurisprudencia para determinar si se requiere o no un estudio de proporcionalidad y razonabilidad de la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo electoral y lo correspondiente al estándar probatorio aplicable al momento de decidirse sobre la medida cautelar.

NULIDAD ELECTORAL / SOLICITUD DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CONCEPTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / CONCEPTO DE SENTAR JURISPRUDENCIA / NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 1: ¿Cuáles son las particularidades y diferencias de las figuras de importancia jurídica, necesidad de sentar jurisprudencia y unificación de la jurisprudencia?

Tesis 1: “Con respecto a la importancia jurídica, se ha precisado que se presenta ante la “alta connotación que tiene un asunto dentro del mundo jurídico, en la medida en que es capaz de incidir en él de forma transversal y determinante, bien sea porque toca bienes o instituciones materiales o inmateriales que figuran dentro de la más elevada escala de protección estatal, demanda la construcción de un parámetro de interpretación que resulta necesario para el orden normativo mismo, propugna por un avance significativo en la tradición jurídica nacional o internacional, el Constituyente o Legislador le han dado esa connotación, o porque el desarrollo jurisprudencial así lo sugiere”. En relación con la necesidad de sentar jurisprudencia, la Sala encuentra que la misma se corresponde con aquellos eventos en los que se requiere que, el Consejo de Estado, en su máxima instancia de decisión y como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa, dicte una decisión sobre un punto de derecho determinado, con el fin de precisar el alcance y fijar, de manera unificada, la forma en la que el mismo se ha de entender y aplicar por todos los operadores jurídicos. Conforme con ello, resulta claro que la configuración de dicho evento implica en sí mismo una novedad en el entendimiento de una norma en específico, que, a su vez, no encuentra una solución en las decisiones judiciales que lo han abordado hasta el momento y, por lo tanto, justifican que esta Corporación dicte los parámetros de interpretación a seguir. Dicho evento se diferencia de aquellos en los que se requiere la unificación de la jurisprudencia, lo cual “(...) pretende establecer criterios uniformes sobre el entendimiento de cierta problemática jurídica cuando se ha podido verificar una disparidad de razonamientos sobre un mismo asunto en los diversos niveles de la jurisdicción. Mediante esta causal se revalida una de las funciones más relevantes del precedente judicial cual es el de generar seguridad jurídica pues la Sala se ocupará de interpretar de manera unificada el ordenamiento sobre determinado tema o problema jurídico y a partir de allí, vía aplicación del precedente de una sentencia de unificación, se impondrá a los demás partícipes de la práctica jurídica seguir este criterio de interpretación”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los conceptos de importancia jurídica, necesidad de sentar jurisprudencia y unificación de la jurisprudencia, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 30 de agosto de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 11001-03-28-000-2014-00130-00; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 29 de octubre de 2019, M.P. William Hernández Gómez, Rad. 05001-33-31-009-2006-00210-01(A)(AG)REV y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto del 1º de febrero de 2018, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

SOLICITUD DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / RECHAZO DE LA SOLICITUD DE UNIFICACIÓN

JURISPRUDENCIAL / COMPETENCIA DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CONCEPTO DE SENTAR JURISPRUDENCIA / NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 2: ¿La solicitud de unificación de jurisprudencia formulada por la parte actora cumple con los supuestos de importancia jurídica y necesidad de sentar jurisprudencia y, por tanto, resulta procedente que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo avoque conocimiento del caso?

Tesis 2: “[L]a Sala encuentra que los argumentos ofrecidos en la solicitud no revisten auténticas razones de importancia jurídica, pues es un aspecto consuetudinario en el contencioso electoral. Tampoco acreditan la necesidad de sentar jurisprudencia en los términos del artículo 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues la corporación ya la ha sentado en forma categórica en la jurisprudencia atrás señalada. En consecuencia, la Sala no avocará el conocimiento del presente asunto, que pretende la unificación de la jurisprudencia de autos, porque (i) se cuenta con jurisprudencia consolidada en la materia, razón por la cual ésta ya fue sentada (ii) existe una decisión de unificación en la que se dispone la necesidad de correr traslado del escrito que contiene una solicitud en tal sentido de forma previa a la decisión, con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho de contradicción”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto del 20 de septiembre de 2022; C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00159-00\(A\)](#)

Aclaración de voto del consejero William Hernández Gómez

ACLARACIÓN DE VOTO / SOLICITUD DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / RECHAZO DE LA SOLICITUD DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / COMPETENCIA DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CONCEPTO DE SENTAR JURISPRUDENCIA / NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / REQUISITOS DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / ACTO ELECTORAL / SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ELECTORAL / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD / PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Problema jurídico: ¿La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado debió avocar el conocimiento del proceso para unificar la jurisprudencia respecto a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad de la medida cautelar en materia de suspensión de los actos electorales?

Tesis: “Este despacho comparte en su totalidad las razones que fueron esgrimidas para no avocar el conocimiento para unificación en relación con el tema del estándar de la prueba, sin embargo no comparte las relativas a la proporcionalidad y razonabilidad de la medida cautelar en materia de suspensión de los actos electorales, por cuanto considera que dados los últimos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de restricción de derechos políticos de los elegidos popularmente sí era un asunto de importancia jurídica que ameritaba analizar la procedencia de avocar o no el conocimiento del caso para variar o precisar la jurisprudencia consolidada por la Corporación en la materia (...). [T]eniendo en cuenta que el demandado solicitó la unificación para que la Sala Plena se pronunciara sobre el tema de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida en atención a los efectos que la suspensión provisional tiene en relación con el derecho al sufragio pasivo y frente a sus propios derechos políticos, en mi opinión era importante y necesario que se analizara si con base en los últimos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la restricción de los derechos políticos de los elegidos popularmente, ameritaba el avocar el caso para efectos de unificación.(...) En este punto también es importante anotar que con las modificaciones que incluyó la Ley 2080 de 2021 al artículo 271 del CPACA la unificación de jurisprudencia no solo es para sentar jurisprudencia, sino también para precisar su alcance o para resolver divergencias en su interpretación y aplicación que pueden surgir con ocasión de cambios en la jurisprudencia o decisiones de tribunales internacionales que son vinculantes para el Estado Colombiano”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto del 20 de septiembre de 2022; A.V. William Hernández Gómez: 11001-03-28-000-2022-00159-00\(A\)](#)

2. La causal de incompatibilidad del congresista de desempeñar un empleo o cargo en forma simultánea a su labor en el Congreso no tiene entre sus elementos estructurales la onerosidad o gratuidad de tal empleo. Además, la excepción normativa que permite 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 no está supeditada a que esta sea no remunerada.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del congresista John Milton Rodríguez González, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por una presunta violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades al desempeñar un cargo o empleo privado remunerado en el partido Colombia Justa Libres.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Problema jurídico: ¿El senador John Milton Rodríguez desconoció el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses por el desempeño simultáneo de funciones congresales y de un cargo o empleo privado en el partido Colombia Justa Libres y, por lo tanto, la sentencia apelada debe ser revocada?

Tesis: “El artículo 283 de Ley 5 de 1992, al establecer las excepciones a las incompatibilidades constitucionales, determinó que si bien los congresistas no pueden desempeñar cargo o empleo público o privado, tienen permitido, entre otras: (i) el ejercicio de la cátedra universitaria; (ii) la prestación del servicio de salud en forma gratuita, en caso que el congresista sea profesional de la salud; (iii) la participación en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas; (iv) la pertenencia a organizaciones cívicas y comunitarias; y, (v) la participación en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley. Respecto de la última excepción antes indicada, la Corte Constitucional al estudiar su exequibilidad, explicó que tiene sustento en los artículos 40 y 127 superiores, normas que reconocen dentro de los derechos políticos de los ciudadanos, el de constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, así como formar parte de ellos libremente, a la vez que permiten a los congresistas, por la misma naturaleza política de su cargo, tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos, pues no los incluye dentro de los empleados a quienes se les prohíbe tal actividad. Por otra parte, conforme a su enunciado normativo, para la configuración de esta excepción se precisa la concurrencia de dos (2) elementos claramente identificables: (i) La participación o ejercicio desempeñado por el congresista debe corresponder a las actividades propias de los organismos directivos de un partido o movimiento político, más no a cualquier actividad relacionada directa o indirectamente con éstos. (ii) El partido o movimiento político debe estar reconocido como tal, y, por ende, debe ostentar la personería jurídica otorgada por el Consejo Nacional Electoral de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 130 de 1994. (...) [L]a Sala cuenta con suficientes motivos para indicar que no le asiste razón al recurrente, toda vez que, como se ha explicado, la onerosidad o gratuidad del empleo o cargo desempeñado simultáneamente por el congresista no hace parte de los elementos estructurales de la causal de incompatibilidad alegada, como tampoco del régimen exceptivo que conllevó a la negativa de las pretensiones, esto, en tanto y en cuanto, se reitera: (i) La incompatibilidad que se analiza, no gravita sobre la base de que el cargo o empleo que se ejerza sea o no remunerado, pues lo pretendido por el constituyente fue exigir la exclusividad de la labor personal de los congresistas, evitando que su profesión u oficio se use en beneficio de terceros, garantizando su independencia, “la cual se desvanece si el congresista entra a participar de un engranaje

comercial, como cuando presta sus servicios a empresas de esta naturaleza”. En esta medida, esta causal tiene por objeto sancionar el quebrantamiento de la dedicación exclusiva exigida al congresista para el mejor desarrollo de sus funciones, más no el hecho de que el congresista sea remunerado por una actividad diferente a la congresal. (ii) La norma que permite 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, no supedita, restringe o confina tal supuesto a que la participación no sea remunerada, como, por ejemplo, sí lo dispuso para otras hipótesis, como es la prestación de servicios de salud por parte del congresista profesional de la salud, quien puede “prestar ese servicio cuando se cumpla en forma gratuita”. En consecuencia, por cuanto la norma no establece que la excepción estudiada es solo predicable respecto de la participación del congresista a título gratuito, resulta improcedente pretender adicionar, modificar o generar excepciones al texto legal en ese sentido, supuesto necesario para acceder a las peticiones de la parte actora. Por otra parte, en relación con la afirmación del recurrente, según la cual los partidos políticos sí son entidades de derecho público a diferencia de lo indicado en el fallo recurrido, debe señalarse que, además de asistirle razón al a quo en sus planteamientos en relación con esta temática, lo cierto es que la eventual revisión de este aspecto de cara al asunto debatido resulta inocua, pues no tiene la potencialidad de variar su sentido. Además, si bien el recurrente afirma lo contrario, no indica ni desarrolla argumento alguno para sustentar algún planteamiento que pudiere ser objeto de estudio en esta instancia”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance de la violación al régimen de incompatibilidades por el desempeño de un cargo o empleo público o privado por parte de un congresista, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 24 de mayo de 2011. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00924-00 (PI); Corte Constitucional. Sentencia C-985 del 99 y sentencia SU-1159 de 2003.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 13 de septiembre de 2022; C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 11001-03-15-000-2021-04291-02\(PI\)](#)

3. El desconocimiento del criterio jurisprudencial unificado vigente al momento de proferir sentencia en lo que atañe a la manera de aplicar el monto y el IBL en el régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993 configura la causal de revisión del literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

Síntesis del caso: *En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones -FONCEP-, instauró demanda contra la sentencia del 2 de mayo de 2019, mediante la cual la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado confirmó en su integridad el fallo de primera instancia del 26 de septiembre de 2013, proferido por el Tribunal Administrativo del Cundinamarca, en la que se reconoció una pensión de jubilación liquidada sobre el 75% de todos los factores salariales devengados por la beneficiaria en el último año de servicio.*

RÉGIMEN PENSIONAL (LEY 33 DE 1985) / APLICACIÓN DE LA LEY 33 DE 1985 / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / ACCIÓN DE REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO / VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO / AUSENCIA DE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO

Problema jurídico 1: *¿La sentencia del 2 de mayo de 2019, proferida por la Sección Segunda - Subsección A del Consejo de Estado, está incurso en la causal de revisión del literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, esto es, por cuanto la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables?*

Tesis 1: “Visto el artículo 36 ibidem, se considera que desarrolló un régimen de transición que ha sido

entendido como un beneficio en favor de las personas que cumplan con unos requisitos para la entrada en vigor de aquella, lo cual les permitiría regirse por las normas aplicables en el régimen anterior. (...) De la norma transcrita, se extrae que quienes se encuentren en los supuestos de edad o tiempo de servicios allí previstos, tienen derecho a que se les apliquen las normas anteriores que venían rigiendo su situación pensional, en cuanto a edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto. Sin embargo, en relación con este último aspecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado no ha sido pacífica, pues se ha debatido si el ingreso base de liquidación hace parte del régimen de transición o no (...). [L]a Sección Segunda del Consejo de Estado ha considerado que, en los eventos, en que una persona sea beneficiaria del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, pero consolide su estatus pensional en vigencia de la Ley 100, se hace beneficiaria del régimen de transición de esta última y el derecho se reconoce con: i) la edad prevista en la norma anterior a la Ley 33 de 1985; ii) el tiempo de servicio y la tasa de remplazo de la Ley 33 de 1985; iii) el ingreso base liquidación de la Ley 100, en los términos de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado; y iv) con los factores salariales taxativamente previstos en la ley y sobre los cuales hubiere efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. (...) [E]sta Sala considera que para el reconocimiento y la reliquidación de la pensión de jubilación de la [beneficiaria], se debió aplicar el precedente jurisprudencial vigente y vinculante para el momento en que la profirió la sentencia de segunda instancia; es decir 2 de mayo de 2019, esto es, la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018. (...) Por lo expuesto anteriormente, se infirmará la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 2 de mayo de 2019, toda vez que a [beneficiaria] no le asistía el derecho a la reliquidación de su pensión sobre el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio conforme con lo dispuesto en la sentencia de unificación de esta Corporación expedida el 28 de agosto de 2018, la cual se encontraba vigente para el momento en que se profirió la decisión cuestionada y era precedente judicial obligatorio para definir el caso, por consiguiente, se configura la causal establecida en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797”.

NOTA DE RELATORÍA 1: En la decisión se examina ampliamente las posiciones jurisprudenciales que han asumido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto a la interpretación del régimen de transición pensional contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, se hace referencia a las siguientes sentencias: Corte Constitucional, sentencias C-168 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-631 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1000 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T- 169 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-651 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-386 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-158 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-711 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-180 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-610 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-258 de 2013, M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub; SU-230 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SU-427 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; SU- 395 de 22 de junio de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; SU-023 de 2018; M.P. Carlos Bernal Pulido; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación de 25 de febrero de 2016, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, número interno 4686-2013; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 11001-03-15-000-2016-01334-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 9 de febrero de 2017, C.P. César Palomino Cortés, radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, C.P. César Palomino Cortés, Expediente 2012-00143-01.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el marco normativo y el desarrollo jurisprudencial sobre el régimen pensional aplicable a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 24 de marzo de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, número único de radicación 11001-03-25-000-2019- 00699-00; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 30 de septiembre de 2021, C.P. César Palomino Cortés, número único de radicación 17001-23- 31-000-2012-00247-01

RÉGIMEN PENSIONAL (LEY 33 DE 1985) / APLICACIÓN DE LA LEY 33 DE 1985 / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL / BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL / APLICACIÓN DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN / DETERMINACIÓN DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN

Problema jurídico 2: *¿El reconocimiento y la reliquidación de la pensión de jubilación de la beneficiaria se debió aplicar el ingreso base de liquidación, debió liquidarse en los términos del inciso tercero del artículo 36 o del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus pensional o el cotizado durante todo el tiempo con la*

inclusión de los factores sobre los cuales se hayan efectuado los correspondientes aportes sobre los que cotizó?

Tesis 2: “[E]sta Sala considera que a la [beneficiaria] se le debía liquidar la pensión de jubilación de la siguiente manera: Por estar amparada por la transición de la Ley 33 de 1985 conservó el requisito de edad de 50 años previsto en la Ley 6 de 1945. En cuanto a los requisitos de tiempo y monto, por estar en transición, le son aplicables los previstos en la Ley 33 de 1985, esto es, 20 años de servicios al Estado y la tasa de remplazo del 75%. El ingreso base de liquidación, debió liquidarse en los términos del inciso tercero del artículo 36 o del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus pensional o el cotizado durante todo el tiempo con la inclusión de los factores sobre los cuales se hayan efectuado lo correspondientes aportes sobre los que cotizó y que se encuentren en la norma. Para el caso concreto, se reitera correspondiente a los últimos 460 días de cotización (del 22-01-91 al 21-05-92), periodo que resulta de contabilizar desde el 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 para los empleados del orden territorial hasta el 10 de octubre de 1996, fecha en que cumplió los 50 años de edad. Los factores salariales a tener en cuenta son los previstos en el artículo 3.º de la Ley 62 de 1985, toda vez que los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, no son aplicables, comoquiera que el citado decreto fue expedido con posterioridad a su retiro del servicio; y en esa medida corresponden a asignación básica, horas extras y dominicales y festivos, conforme se estableció en la Resolución núm. 124 de 4 de febrero de 1999”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Quince Especial de Decisión; sentencia del 1º de septiembre de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-15-000-2022-00850-00\(REV\)](#)

3
SECCIÓN
PRIMERA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Incurre en causal de pérdida de investidura por violación del régimen de inhabilidades por ejercicio de autoridad administrativa, quien dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección como concejal, fue miembro del consejo directivo de una institución pública educativa.

Síntesis del caso: Se solicitó que se despojara de su investidura al concejal del municipio de Bello, Antioquia, Oscar Darío Arias Agudelo, período constitucional 2020-2023, con fundamento en la causal prevista "en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994".

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CONCEJAL / ELEMENTO OBJETIVO / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONCEJAL / EMPLEADO PÚBLICO / INHABILIDAD DEL CONCEJAL POR EJERCICIO DE AUTORIDAD / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / INSTITUCIÓN EDUCATIVA / COLEGIO PÚBLICO / GOBIERNO ESCOLAR / CONSEJO DIRECTIVO / RECTOR DE COLEGIO PÚBLICO / FONDO DE SERVICIOS EDUCATIVOS / ORDENACIÓN DEL GASTO / ADICIÓN PRESUPUESTAL / TRASLADO PRESUPUESTAL / CRITERIO FUNCIONAL PARA DETERMINAR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / EJERCICIO DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CULPABILIDAD / DEBER DE DILIGENCIA / IGNORANCIA DE LA LEY / BUENA FE CUALIFICADA / CULPA GRAVE / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONCEJAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico: [D]eterminar, si el concejal incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 2 del artículo 43 de la Ley 136, por haber sido miembro del consejo directivo de una institución pública educativa, dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección como concejal.

Tesis: [L]a Sala observa que, contrario a lo sostenido por el a quo, el señor Oscar Darío Arias Agudelo, en su condición de miembro del consejo directivo de la institución pública educativa Carlos Pérez Mejía del municipio de Bello, Antioquia, sí ejerció autoridad administrativa, conclusión a la que es posible arribar teniendo en cuenta lo siguiente: (i) Revisadas las funciones del consejo directivo, se advierte que, aunque algunas consisten en fijar directrices y expedir lineamientos abstractos que no implican administrar, tiene otras que comportan un verdadero ejercicio de autoridad administrativa como órgano de gobierno escolar que orienta el establecimiento educativo estatal. (ii) Para el efecto, se recuerda que las funciones del consejo directivo de los establecimientos educativos estatales están previstas en el Decreto 1075 de 2015. (iii) Lo primero que advierte la Sala, es que de acuerdo con el artículo 2.3.1.6.3.3. del Decreto 1075 de 2015, el rector en coordinación con el consejo directivo del establecimiento educativo estatal administra el fondo de servicios educativos, y, el parágrafo del mismo artículo prevé que "se entiende por administrar el fondo de servicios educativos las acciones de presupuestación, recaudo, conservación, inversión, compromiso, ejecución de sus recursos y rendición de cuentas, entre otras, con sujeción a la reglamentación pertinente y a lo dispuesto por el consejo directivo", lo que implica ejercicio de autoridad administrativa, por cuanto de acuerdo con el inciso segundo del artículo 190 de la Ley 136, dicha autoridad la ejercen los funcionarios que ordenen el gasto y, en este caso, el concejal acusado al formar parte del consejo directivo cumplía la función de coordinar, junto con el rector, la administración del fondo de servicios educativos y, como la misma ley lo indica, tal administración supone las acciones de presupuestación, compromiso y ejecución de sus recursos. (iv) Así mismo, entre las funciones a cargo del consejo directivo que están relacionadas con el fondo de servicios educativos de los establecimientos educativos estatales e implican típico ejercicio de autoridad administrativa, se encuentran algunas de las señaladas por el artículo 2.3.1.6.3.5. del Decreto 1075 de 2015, específicamente, la de aprobar las adiciones al presupuesto vigente, así como los traslados presupuestales que afecten el mismo (numeral 3); aprobar la contratación de los servicios que requiera el establecimiento educativo y que faciliten su funcionamiento de conformidad con la ley (numeral 7); aprobar la utilización de recursos del fondo de servicios educativos para la realización de eventos pedagógicos, científicos, culturales, deportivos, o la participación de los educandos en representación del establecimiento educativo y fijar la cuantía que se destine para el efecto (numeral 9) y aprobar la utilización de los recursos que reciba el establecimiento educativo por concepto de los estímulos a la calidad educativa de que trata el Capítulo VIII, Título VIII, Parte 3, Libro 2 del citado Decreto 1075, de acuerdo con lo que establezca el Ministerio de Educación Nacional para tal finalidad (numeral

11). En ese sentido, de las funciones enlistadas en precedencia, también es posible concluir que el concejal acusado ejerció autoridad administrativa puesto que, el consejo directivo, del cual hacía parte, tenía la potestad de aprobar adiciones al presupuesto y efectuar traslados presupuestales, así mismo, tenía la función de autorizar la utilización de recursos del fondo de servicios educativos para el desarrollo de diferentes eventos ya sean pedagógicos, científicos, culturales, entre otros, y, determinar la cuantía que se destine para el efecto, igualmente, tenía la potestad de aprobar la utilización de los recursos que recibe el establecimiento educativo por concepto de los estímulos a la calidad educativa, facultades que encuadran en el inciso segundo del artículo 190 de la Ley 136 de 1994, cuando indica que, el ejercicio de autoridad administrativa implica la ordenación del gasto. Así mismo, se tiene que, la función a que se refiere el numeral séptimo relativa a la aprobación de la contratación de los servicios que requiera el establecimiento educativo, conlleva ejercicio de autoridad administrativa, en los términos del inciso segundo del artículo 190 de la citada Ley 136, que establece que, dicha autoridad es ejercida por los funcionarios autorizados para celebrar contratos o convenios; en esa medida, comoquiera que el consejo directivo autoriza al rector para efectuar la respectiva contratación del establecimiento educativo, es posible concluir que existe una relación inescindible entre la autorización del consejo directivo y la celebración del correspondiente contrato, dado que, sin tal autorización, no hay lugar a la celebración del respectivo contrato. [...] (vi) Conforme con lo señalado, para la Sala es indudable que los miembros del consejo directivo tienen autoridad administrativa, dado que el desempeño del cargo les otorga la facultad para manejar los recursos del establecimiento educativo y es precisamente como resultado de dichas decisiones que están investidos de autoridad, incluso así no las ejerzan. [...] [L]a Sala estima que el hecho que los miembros del consejo directivo de una institución pública educativa no estén catalogados como directivos docentes, no desvirtúa que materialmente cumplan funciones administrativas y, por ende, que ejercen autoridad. El ejercicio de autoridad dentro de los 12 meses anteriores a la elección de concejal: Acorde con el acta nro. 1 del 29 de enero de 2019 del Instituto Educativo Carlos Pérez Mejía, del municipio de Bello, Antioquia, en dicha fecha se firmó el acuerdo por medio del cual se estableció y adoptó el reglamento para el manejo de tesorería en los fondos de servicios educativos de las instituciones educativas oficiales del municipio y, además, se firmó el reglamento para la contratación hasta de 20 SMMLV, y, en dicha acta figura dentro de los asistentes el señor Oscar Arias. [...] En consecuencia, está acreditado que, para el 29 de enero de 2019, el señor Oscar Darío Arias Agudelo hacía parte del consejo directivo, y los comicios en los que resultó elegido concejal del municipio de Bello, Antioquia, se llevaron a cabo el 27 de octubre de 2019, de donde se desprende que el ejercicio de autoridad tuvo lugar dentro de los 12 meses anteriores a su elección. [...] El elemento territorial: está acreditado que la autoridad se ejerció por parte del señor Oscar Darío Arias Agudelo en donde resultó elegido concejal, esto es, en el municipio de Bello, Antioquia. En conclusión, al estar demostrado que el señor Arias Agudelo ejerció autoridad administrativa en el municipio de Bello, Antioquia, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, el elemento objetivo se acredita, por lo que la Sala descenderá al examen del elemento subjetivo. Elemento subjetivo [...] En el asunto bajo examen, el concejal acusado no obró con la diligencia debida para establecer si podía aspirar al cargo de concejal luego de pertenecer al consejo directivo de una institución pública educativa, y tampoco se observa que su conducta esté justificada en la buena fe calificada, por las razones que pasan a explicarse: Aunque, al tenor del artículo noveno del Código Civil, la ignorancia de la ley no sirve para excusar su transgresión, hay por lo menos dos eventos en los cuales sí se configura una razón que puede justificar la conducta prohibida, porque implican que el accionado actúa con buena fe calificada y en presencia de un error invencible, verbigracia: (i) cuando los jueces han interpretado la disposición de una manera y luego modifican su criterio, lo que puede afectar el principio de confianza legítima, y (ii) cuando, precisamente para evitar esa ignorancia, la persona se asesora de un profesional idóneo y éste le aconseja mal; ello siempre y cuando no haya claridad en relación con el punto que se discute para la configuración de la causal de pérdida de investidura, dado que, si ésta es clara, no suple la falta de diligencia el hecho de solicitar un concepto. En este caso, el acusado no expuso ningún argumento para demostrar que su conducta estuvo amparada en la jurisprudencia de esta Corporación o que hubiese solicitado conceptos y asesorías y éstas fueran idóneas, lo que implica que su actuar no estuvo amparado en la buena fe calificada proveniente de un error invencible. Cabe precisar que, comoquiera que la culpabilidad – elemento subjetivo de la pérdida de investidura - consiste en efectuar un juicio de reproche sobre la conducta del implicado, no niega la Sala que su conducta puede justificarse cuando éste actúa con el convencimiento de que se ajusta al ordenamiento jurídico; pero ese convencimiento supone que el implicado ha incurrido en ella por error invencible, es decir, aquél que es común a muchos y del cual no es posible sustraerse, ya que, al tenor del artículo noveno del Código Civil, la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Es esa la razón por la cual la Sala exige que, para acreditar esta falta de conocimiento, el actor no alegue simplemente que obró de buena fe, sino que debe acreditar que obró de buena fe calificada, motivado por un error invencible, en la medida en que actuó de conformidad con la jurisprudencia que estaba vigente para la época, o que se asesoró adecuadamente de abogados idóneos, no obstante, lo cual incurrió en la conducta reprochable, lo que aquí se echa de menos. Por lo dicho, la conducta del acusado es culpable, a título de culpa grave, ya que no logró probar que su comportamiento estuvo justificado en la buena fe calificada producto de un error invencible. [...] Resta por indicar que la Sección Primera ha declarado la pérdida de investidura en el caso de los rectores de una institución educativa pública, por

considerar que ejercen autoridad administrativa⁴³ y, comoquiera que en este evento, se comprueba que un miembro de un consejo directivo de una institución educativa de carácter público desempeñó funciones que implican el ejercicio de autoridad administrativa en el mismo municipio donde fue elegido concejal dentro de los 12 meses anteriores a su elección, será decretada la desinvestidura del señor Oscar Darío Arias Agudelo.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de agosto de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 05001 -23 -33- 000-2020-02441-01.](#)

Salvamento de voto de la consejera Nubia Margoth Peña Garzón

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CONCEJAL / SALVAMENTO DE VOTO / ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONCEJAL / EMPLEADO PÚBLICO / INHABILIDAD DEL CONCEJAL POR EJERCICIO DE AUTORIDAD / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / INSTITUCIÓN EDUCATIVA / COLEGIO PÚBLICO / GOBIERNO ESCOLAR / CONSEJO DIRECTIVO / RECTOR DE COLEGIO PÚBLICO / FONDO DE SERVICIOS EDUCATIVOS / ORDENACIÓN DEL GASTO / CRITERIO FUNCIONAL PARA DETERMINAR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / INEXISTENCIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / IMPROCEDENCIA DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONCEJAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico: [D]eterminar, si el concejal incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral numeral 2.º del artículo 43 de la Ley 136, por haber sido miembro del consejo directivo de una institución pública educativa, dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección como concejal.

Tesis: En primer lugar, encuentro que el acusado, mientras se desempeñó como docente y perteneció al Consejo Directivo de la institución educativa pública ‘Carlos Pérez Mejía’, como representante de sus compañeros docentes, -entre el 19 de abril de 2018 y el 6 de marzo de 2019-, no ejerció autoridad administrativa, bajo criterio orgánico ni funcional alguno, de cara a lo previsto por el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, y el entendimiento que de éste se ha plasmado en la jurisprudencia de la Sala [...] De conformidad con el artículo 2.3.3.1.5.3., numeral 1, del Decreto 1075 de 2015, el Consejo Directivo es un órgano del Gobierno Escolar que funciona como instancia directiva, de participación de la comunidad educativa y de orientación académica y administrativa del establecimiento, esto es que lejos de erigirse en una autoridad administrativa en los términos del artículo 190 de la Ley 136 de 1994, se acude a éste como foro conformado por representantes de distintos sectores del establecimiento educativo, con el único ánimo de reunirse para brindarle orientación administrativa. [...] A su vez, el artículo 6º del Decreto 1278 de 2002 determina que los cargos de directivos docentes estatales serán los de: director rural de preescolar y básica primaria; rector de institución educativa en educación preescolar y básica completa y/o educación media; y coordinador, sin que se incluya a los profesores, como lo era el accionado OSCAR DARÍO ARIAS AGUDELO, ni a los representantes de los docentes en los consejos directivos, así como tampoco a los integrantes del consejo directivo cualquiera sea su origen. En el caso concreto, está probado que el concejal era docente de la institución pública educativa ‘Carlos Pérez Mejía’ del municipio de Bello (Antioquia), sin ningún tipo de autoridad administrativa, quien hizo parte del consejo directivo, precisamente, como representante de sus compañeros docentes, -desde el 19 de abril de 2018 hasta el 6 de marzo de 2019-, hecho que no convierte al profesor en empleado público con autoridad administrativa bajo circunstancia alguna. Desde la perspectiva orgánica, el profesor no ostentó ninguno de los empleos públicos enlistados en el artículo 190 de la Ley 136, (alcalde, secretarios de la alcaldía, jefes de departamento administrativo y gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales) pero, además, durante su permanencia en el Consejo Directivo institución pública educativa ‘Carlos Pérez Mejía’, tampoco celebró contratos o convenios, ni ordenó gastos con cargo a fondos municipales, confirió comisiones, licencias no remuneradas, decretó o suspendió vacaciones, trasladó horizontal o verticalmente a funcionarios subordinados -no contaba con estos-, reconoció horas extras, vinculó personal supernumerario o fijó nueva sede al personal de planta, ni hizo parte de las unidades de control interno o tuvo facultades para investigar faltas disciplinarias. En efecto, el artículo 190 de la Ley 136, inviste de autoridad administrativa a aquellos servidores públicos que resulten autorizados para llevar a cabo dichas actividades, pero no a quienes los autoricen en cumplimiento de un deber legal, tal como sucede en el asunto bajo examen en el que el consejo directivo de la institución pública educativa ‘Carlos Pérez Mejía’, autorizó a su rector, como ordenar del gasto, para contratar los respectivos objetos, rubros y actividades del establecimiento educativo. Los antecedentes de la Sala, precisamente, siempre han decretado la pérdida de investidura de miembros de corporaciones públicas que han fungido como

rectores. En segundo lugar, debe advertirse que la decisión fue tomada por el consejo como órgano colegiado de orientación administrativa y no por el accionado individualmente considerado. [...] En este sentido, considero que, en su análisis, la Sala debió incorporar este aspecto en aras de verificar la configuración del elemento objetivo de la presente causal.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de agosto de 2022; S.V. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 05001 -23 -33- 000-2020-02441-01.](#)

2. Se declara la nulidad del acto administrativo que negó la compensación económica por la afectación de una actividad agropecuaria lícita, ocasionada por la aspersión con el herbicida glifosato, en el marco del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos.

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, para que se declare la nulidad del: i) auto de decisión de fondo núm. 3753/ARECI-GRAQA de 6 de noviembre de 2008, por medio del cual se declara la no procedencia de una compensación económica; y ii) auto de decisión núm. 0698/ARECI-GRAQA de 12 de marzo de 2009, por el cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el auto núm. 3753/ARECI-GRAQA de 6 de noviembre de 2008, expedidos por el Jefe del “Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos” de la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional. También para que, como consecuencia de la nulidad, se condene, a título de restablecimiento del derecho, a la reparación del daño, ocasionado por el envenenamiento de los cultivos lícitos, por vía de la indemnización integral.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL / ERRADICACIÓN MANUAL DE CULTIVO DE USO ILÍCITO / FUMIGACIÓN CON GLIFOSATO / DAÑO / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / PRUEBA / VALOR PROBATORIO DE LA FOTOGRAFÍA / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DAÑO EMERGENTE / LUCRO CESANTE / CONDENA EN ABSTRACTO / IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN

Problema jurídico 1: Si la parte demandada incurrió en falsa e indebida motivación de los actos administrativos acusados comoquiera que la parte demandante probó que su cultivo de pasto resultó afectado por la aspersión aérea con el herbicida glifosato, en el marco del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, y, por lo tanto, procedía la compensación económica prevista en la Resolución núm. 0017 de 2001, modificada por la Resolución núm. 0008 de 2007.

Tesis 1: La Sala, al analizar las pruebas, en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, concluye que la parte demandada realizó una verificación documental sobre los puntos que fueron reportados como objeto de aspersión aérea. En efecto, al resolver el recurso de reposición contra el acto administrativo que negó la compensación económica, precisó que llegó a la conclusión de la ausencia de daños con fundamento en una metodología que consiste en determinar si se realizaron operaciones de aspersión en la localidad y en el sitio reportado por el quejoso, a través de la verificación de los informes de detección en el sector, los reconocimientos aéreos de cultivos de uso ilícito, antecedentes contenidos en los poligramas, reportes del posicionamiento satelital del Norte, las líneas de vuelo y las líneas de aspersión para la fecha reportada. La verificación indicada supra es de carácter documental y en el expediente no obra ninguna prueba que permita inferir que la parte demandada practicó la visita con el objeto de establecer la ocurrencia de los hechos, la cual fue decretada mediante el auto núm. 3246/ARECI-GRAQA de 2007. Ahora bien, sobre los hechos relacionados con la queja, varios testigos afirmaron que el bien inmueble “La Pradera” fue objeto de aspersión aérea con el herbicida glifosato. El señor Manuel Salvador Cadavid, en el testimonio que rindió en el proceso judicial, afirmó lo siguiente: [...] En el mismo sentido, el señor Rubén de Jesús Porras Celada testificó: [...] El señor Carlos Mario Gómez Ochoa afirmó que también

observó las aspersiones sobre el bien inmueble de la parte demandante, [...] Asimismo, el señor Yadil Alonso Gómez Ochoa precisó lo siguiente: [...] El señor Héctor Sepúlveda Ceballos rindió testimonio en los siguientes términos: [...] El Tribunal no tuvo en cuenta estos testimonios porque los señores Manuel Salvador Cadavid, Rubén de Jesús Porras Celada, Carlos Mario Gómez Ochoa, Yadil Alfonso Gómez Ochoa y Héctor Sepúlveda Ceballos trabajaban en la finca "La Pradera" el 26 de mayo de 2007, lo cual, a su juicio, podía afectar su imparcialidad. Sin embargo, la Sala considera que si los trabajadores estaban en la finca "La Pradera" cuando se presentaron las aspersiones aéreas, sus testimonios le pueden otorgar conocimiento al juez sobre la forma como ocurrieron los hechos objeto de la queja; además, los testigos fueron coherentes sobre este hecho, así como responsivos. Asimismo, los señores Pompilio Restrepo Arboleda, Abel Antonio Martínez Chavarría y Augusto Arroyabe Arango manifestaron en sus testimonios que observaron el sobrevuelo de la avioneta de antinarcóticos en el sector. [...] Aunque los señores Pompilio Restrepo Arboleda, Abel Antonio Martínez Chavarría y Augusto Arroyabe Arango afirmaron que no observaron la aspersión sobre la finca "La Pradera", coincidieron en que las avionetas de antinarcóticos sobrevolaron el sector. Ahora bien, los testigos sostuvieron que, luego de las fumigaciones, el cultivo de pasto que se encontraba en la finca "La Pradera" se quemó o se dañó y que la parte demandante tuvo que vender el ganado comoquiera que no tenía un lugar destinado a su alimentación. [...] Los testimonios citados supra coinciden en que en la finca "La Pradera" había un cultivo de pasto destinado a la alimentación del ganado que producía leche; sin embargo, después de la aspersión aérea el pasto se quemó y, por lo tanto, la producción de leche disminuyó. [...] Con fundamento en las pruebas, la Sala concluye que la parte demandada realizó una aspersión con el herbicida Glifosato en la finca "La Pradera" el 26 de mayo de 2007; no obstante, esta no fue objeto de un registro oficial. Esta acción le causó a la parte demandante una pérdida económica porque el cultivo de pasto destinado a la alimentación del ganado se secó, lo que a su vez conllevó a la disminución de la producción de leche, es decir, se presentó una relación de causalidad entre el daño y la operación de aspersión. Ahora bien, la Sala reitera que la parte demandada, en el auto de decisión de fondo núm. 3753/ARECI-GRAQA de 2008, declaró la no procedencia de la compensación económica porque en la visita de campo realizada el 16 de julio de 2008 se estableció que había una distancia de dos mil quinientos (2500) metros entre la finca "La Pradera" y la línea de aspersión más cercana; no obstante, de acuerdo con las pruebas analizadas de forma precedente, la visita de campo no se llevó a cabo -numerales 99 a 109 de esta sentencia- y varios testigos afirmaron que el bien inmueble "La Pradera" fue objeto de aspersión aérea con el herbicida glifosato. [...] En el presente caso, la parte demandada no le otorgó la posibilidad a la parte demandante de controvertir el contenido del acta núm. 9.º de 16 de julio de 2008, situación que le impidió ejercer su derecho de defensa respecto a los resultados de esta. En este orden de ideas, los actos administrativos acusados deben declararse nulos por violación al derecho al debido proceso por las razones que se expusieron supra, así como por falsa motivación comoquiera que por medio de estos la parte demandada negó la compensación económica por la ausencia de aspersión aérea en el bien inmueble "La Pradera", a pesar de que el daño y el nexo de causalidad con la operación de aspersión aérea se encuentran probados. [...] Restablecimiento del derecho y reparación del daño [...] Daño emergente [...] la Sala considera que se encuentra probado que el demandante adquirió un crédito hipotecario por valor de setenta y seis millones de pesos (\$76.000.000) para el "montaje y levante" de los pastos en la finca "La Pradera"; sin embargo, omitió acreditar los gastos adicionales [...] Lucro cesante [...] La Sala precisa que el perjuicio material objeto de indemnización, en la modalidad de lucro cesante, debe ser cierto; en consecuencia, debe fundamentarse en situaciones reales existentes al momento de ocurrencia del daño porque el perjuicio eventual o hipotético no es susceptible de reparación. En el caso sub examine, la parte demandante formuló las pretensiones de la demanda de forma general, respecto del rendimiento del cultivo promedio de pastos en la región y de la ganancia neta anual promedio en la región; en efecto, no se refirió al número de bovinos que se alimentaban en el sector de la finca "La Pradera" que fue objeto de aspersión aérea con el herbicida glifosato y cuál era la producción de leche, así como las ganancias que se obtenían de esta. Si bien, el rendimiento promedio del cultivo de pastos en la región es de un animal por hectárea, de esta situación no es posible inferir razonablemente que el demandante era propietario de un bovino por hectárea y que estos generaban una ganancia neta anual de seiscientos mil pesos (\$600.000), toda vez que ello requiere pruebas sobre la situación específica. El promedio del rendimiento del cultivo y de la producción de leche con datos generales otorga un conocimiento hipotético de algo que puede suceder o no, toda vez que ello depende de las condiciones particulares de cada predio y de las formas de explotación económica del mismo. [...] Así las cosas, la parte demandante demostró el daño, pero no sucedió lo mismo con su cuantía porque esta no fue establecida en el proceso. Por lo tanto, la Sala condenará en abstracto a la parte demandada, de conformidad con el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo que dispone que las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental. El incidente deberá promoverlo el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y específicamente de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la providencia respectiva. [...] Perjuicios morales [...] En el caso sub examine, la parte demandante identificó el daño moral con la tristeza que sufrió por perder los cultivos toda vez que, después de llevar a cabo un esfuerzo, logró adquirir una parcela para independizarse laboralmente, [...] En

el expediente no obran pruebas que permitan inferir que la parte demandante era un trabajador o tenía un vínculo de subordinación laboral y que, como consecuencia de sus ahorros de varios años, logró adquirir una “parcela”. Por lo tanto, el supuesto de hecho que fundamentó la pretensión no fue demostrado. [...] Perjuicio de la “vida en relación” La parte demandante solicitó una indemnización por este concepto con fundamento en que sus condiciones de vida se modificaron de forma anormal y negativa, [...] La parte demandante omitió probar la alteración de sus condiciones de existencia, por lo tanto, esta pretensión no tiene vocación de prosperidad.

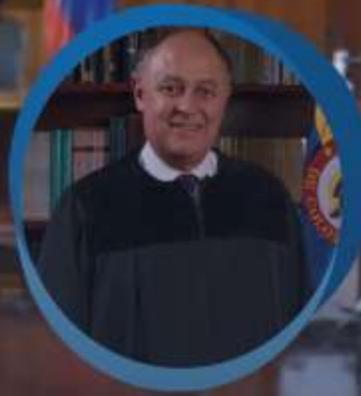
FALLA DEL SERVICIO / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Problema jurídico 2: *Si es procedente estudiar los elementos de la falla del servicio, en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.*

Tesis 2: La parte demandante, en los alegatos de conclusión que presentó, en primera instancia, y en el recurso de apelación, manifestó que en el presente caso se encuentran probados los elementos de la falla del servicio. La Sala considera necesario precisar que la falla del servicio es un título de imputación de la responsabilidad extracontractual del Estado que tiene fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política y es el medio idóneo para determinar si un daño antijurídico causado a un particular por la administración debe ser objeto de indemnización, en el marco de la acción de reparación directa. La falla del servicio no es aplicable a las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho por cuanto la fuente del daño y su objeto de estudio es diferente a la acción de reparación directa. En la primera, el juez debe determinar si la administración incurrió en una causal de nulidad al momento de expedir un acto administrativo porque infringió las normas en que debía fundarse o fue expedido por funcionarios u organismos incompetentes, de forma irregular, con desconocimiento del derecho al debido proceso, con falsa motivación o desviación de poder; es decir, en este caso, el análisis recae sobre la decisión de la administración cuya legalidad se cuestiona y que, por lo tanto, afectó derechos y ocasionó daños. En contraste, en la segunda, el daño antijurídico objeto de indemnización o de reparación debe ser causado, por regla general, por un hecho, una omisión, una operación administrativa, una ocupación de un bien inmueble o un acto administrativo, siempre que no se cuestione su legalidad⁹³. En este caso, el juez debe analizar la responsabilidad del Estado con fundamento en los títulos de imputación como la falla en el servicio y la responsabilidad objetiva, que son aplicables teniendo en cuenta las particularidades de cada caso y no tienen por objeto determinar si una decisión de la administración se ajustó al ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, la acción de reparación directa y la falla del servicio excluyen el análisis de legalidad del acto administrativo como fuente del daño antijurídico. En el caso sub examine, la demanda tiene por objeto exclusivo analizar si son legales los actos administrativos, por medio de los cuales, se declaró la no procedencia de la compensación económica a favor de la parte demandante y se confirmó esa decisión y si es procedente la reparación del daño en caso de probarse su ilegalidad. En consecuencia, la Sala queda relevada de analizar la responsabilidad extracontractual del Estado con fundamento en la falla del servicio.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de agosto de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 05001-23-31-000-2009-01413-01.](#)

4
SECCIÓN
SEGUNDA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Para ser beneficiario de la pensión de jubilación por actividades de alto riesgo de la Ley 32 de 1986, en aplicación del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, se debe acreditar 500 semanas de cotización a su vigencia, sin que se deban cumplir, adicionalmente, los requisitos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.

Síntesis del caso: La UGPP reconoció a un servidor público que laboró en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC la pensión de vejez en aplicación de la ley 32 de 1986. Posteriormente, el ente previsional demanda su propio acto, pues, disiente de tal decisión, toda vez que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, (1 de abril de 1994), el causante no acreditaba la edad de 40 años y los 15 años de servicios para ser considerado beneficiario del régimen de transición, por lo que consideró que su derecho pensional debía ser reconocido de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN / RÉGIMEN ESPECIAL DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN ACTIVIDAD DE ALTO RIESGO / SERVICIO PÚBLICO DE ALTO RIESGO / MARCO LEGAL DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL / EMPLEADO DEL INPEC / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN PENSIÓN ESPECIAL POR ACTIVIDAD DE ALTO RIESGO / REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL

Problema jurídico : ¿Para obtener el derecho pensional bajo la Ley 32 de 1986, en virtud del régimen de transición del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 , aplicable a la pensión de jubilación de los servidores de alto riesgo, se debe acreditar a la fecha de entrada en vigencia de este decreto, esto es, el 28 de julio de 2003, cuando menos 500 semanas de cotización especial y cumplir en adición los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003?

Tesis: “En cumplimiento del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, que autorizó al Gobierno Nacional para la expedición del régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, se expidió el Decreto 2090 de 2003, (p)or el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades, que en su artículo 6º estableció un régimen de transición para obtener el derecho pensional bajo la norma anterior, que para el caso analizado es la Ley 32 de 1986.47. Por consiguiente, para obtener el derecho pensional bajo la Ley 32 de 1986, en virtud del régimen de transición del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, visto con anterioridad, se debía acreditar a la fecha de entrada en vigencia de este decreto, esto es, el 28 de julio de 2003, cuando menos 500 semanas de cotización especial y cumplir en adición los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 .48. Es de señalar, que frente al segundo supuesto, es decir, con relación al cumplimiento de los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación ha establecido, como se dijo con anterioridad, que exigirlo resulta desproporcionado y más gravoso cuando el servidor aspira al reconocimiento en los términos de la norma anterior, por cuanto conllevan una situación más desventajosa en virtud del tránsito legislativo, razón por la que en el asunto no interesa que el accionado para la fecha en que entró en vigencia del el Sistema de Seguridad Integral de que trata la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, no acreditara 40 años de edad o 15 de servicios, pues solo lograba demostrar 10 años y 15 días de servicios y 35 de edad.49. En esta medida, lo procedente para el reconocimiento de las pensiones bajo el régimen anterior, que regulaba las actividades de alto riesgo, es el estudio del cumplimiento del primer supuesto, esto es, acreditar cuando menos 500 semanas de cotización especial al 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003. Visto lo anterior, se tiene que el señor (...) (Q.E.P.D) inició labores al servicio del INPEC el 13 de marzo de 1984, por lo que al 28 de julio de 2003, fecha en la que entró a regir el Decreto 2090 de 2003, acreditaba 7076 días que equivalen a

19 años, 4 meses y 15 días de cotización, esto es más de 500 semanas de cotización cumpliendo los supuestos establecidos para conservar la transición y por ende, regirse por la norma anterior, esto es, bajo las disposiciones de la Ley 32 de 1986”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de 23 de junio de 2022, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad 17001-23-33-000-2020-00281-01\(3914 -2021\)](#)

2. El personal que desarrollaba actividades de alto riesgo en el DAS y que estuviera cobijado por los regímenes de transición regulados en los decretos 1835 de 1994, 2090 de 2003 y la ley 860 de 2003, tiene derecho a que se compute su pensión de jubilación con la inclusión de la prima de riesgo.

Síntesis del caso: El actor, laboró en el DAS desde el 7 de febrero de 1990 y hasta el 27 de junio de 2014, el último cargo que desempeñó fue como subdirector 118-23. Cumplió los requisitos exigidos para obtener la pensión el 30 de junio de 2011, por tiempo de servicios, por cuanto tiene derecho a la pensión sin consideración a la edad. Colpensiones, a través de la Resolución GNR 035651 del 3 de octubre de 2011, le reconoció una pensión mensual vitalicia de vejez, pero desconoció el régimen especial del DAS a que tenía derecho, pues si bien se tuvo en cuenta la edad y el tiempo de servicios y se incluyeron algunos factores de salario, también lo es que se excluyeron otros para el cálculo de la pensión. Por Resolución GNR 312126 del 13 de octubre de 2015, Colpensiones reliquidó la prestación pensional por retiro definitivo del servicio, acto administrativo que se modificó en algunos de sus apartes, mediante la Resolución VPB 14511 del 1.º de abril de 2016, que resolvió el recurso de apelación, pero sin incluirse la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio.

RÉGIMEN ESPECIAL DE PENSIONES DEL DAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SUJ-028-CE-S2-2022 DEL 28 DE JULIO DE 2022 / RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / FACTORES SALARIALES COMPUTABLES / APORTES NO EFECTUADOS POR EL EMPLEADOR / COBRO Y TRASLADO DE LOS APORTES PARA PENSIÓN NO EFECTUADOS RESPECTO DE LA PRIMA DE RIESGO POR EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD O DE LA ENTIDAD QUE HAYA ASUMIDO LA OBLIGACIÓN

Problema jurídico: «¿El señor (...) quien se desempeñó como detective del Departamento Administrativo de Seguridad, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez con inclusión de la prima de riesgo percibida en los 10 años anteriores a su retiro del servicio?»

Tesis : «[...] De conformidad con las reglas de unificación fijadas en sentencia SUJ-028-CE-S2-2022 del 28 de julio de 2022, el personal que desarrollaba actividades de alto riesgo en el DAS y que estuviera cobijado por los regímenes de transición regulados en los Decretos 1835 de 1994, 2090 de 2003 y la Ley 860 de 2003 se rige en materia pensional por lo siguiente: i) Tendrán derecho a que se respeten las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto, entendido como el porcentaje o tasa de retorno, señalados por los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, sin embargo, el ingreso base de liquidación es el previsto por los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, este es: - Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. - Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión,

actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. ii) Los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones aquí referidas son los devengados por el servidor que, de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994 y demás normas aplicables, constituyen la base de cotización para pensión. En el caso del personal del DAS de que tratan los artículos 1 y 2 del Decreto 2646 de 1994, la prima de riesgo prevista en este decreto debe incluirse para liquidar la pensión a partir de la entrada en vigor de la Ley 860 de 2003, en los porcentajes señalados por el artículo 2 de la misma ley, es decir: - En el 40%, desde el 26 de diciembre de 2003 hasta el 30 de diciembre de 2007. - En el 50%, desde el 31 de diciembre de 2007 hasta la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades, por disposición del Decreto 4057 de 2011. iii) Si el empleador no cumplió la obligación de realizar los descuentos en el porcentaje a su cargo y el del empleado destinados a las cotizaciones para el sistema de pensión sobre los factores devengados que, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994 y la Ley 860 de 2003, debían ser base de cotización o si omitió el traslado de la cotización especial por alto riesgo, sin que la entidad de previsión social hubiera adelantado las gestiones pertinentes para su cobro, ello no es oponible al interesado para que la pensión especial se reconozca y liquide de acuerdo con los parámetros indicados en esta sentencia. De igual forma, las anteriores reglas son de aplicación retrospectiva en el entendido que resultan vinculantes para todos los casos pendientes de solución tanto en sede administrativa como judicial, salvo en aquellos procesos donde hubiere operado la cosa juzgada. [...] la pensión del señor (...) como ex detective del DAS, debe liquidarse con el promedio de lo devengado en los 10 años anteriores a la adquisición del estatus pensional o, como en este caso, al retiro definitivo del servicio, como ocurrió con los actos administrativos de reconocimiento y reliquidación pensional citados. Ahora, en cuanto a los factores salariales, se precisa que en el caso de los ex detectives del DAS solo son computables, por regla general, aquellos regulados en el Decreto 1158 de 1994 y, adicionalmente, la prima de riesgo en los términos estipulados por el artículo 2 de la Ley 860 de 2003. En ese orden de ideas y conforme a lo probado en el plenario, la parte demandante solo tiene derecho a que se compute su pensión con la inclusión de la asignación básica mensual, la bonificación por servicios prestados en una doceava parte y la prima de riesgo. Con todo, de las pruebas obrantes solo se acreditó que se hicieron descuentos con destino a pensión sobre los dos primeros factores, sin que se observe la misma situación respecto de la prima de riesgo, razón suficiente para considerar procedente, tal como lo dispuso el a quo, en ordenar la reliquidación de la pensión de la parte demandante con la inclusión de este último por tratarse de un factor a incluir en el IBL pensional en los términos de la Ley 860 de 2003. Finalmente, y en concordancia con lo dispuesto por la sala plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la tercera regla de unificación contenida en la sentencia del 28 de julio de 2022, no se ordenará efectuar descuento alguno a cargo del pensionado por concepto de los aportes no efectuados por el empleador. En ese sentido, corresponderá a la UGPP adelantar los procedimientos o acciones pertinentes para lograr el cobro y traslado de los aportes para pensión no efectuados respecto de la prima de riesgo por el Departamento Administrativo de Seguridad o de la entidad que haya asumido tales obligaciones, luego de su supresión. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 15 de septiembre de 2022, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2016-03385-01 \(2039-2018\)](#)

2. Se declaró la nulidad del acto que ordenó la destitución del servidor público de la ESE Rafael Uribe Uribe de Antioquia por abandono injustificado del cargo, pues, la no transcripción de la incapacidad del médico particular por la EPS no le resta valor probatorio y no constituye falta disciplinable.

Síntesis del caso: La Empresa Social del Estado (ESE) Rafael Uribe Uribe de Antioquia, sancionó al servidor público, médico general, con destitución e inhabilidad por 10 años, en razón a que lo halló disciplinariamente responsable de abandono del cargo «desde el 27 de julio de 2004, falta tipificada como gravísima en el numeral 55 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002», a título de dolo. Sustentó la sanción en que no «legalizó» las incapacidades médicas que le fueron

concedidas por los días 27 a 31 de julio y 2 a 6 de agosto, ambas de 2004, y, además, porque dejó de concurrir a su trabajo antes de que le fuera resuelta la renuncia «motivada» a su cargo, que presentó el 9 de agosto de 2004, la cual fue diferida su aceptación por el gerente general.

PROCESO DISCIPLINARIO / ABANDONO INJUSTIFICADO DEL CARGO/ INEXISTENCIA DEL ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / INCAPACIDAD MÉDICA /RECONOCIMIENTO DE LA INCAPACIDAD MÉDICA / TRANSCRIPCIÓN DE LA INCAPACIDAD LABORAL POR PARTE DE LA EPS /CONFIGURACIÓN DE LA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN

***Problema jurídico:** ¿Los actos administrativos que ordenaron la destitución de un servidor público de la ESE Rafael Uribe Uribe, por abandono injustificado del cargo y por la omisión de transcripción por la EPS de la incapacidad otorgada por médico particular, se encuentra falsamente motivado y vulnera los principios de congruencia, debido proceso, defensa y de contradicción?*

Tesis:“ [...] el demandante fue destituido e inhabilitado por 10 años para ejercer funciones públicas, por abandono del cargo, previsto como falta gravísima en el artículo 48 (numeral 55) de la Ley 734 de 2002, en razón a que no «legalizó» las incapacidades médicas que le fueron concedidas durante los días 27 a 31 de julio y 2 a 6 de agosto, ambas de 2004, y, además, porque dejó de concurrir a su trabajo antes de que le fuera resuelta la renuncia «motivada» a su cargo, que presentó el 9 de agosto del mismo año, la cual nunca fue decidida. [...] Obsérvese que la falta disciplinara que sirvió de marco de imputación jurídica de la destitución del actor fue la consagrada en la Ley 734 de 2002, que dice: «ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS Son faltas gravísimas las siguientes: [...] 55. El abandono injustificado del cargo, función o servicio» (negrilla fuera del texto original). Sin embargo, revisado el expediente, corrobora la Sala que, en el caso de los días 27 al 30 de julio y 2 al 6 de agosto de 2004, el demandante no incurrió en el «abandono injustificado del cargo» que se le atribuyó, puesto que la realidad material demuestra que estaba plenamente justificada la ausencia laboral, en razón a que fue incapacitado por decisión médica durante esas fechas. El hecho de que las respectivas incapacidades no hayan sido «legalizadas» ante la empresa promotora de salud (EPS), como lo imputó la autoridad disciplinaria al actor, no les resta valor material, como medio de prueba documental, idóneo y válido para demostrar los quebrantos de salud que padecía el señor (...)y tampoco se cuestionó (ni se dijo) que fueran falsas, lo que es suficiente para dejar incólume su presunción de veracidad, entre otras razones, por el principio constitucional de la buena fe, según el cual está «se presumirá en todas las gestiones que aquellos [los particulares] adelanten ante éstas [las autoridades]» (artículo 83 de la Constitución Política), que debe aplicarse en las relaciones entre el Estado y las personas, por el carácter normativo de la disposiciones constitucionales. Al respecto, la sala plena del Consejo de Estado se ha ocupado de reiterar la jurisprudencia acerca de la validez probatoria las incapacidades médicas otorgadas por médicos particulares, aun cuando no hayan sido «legalizas» o no trascritas por la respectiva EPS. De suerte que, en el presente caso, las incapacidades médicas concedidas al señor (...) por los días 27 a 31 de julio y 2 a 6 de agosto, ambas de 2004, por el médico tratante Sergio Iván Amaya (ff. 10 y 11), son válidas para demostrar que la ausencia del demandante a su lugar de trabajo estaba plenamente justificada, dada la contingencia por enfermedad que padecía durante esos días, hecho que no se desvirtuó en la actuación disciplinaria, se itera (...) observa la Sala que en el caso sub examine no se respetó la congruencia que debía garantizarse entre la falta disciplinaria endilgada al actor y los motivos que sustentaron la destitución. Como ya se anotó, el deber funcional que se le reprochó como quebrantado al actor fue el «abandono injustificado del cargo, función o servicio empleo», que en efecto está tipificado como falta gravísima en el artículo 48 (numeral 55) de la Ley 734 de 2002; sin embargo, la sanción se sustentó en que «no legalizó las incapacidades», que es un comportamiento no previsto en la ley disciplinaria como falta o que constituya uno de los deberes funcionales. Es una conducta legalmente atípica. Con todo, el abandono injustificado del cargo quedó desvirtuado, por cuanto el actor siempre alegó y demostró que fue incapacitado por dificultades de salud, y la entidad, caprichosa y arbitrariamente, lo desconoció en forma deliberada, so pretexto de no haber legalizado la situación. Todo ello vulneró sus derechos sustanciales fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción y congruencia, y, por consiguiente, los actos administrativos incurrieron en el vicio de falsa motivación, que da lugar a su anulación. [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 16 de febrero de 2022, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, rad 11001-03-25-000-2015-00990-00 \(4099-2015\)](#)

4. Los decretos por los cuales se fija la remuneración de los servidores públicos sometidos al régimen especial del Estatuto Docente - Decreto Ley 2277 de 1978- y del Estatuto de Profesionalización Docente - Decreto Ley 1278 de 2002- que han establecido unas asignaciones adicionales para los directivos docentes, de acuerdo con las funciones asignadas y las jornadas en que laboren, deben ser tenidas en cuenta para el cálculo del ingreso base de cotización al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

Síntesis del caso: La accionante, por conducto de apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declarase la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Secretaría de Educación de Pereira, mediante los cuales se le negó el reconocimiento de la pensión de jubilación. El tribunal de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, incluyendo en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica y las horas extras.

RÉGIMEN PENSIONAL DE DOCENTES OFICIALES / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SUJ-014-CE-S2 -2019 / DECRETOS ANUALES DE SALARIOS EXPEDIDOS POR EL GOBIERNO NACIONAL PARA EL PERSONAL DOCENTE

Problema jurídico: «¿Si en la liquidación de la pensión de jubilación de la docente, deben incluirse además de la asignación básica y las horas extras, el 20% adicional por coordinación y el factor denominado «HE adultos Lic. y Prof. 2 A con Especialización (D 127)»?»

Tesis: «[...] Para resolver el problema jurídico le corresponde a la Subsección dar aplicación a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 (...) en la cual se estableció la forma de liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, prevista en la Ley 91 de 1989, conforme a las siguientes reglas: 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. [...] El 6 de diciembre de 2017, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio certificó que la docente Trujillo Chaverra, entre el 27 de junio de 2016 y el 27 de junio de 2017 devengó los siguientes factores salariales: asignación adicional coordinador 20%, asignación básica, «HE adultos Lic. Y Prof. 2A con especialización (d.127)», sueldo de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones docentes. El certificado no contiene información que permita establecer cuáles factores fueron objeto de aportes al FOMAG durante este periodo. El 11 de diciembre de 2017, la demandante radicó solicitud de reconocimiento pensional ante la Alcaldía de Pereira. La petición fue

resuelta de manera negativa [...] El a quo ordenó reconocer y liquidar la pensión de jubilación de la actora, a partir del 27 de junio de 2017, fecha en que consolidó el estatus de pensionada, en porcentaje equivalente al 75 % del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, comprendido entre el 27 de junio de 2016 y el 27 de junio de 2017, en el caso particular de la demandante, advirtió que solo debían incluirse la asignación básica y las horas extras. Por su parte, el apoderado de la apelante alega que, además de los mencionados factores, deben tenerse en cuenta la asignación adicional del 20% por coordinación y el factor denominado «HE adultos Lic. Y Prof. 2A con especialización (D127)». [...] de acuerdo con la regla establecida, el ingreso base de liquidación de la pensión de la demandante comprende: i) el período correspondiente al último año de servicio, anterior a la consolidación del estatus pensional, y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que, se repite, son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. Contrastados los factores enlistados en la disposición con los devengados por la actora durante el mencionado periodo, comprendido entre el 27 de junio de 2016 y el 27 de junio de 2017, —asignación adicional coordinador 20%, asignación básica, «HE adultos Lic. Y Prof. 2A con especialización (d.127)», sueldo de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones docentes—, se concluye que los únicos factores salariales que coinciden son la asignación básica y las horas extras, razón por la cual, en principio, serían los únicos a incluir en la base de liquidación, de conformidad con la sentencia de unificación. Sin embargo, advierte la Sala que la asignación adicional que devengó la demandante durante el año anterior a la adquisición del derecho, pese a no estar señalada de manera expresa en el listado de la Ley 62 de 1985, debe ser incluida, por disposición de los respectivos decretos anuales de salarios expedidos por el Gobierno nacional para el personal docente. En efecto, como lo recordó esta Sala (...) los sucesivos decretos por los cuales se fija la remuneración de los servidores públicos sometidos al régimen especial del Estatuto Docente —Decreto Ley 2277 de 1978— y del Estatuto de Profesionalización Docente —Decreto Ley 1278 de 2002— han establecido unas asignaciones adicionales para los directivos docentes, de acuerdo con las funciones asignadas y las jornadas en que laboren, las cuales deben ser tenidas en cuenta para el cálculo del ingreso base de cotización al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. [...] Por consiguiente, de conformidad con las respectivas disposiciones de cada uno de los decretos citados, la mencionada asignación adicional debe tenerse en cuenta para el cálculo del ingreso base de cotización al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En ese sentido, es deber de la entidad empleadora efectuar las respectivas cotizaciones. [...] aunque en el plenario no existe prueba de que sobre dicha asignación se hayan efectuado aportes, comoquiera que el certificado de salarios expedido por la entidad no contiene dicha información, ello no obsta para ordenar su inclusión en la liquidación de la pensión de la demandante, por cuanto constituye factor salarial para efectos pensionales. Lo anterior no desvirtúa la regla de unificación fijada por la sentencia del 25 de abril de 2019, en tanto allí se definió que los factores que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 20013 (sic), como es el caso de la demandante, son aquellos sobre los que se hayan efectuado las respectivas cotizaciones, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, el cual dispone, en su inciso final, que «en todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes». Por otro lado, en relación con el factor «HE Adultos Lic. Y Prof. 2A con especialización», la Sala advierte que este corresponde a las horas extras que certificó la directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Pereira, y que se incorporaron al Formato Único para la Expedición de Certificados de Salarios, expedido por el FOMAG, las cuales ordenó incluir el a quo. [...] En conclusión, el ingreso base para la liquidación de la pensión de la demandante estará integrado por la asignación básica, las horas extras y la asignación adicional coordinador 20%. Por consiguiente, se modificará la sentencia apelada en el sentido de precisar que a la actora le asiste derecho a que en la liquidación de su pensión de jubilación se incluya, además de los factores ordenados por el a quo, la «asignación básica adicional coordinador 20%» que devengó durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional. [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 25 de agosto de 2022, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 66001-23-33-000-2019-00076-01 \(0411-2021\)](#)

5. Fue confirmada sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, que declaró la ilegalidad de

una pensión reconocida con base en información fraudulenta y que condenó al beneficiario a la devolución de las mesadas y retroactivos percibidos.

Síntesis del caso: *El Departamento del Huila, actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en la modalidad de lesividad, acudió a esta jurisdicción en procura de obtener la nulidad de la resolución a través de la cual reconoció una pensión de jubilación mensual vitalicia y la devolución de todas y cada una de las sumas recibidas por concepto de mesadas atrasadas pensionales desde el reconocimiento de la prestación.*

EL IBL PARA PENSIONES RECONOCIDAS EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993 / REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / VINCULACIÓN LABORAL / VIOLACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO SUPERIOR / FALSA MOTIVACIÓN / REINTEGRO DE PRESTACIONES PERIÓDICAS PAGADAS A LOS PARTICULARES / PRINCIPIO DE BUENA FE / CONDUCTA FRAUDULENTE

Problema jurídico: *«¿La Resolución expedida por el Gobernador del Huila, a través de la cual le reconoció la pensión de jubilación al (...) se encuentra afectada de nulidad por violación del ordenamiento jurídico superior y falsa motivación, en la medida que el demandado no cumplió con el requisito de 20 años de servicios para el reconocimiento de la pensión, previsto en la Ley 33 de 1985?»*

Tesis: «[...] del análisis crítico del acervo probatorio allegado no se desprende que el demandado haya laborado en calidad de servidor público del departamento del Huila en el lapso comprendido entre 1969 a 1976, toda vez que ni en los expedientes e historias laborales que reposan en el archivo de la entidad, ni en el Fondo de Pensiones se encuentra ningún documento que sustente dicha vinculación o la remuneración que percibió. La certificación del 25 de febrero de 2005 expedida por el profesional universitario de la Secretaría General del departamento del Huila a que alude el apelante, en la que se hace constar que aquel sirvió como ayudante en la hacienda San Julián, dependiente de la Secretaría de Agricultura del Huila, desde el 1º de enero de 1969 hasta el 30 de diciembre de 1976, carece de la historia laboral y de los actos de nombramiento que le den soporte a dicha información, siendo estos documentos esenciales para evidenciar el tiempo de servicio y el cargo desempeñado por el demandado. Aunado a ello, la Contraloría Departamental del Huila, en diciembre de 2017 realizó auditoría en el Fondo Territorial de Pensiones del Huila en la cual detectó múltiples inconsistencias en 28 reconocimientos pensionales efectuados entre el 2001 y el 2011, dentro de las cuales refiere el hallazgo relacionado con el señor (...). [...] Sobre la existencia de tales irregularidades también da cuenta la testigo (...) quien tenía una experiencia de 29 años de labores en el departamento del Huila, y desde el 2016 se desempeñaba como líder del proceso de archivo, quien relató que, a raíz de los hallazgos detectados por la Contraloría, expidió unas constancias laborales tomando como referente la documentación física que reposa en los expedientes de cesantías, historias laborales, actos administrativos, inventarios y nóminas de funcionarios. Sostuvo la testigo que con relación al demandado, emitió las constancias de los años 2017, 2018 y 2019 visibles en los folios 25, 201 y 337 del expediente, en las que da cuenta de que no encontró soporte de las vinculaciones que se relacionan en los kárdex, así mismo, que se registraban nombramientos antiguos de la década de 1950 y anteriores, y que para el año 2007 fueron digitalizados, pero que es extraño que se desaparezca toda la historia laboral, los expedientes de cesantías y pagos prestacionales (nóminas), o todos los actos administrativos de nombramiento, incluso, advirtió que sí reposan los expedientes de otros empleados que laboraron en la época discutida (liquidaciones prestacionales, permisos, sanciones, memorandos, actas de posesión) pero no los del señor (...) del que no se halló prueba sobre vinculaciones anteriores a 1977. En ese orden, para la Sala es claro que para el 19 de abril de 2005, fecha de la solicitud de reconocimiento pensional, el demandado no cumplía con los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios, además, tampoco demostró ser beneficiario de la transición prevista en el artículo 1 parágrafo 2 ibidem, pues no es cierto que para el 13 de febrero de 1985, fecha de entrada en vigencia de dicha norma, acreditara más de 15 años de servicios como lo manifestó en su solicitud, acompañando para tal efecto una certificación carente de soporte probatorio, pues del conjunto probatorio es posible establecer que tan solo acreditaba 8 años de servicios. [...] como consecuencia de la

declaración de nulidad de la Resolución 467 del 12 de octubre de 2006 resulta procedente la cesación del pago de la pensión ilegalmente reconocida. En lo concerniente al reintegro de las mesadas pensionales recibidas con ocasión del acto ilegal, esta Corporación ha sostenido que para que proceda el reintegro de prestaciones periódicas pagadas a los particulares de buena fe, se debe probar por parte de la administración que el demandado incurrió en conductas deshonestas, fraudulentas, dolosas, es decir, que se utilizaron documentos falsos dentro de la actuación administrativa, y que ello conllevó al reconocimiento de un derecho pensional. [...] dentro del proceso se acreditó que el demandado incurrió en conductas fraudulentas al brindar información y aportar una certificación carente de soporte probatorio en documentos esenciales para acreditar su historia laboral y actos de nombramiento, aspecto que es corroborado con el interrogatorio de parte del propio demandado, quien afirmó que «con el apoyo de su padre, en el año 1969 logró trabajar en una hacienda ubicada en el municipio de Yaguará (exactamente a mano izquierda de la entrada al pueblo), de la cual no recuerda el nombre. Se dedicaba a alimentar unos pescados, a traer leña y a conducir una máquina. Allí nació su inclinación hacia la conducción y la mecánica. Cuando llegaba la hora del pago, se acercaban unas personas y le entregaban una bolsita con “mil y pico de pesos” como salario por la labor diaria; nunca preguntó, ni se interesó por saber quiénes eran esas personas, incluso sostiene que no recuerda quien era el gobernador de esa época», de lo cual se logra inferir que no se trató de una vinculación laboral como servidor público, pues no refirió acto de nombramiento, ni posesión, ni mucho menos tener la edad necesaria para una vinculación al servicio público, pues contaba con la escasa edad de 15 años, es decir, no reunía la mayoría de edad que le permitiera una vinculación laboral legal y reglamentaria con el sector público. Es así como el reconocimiento ilegal de la pensión de jubilación, no se motivó en una errónea interpretación de la ley sino en la aducción de una certificación carente de cualquier respaldo probatorio como una historia laboral, un acto de nombramiento o cualquier otro documento soporte para su reconocimiento, documento aportado directamente por el demandado de suerte que es palmaria su actuación fraudulenta en la obtención del reconocimiento pensional. Además, existe una evidente inmediatez entre la expedición del certificado de información laboral del 25 de febrero de 2005 (fs. 373 y 374) y la presentación de la petición el día 19 de abril de 2005 (f. 23), esta cadena de indicios, desvirtúan la buena fe del demandado y, por lo tanto, se confirmará la orden de reintegro de las prestaciones pagadas por la entidad demandada. En criterio de la Sala, de acuerdo con la realidad procesal acreditada en este medio de control de legalidad, la actuación del demandado fue decisiva para que la administración de manera indebida le otorgara un derecho prestacional que usufructuó sin tener razón jurídica para ello [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 01 de septiembre de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 41001-23-33-000-2018-00184-01 \(1062-2022\)](#)

5
SECCIÓN
TERCERA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Para efectos del proceso de responsabilidad del Estado por error judicial, el no realizar el trámite de cumplimiento de la tutela configura la causal de exoneración de culpa exclusiva de la víctima.

Síntesis del caso: La Corte Constitucional mediante fallo de tutela amparó el derecho al debido proceso de la accionante, dejó sin efectos una sentencia proferida dentro de un proceso civil ordinario y ordenó se profiriera nueva sentencia. El juez a cargo profirió nueva sentencia en donde volvió a negar las pretensiones de la accionante, razón por la cual esta interpuso demanda de reparación directa por error judicial, sin haber realizado previamente el trámite de cumplimiento de la tutela.

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA POR ERROR JUDICIAL / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / INCUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

Problema jurídico: ¿En un proceso de responsabilidad del Estado por error judicial, se configura la culpa exclusiva de la víctima cuando esta no realiza el trámite de cumplimiento de la tutela?

Tesis: “Si la accionante consideraba que la nueva sentencia no seguía los lineamientos fijados por la Corte Constitucional en la sentencia T – 589 de 2010, debió iniciar el trámite de cumplimiento de la tutela, pues el juez de tutela tiene competencia, mediante este mecanismo, para darle efectiva protección al derecho fundamental amparado. [...] Era entonces el juez de tutela el competente para determinar si se incumplió la orden impartida y, en tal caso, adoptar los mecanismos dirigidos a obtener su cumplimiento y garantizar efectivamente el derecho fundamental que se estimó vulnerado en la tutela. La activación de este mecanismo permite que el juez incluso adopte directamente el fallo de reemplazo [...]. De acuerdo con el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, la causal de <<culpa exclusiva de la víctima>> se configura cuando esta <<haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley>>. Es decir, el precepto no limita la procedencia de la excepción a la no interposición de los <<recursos de ley>> y, por ende, no excluye otros eventos de exoneración de responsabilidad derivados del actuar gravemente culposos o dolosos de la víctima. Por lo anterior, la Sala declarará la culpa exclusiva de la víctima porque su comportamiento de no acudir al trámite de cumplimiento de la tutela, siendo este un instrumento que la ley le otorgaba para corregir el error demandado, constituye una conducta que le es atribuible y que de haberla cumplido le habría permitido impedir que ocurriera el daño cuya reclamación persigue en este proceso. Al igual que el legislador considera que no recurrir una providencia que permite corregir el error en el proceso constituye culpa de la víctima, no agotar un trámite judicial con el mismo propósito también estructura esta causal de exoneración por negligencia de la víctima.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 13 de julio de 2022, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 25000-23-26-000-2012-00838-01\(52089\).](#)

2. En los procesos de repetición, la diferencia interpretativa en cuanto al ordenamiento aplicable no constituye prueba de culpa grave.

Síntesis del caso: Como parte de un proceso de reestructuración de la Contraloría General de la República, se dispuso la supresión de varios cargos entre ellos el que ocupaba en provisionalidad una gestante, quien a pesar de su estado fue retirada del servicio. El Consejo

de Estado ordenó el reintegro de la exfuncionaria y condenó a la Contraloría al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, así como el pago de una indemnización y de 12 semanas de descanso, lo cual originó que la Contraloría interpusiera acción de repetición contra el contralor de la época y otros exfuncionarios.

ACCIÓN DE REPETICIÓN / ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA SERVIDOR PÚBLICO / RETIRO DEL CARGO DE EMPLEADA EN ESTADO DE EMBARAZO / SUPRESIÓN DEL CARGO DE EMPLEADA EN ESTADO DE EMBARAZO / REESTRUCTURACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA CULPA GRAVE

Problema jurídico: *¿Procede la acción de repetición cuando la condena al Estado se ha producido por diferencias sobre la normatividad aplicable?*

Tesis: “Si bien el Consejo de Estado en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho declaró la nulidad de los oficios del 13 y 17 de marzo de 2000 con sustento en que el retiro de la funcionaria [...] fue contrario al mandamiento contenido en el artículo 43 de la Constitución Política y al artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, que dispone que durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto solo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada por resolución motivada, lo cierto es que dicha decisión no puede constituir prueba de la culpa grave en tanto lo que revela es una diferencia interpretativa en cuanto al ordenamiento aplicable, al punto que en dicho proceso el tribunal de primera instancia consideró que la desvinculación estaba acorde con los parámetros dados por el artículo 46 del Decreto 268 del 2000 y que, en consecuencia, no le asistía a la empleada el derecho a optar por la incorporación o la indemnización, solo al pago de los emolumentos allí contemplados. Además, contrario a lo afirmado por la demandante, la nulidad de los actos no se sustentó en una indebida aplicación del inciso tercero del artículo 46 del señalado Decreto 268 del 2000 sino, porque el Consejo de Estado consideró que la norma aplicable era otra, el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 del cual se extrae que su finalidad era proteger a la mujer en embarazo durante su periodo de gestación y tres meses posteriores al parto, parámetros que en alguna medida concuerdan con lo decidido en su momento por el contralor, en el sentido de proteger a la trabajadora con el pago de los salarios y prestaciones que dejaría de percibir entre el momento de la desvinculación y 3 meses posteriores a la fecha del parto. En todo caso, debe agregarse que, como se ha expresado en otras decisiones, la sola sentencia condenatoria no basta para predicar la culpa grave del demandando, en tanto este no fue parte de ese proceso, no tuvo la oportunidad de controvertir pruebas y sin que las conclusiones que allí se expresan atenen al juez de la repetición.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 16 de agosto de 2022, C. P. Freddy Ibarra Martínez, radicación: 11001-03-26-000-2011-00033-00 \(41414\).](#)

Aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

ACCIÓN DE REPETICIÓN / ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA SERVIDOR PÚBLICO / NORMATIVA APLICABLE DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / VALORACIÓN DE LA CULPA GRAVE / DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

Tesis: “Aunque comparto la decisión de negar las pretensiones de la demanda, no considero que el estudio de la culpabilidad de los agentes demandados deba hacerse con fundamento en las disposiciones del Código Civil. De acuerdo con dicha codificación, el análisis de la culpa debe ser abordado de modo objetivo, es decir mediante la comparación de la conducta externa del demandado con la de una persona diligente. A la luz del artículo 90 de la C.P., los agentes demandados solo pueden ser condenados si se demuestra su actuar doloso o gravemente culposo, es decir, de acuerdo con un análisis subjetivo de su culpabilidad. [...] La aplicación de las garantías del principio de culpabilidad implica, necesariamente, estudiar la conducta de los demandados en concreto, de acuerdo con sus circunstancias particulares, para poder estructurar un juicio subjetivo de reproche frente a su conducta.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 16 de agosto de 2022.A.V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-26-000-2011-00033-00 \(41414\).](#)

3. Operó el fuero de atracción del Departamento de Antioquia por la falla del servicio médico asistencial a paciente de la que se encargó de tramitar y garantizar la atención y tratarse de un asunto que involucra la actividad de una entidad pública

Síntesis del caso: "En septiembre de 2005, a la menor CAGC se le identificó una masa en su seno derecho que fue extirpada a través de una cuadrantectomía que, con los resultados de patología, se descubrió que se trataba de un fibroadenoma gigante juvenil sin signos de malignidad. Cuatro meses después, la paciente presentó en el mismo lugar una nueva masa de características malignas y, por tanto, fue necesaria la realización de una mastectomía que permitió la extracción de un tumor que fue calificado como un angiosarcoma grado III. Según la demanda, la resección del seno derecho de la paciente estuvo determinada por "los errores de diagnóstico, el retardo en la atención y la negligencia" de las demandadas y, por ello, están llamadas a responder por los daños que dicha situación le causó a la menor CAGC y su familia."

FUERO DE ATRACCIÓN / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / FORMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ENTIDAD PÚBLICA / COMPETENCIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / JUEZ ADMINISTRATIVO / FACULTADES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / MENOR DE EDAD / CÁNCER / PACIENTE CON CÁNCER / ERROR EN DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / PLAN OBLIGATORIO DE SALUD / IMPUTACIÓN

Problema jurídico 1: ¿El fuero de atracción resulta procedente, siempre que, desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio, pueda inferirse que existe una probabilidad, aunque sea mínima, de que la entidad o entidades públicas demandadas sean condenadas, tal circunstancia, es la que posibilita al juez administrativo para adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones formuladas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, incluso en el evento de resultar absueltas, es decir, basta con que el demandante cuente con suficientes fundamentos fácticos y jurídicos, impute acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que esta asuma la competencia, sin que resulte relevante que finalmente se absuelva al ente público, como sucedió en el caso concreto?

Tesis 1: "En sentencia del 29 de agosto de 2007, la Sala de Sección Tercera destacó que el fuero de atracción resulta procedente siempre que, desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio, pueda inferirse que existe una probabilidad, aunque sea mínima, de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la litis resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas. Tal circunstancia es la que posibilita al juez administrativo para adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones formuladas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, incluso en el evento de resultar absueltas, por ejemplo, las personas de derecho público, igualmente demandadas, cuya vinculación a la litis determina que es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a conocer del pleito. Basta que el demandante, con suficientes fundamentos fácticos y jurídicos, impute acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que esta asuma la competencia, sin que resulte relevante que finalmente se absuelva al ente público. Puntualmente, se deprecia la responsabilidad administrativa del departamento de Antioquia-Seccional de Salud de Antioquia, porque, en atención a las normas que regulaban la prestación del servicio de salud en aquella época, fue esta entidad la que se encargó de tramitar y garantizar la atención de la menor en el año 2005, cuando se le identificó el tumor

de naturaleza benigna, patología que no se encontraba incluida en el plan obligatorio de salud y que debía ser financiada con los recursos de oferta. Además, se debe recordar que fue frente a esta atención que en la demanda se indicó que se configuró un error de diagnóstico. En ese orden de ideas, resulta lógico que la demanda también dirigida contra de la ARS Comfenalco fuera conocida por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la medida en que se trata de un asunto que involucra la actividad de una entidad pública y esto amplía la competencia para decidir sobre la imputación realizada en contra de la referida entidad, en aplicación del fuero de atracción.”

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15526, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, exp. 38958, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 22 de marzo de 2017; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de julio de 2018, exp. 05001-23-31-000-2003-03304-01 (45060), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de abril de 2020, exp. 25000-23-26-000-2002-00211-01(44428), C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

PARENTESCO / PRUEBA DE PARENTESCO / VÍNCULO DE PARENTESCO / GRADO DE PARENTESCO / PARENTESCO CON LA VÍCTIMA / PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / CÁNCER / PACIENTE CON CÁNCER / MUERTE DE PACIENTE POR CÁNCER / VÍCTIMA DIRECTA / DAÑO / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / LEGITIMACIÓN POR ACTIVA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / LEGITIMACIÓN POR PASIVA / HISTORIA CLÍNICA / CERTIFICADO DE DEFUNCIÓN / REGISTRO CIVIL DE DEFUNCIÓN / IMPUTACIÓN FÁCTICA / IMPUTACIÓN JURÍDICA / LEGITIMACIÓN DE HECHO / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE HECHO / LLAMAMIENTO EN GARANTÍA / LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A LA ASEGURADORA / ENTIDAD ASEGURADORA

Problema jurídico 2: ¿En el caso concreto se acreditó el parentesco de los demandantes con la víctima directa del daño, por lo cual, existe legitimación en la causa por activa, así mismo, frente a las demandadas se efectuó una imputación fáctica y jurídica concreta y, por ende, les asiste legitimación en la causa por pasiva de hecho, al igual que Allianz S.A. en virtud del llamamiento en garantía que Comfenalco formuló en su contra?

Tesis 2: “Legitimación en la causa. Para la época de presentación de la demanda, la menor CAGC se encontraba legitimada para demandar, dado que era la víctima directa del daño cuya indemnización se reclama. Frente a este punto, se debe destacar que con la historia clínica del Hospital Pablo Uribe Tobón y el registro civil de defunción allegado (...) se demostró que la referida menor falleció el 28 de julio de 2009, por lo que en caso de una eventual condena el pago de los perjuicios se hará en favor de sus causahabientes. La legitimación en la causa por activa de los demandantes (...) se desprende del vínculo de parentesco que, respectivamente, tienen con la menor CAGC (...) Por su parte, al departamento de Antioquia-Seccional de Salud de Antioquia y a ARS Comfenalco se les ha endilgado responsabilidad por el error en el diagnóstico y la demora en la prestación del servicio médico a la menor CAGC. Así las cosas, la Sala advierte que frente a estas demandadas la parte actora efectuó una imputación fáctica y jurídica concreta y, por tanto, les asiste legitimación en la causa por pasiva de hecho (...) También se encuentra legitimada Allianz S.A. -antes Colseguros-, en virtud del llamamiento en garantía que la ARS Comfenalco formuló en su contra. La aseguradora fue vinculada mediante auto del 16 de abril de 2009.”

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, auto del 25 de septiembre de 2013, exp. 25000-23-26-000-1997-05033-01 (20420), C.P. Enrique Gil Botero

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / FALLA PROBADA DEL SERVICIO / ENTIDAD PÚBLICA / ENTIDAD PRIVADA / CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DAÑO / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO HOSPITALARIO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA DEL SERVICIO HOSPITALARIO / ACTO MÉDICO / NEXO DE CAUSALIDAD / JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / MEDIOS DE PRUEBA / PRUEBA INDICIARIA / FUERO DE ATRACCIÓN / RESPONSABILIDAD CIVIL

Problema jurídico 3: *¿En eventos en los que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico sanitarias, como sucede en el caso concreto, en el que una de las partes demandadas es una entidad pública, como lo es la Seccional de Salud del Departamento de Antioquia, debe aplicarse por regla general la falla probada del servicio, así mismo, el juez también podrá acudir a otros medios de prueba, con el fin de tomar pleno convencimiento sobre la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que el mismo se presume, y empleando la teoría de la carga dinámica de la prueba si lo considera necesario, sin embargo, en asuntos en los que se discute la responsabilidad de una entidad de naturaleza privada como la ARS Comfenalco, el estudio de las imputaciones realizadas en su contra se regirán bajo las reglas propias de los juicios de responsabilidad civil?*

Tesis 3: “La responsabilidad de las demandadas. Tratándose de asuntos en los que se debate la responsabilidad del Estado por asuntos médico-sanitarios, en este caso, la de la Seccional de Salud del Departamento de Antioquia, que fue el ente público accionado, la jurisprudencia actual de esta Corporación ha sostenido que, por regla general, el título de imputación aplicable es el de falla probada del servicio, lo que implica que el demandante, además de acreditar el daño, debe demostrar, según el caso, la configuración de una indebida prestación del servicio de salud o la falla del acto médico, y el nexo causal entre este y el daño, sin perjuicio de que el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva. Si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médico-sanitarias es, de manera general, el de la falla probada del servicio, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al juez de la causa acudir a diversos medios probatorios, por ejemplo, la prueba indiciaria para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume. De igual forma, se debe considerar la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia, pues no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico. Frente a la responsabilidad de la ARS Comfenalco, entidad de naturaleza privada, la cual, se recuerda, fue vinculada en virtud del fuero de atracción, es del caso advertir que el estudio de las imputaciones realizadas en su contra debe hacerse con estricto apego de las reglas propias de los juicios de responsabilidad civil.”

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, exp. 19192, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 25 de octubre de 2019, exp. 44169, C.P. María Adriana Marín; sentencia del 11 de mayo del 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 14421, C.P. Alier Hernández Enríquez y sentencia del 10 de febrero del 2000, exp. 11878, C.P. Alier Hernández Enríquez. Así mismo, ver, Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de enero de 2001, exp. 5507, M.P. José Fernando Ramírez y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de noviembre de 2011, exp. 76001-3103-002-1999-01502-01, M.P. Fernando Giraldo

DEPARTAMENTO / FUNCIONES DEL DEPARTAMENTO / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / MUERTE DE MENOR DE EDAD / CÁNCER / MUERTE DE PACIENTE POR CÁNCER / PACIENTE CON CÁNCER / ENTIDAD TERRITORIAL / ENTIDAD PÚBLICA / ERROR EN DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / ATENCIÓN AL PACIENTE / FALLA MÉDICA / AUSENCIA DE FALLA DEL SERVICIO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO DE SALUD / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / INDEBIDA ATENCIÓN AL PACIENTE / CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CARGAS PROCESALES / INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS PROCESALES / TRATAMIENTO DEL PACIENTE / TRATAMIENTO MÉDICO / TRATAMIENTO DEL MENOR DE EDAD / TRATAMIENTO MÉDICO DEL MENOR DE EDAD / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

/ NEXO DE CAUSALIDAD / INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL NEXO DE CAUSALIDAD / INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD / PRUEBA DEL NEXO DE CAUSALIDAD / RELACIÓN DE CAUSALIDAD / FALTA DE PRUEBA DEL DAÑO / FALTA DE PRUEBA

Problema jurídico 4: *¿No existe en el caso concreto un error de diagnóstico, ni fallas en la atención oportuna por parte de la Seccional de Salud del Departamento de Antioquia a la paciente, teniendo en cuenta, que se le realizó el tratamiento adecuado, pertinente y necesario para tratar los tumores que presentaba ocasionados por el cáncer, al igual que, no se ejerció por el demandante la carga de la prueba que le correspondía, esto con el fin de demostrar lo alegado, debiendo negarse las pretensiones de la demanda?*

Tesis 4: “La Responsabilidad de la Seccional de Salud del Departamento de Antioquia (...) Un análisis de la norma [artículo 43 de la Ley 715 de 2001] permite inferir, por una parte, que las competencias asignadas a los departamentos están relacionadas con funciones administrativas y también algunas policivas, para asegurar el adecuado funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en salud en su territorio y, por la otra, que tienen una clara injerencia en la “prestación de servicios de salud” de la población subsidiada, pues le corresponde gestionar y garantizar el suministro de este derecho a la población pobre en lo no cubierto en el plan obligatorio de salud. (...) [N]ótese que la norma [Artículo 3 del Acuerdo 000306 DE 2005 del Ministerio de Salud y Protección Social] sólo incluye como servicios incluidos en el POS-S los casos confirmados de cáncer (malignidad), los cuales deben estar a cargo de las ARS, mientras que el tratamiento de los no confirmados o de naturaleza benigna, deben ser garantizados y financiados por las oficinas de salud de los entes territoriales como administradoras de los recursos de oferta, en atención a los lineamientos dispuestos en las normas antes abordadas. (...) [P]artiendo de la base de que fue esta entidad la que garantizó la atención de la paciente CAGC en el año 2005, la Sala analizará las imputaciones que se realizaron en su contra, para lo cual se recuerda que se alegó la configuración de un error de diagnóstico y una indebida atención. La Sala debe advertir que si bien el tratamiento médico que requirió la paciente fue suministrado y garantizado por el ente territorial, y que, en atención a las precisas imputaciones realizadas en la demanda, es claro que también intervino el centro médico que desplegó los servicios de salud, esto es, el Hospital Manuel Uribe Ángel, entidad que cuenta con personería jurídica propia, pero que no fue demandada en este proceso. (...) [E]n el marco de este proceso se tuvo la oportunidad de darle a conocer al patólogo (...) los informes suscritos por el especialista de la ESE Manuel Uribe Ángel, que indicaban la presencia de un fibroadenoma gigante juvenil. Al revisar estos documentos, este deponente afirmó que a la masa no se le podía dar categoría de malignidad (...) Inclusive, si se llegase a pensar que existían dudas en el diagnóstico, nótese que la paciente fue operada por la sospecha de un cistosarcoma phyllodes y que la confirmación definitiva de fibroadenoma gigante juvenil se dio de manera posterior a la cuadrantectomía de mama derecha, procedimiento que, según la literatura científica, es el mismo que se debe practicar para cualquiera de los dos casos; es decir que al margen de la patología, a la paciente se le realizó el tratamiento adecuado y necesario. Por tanto, la Sala concluye que en relación con estos dos tumores no se presentó un error de diagnóstico. Tampoco es dable afirmar que en este caso se confundió el primer tumor hallado a la menor en septiembre de 2005 -fibroadenoma gigante juvenil- con el que presentó meses después -angiosarcoma-, pues, como lo explicaron los testigos en este proceso, se trató de dos entidades diferentes que no guardaban relación entre sí. (...) [así mismo] de los dichos (...) [los] profesionales se advierte que no es clínicamente viable que un fibroadenoma mute a un angiosarcoma, lo que permite concluir que se trataba de dos afecciones diferentes y descartar por completo el error de diagnóstico alegado en la demanda. (...) La parte actora adujo que la atención médica que la Seccional de Salud del Departamento de Antioquia garantizó no fue adecuada y oportuna. La Sala encuentra que esas afirmaciones carecen de respaldo probatorio y, por el contrario, evidencia que a la paciente se le prestó la atención que en todo momento demandó. En efecto, nótese que el tratamiento que se desplegó para efectos de tratar la primera masa transcurrió entre el 14 y 22 de septiembre de 2005, tiempo durante el cual la paciente fue valorada, se le realizaron todos los exámenes de diagnóstico y se le practicó la cuadrantectomía de mama derecha que requirió; es decir, que la atención técnica y especializada que necesitó la menor se le brindó de manera eficiente y continua, pues todo ocurrió en un lapso de dos semanas, sin que se evidenciara mora alguna o negación del servicio. Cuatro meses después, la paciente acudió de nuevo al referido hospital por la aparición de una segunda masa en el mismo seno. En esta oportunidad, el médico tratante pidió una relectura de la patología con el fin de descartar la presencia de un cistosarcoma phyllodes y, ante la confirmación del fibroadenoma, se le realizaron a este segundo tumor nuevos exámenes que indicaron la configuración de un angiosarcoma. A partir de ese momento, por orden de un juez de tutela, el caso médico de la paciente fue asumido por la ARS Comfenalco, lo cual será analizado en acápite posterior. Como se vio, la primera atención de la paciente,

la cual fue asumida por la Seccional de Salud del Departamento de Antioquia, se garantizó y transcurrió de manera adecuada y oportuna, sin que se hubieran probado las omisiones y fallas que en la demanda se le endilgó. Así las cosas, ante la inexistencia de las fallas atribuidas, la Sala se abstendrá de continuar con el estudio de la responsabilidad de esta demandada, pues habrá de confirmarse su absolución. (...) En suma, de las pruebas allegadas lo que se advierte es la inexistencia de la relación causal entre el daño alegado y el actuar de las demandadas, puesto que la mastectomía se practicó como la única alternativa que se tenía para salvar la vida de la menor, en atención al tipo de cáncer que presentó.”

FALLA MÉDICA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA DEL SERVICIO / AUSENCIA DE FALLA DEL SERVICIO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO / CÁNCER / MUERTE DE PACIENTE POR CÁNCER / PACIENTE CON CÁNCER / MUERTE DE MENOR DE EDAD / CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CARGAS PROCESALES / CARGA PROCESAL DE LAS PARTES DEL PROCESO / INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS PROCESALES / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / TRATAMIENTO INTEGRAL DEL PACIENTE / TRATAMIENTO DEL MENOR DE EDAD / TRATAMIENTO MÉDICO DEL MENOR DE EDAD / RELACIÓN DE CAUSALIDAD / NEXO DE CAUSALIDAD / INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL NEXO DE CAUSALIDAD / INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD / PRUEBA DEL NEXO DE CAUSALIDAD / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / FALTA DE PRUEBA / FALTA DE PRUEBA DEL DAÑO

Problema jurídico 5: ¿No se configuró responsabilidad de la ARS Comfenalco en el asunto bajo estudio, teniendo en cuenta que se garantizó de manera oportuna el tratamiento integral que la paciente requirió, pues las consultas y evaluaciones con los especialistas y la cirugía se hicieron en los términos perentorios, al igual que, no se ejerció por el demandante la carga de la prueba que le correspondía, esto con el fin de demostrar lo alegado, debiendo negarse las pretensiones de la demanda?

Tesis 5: “La Responsabilidad de la ARS Comfenalco (sic). [L]a parte actora afirmó que esta demandada no garantizó la atención continua y oportuna que la paciente requirió. (...) [E]n este caso la ARS Comfenalco sí garantizó de manera oportuna el tratamiento integral que la paciente requirió, pues las consultas y evaluaciones con los especialistas y la cirugía se hicieron en los términos perentorios, luego se realizaron todas las sesiones de radioterapia y, finalmente, se continuó con el proceso de reconstrucción de seno. Ahora, la Sala no pierde de vista que en este proceso los testigos (...) contaron que la paciente no recibió una atención adecuada; sin embargo, sus afirmaciones no encuentran eco en las demás pruebas, por lo que no es posible estructurar una falla a partir de ello, como tampoco es dable predicar la responsabilidad de las accionadas por el hecho de que en sus contestaciones defendieran sus actuaciones, máxime cuando en este caso no se logró probar ninguno de los cargos que la parte demandante planteó en su contra. Por último, se debe advertir que el daño alegado en la demanda, consistente en la resección del seno derecho de la paciente, estuvo determinado única y exclusivamente por la naturaleza agresiva del cáncer que sufrió (...) Como consecuencia de todo lo anterior, la Sala también confirmará este punto de la sentencia de primera instancia, pues los cargos planteados en contra de la ARS Comfenalco no se encuentran probados. (...) En suma, de las pruebas allegadas lo que se advierte es la inexistencia de la relación causal entre el daño alegado y el actuar de las demandadas, puesto que la mastectomía se practicó como la única alternativa que se tenía para salvar la vida de la menor, en atención al tipo de cáncer que presentó. (...) [D]ebe recordarse que, como lo ha precisado la Sala en varias oportunidades, de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la carga de la prueba compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte; por lo tanto, es indispensable demostrar, por los medios legalmente dispuestos para tal fin, los hechos que sirven de fundamento fáctico de la demanda, de modo que la mera afirmación de estos no sirve para ello. Es necesario, entonces, establecer cuál fue la actividad de la entidad demandada que hubiera tenido nexo de causalidad con el daño, de tal manera que pudiera imputarse responsabilidad, situación que no se dio en este caso y, como, la parte actora no demostró, como le correspondía, los elementos de la responsabilidad, no hay lugar a acceder a sus pretensiones y,

como consecuencia, se confirmará el fallo apelado, esto es, proferido el 28 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.”

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 28804, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: sentencia de 30 de agosto de 2022; C.P. Maria Adriana Marín, radicación: 05001233100020080054001 \(49835\).](#)

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velázquez Rico

ACLARACIÓN DE VOTO / FUERO DE ATRACCIÓN / COMPETENCIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / JUEZ ADMINISTRATIVO / JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / MENOR DE EDAD / CÁNCER / PACIENTE CON CÁNCER / IMPUTACIÓN / DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Problema jurídico 1: ¿Procedía en este caso el fuero de atracción del Departamento de Antioquia, con el daño físico y psicológico que sufrió la menor por la mastectomía total de su seno derecho, con el fin de establecerse su legitimación por pasiva?

Tesis 1: “La razón esencial de la presente aclaración estriba en que la Sala indicó que esta jurisdicción era competente para resolver el litigio planteado en virtud de la figura procesal del fuero de atracción, decisión que en esta oportunidad acompañé, dado que considero que se trata de un caso diferente de aquellos en los cuales he salvado voto. Al respecto, he considerado que, en virtud de la garantía del juez natural, un asunto debe ser definido de acuerdo con la normativa previamente definida y en virtud del carácter de orden público de las normas que rigen la jurisdicción, por lo que la aplicación del fuero de atracción debe ser excepcional, pues la modificación de las autoridades legalmente facultadas para conocer de una controversia no pueden quedar al arbitrio de las partes, máxime cuando cada una de las jurisdicciones que se encuentran establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, verbigracia la ordinaria o de lo contencioso administrativo, tienen acciones y procesos propios que atienden a la naturaleza sustancial de los asuntos que han sido puestos bajo su consideración.(...) Si bien el fuero de atracción implica la modificación de la jurisdicción, no comporta la alteración del régimen jurídico al amparo del cual se deben resolver las pretensiones formuladas en contra de los particulares, toda vez que, al margen de que el proceso lo conozca el juez de lo contencioso administrativo, a ellos no les resultan aplicables las reglas de la responsabilidad estatal, sino las del derecho privado, al igual que los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema de Justicia.(...) Adicionalmente, en relación con la posibilidad de saneamiento o no de la falta de jurisdicción, el artículo 144 del C.P.C. -normativa aplicable al caso que decidió la Sala- señala: “[n]o podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades 3 y 4 del artículo 140, ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional”. A mi juicio, las razones que sustentaron la imputación de responsabilidad de la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia –para justificar que esta jurisdicción tuviera competencia para conocer del proceso- permitían establecer la existencia de un vínculo fáctico o jurídico con el daño reclamado -y por ello acompañé la decisión adoptada por la Sala-, que, para este caso, solo era posible desestimar -como en efecto se hizo- la inexistencia de responsabilidad en las entidades demandadas en la sentencia.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el fuero de atracción, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 30 de enero de 2013, exp. 24.783, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras decisiones.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: sentencia de 30 de agosto de 2022; A.V. Marta Nubia Velázquez Rico, radicación: 05001233100020080054001 \(49835\).](#)

Salvamento de voto del consejero José Roberto Sáchica Méndez

SALVAMENTO DE VOTO / FUERO DE ATRACCIÓN / COMPETENCIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / JUEZ ADMINISTRATIVO / JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / MENOR DE EDAD / CÁNCER / PACIENTE CON CÁNCER / ERROR EN DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / PLAN OBLIGATORIO DE SALUD / IMPUTACIÓN / DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA / FALTA DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 1: ¿Procedía en este caso el fuero de atracción cuando no se determinó el nexo causal del Departamento de Antioquia, con el daño físico y psicológico que sufrió la menor por la mastectomía total de su seno derecho, con el fin de establecerse su legitimación por pasiva?

Tesis 1: “He considerado apartarme de la decisión mayoritaria de la Sala, porque estimo que en este caso no resulta procedente aplicar el fuero de atracción, pues el centro de la discusión no gira en torno a las competencias del ente territorial en relación con la cobertura del servicio de salud o las políticas públicas de atención, sino en relación con las fallas del servicio médico asistencial concretadas en un error de diagnóstico que llevaron a la mastectomía total de seno de la paciente. Así, al no efectuarse una imputación concreta en relación con el ente territorial demandado, lo procedente sería declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva y, al no existir ningún otro ente público demandado, considerar remitir el proceso a la jurisdicción ordinaria. Ciertamente, la parte actora al momento de concretar la imputación indicó que el daño físico y psicológico que sufrió la menor CAGC, se produjo por causa de un error en el diagnóstico y una inadecuada atención de la enfermedad y, por ese motivo, tuvo que ser sometida a una mastectomía total de su seno derecho. Tal situación fue reiterada en su recurso de apelación cuando afirmó que el evento de resección mamaria se produjo “tras múltiples negligencias y errores médicos”. Al respecto, resulta necesario precisar que el fuero de atracción resulta procedente siempre que, desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio, pueda inferirse que existe una probabilidad, aunque sea mínima, de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la litis resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas, pues dicha circunstancia es la que posibilita al juez administrativo para adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones formuladas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, incluso en el evento de resultar absueltas. En el presente asunto, se advierte que la imputación no encuentra su causa o fuente en una acción u omisión de la entidad territorial demandada, menos aún, bajo la interpretación que se hace en el fallo acerca de que le asistía legitimación en la causa al departamento de Antioquia-Seccional de Salud de Antioquia y, por ende, resultaba aplicable el fuero de atracción, en atención a las normas que regulaban la prestación del servicio de salud en aquella época, pues fue esa entidad la que se encargó de tramitar y garantizar la atención de la menor en el año 2005, cuando se le identificó el tumor de naturaleza benigna. Así, los argumentos consignados en la sentencia no sirven como criterio que admita un fuero de atracción frente al ente territorial demandado, dado que los mismos hacen referencia a la normativa que regulaba el servicio de salud, la cobertura y las políticas públicas de atención, sin que dichas actuaciones hubieren merecido cuestionamiento alguno por la parte actora. Era necesario, entonces, establecer desde la demanda cuál fue la actividad de la entidad demandada que hubiera tenido nexo de causalidad con el daño, con el fin de establecerse su legitimación por pasiva y operar así el fuero de atracción, situación que no se dio en este caso; por tanto, lo procedente debía ser remitir el proceso a la jurisdicción ordinaria.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 30 de agosto de 2022; S.V. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 05001233100020080054001 \(49835\).](#)

4. En materia del objeto del recurso extraordinario de anulación contra laudo arbitral, los errores aritméticos no abarcan aspectos conceptuales que el

juez, con base en la ley y las pruebas del proceso, defina para efectuar los cálculos pues ello implicaría estudiar nuevamente el fondo del asunto.

Síntesis del caso: “La empresa Megabús S.A., por conducto de apoderado judicial, formuló recurso extraordinario de anulación contra el laudo que puso fin al proceso arbitral instaurado por la sociedad Integra S.A., para resolver las controversias surgidas entre estas durante la ejecución del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio dentro del Sistema Integrado de Transporte Masivo del Área Metropolitana del Centro de Occidente – Operación Troncal y Alimentadora del Sistema de Megabús a partir de la Cuenca DQS, suscrito entre las partes el dos (2) de noviembre de dos mil cuatro (2004). La solicitud de anulación se fundó en las causales 2ª, 7ª, 8ª y 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.”

RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / EFECTOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / FINALIDAD DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / REQUISITOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / FUNCIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / FACULTADES DEL JUEZ EN EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / ERROR IN PROCEDENDO / CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL POR ERROR IN PROCEDENDO / GARANTÍAS DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Problema jurídico 1: ¿La naturaleza excepcional, restrictiva y extraordinaria del recurso de anulación contra laudo arbitral delimita al juez de lo contencioso administrativo a cuestionar la decisión arbitral únicamente por errores in procedendo?

Tesis 1: “El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso; (ii) la finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso; (iii) mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios; (iv) de manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido.”

CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS EN EL LAUDO ARBITRAL / ERROR EN EL LAUDO ARBITRAL / ERROR ARITMÉTICO / ALCANCE DEL ERROR ARITMÉTICO / CAUSALES DEL ERROR ARITMÉTICO / ERROR ARITMÉTICO EN EL LAUDO / PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA / CORRECCIÓN POR ERROR POR CAMBIO, OMISIÓN O ALTERACIÓN DE PALABRAS EN LA PROVIDENCIA JUDICIAL / EFECTOS DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CORRECCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL NACIONAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / TÉCNICA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 2: *¿Cuáles son los efectos procesales de la prosperidad de la causal octava de anulación del laudo arbitral?*

Tesis 2: “La causal contenida en el numeral 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 -que estaba prevista en términos similares en el numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998-, se configura con cualquiera de los siguientes supuestos fácticos: (i) disposiciones contradictorias; (ii) errores aritméticos y, (iii) yerros por omisión, alteración o cambio de palabras en el laudo. Para que la causal de anulación sea procedente, el Estatuto Arbitral estableció dos requisitos: (i) que la contradicción, el error matemático o el cambio de palabras estén contenidos en la parte resolutive del laudo o incidieran directamente en ella y, (ii) que las irregularidades se hayan alegado ante el tribunal arbitral dentro de la oportunidad legal para solicitar su aclaración y/o corrección. (...) En todo caso, en el evento que prospere esta causal de anulación no da lugar a la invalidación del laudo sino a su corrección, pues así lo prevé el inciso primero del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, que determina que “cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará”. (...) En lo que concierne a las disposiciones contradictorias, la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que estas tienen que ver con decisiones que se contraponen o excluyen entre sí y, por lo tanto, impiden su cumplimiento o ejecución. (...) El error aritmético, por su lado, es aquel en el que se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas, es decir, se trata de un error en el cálculo de la operación. En ese orden, los errores aritméticos no abarcan aspectos conceptuales que el juez, con base en la ley y las pruebas del proceso, defina para efectuar los cálculos pues ello implicaría estudiar nuevamente el fondo del asunto.”

LAUDO ARBITRAL / DECISIÓN EN LAUDO ARBITRAL / CONDENA EN EL LAUDO ARBITRAL / EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / PAGO DE LA CONDENA / TÉRMINO DE PAGO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA / PAGO TARDÍO / INTERÉS MORATORIO POR NO PAGO OPORTUNO / INTERPRETACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / VEREDICTO CONTRADICTORIO / VEREDICTO DEL JUEZ / INTERPRETACIÓN DEL VEREDICTO DEL JUEZ / INEXISTENCIA DEL VEREDICTO CONTRADICTORIO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / LÍMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / ERROR IN IUDICANDO / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS EN EL LAUDO ARBITRAL / ERROR ARITMÉTICO EN EL LAUDO / PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA / CONTENIDO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA / PARTE MOTIVA DE LA PROVIDENCIA / PARTE MOTIVADA DE LA SENTENCIA / DECISIÓN EN LAUDO ARBITRAL / PAGO DE LA CONDENA / TÉRMINO DE PAGO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA / COMPETENCIA DEL ÁRBITRO / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Problema jurídico 3: *¿La determinación de la forma y el plazo para el pago de la condena en el laudo arbitral, constituye una contradicción en los términos de los artículos 192 de la Ley 1437 de 2011 y el 281 del Código General del Proceso?*

Tesis 3: “La causal contenida en el numeral 8 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 -que estaba prevista en términos similares en el numeral 7º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998-, se configura con cualquiera de los siguientes supuestos fácticos: (i) disposiciones contradictorias; (ii) errores aritméticos y, (iii) yerros por omisión, alteración o cambio de palabras en el laudo. Para que la causal de anulación sea procedente, el Estatuto Arbitral estableció dos requisitos: (i) que la contradicción, el error matemático o el cambio de palabras estén contenidos en la parte resolutive del laudo o incidieran directamente en ella y, (ii) que las irregularidades se hayan alegado ante el tribunal arbitral dentro de la oportunidad legal para solicitar su aclaración y/o corrección. (...) En todo caso, en el evento que prospere esta causal de anulación no da lugar a la invalidación del laudo sino a su corrección, pues así lo prevé el inciso primero del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, que determina que “cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará”. (...) En lo que concierne a las disposiciones contradictorias, la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que estas tienen que ver con decisiones que se contraponen o excluyen entre sí y, por lo tanto, impiden su cumplimiento o ejecución. (...) El error aritmético, por su lado, es aquel en el que se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas, es decir, se trata de un error en el cálculo de la operación. En ese orden, los errores aritméticos no abarcan aspectos conceptuales que el

juez, con base en la ley y las pruebas del proceso, defina para efectuar los cálculos pues ello implicaría estudiar nuevamente el fondo del asunto.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza y alcance del recurso de anulación de laudo arbitral, ver sentencia de octubre 24 de 1996, Exp. 11632, C.P. Daniel Suárez Hernández, sentencia de mayo 18 de 2000, Exp. 17797, C.P. María Elena Giraldo Gómez, sentencia de agosto 23 de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez, sentencia de junio 20 de 2002, Exp. 19488, C.P. Ricardo Hoyos Duque, sentencia de julio 4 de 2002, Exp. 21217, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia de julio 4 de 2002, Exp. 22012, C.P. Ricardo Hoyos Duque, sentencia de abril 28 de 2005, Exp. 25811, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, sentencia de junio 8 de 2006, Exp. 32398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de mayo 13 de 2009, Exp. 34525, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Sobre las características del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral ver sentencia del 18 de enero de 2019, Exp. 62476, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia de 23 de abril de 2018, Exp. 59731, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia del 19 de julio de 2017, Exp. 59067, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia de 31 de agosto de 2015, Exp. 53585, C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz y sentencia del 9 de abril de 2018, Exp. 59270, C.P. Guillermo Sánchez Luque. En cuanto a la causal octava de anulación del laudo arbitral, ver sentencias del 4 de julio de 2002, Exp. 22195, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, sentencia del 7 de junio de 2007, Exp. 32986, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 29 de agosto de 2007, Exp. 33669, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 21 de febrero de 2011, Exp. 38621, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 22 de noviembre de 2009, Exp. 36427, C.P. Enrique Gil Botero. Respecto de las disposiciones contradictorias en el laudo arbitral, ver sentencia del 20 de agosto de 2014, Exp. 41064, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo y sentencia del 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández. Sobre el fallo en conciencia ver sentencia de junio 18 de 2008, Exp. 34543, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencias de agosto 9 de 2001, Exp. 19273, C.P. María Elena Giraldo Gómez, sentencia de 5 de julio de 2006, Exp. 31887, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 22191, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sobre el principio de congruencia de la sentencia, ver sentencia del 18 de diciembre de 2018, Exp. 61437, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas(E) y sentencia del 28 de febrero de 2020, Exp. 64896, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Sobre la jurisdicción y competencia, ver sentencia del 20 de noviembre de 2020, Exp. 65494, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, sentencia del 13 de abril de 2016, Exp. 54405, C.P. Guillermo Sánchez Luque. Sobre los presupuestos para la prosperidad de la causal segunda de anulación de laudo arbitral, ver sentencia del 13 de abril de 2015, Exp. 52556, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 31 de mayo de 2022; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 11001-03-26-000-2021-00250-00 \(67846\)](#)

5. La regularización o normalización ordenada por la ley para alcanzar progresivamente los límites establecidos en las Leyes 142 y 143 de 1994 en materia de factores de contribución, tarifas y subsidios del servicio, no autorizaba a Codensa para incursionar en el contrato, calificarlo, e interpretarlo, en contra del otro contratante.

Síntesis del caso: *“El proceso de gestación del servicio de energía en la ciudad de Bogotá data de finales del siglo XIX, cuyo propósito estaba orientado a modernizar las fuentes de iluminación con que contaba este. Por cuenta de las ventajas que trajo consigo esta nueva técnica energética... Fueron creadas varias empresas que introdujeron la electricidad como fuente de energía para el alumbrado capitalino, cobrando importancia la posibilidad de que la fuerza hidráulica del río Bogotá pudiera constituirse en la fuente de producción energética que permitiera abastecer y ampliar la cobertura de este servicio; por lo cual fueron iniciadas negociaciones para la importación de equipos y elementos para la puesta en marcha de dicho sistema, y habían adquirido (en inmediaciones de Soacha) la llamada hacienda “El Charquito”, instalaron la primera planta hidroeléctrica En 1904, dicha empresa pasó a denominarse Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá – CEEB, la cual amplió sus negocios y autorizó la suscripción del “servicio de instalaciones de alumbrado en alquiler”, e introdujo el contrato de*

suministro para proveer este servicio en las calles de Bogotá (1906). Dicha empresa fue expandiéndose, lo que generaba que los dueños de grandes terrenos que contaban con fuerzas de agua, o con potencial para ello, tuvieran interés en hacer acercamientos. La Compañía Nacional inició la prestación del servicio de suministro de energía en 1925 – factores asociados a la competencia y, en ella, a la determinación de las tarifas, llevaron a que en 1927 éstas se fusionaran bajo la denominación de Empresas Unidas de Energía Eléctrica de Bogotá, previa venta, en 1926, del 50.42 % de la propiedad accionaria de la CEEB al municipio de Bogotá y conforme a la negociación a la que también se llegó con la Compañía Nacional, según Acuerdo municipal 14 de 1927. En 1939 los propietarios de la Hacienda el Tequendama transfirieron el derecho de dominio de 5/8 partes de la hacienda a favor de las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A. y de la Compañía Inmobiliaria de Bogotá, parte compradora, como quedó pactado en el contrato de compraventa de dicho inmueble, definiendo que como contraprestación por los terrenos objeto de transferencia, además del pago de una suma de dinero, los vendedores tendrían derecho al suministro de agua potable y al suministro de agua de riego para sus jardines y huertos, entre otras obligaciones, las cuales quedaban a cargo de las empresas compradoras. Transcurrido un año de celebrado el contrato, los vendedores del citado inmueble expresaron dificultades en torno al aprovechamiento de la energía eléctrica a través de las diferentes prestaciones pactadas para ello, por tanto, se acordó modificar el contrato para unificar todas ellas en una sola medida de suministro. Lo anterior, exhibe dos escenarios en los que, grosso modo, se edificó el mentado contrato en relación con la estructura obligacional pactada. El primero se refiere a la posición jurídica que asumieron las empresas compradoras de cara a la adquisición de unos terrenos, constituyendo a su favor un derecho real sobre tales inmuebles; y, el segundo, que anida en el plano de la contraprestación, generó a favor de las vendedoras el derecho al pago del precio a través del suministro del servicio de energía eléctrica, generando un derecho personal o de crédito, respecto del cual son deudoras las compradoras. En los años posteriores a esta negociación, las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S.A., iniciaron un proceso de transformación mediante la opción de venta de la universalidad de dicha empresa a favor del municipio de Bogotá, según se registró en el Acuerdo 77 del 7 de diciembre de 1946, negociación que, luego de varias operaciones, condujo a la expedición del Acuerdo No. 18 de 1959 por el cual se constituyó la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá –EEB– como una empresa autónoma, descentralizada, con personería jurídica y patrimonio propio. Sobre este último atributo, viene bien precisar que el patrimonio de la EEB se conformó con los mismos bienes que integraban el de aquella –incluyendo, en consecuencia, las obligaciones pactadas en el contrato de 1941– 44. Se alega la nulidad absoluta que vicia el contrato de 1939 y su modificatorio de 1941, por violación del artículo 37 de la Constitución Política de 1886 –norma vigente al momento de su celebración– que establecía que “[n]o habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles”; así, dado que el citado contrato contiene una contraprestación a perpetuidad, respecto del suministro de energía eléctrica, reclama que, de manera oficiosa, se declare la nulidad del contrato, aun sin que haya mediado petición de parte. ”

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / LÍMITES DE LA FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / VICIOS DEL CONTRATO / CONTENIDO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA / COMPARECENCIA AL PROCESO JUDICIAL / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / VICIOS DEL CONTRATO / OBJETO LÍCITO / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA / PLAZO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE / HIDROELÉCTRICA / PLANTA DE HIDROELÉCTRICA / EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ / EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE BIEN INMUEBLE / CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA

Problema jurídico 1: *¿El contrato en el que se enajenó el bien inmueble y se pactó como contraprestación el suministro de energía adolecía de objeto lícito?*

Tesis 1: “La Sala no encuentra la existencia del vicio pregonado por el actor, sustentado en los artículos 2° de la Ley 50 de 1936 y 1519 del C.C., pues no se observa que la obligación de suministro de energía pactada como contraprestación, se inscriba en el concepto de objeto ilícito como para desencadenar su anulación del mundo jurídico, pues bien puede pactarse tal prestación como mecanismo de pago acordado por las partes. Ahora, si lo que quiso proponer el actor es la nulidad de la cláusula que contiene el pacto a perpetuidad de la retribución convenida, no del contrato, el reproche de ilegalidad apunta al plazo pactado para su cumplimiento, que se vincula a la prohibición constitucional referida; al respecto, a juicio de la Sala tampoco se presenta por esta vía un vicio de nulidad ostensible, que pudiera llevar a la anulación del contrato pues, al analizar el contexto y estructura obligacional bajo el cual se concertaron tales estipulaciones, el concepto de perpetuidad, más allá de su literalidad, hace referencia al carácter indeterminado del plazo para lograr el cumplimiento de la prestación acordada como precio (...). Igualmente, de cara al potencial de explotación hidroeléctrica que tenía el inmueble vendido a las Empresas Unidas de Energía Eléctrica, bien pudo el concepto de perpetuidad (dentro del contexto comercial) estar asociado a la causa que determinó la celebración del contrato, esto es, que mientras subsistiera la explotación económica del mismo se tendría la correlativa obligación de suministro, en función de la vida útil del inmueble. De manera que, sin que sea atendible la petición de nulidad absoluta del contrato solicitada por el apelante para volver las cosas al estado inicial, la Sala negará el cargo, por las razones anotadas.”

CESIÓN DEL CONTRATO / DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA / COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA / OBLIGACIONES DE LA EMPRESA GENERADORA DEL ENERGÍA / CODENSA / CONTRATO DE SUMINISTRO / CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO / OBJETO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO / ESCRITURA PÚBLICA / FACTURACIÓN / SECTOR ELÉCTRICO / REGULACIÓN DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA / OBLIGACIONES DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ENERGÍA / COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA POR EMPRESA GENERADORA / DERECHO A LA PROPIEDAD / TITULARIDAD DEL DERECHO A LA PROPIEDAD / CESIÓN DE LA PROPIEDAD / TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD / CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / PAGO DEL CONTRATO

Problema jurídico 2: *¿Las empresas de energía eran las llamadas a definir e informar al actor sobre la titularidad de la contraprestación pactada, por ser quienes dominaban la actividad comercial?*

Tesis 2: “Del fragmento del interrogatorio descrito, se evidencia la dificultad para las partes en precisar el orden cronológico y el elemento subjetivo vinculado a la obligación de suministro convenida en 1941; por consecuencia, la pregunta formulada por la demandante razonó en función de la postura expresada por Codensa en los actos demandados, en los que se determinó iniciar el cobro del servicio sin profundizar en la obligación de suministro, otrora pactada. (...) Lo cierto es que el a quo, a partir de la naturaleza del contrato, así como en función de la reestructuración del sector eléctrico que se produjo en 1997, estableció en cabeza de Codensa la prestación del suministro (1941) respecto del predio Tequendama 4, como resultado del análisis efectuado sobre las actividades y objeto social de Codensa S.A. Al respecto, recuérdese que la conducta de los profesionales del comercio es evaluada con mayor rigor, como ocurre en este caso con la EEB y Codensa, quienes, en su calidad de comerciantes, el primero al transferir y el segundo al adquirir los Activos de Distribución/Comercialización, realizaron actividades consideradas mercantiles de las cuales se reputan expertos (art. 10 C.Co.); y, aun así, ventilaron en el proceso posiciones divergentes en torno al alcance de dicha transferencia (...). [T]ales sociedades –EEB S.A. y Codensa S.A.– eran las llamadas a definir e informar de manera directa y oportuna al actor sobre la titularidad de la empresa encargada de atender la contraprestación pactada, en lugar de dejar avanzar un proceso judicial por tan amplio lapso, en una actitud que no tiene asiento bajo el principio de buena fe contractual y que se mantuvo de forma irreflexiva generando una consecuencia indeseada en el ordenamiento jurídico en contra de la garantía de uno de sus acreedores.”

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE / TRANSFERENCIA DEL DOMINIO / DERECHO A LA PROPIEDAD / EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA / ELEMENTOS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA / OBJETO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA / OBLIGACIONES DEL COMPRADOR / SUMINISTRO DE AGUA POTABLE / CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / PAGO DEL CONTRATO / TRANSFORMACIÓN DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / CREACIÓN DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA DE LA ENTIDAD ESTATAL / DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA / PERSONERÍA JURÍDICA / PATRIMONIO AUTÓNOMO / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / VICIOS DEL CONTRATO / OBJETO LÍCITO / OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA / PLAZO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE / HIDROELÉCTRICA / PLANTA DE HIDROELÉCTRICA / EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ / EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE BIEN INMUEBLE / CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA

Problema jurídico 3: ¿Procede la declaratoria de nulidad de los actos mediante los cuales Codensa cobró a la demandante el consumo por el servicio de energía a pesar de existir un contrato de suministro?

Tesis 3: “Basta señalar, en relación con el reproche del censor encaminado a revocar la declaratoria de nulidad de los actos demandados, aduciendo que ello tuvo lugar en aplicación del tránsito de legislación que dispuso la Ley 142 de 1994 en su art. 179, derogado por la Ley 286 de 1996 que modificó sus términos, que, tal como ampliamente lo señaló el a quo, la Sala comparte la tesis de que Codensa carecía de facultades unilaterales para pronunciarse y calificar el contrato celebrado en 1939 – 1941 como lo hizo en su decisión del 24 de junio de 1999 (...). La regularización o normalización ordenada por la ley para alcanzar progresivamente los límites establecidos en las Leyes 142 y 143 de 1994 en materia de factores de contribución, tarifas y subsidios del servicio, no autorizaba o confería facultades como las desplegadas por Codensa, avaladas por la Superintendencia de Servicios Públicos al resolver el recurso de apelación en sede administrativa, puesto que para tales efectos bien podía haber acudido al arreglo directo con el usuario o suscriptor, o en su defecto, ir ante el juez del contrato para pedir p. ej. que diera por cumplida la prestación del suministro acordada en 1941, o su nulidad, o cualquier forma que revelara el interés en efectuar la normalización; pero definitivamente carecía de facultades para incursionar en el citado contrato, calificarlo, e interpretarlo, en contra del otro contratante.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el recurso de apelación y sus límites, ver sentencia de la Corte Constitucional, C 086 del 24 de febrero de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio. Sobre el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia, ver sentencia del 7 de diciembre de 2017, Exp. 2009-01122-01, C.P. Hernando Sánchez Sánchez y sentencia del 30 de julio de 2021, Exp. 56685, C.P. José Roberto Sánchez Méndez. En cuanto a la facultad oficiosa del juez ver sentencia de 6 de febrero de 2019, Exp. 61720, C.P. Marta Nubia Velásquez y sentencia de 3 de octubre de 2012, Exp. 26140, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: sentencia de 17 de junio de 2022; C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 25000-23-26-000-2002-00728-01 \(68226\)](#)

6. En los eventos en los que se analiza el daño derivado de una actividad peligrosa frente a quien los produce o se beneficia de un régimen laboral en razón de su oficio, el título de imputación aplicable es la falla del servicio.

Síntesis del caso: “[T]rabajador de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP - EAAB-, murió en un túnel del Sistema Chingaza mientras hacía un trabajo de soldadura. Alega que la empresa demandada no proporcionó los elementos de seguridad industrial necesarios, ni evitó que el trabajador utilizara máquinas de combustión interna en el túnel.”

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ACCIDENTE DE TRABAJO / MUERTE POR ACCIDENTE DE TRABAJO / ALCANCE DE LA CARGA DE LA PRUEBA / APLICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA / EFECTOS DE LA CARGA DE LA PRUEBA / EXIGENCIA DE CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / REQUISITOS DE CARGA DE LA PRUEBA / REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA / FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO / TÍTULO DFE IMPUTACIÓN DE FALLA EN EL SERVICIO / FALTA DE PRUEBA DE FALLA EN EL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / MUERTE DEL TRABAJADOR / MUERTE DEL TRABAJADOR OFICIAL / TRABAJADOR DE EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / MANTENIMIENTO DE VÍA PÚBLICA /

Problema jurídico 1: *¿Se configuró falla del servicio de una empresa industrial y comercial del Estado por la muerte de un trabajador, que realizaba el mantenimiento de un túnel?*

Tesis 1: “Conforme a las pruebas, (...) murió por intoxicación por monóxido de carbono en un accidente de trabajo, cuando utilizó una unidad de potencia al interior de un túnel para remover una tapa. En el interior del túnel no debían utilizarse equipos de combustión y estas actividades debían realizarse de forma manual. No se probó que la EAAB no hubiera adoptado medidas de seguridad industrial, hubiera entregado a la víctima un equipo que no debía ser utilizado en el interior del túnel o no diera instrucciones adecuadas (...) para hacer su trabajo. Tampoco se probó que al interior del túnel no era posible eliminar los gases y vapores o que no existiera señalización y vigilancia adecuada. Según el inciso final del artículo 177 CPC, retomado por el último inciso del artículo 167 CGP, las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba. Las negaciones pueden ser definidas o indefinidas. Las primeras son aquellas que tiene por objeto la afirmación de hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, es decir, que implícitamente contienen una afirmación, que sí es susceptible de prueba, como cuando se niega que el bien recibido es de buena calidad, en realidad se está afirmando que es de mala y ello puede probarse. Por el contrario, las negaciones indefinidas son de imposible demostración judicial porque no implican, ni directa ni implícitamente, la afirmación de un hecho concreto. Las negaciones exentas de prueba, según el artículo 177 CPC, son las indefinidas, mientras que aquellas negaciones aparentes o gramaticales, que esconden una afirmación concreta, no eximen de la carga de la prueba a quien las alega. Cuando una parte afirma que otra no ha cumplido un deber o una obligación, esta aseveración no reviste el carácter de negación indefinida que lo releve de prueba, pues no es más que afirmar que incumplió. Se trata, pues, de una negativa sólo en apariencia o formal. La Sala reitera que en estos casos se está frente al hecho afirmativo contrario: el incumplimiento. (...) La demandante debía demostrar que en el interior del túnel era necesario utilizar tanques de oxígeno, para retirar una tapa y que ese lugar no tenía las condiciones para realizar trabajos sin ese elemento. Sin embargo, no aportó prueba alguna que acreditara la omisión. En contraste, quedó probado que el retiro de la tapa debía hacerse de forma manual, quienes ingresaban al túnel lo hacían sin tanques de oxígeno y [la víctima] ingresó un equipo de combustión, a pesar de las instrucciones que le proporcionaron. Según el artículo 177 CPC, aplicable por remisión expresa del artículo 168 y 267 CCA, quien alega un hecho debe demostrar la ocurrencia del mismo para que se produzca el efecto pretendido, ya que la sola afirmación de la demandante no es suficiente para acreditarlo. Como no obra prueba que acredite que la causa del accidente fue una acción u omisión de la EAAB, la Sala revocará la sentencia apelada.”

APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / OBJETO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / RESPONSABILIDAD POR

ACTIVIDAD PELIGROSA / ACCIDENTE DE TRABAJO / CAUSAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / RESPONSABILIDAD DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / REPARACIÓN DEL DAÑO ORIGINADO EN ACCIDENTE DE TRABAJO / PREVENCIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / ORIGEN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / CLASIFICACIÓN DE RIESGOS LABORALES / SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES / PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES / FALLA DEL SERVICIO / PRESUPUESTOS DE LA FALLA DEL SERVICIO / ENFERMEDAD DE ORIGEN LABORAL / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR RIESGO EXCEPCIONAL

Problema jurídico 2: *¿Cuál es el título de imputación de responsabilidad del Estado aplicable por daños causados en el ejercicio de una actividad peligrosa?*

Tesis 2: “En relación con la prevención de enfermedades de origen profesional y de accidentes de trabajo, todos los empleadores -entidades públicas o particulares-, contratistas y subcontratistas deben organizar y garantizar el funcionamiento de un programa de salud ocupacional, es decir, adoptar medidas de protección a los trabajadores frente a riesgos relacionados con agentes físicos, químicos, biológicos, psicosociales, mecánicos, eléctricos y otros derivados del ambiente laboral (artículos 2 del Decreto 614 de 1984 y 1 de la Resolución 1016 de 1989 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). En consonancia, el artículo 71 de la Resolución 2400 de 1979 dispone que todos los establecimientos de trabajo -que para el cumplimiento de su actividad involucren procesos con emisiones de gas, vapor, humo o neblina- tienen que contar con sistemas naturales o artificiales para la eliminación de esas emanaciones. Asimismo, el empleador debe suministrar al trabajador equipos de protección personal, por ejemplo, máscaras respiratorias, si por la naturaleza de la industria o trabajo no es posible la eliminación de gases o vapores nocivos para la salud. (...) [L]a ejecución de una actividad peligrosa puede causar perjuicios que deben ser indemnizados. No obstante, debe diferenciarse entre quienes ejercen la actividad, ya sea en calidad de empleados directos de la entidad o de trabajadores del contratista, y los terceros ajenos a la misma. Frente a los primeros, debe analizarse si se trata de daños que sufren quienes ejercen la actividad peligrosa que corresponde a la concreción de riesgos propios de su actividad, lo cual supone el estudio bajo el régimen de falla del servicio. En efecto, como el trabajador, sea del Estado o del contratista, participa en la creación del riesgo y se beneficia de un régimen laboral en razón de su oficio, el Estado sólo responde por no adoptar las medidas necesarias para minimizar el riesgo derivado de esa actividad, esto es, por someter al trabajador a un riesgo superior al que debía asumir. Frente a los terceros, además de este título de imputación, podrá ser aplicable el riesgo excepcional. En consecuencia, si se cumplen los presupuestos de la falla del servicio -título de imputación por excelencia-, porque se encuentra probada una omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio, acompañada del daño que sufre un particular y la relación de causalidad entre la falta o falla de la Administración y el daño, debe acudir al régimen subjetivo y, con base en este, estudiar la responsabilidad civil del Estado.”

APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / OBJETO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD PELIGROSA / ACCIDENTE DE TRABAJO / CAUSAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / RESPONSABILIDAD DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / REPARACIÓN DEL DAÑO ORIGINADO EN ACCIDENTE DE TRABAJO / PREVENCIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / ORIGEN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / APRECIACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / CARACTERÍSTICAS DEL DICTAMEN PERICIAL / CONCEPTO DE DICTAMEN PERICIAL / CONCLUSIONES DEL DICTAMEN PERICIAL / CONTENIDO DEL DICTAMEN PERICIAL / CONTROVERSIA A LA PRUEBA PERICIAL / EFECTOS DEL DICTAMEN PERICIAL / EFICACIA PROBATORIA DEL DICTAMEN PERICIAL / OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL / FINALIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL / INFORME DEL DICTAMEN PERICIAL / REQUISITOS DE LA PRUEBA PERICIAL / REQUISITOS DEL DICTAMEN PERICIAL / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA PERICIAL / UTILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL

Problema jurídico 3: ¿Cuáles son los requisitos del dictamen pericial para que tenga eficacia probatoria dentro del proceso contencioso administrativo?

Tesis 3: “El artículo 233 dispone que la peritación constituye un medio de prueba a través del cual se constatan hechos relevantes para el litigio, que exigen de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. La ley procesal determina que la pericia debe contener dos partes relacionadas entre sí: el proceso cognoscitivo y las conclusiones. El primero supone una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, exigencia lógica que implica brindar una explicación clara sobre cuáles fueron los instrumentos, materias y sustancias empleadas, que constituyen el soporte y garantía de credibilidad de sus conclusiones. El segundo, impone que tales conclusiones se ajusten a los principios de la ciencia, arte o técnica aplicada y respondan de forma concreta, clara, ordenada y sin ambigüedades a todos los puntos sometidos a su consideración por las partes. Las conclusiones del dictamen deben tener justificación no solo en la opinión del experto, sino en soportes que ofrezcan respaldo a su labor. Estos soportes brindan firmeza al dictamen y el perito puede acudir a exámenes o investigaciones que le permitan elaborar un concepto preciso y detallado, tal como lo prevé el artículo 237.6 CPC. En armonía, el artículo 241 CPC ordena que el juez deberá analizar la conducencia en relación con el hecho que se pretende probar y la competencia del perito. De modo que, es preciso verificar que (i) sea un experto en la materia técnica analizada; (ii) no haya motivos para dudar de su imparcialidad; (iii) no se acredite objeción por error grave; (iv) esté debidamente fundamentado, con conclusiones claras y precisas; (v) se haya permitido su contradicción y (vi) otras pruebas no lo desvirtúen. En el proceso se decretó un dictamen pericial para que un perito experto en túneles determinara cuáles eran las condiciones de seguridad industrial y humana que debían observarse en un túnel a más de 560 metros de profundidad. En el dictamen pericial, el perito describió cómo es un túnel de ventana e indicó cuáles son las condiciones de seguridad industrial que se deben tener en cuenta en su interior. Concluyó que, para permitir el acceso de personas al interior de un túnel de ventana y garantizar su seguridad, debía existir un sistema de ventilación, vigilancia televisada, un sistema de radiocomunicaciones, red de llamadas de emergencia, sensores de gases tóxicos, sensores de opacidad, puestos de control y de primeros auxilios, dotación personal y tanques de oxígeno.”

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la acción procedente en casos de daños derivados de un accidente de trabajo, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de noviembre de 2007, rad. 15967, C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Respecto de los lineamientos de seguridad y salud en el trabajo en el desempeño de actividades peligrosas, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de noviembre de 2007, rad. 15967, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 11 de mayo de 2006, rad. 14694, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 31 de agosto de 1982, rad. 10625, C. P. Enrique Low Murtra. Acerca de la valoración probatoria del testigo de oídas, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de febrero de 2011, rad. 20262, C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Respecto a la objeción al dictamen pericial por error grave, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de mayo 17 de 2007, rad. 2000-03341-01(AG). Respecto de la carga de la prueba, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2006, rad. AP 2004-00896. Sentencia con aclaración de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas. Acerca de la procedencia de la acción de reparación directa, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 1993, rad. 7303 y del 8 de marzo de 2007, rad. 16421. Respecto al valor probatorio de los documentos en copia simple, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, rad. 25022 y del 22 de octubre de 2015, rad. 26984. En cuanto a la valoración probatoria del testigo sospechoso, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de febrero de 2011, rad. 20262, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C: sentencia de 7 de diciembre de 2021; C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 25000-23-26-000-2003-10029-01\(45079\)](#)

Aclaración de voto. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas

ACLARACIÓN DE VOTO / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / FUNCIONES DEL JUEZ / DEBERES DEL JUEZ / ALTERACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INTERPRETACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / REPARACIÓN DEL DAÑO / DAÑO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / PRETENSIONES DE LA DEMANDA /

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / DEBERES DEL JUEZ / ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL JUEZ / ACTUACIÓN DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / ATRIBUCIONES DEL JUEZ / CRITERIO DEL JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / CONGRUENCIA DEL JUEZ / OBLIGACIONES DEL JUEZ / LÍMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / INTERPRETACIÓN DEL JUEZ / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / FINALIDAD DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico: ¿La desatención de las directrices por parte del trabajador incidieron en la producción del daño antijurídico y por lo tanto, constituye causal eximente de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima?

Tesis: [E]l fundamento para denegar estas súplicas debió soportarse, a juicio del suscrito magistrado, en el hecho de que en este asunto se configuró el eximente de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima como causa extraña que impedía que el daño pudiera ser imputado a la entidad demandada. En efecto, si bien coincidió con el hecho de que los testimonios recibidos en el proceso y las demás pruebas practicadas no resultaron demostrativos de que la EAAB hubiere incurrido en una falla del servicio por incumplimiento de las normas de seguridad industrial, o porque le hubiera dado instrucciones a Iván Vélez García de ingresar al túnel con un equipo que no estaba permitido, o porque no le hubiera proporcionado elementos de protección y seguridad para prevenir el accidente que causó su muerte; lo cierto es que, en la actuación quedó demostrado que el señor Vélez García hizo caso omiso de la instrucción dada por el jefe de la División del Sistema Chingaza de la EAAB, en el sentido de “cerrar con candado la puerta de acceso al túnel y no ingresar la camioneta o la unidad de potencia”, circunstancia que, a la postre, trajo como consecuencia la muerte de esta persona por inhalación de monóxido de carbono, lo que materializa el eximente de responsabilidad anotado.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 7 de diciembre de 2021; AV Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 25000-23-26-000-2003-10029-01\(45079\).](#)

7. Operó la ineficacia de pleno derecho en contrato de compraventa de bien mueble, debido a que no se estableció la forma en que procedería la entrega del bien objeto del contrato estatal y tampoco se fijó un plazo razonable para su ejecución.

Síntesis del caso: “El 22 de diciembre de 2016, el departamento del Magdalena suscribió el contrato 1085 con la sociedad Industrias Bicicletas Milán S.A., cuyo objeto consistió en la compra de 3.500 bicicletas y sus kits de seguridad. Se acordó que la entrega de los bienes se haría entre la fecha en que se cumplieran los requisitos para la ejecución y el 31 de diciembre de esa anualidad. La sociedad contratista interpuso demanda de controversias contractuales en contra de la entidad territorial, por considerar que esta incumplió el negocio suscrito, pues, según afirmó, no recibió los productos adquiridos, ni los pagó.»

CONTRATO / ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO / ELEMENTOS DEL CONTRATO / REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS OBLIGACIONES / CONSENTIMIENTO / CAUSA LÍCITA / OBJETO LÍCITO / CAPACIDAD / CAPACIDAD CONTRACTUAL / EXISTENCIA DEL CONTRATO / REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO / VICIOS DEL CONTRATO / INVALIDEZ DEL CONTRATO / NULIDAD DEL CONTRATO

Problema jurídico 1: ¿Los elementos de consentimiento, capacidad, objeto y causa son de la esencia de todo negocio jurídico, sin perjuicio de las solemnidades exigidas por la ley para ciertos contratos, por

lo que su ausencia los torna inexistentes, y los vicios en torno a esos elementos, los pueden derivar en una invalidez y en una declaratoria de nulidad?

Tesis 1: “El legislador previó en el artículo 1502 del Código Civil que, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que: i) sea legalmente capaz, ii) haya consentimiento y iii) existan un objeto y causa lícitos. De lo anterior se extrae que los elementos de consentimiento, capacidad, objeto y causa son de la esencia de todo negocio jurídico, es decir, su ausencia los torna inexistentes. Lo propio sucede con las solemnidades exigidas por la ley para el nacimiento de determinados actos jurídicos. Por su parte, los vicios en torno a esos elementos - diferentes de su ausencia- pueden derivar en una invalidez y en una declaratoria de nulidad.”

INEXISTENCIA DEL CONTRATO / INVALIDEZ / REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO / ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO / ELEMENTOS DEL CONTRATO / INVALIDEZ DEL CONTRATO / VICIOS DEL CONTRATO

Problema jurídico 2: *¿La inexistencia se diferencia de la invalidez, en que en el primer caso el acto jurídico no nace ni produce ningún efecto, por no cumplir sus elementos esenciales o, de ser el caso, las solemnidades que le sean aplicables, mientras que en el segundo evento el negocio jurídico cobra vigencia, pero adolece de uno o varios vicios que conllevan a su eventual anulación?*

Tesis 2: “La inexistencia se diferencia de la invalidez, en que en el primer caso el acto jurídico no nace ni produce ningún efecto, por no cumplir sus elementos esenciales o, de ser el caso, las solemnidades que le sean aplicables; mientras que en el segundo evento el negocio jurídico cobra vigencia, pero adolece de uno o varios vicios que conllevan a su eventual anulación”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la diferencia entre inexistencia e invalidez del contrato, consultar providencia de 13 de noviembre de 2014, Exp. 20818, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

INEFICACIA DE PLENO DERECHO / INEXISTENCIA DEL CONTRATO / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / NULIDAD SANEABLE / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 3: *¿La ineficacia de pleno derecho, se constituye como una figura en virtud de la cual, un acto no produce efectos porque se configuran determinadas circunstancias tan lesivas para el ordenamiento jurídico que, traerá como consecuencia que el negocio jurídico no cobre vigencia, lo que la diferencia de la nulidad absoluta, que puede ser objeto de saneamiento?*

Tesis 3: “[E]l legislador previó la ineficacia de pleno derecho, como una figura en virtud de la cual un acto no produce efectos porque se configuran determinadas circunstancias tan lesivas para el ordenamiento jurídico que, según la norma positiva expresamente, ello traerá como consecuencia que el negocio jurídico no cobre vigencia. (...) Sobre las diferencias entre la nulidad y la ineficacia de pleno derecho el Consejo de Estado ha precisado que, mientras la nulidad absoluta puede ser objeto de saneamiento, según el caso, ello no es posible en la ineficacia de pleno derecho, pues “se asimila a la inexistencia, es decir, se entiende que esas cláusulas ineficaces de pleno derecho no han nacido a la vida jurídica, por lo que no producen efecto alguno [...] y se tienen como inexistentes”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la ineficacia de pleno derecho, consultar providencias de 30 de abril de 2012, Exp. 21699, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de 18 de mayo de 2017, Exp. 35199, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; de 8 de septiembre de 2021, Exp. 61617, C.P. Alberto Montaña Plata. Acerca de las diferencias entre la nulidad y la ineficacia de pleno derecho, consultar providencia de Exp. 59067, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

OBJETO DEL CONTRATO / ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO / ELEMENTOS DEL CONTRATO / EXISTENCIA DEL CONTRATO / REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO / REQUISITOS DEL CONTRATO

Problema jurídico 4: *¿La imposibilidad del objeto, de ser absoluta y permanente, trae como consecuencia la inexistencia del acto jurídico, pues de no ser posible la realización del objeto, este se torna inocuo, lo que es equivalente a su desvanecimiento?*

Tesis 4: “[E]l artículo 1517 del Código Civil estipuló que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. Asimismo, se indicó en el artículo 1518 que el objeto puede recaer sobre bienes que existan o que se espera que existan, siempre que sean comercializables y que estén determinados, al menos en cuanto a su género. El objeto debe ser posible y es un elemento esencial del contrato, en tanto constituye la razón de ser del negocio, al punto de que, al igual que sucede con los demás elementos de la esencia, su ausencia trae como consecuencia que el acto jurídico no surte ningún efecto, es decir, se torna en inexistente. Asimismo, se han enmarcado dentro de los requisitos de la figura que exista o se espere que exista, que sea posible, que sea susceptible de ser comercializado y que sea lícito. (...) La posibilidad del objeto se refiere al hecho de que se pueda determinar su alcance y a que pueda realizarse materialmente, so pena de que no nazca la obligación, ni el acto jurídico, debido a que nadie está obligado a lo imposible o, en otras palabras, a aquello cuya concreción en el plano material resulta irrealizable o inalcanzable. En general, si el objeto se hace imposible de cumplir, debido a que no es posible definir su contenido, el acto se entenderá como no celebrado y, como consecuencia, no surtirá ningún efecto o, dicho de otro modo, será inexistente. La imposibilidad del objeto debe ser absoluta -insuperable para todo el mundo- y permanente -no enmendable con el pasar del tiempo- para que derive en la inexistencia. En el caso de las obligaciones de dar se requiere que la prestación se encuentre suficientemente determinada en cuanto a su naturaleza y cantidad. En tal caso, si el objeto se hizo imposible antes o de manera concomitante al nacimiento de la obligación, esta se entiende por no nacida, pues no es posible ejecutar aquello que es irrealizable. La inexistencia por la imposibilidad del objeto no es saneable. (...) El Consejo de Estado ha sostenido anteriormente que la imposibilidad del objeto, de ser absoluta y permanente, trae como consecuencia la inexistencia del acto jurídico, pues de no ser posible la realización del objeto, este se torna inocuo, lo que es equivalente a su desvanecimiento, por manera que, si no hay objeto, en tanto elemento esencial, pues no se puede realizar la razón de ser del negocio, tampoco habrá acto jurídico (...).”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la posibilidad del objeto del contrato, consultar providencias de 22 de julio de 2009, Exp. 16106, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 14 de octubre de 2011, Exp. 17549, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

CONTRATACIÓN ESTATAL / REGLAS DE CONTRATACIÓN ESTATAL / INEFICACIA DE PLENO DERECHO / CONTRATO ESTATAL / DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA / OBLIGACIONES DEL ESTADO / DEBERES DEL ESTADO / PRINCIPIO DE NO OBLIGATORIEDAD A LO IMPOSIBLE

Problema jurídico 5: *¿Las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan los mandatos del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, tienen como consecuencia la ineficacia de pleno derecho, lo que se funda en el principio de que nadie está obligado a lo imposible, así como en la relatividad de las obligaciones del Estado?*

Tesis 5: “En el caso de los contratos estatales, la Ley 80 de 1993 previó en el numeral 5 del artículo 24 que serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan los mandatos de ese numeral, entre ellos no incluir condiciones o exigencias de imposible cumplimiento, o exenciones de responsabilidad, lo que quiere decir que el legislador quiso que, en el evento de los contratos sometidos a esa normativa, la imposibilidad en general -incluida la del objeto- tuviera como consecuencia la ineficacia de pleno derecho. Ello se funda en el principio (...) de que nadie está obligado a lo imposible, así como en la relatividad de las obligaciones del Estado, que está sujeto a realizar sus fines en el marco de sus posibilidades. A partir de lo anterior, esta Corporación ha analizado la aplicación del mandato del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 en su jurisprudencia, para determinar que opera la ineficacia de pleno de derecho. (...) Como se observa, la jurisprudencia de esta Corporación ha convenido sobre la ineficacia de pleno derecho en aquellos eventos en los cuales se vulneran los mandatos del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. De ese modo, además de la inexistencia y la nulidad, tal figura conforma las distintas maneras en que se configura la ineficacia general del negocio jurídico en relación con los contratos estatales. Por ello, resulta oportuno determinar la falencia que corresponda en cada caso, con el propósito de determinar si una u otra figura se configuró o no.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la ineficacia de pleno derecho en la contratación estatal, consultar providencias de de 14 de octubre de 2011, Exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de 27 de marzo de 2014, Exp. 27453, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; de 1 de octubre de 2014, Exp. 34778, C.P. Hernán Andrade Rincón; de 28 de enero de 2015, Exp. 29526, C.P. Hernán Andrade Rincón; de 3 de septiembre de 2015, Exp. 31754, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo;

de 7 de diciembre de 2016, Exp. 35455, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; de 3 de abril de 2020, Exp. 61500; 30 de abril de 2021, Exp. 64096, C.P. Nicolás Yepes Corrales.

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / NEGACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE COMPRAVENTA / CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIEN MUEBLE / CONTRATO ESTATAL / BIEN MUEBLE DE LA ENTIDAD ESTATAL / ENTREGA DE BIEN / OBLIGACIONES DEL CONTRATO / INEXISTENCIA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA / EFECTOS DEL CONTRATO / INEFICACIA DE PLENO DERECHO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PRINCIPIO DE NO OBLIGATORIEDAD A LO IMPOSIBLE

Problema jurídico 6: *¿Dado que, en el contrato de compraventa de bien mueble, no se estableció la forma en que procedería la entrega del bien objeto del contrato estatal, operó la ineficacia de pleno derecho del contrato, por lo que nunca nació a la vida jurídica, ni tuvo ningún efecto?*

Tesis 6: “En el caso concreto, (...) [la demandante] presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia en discrepancia con la declaratoria de la nulidad absoluta del contrato (...) allí dispuesta, por una supuesta vulneración del principio de planeación. (...) En el que se denominó el contrato 1085 de 2016 se dispuso que tendría por objeto la adquisición de 3.500 bicicletas y sus kits de seguridad para las instituciones educativas oficiales de la entidad contratante, por la suma de \$574'000.000. (...) Los (...) hechos demuestran dos falencias del que se denominó el contrato 1085 de 2016: i) no se determinó la manera en que se haría la entrega de las bicicletas en los 28 municipios no certificados del departamento del Magdalena y ii) no se fijó un plazo razonable para su ejecución. Ello tornaba en imposible el objeto y, por ende, el contrato. En el texto obligacional no se especificó la forma en que procedería la entrega de las bicicletas y sus kits de seguridad en los 28 municipios no certificados del departamento del Magdalena, pues la cláusula respectiva se limitó a mencionar que estos se allegarían en tales entidades, pero no se precisaron las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ello se llevaría a cabo, de suerte que no era posible determinar cuántas debían allegarse en cuáles entidades territoriales y, con mayor precisión, el lugar específico de cada municipio en el que ello se haría, así como quién las recibiría. Se precisa que no eran aplicables las disposiciones supletivas de la voluntad, previstas para el evento en que no se hubiera señalado el sitio de la entrega, pues justamente las partes sí pactaron los municipios a los que se allegarían las bicicletas y sus kits, pero no se especificó tal cláusula, lo que representa una insuficiencia en los términos de la intención de los sujetos negociales y no su ausencia de voluntad en ese punto. Por otro lado, era imposible llevar a cabo el objeto descrito en 9 días -si en gracia de discusión los requisitos de ejecución se hubieran cumplido el mismo día de la suscripción del contrato-, ni mucho menos en el plazo de 1 día con el que contaban las partes para tal fin, pues la ejecución del negocio jurídico ameritaba un ejercicio de coordinación entre los 28 municipios, el departamento y (...) [la demandante], así como la definición de otros aspectos como la indicación de los logos que se colocarían en los bienes comprados, la cantidad de bicicletas y kits que se allegarían a cada entidad territorial y su movilización a través de todo el departamento, lo que era imposible consolidar en 9 días y mucho menos en 1 día, sino que hubiera tomado un tiempo mayor. Las falencias anteriores evidencian que la venta de las 3.500 bicicletas y sus kits de seguridad era irrealizable (...). La imposibilidad del objeto del que se rotuló como contrato 1085 de 2016 es absoluta, ya que impedía la consecución del propósito de ese negocio, a saber, la venta de las 3.500 bicicletas y sus kits de seguridad, en tanto sin la entrega no resultaba realizable el pago, ni la misma compraventa. (...) En ese orden, es claro que el contrato no fijó condiciones realizables para la concreción de su objeto, sino que estableció obligaciones que resultaban de imposible cumplimiento (...). Por ende, el objeto del contrato era imposible, lo que se traducía en la inviabilidad material de ejecutar el negocio jurídico, dado que un contrato con objeto irrealizable no es pasible de llevarse a cabo o, en últimas, se torna en imposible. (...) Corolario de lo anterior es que, el que se reputó como el contrato 1085 de 2016 nunca nació a la vida jurídica, ni tuvo ningún efecto, en virtud de su ineficacia de pleno derecho, debido a que su objeto era de imposible realización. Por la misma razón, no proceden restituciones mutuas, en especial porque las bicicletas y sus kits nunca fueron entregados y el departamento del Magdalena tampoco pagó por esos bienes. En ese punto, se recuerda que la consecuencia de la ausencia de un elemento esencial del negocio jurídico no es la nulidad sino la inexistencia y, según el caso, la ineficacia, pues, precisamente, los elementos esenciales son inherentes al acto jurídico en sí mismo y se requiere del cumplimiento de todos ellos para que este exista. Así, en la medida en que el que se tituló contrato 1085 de 2016 no nació a la vida jurídica, el a quo erró al declarar su nulidad absoluta, en tanto esa figura se predica solamente de aquellos actos jurídicos que cumplieron

los elementos esenciales, lo que no sucedió, según lo expuesto. Menos aún procede pronunciarse sobre el cumplimiento contractual, pues, igualmente, se requería acreditar tal aspecto. Como consecuencia, la Sala modificará la sentencia de primera instancia y denegará las pretensiones de la demanda, por haberse encontrado que operó la ineficacia de pleno derecho del que se denominó el contrato (...).”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: sentencia de 16 de agosto de 2022; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 47001-23-33-000-2018-00416-01 \(67959\)](#)

8. Habiéndose estipulado un término para la liquidación voluntaria, habrá de estarse a lo pactado por los contratantes, quienes, en el marco de su autonomía de la voluntad, podrán convenir que la fase de liquidación inicie al vencimiento del plazo de ejecución o con posterioridad, y dicha estipulación comercial constituye ley para los contratantes.

Síntesis del caso: “En virtud de contrato de obra suscrito con Secretaría de Educación, cuyo objeto era la culminación de colegio el precio se pactó bajo la modalidad de precios unitarios fijos. Asimismo, se acordó que el 90% del valor sería pagado mediante actas mensuales de obra ejecutada y que el saldo se pagaría dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firma del acta de liquidación. El contrato finalizó en diciembre de 2014 y no ha sido liquidado. Durante su ejecución las partes acordaron la adición de nuevos ítems de obra con sus respectivos precios unitarios. El acta No. 12 o acta final de obra suscrita por el contratista y la interventoría fue objetada por la entidad, al considerar que el valor de las obras adicionales reflejado en dicha acta no correspondía a los precios unitarios estipulados y que, además, incluye algunos ítems de obra nuevos que no fueron pactados en el mismo. El contratista alega el incumplimiento del contrato por no liquidarlo dentro del plazo pactado, no pagar el valor del acta de obra No. 12 y no pagar el monto de la retención en garantía equivalente al 10% de su valor. En forma subsidiaria pretende que se declare la responsabilidad contractual de la entidad y se condene al reconocimiento y pago de los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento.”

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE / OBLIGACIONES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / CARGA PROCESAL DE LAS PARTES DEL PROCESO / CARGA DE LA PRUEBA / REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA / PRUEBA DEL PERJUICIO MATERIAL / EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN / OBLIGACIÓN EXIGIBLE / OBLIGACIÓN PURA Y SIMPLE / EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN CONDICIONAL / DEUDOR / OBLIGACIÓN DEL DEUDOR / REQUERIMIENTO DEL DEUDOR / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA / OBLIGACIONES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE

Problema jurídico 1: ¿Para que el retardo del deudor permita al acreedor tener derecho a la indemnización de perjuicios, debe demostrar que el incumplimiento le causó un perjuicio y que el deudor está constituido en mora?

Tesis 1: “En el marco de la responsabilidad por incumplimiento la prosperidad de las pretensiones supone encontrar demostrado en el proceso, además de la existencia y validez del contrato, que la obligación derivada del negocio jurídico celebrado fue incumplida o se cumplió de manera defectuosa o tardía, que

dicho incumplimiento es imputable al deudor y que el acreedor sufrió un perjuicio a consecuencia de mismo, a propósito de lo cual conviene recordar, además, que en principio es carga del actor demostrar todos los elementos de la responsabilidad y, dentro de ellos, el incumplimiento de la obligación y el perjuicio. Respecto a la oportunidad en el cumplimiento de las obligaciones, se debe tener en cuenta que el deudor debe cumplir su obligación cuando la misma es exigible, circunstancia que se presenta: (i) cuando es pura y simple, desde su nacimiento; (ii) si es a plazo, al vencimiento del mismo y (iii) si es condicional, al cumplirse la condición. Ahora bien, si una vez la obligación es exigible y la misma no es satisfecha por el deudor, se produce el retardo que puede tener lugar por la inejecución de la obligación principal o por su ejecución defectuosa o tardía, pero para que tal retardo permita al acreedor tener derecho a la indemnización de perjuicios, es necesario además: (i) que el incumplimiento sea imputable al deudor; (ii) que el acreedor haya sufrido perjuicio a consecuencia de tal incumplimiento y (iii) que si la obligación es positiva, el deudor esté constituido en mora.”

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / OBJETO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA / CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL POR MUTUO ACUERDO / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR MUTUO ACUERDO / CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTROVERSIAS DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETIVO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / APLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN

Problema jurídico 2: *¿La liquidación del contrato es obligatoria para los que contemplan obligaciones de tracto sucesivo?*

Tesis 2: “La jurisprudencia de esta Corporación de modo uniforme y reiterado ha sostenido que la liquidación del contrato corresponde a una etapa posterior a su terminación, que tiene por finalidad conocer en qué estado quedó la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes, establecer el resultado final del contrato y determinar el balance económico de la relación contractual, definiendo quién le debe a quién y cuánto. Por su parte, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la obligación de liquidar los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y aquellos que lo requieran, y dispone que las partes deben, en principio, efectuar dicha liquidación de mutuo acuerdo, conviniendo a dicho efecto “(...) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar”, debiendo constar en el acta de liquidación “(...) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”. (...) la liquidación es una obligación a cargo de las partes que emana de la ley, sin perjuicio, claro está, que en otro tipo de negocios jurídicos los contratantes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, acuerden la liquidación del contrato con el fin de establecer las acreencias o saldos pendientes y determinar el resultado final de sus derechos y obligaciones.”

LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / MOTIVACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / CONCEPTO DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / REQUISITOS DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / PROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / ACTO ADMINISTRATIVO MOTIVADO / FACULTAD DE EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS / CONTRATANTE / DERECHO A LA LIBRE DISPOSICIÓN DE LAS PARTES CONTRATANTES / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CONTENIDO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CLÁUSULAS DEL CONTRATO / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / INTENCIÓN DE LAS

PARTES DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / APLICACIÓN DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

Problema jurídico 3: *¿La falta de liquidación unilateral del contrato por parte de la Administración configura un incumplimiento contractual a partir del cual pueda atribuirse responsabilidad a la entidad contratante?*

Tesis 3: “También reprocha la parte actora la falta de liquidación unilateral del contrato. Sobre este particular, debe comenzar por recordarse que, (...) aquella consiste en una decisión unilateral que adopta la entidad contratante mediante acto administrativo debidamente motivado, proferido en virtud de la facultad que la ley le otorga cuando el contratista no se presenta a la liquidación, imposibilitando de este modo la realización de una liquidación conjunta, o cuando las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, situación que igualmente impide la adopción de consuno del respectivo cruce final de cuentas. Debe destacarse que es la ley la que contempla la posibilidad de que la entidad estatal liquide unilateralmente el contrato, atribuyendo a la administración la competencia para adoptar mediante acto administrativo la liquidación del contrato. En otras palabras, se trata de una potestad radicada en cabeza de la entidad estatal para adoptar una decisión unilateral vinculante, de donde emerge con toda claridad que la falta de ejercicio de dicha facultad no comporta incumplimiento contractual a partir del cual pudiera atribuirse responsabilidad a la entidad contratante. (...) Al respecto, dejando de lado el análisis de la facultad excepcional atribuida por la ley para liquidar unilateralmente el contrato de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, si se analiza la situación planteada por el recurrente de cara al clausulado contractual, para la Sala resulta claro que las partes no estipularon como obligación a cargo del Distrito Capital la de liquidar unilateralmente (...). Para la Sala, la intención de las partes (artículo 1618 CC), (...) permite concluir que la SED y el Consorcio, en términos muy similares a lo que sobre el particular dispone el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, consignaron un término inicial de 4 y 2 meses para la liquidación bilateral y unilateral del Contrato, contemplando igualmente que dentro de los dos años siguientes a dicho periodo la misma también “podría” efectuarse de mutuo acuerdo o unilateralmente, expresión que claramente denota la existencia de una mera posibilidad o facultad, que por demás no solamente se contempló por el periodo inicial de 4 y 2 meses sino por un lapso de 2 años adicionales y que, como tal, podía ser ejercida o no por la Administración (...) En este sentido, debe recordarse que, de conformidad con el artículo 1.622 del Código Civil, las cláusulas del contrato pueden interpretarse “... por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”. Esta regla de hermenéutica es la denominada “interpretación auténtica”, pues proviene de los propios contratantes, de manera tal que de su comportamiento se deduce su voluntad real y su mutuo entendimiento acerca del contenido y alcance de sus estipulaciones. En conclusión, como la SED no incurrió en el incumplimiento alegado por la actora no es procedente el cobro de los perjuicios reclamados por este concepto.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los contratos que requieren liquidación ver sentencia del 20 de noviembre de 2008, Exp. 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sobre el plazo para liquidar el contrato, ver sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp.15239, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia de 3 de octubre de 2012, Exp. 23400, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En cuanto al deber de liquidar el contrato, ver sentencia de 16 de agosto de 2001, Exp. 14384, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sobre las obras adicionales, cita sentencia del 15 de julio de 2020, Exp. 28794, C.P. Guillermo Sánchez Luque, y sentencia del 31 de agosto de 2011, Exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sobre las facultades del interventor ver sentencia del 15 de julio de 2020, Exp. 28794, C.P. Guillermo Sánchez Luque y sentencia del 1 de junio de 2020, Exp. 47101, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Sobre las modificaciones al contrato por acuerdo entre las partes ver sentencia del 18 de febrero de 2010, Exp. 15596, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 2 de marzo de 2022; C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 \(64165\)](#)

6
SECCIÓN
CUARTA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. El recibo de aportes en dinero, con ocasión de la capitalización por emisión de acciones de una sociedad, no configura el hecho generador del impuesto sobre la renta.

Síntesis del caso: *Mediante los actos administrativos acusados, la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta que la sociedad demandante presentó por el año gravable 2013, en el sentido de adicionar ingresos brutos no operacionales por \$1.000.000.000, fijar el saldo a pagar e imponer sanciones. Lo anterior, bajo la consideración de que los aportes en dinero que la contribuyente recibió representaron un incremento del capital que se vio reflejado en el aumento de su patrimonio y del activo, el cual calificó como ingreso gravado con el impuesto sobre la renta al no cumplir con el requisito previsto en el numeral 5 del artículo 319 del Estatuto Tributario para entenderlo como no gravado, pues no se proporcionó el documento contentivo del acto jurídico del aporte en el que «el aportante y la sociedad receptora declararán expresamente sujetarse a las disposiciones» de dicha norma. La Sala concluyó que el recibo de aportes en dinero por la capitalización de la sociedad no configura el hecho generador del impuesto sobre la renta, pues, la operación que efectuó la contribuyente se enmarcó en el supuesto de desgravación del numeral 1 del artículo 319 del Estatuto Tributario, en la medida en que los aportes en efectivo que recibió se relacionan con la emisión de nuevas acciones, evento frente al cual no opera el requerimiento del numeral 5 ib., razón por la cual no se debía acreditar su cumplimiento.*

APORTES A SOCIEDADES NACIONALES NO GRAVADOS CON EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Condiciones / APORTES SOCIALES EN ESPECIE - Tratamiento tributario en el impuesto sobre la renta / DESGRAVACIÓN DE APORTES SOCIALES - Finalidad / DESGRAVACIÓN DE APORTES SOCIALES EN ESPECIE – Requisitos / DESGRAVACIÓN DE APORTES SOCIALES EN ESPECIE – Alcance del requisito del numeral 5 del artículo 319 del Estatuto Tributario. Aplicación respecto de los aportes sociales en especie / CAPITALIZACIÓN POR EMISIÓN DE ACCIONES - Requisitos / RECIBO DE APORTES EN DINERO POR CAPITALIZACIÓN POR EMISIÓN DE ACCIONES – Inaplicabilidad del requisito del numeral 5 del artículo 319 del Estatuto Tributario

Problema jurídico: *¿Cuál es la aplicabilidad de los artículos 319 y 319-1 del Estatuto Tributario respecto de la desgravación de aportes sociales en efectivo?*

Tesis: *“El artículo 319 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 98 de la Ley 1607 de 2012 dispuso que «El aporte en dinero o en especie a sociedades nacionales no generará ingreso gravado para estas, ni el aporte será considerado enajenación, ni dará lugar a ingreso gravado o pérdida deducible para el aportante», siempre que se cumplan las siguientes condiciones: (...) 5. En el documento que contenga el acto jurídico del aporte, el aportante y la sociedad receptora declararán expresamente sujetarse a las disposiciones del presente artículo y la Administración Tributaria podrá solicitar de cada uno de ellos el cumplimiento de las condiciones aquí establecidas según le apliquen». Ante el incumplimiento de esta última condición, el artículo 319-1 Ib. precisó que «el aporte será considerado como una enajenación sometida al impuesto sobre la renta y complementarios, de acuerdo con las reglas generales de enajenación de activos. En este caso y para todos los efectos tributarios, el monto del ingreso gravado integrará el costo fiscal de los activos aportados». Se advierte que el requerimiento a que alude el numeral 5 del artículo 319 del Estatuto Tributario opera frente a los aportes en especie establecidos en los numerales 2, 3 y 4 de la citada disposición, como pasa a explicarse. Conforme con los antecedentes legislativos, la desgravación tiene por objeto «promover la formalización y la creación de empresas», al eliminar la barrera creada por el impuesto sobre la renta a las «contribuciones» a las sociedades pues, «mientras se graven dichas transferencias de activos, los propietarios de activos productivos preferirán mantener su negocio a título personal en vez de constituir una sociedad». (...) Si bien de los motivos que llevaron a la expedición del artículo 319 del Estatuto Tributario se evidencia que por regla general el legislador buscó desgravar los aportes en especie y en efectivo para «promover la formalización y la creación de empresas», es del caso hacer las siguientes precisiones sobre la naturaleza y destinación del aporte. La primera de ellas tiene que ver con las «condiciones» establecidas en dicho artículo, pues en ellas se distinguen diferentes situaciones que, al interpretarlas teleológicamente con los fines del legislador, permiten establecer su aplicabilidad a la realidad fiscal de los contribuyentes. En el caso del numeral primero, más que una condición, la disposición establece un imperativo de desgravación, según el cual «La sociedad receptora del aporte no*

realizará ingreso o pérdida como consecuencia del aporte, cuando a cambio del mismo se produzca emisión de acciones o cuotas sociales nuevas». Así mismo, dispuso que en la colocación de acciones o cuotas propias readquiridas, el ingreso de la sociedad que recibe el aporte se determina en los términos de las normas que regulan la enajenación de activos. No ocurre lo mismo en los numerales 2, 3 y 4, que en estricto sentido consagran requisitos para acceder a la prerrogativa fiscal de que los aportes no generen ingreso gravado para las sociedades receptoras del mismo. En ese sentido, se advierte que los numerales 2, 3 y 4 hacen alusión a aportes en especie, mas no en efectivo, cuyos requerimientos se enmarcan en el supuesto del legislador, de que «el intercambio de un bien por acciones o cuotas de una sociedad no implica que el bien haya abandonado el patrimonio de su dueño original», y que el ingreso gravado para la sociedad receptora del aporte en especie, se genera «a la enajenación de los activos aportados, momento en el cual debe gravársele de acuerdo con las disposiciones generales aplicables en materia de enajenación de activos», con lo cual se preserva «el impuesto a pagar, mediante la conservación del costo fiscal que tenían los bienes en cabeza del aportante antes al momento del aporte». Así, el requerimiento del numeral 5 del artículo 319 del Estatuto Tributario no puede ser ajeno a la voluntad del legislador ni al contenido material de la norma, por lo cual debe entenderse que su aplicabilidad reside frente a los aportes en especie establecidos en los numerales 2, 3 y 4 de la citada disposición. Si bien los anteriores requerimientos y las situaciones descritas por el legislador no aluden a aportes en efectivo, los mismos no escapan al espíritu de la norma, cuyo fin consiste en «promover la formalización y la creación de empresas», al eliminar la barrera creada por el impuesto sobre la renta a las contribuciones a las sociedades, aunque sin la exigencia del citado numeral 5. En relación con la operación de capitalización por emisión de acciones de la sociedad demandante, en el expediente está demostrado lo siguiente: En Acta 17 de Asamblea General Extraordinaria del 29 de abril de 2013 se aprobó el proyecto de reforma de estatutos de Global Corp Services S. A. para incrementar su capital social mediante emisión de acciones en la suma de \$1.000.000.000, con lo cual se emitieron 10.000 acciones a un valor nominal de \$100.000 cada una, siendo adquiridas por la sociedad PARTIME S. A., con el pasivo externo de aquella (Global). Al efecto la actora, en el comprobante de contabilidad 13090104 del 30 de septiembre de 2013, soportó la operación de venta de acciones a PARTIME S. A., y el pago de pasivos (...) Sobre el movimiento débito obra el balance de prueba a 31 de diciembre de 2013, donde consta que la actora registró en la subcuenta 220050501 un pasivo contabilizado de \$794.991.578, y el libro auxiliar de la cuenta 25050103 del 1.º de septiembre al 30 de septiembre de 2013, que evidencia otro pasivo por concepto de salarios de \$279.213.579, de los cuales el 30 de septiembre se realizó un abono de \$205.008.422. Así mismo, en certificación de revisor fiscal del 24 de noviembre de 2014, se indicó que «...de los registros anteriormente referenciados se concluye que la emisión de nuevas acciones efectuada por GLOBAL CORP SERVICES S. A. y la posterior adquisición de las mismas por parte de PARTIME S. A., generó una cuenta por cobrar de la primera a la segunda, no obstante, como GLOBAL CORP SERVICES S. A. poseía a su vez una cuenta por pagar por un monto equivalente, esto es \$1.000.000.000.00, la obligación se extinguió por la vía de la compensación. En este orden de ideas, al no corresponder la capitalización a un aporte en especie, se encuentran satisfechas las exigencias contenidas en el artículo 319 del Estatuto Tributario». Sobre la anterior operación, la liquidación de revisión indicó que los aportes en dinero representaron un incremento del capital que se vio reflejado en el aumento del patrimonio y del activo de la contribuyente, que «es calificado como ingreso que genera renta», sobre el cual no se cumplió el requisito establecido en el numeral 5 del artículo 319 del Estatuto Tributario para que se entienda no gravado, pues es un hecho no discutido por las partes que no se proporcionó el documento que contenga el acto jurídico del aporte, donde «el aportante y la sociedad receptora declararán expresamente sujetarse a las disposiciones» de dicha norma. De las anteriores circunstancias se considera que la operación realizada por la contribuyente se enmarca en el supuesto de desgravación del numeral 1 del artículo 319 del Estatuto Tributario, en la medida en que los aportes en efectivo recibidos por la sociedad se relacionan con la emisión de nuevas acciones, sin que opere el requerimiento establecido por el numeral 5 ib. Así las cosas, la contribuyente no debía acreditar el cumplimiento del requisito contenido en el numeral 5 del artículo 319 del Estatuto Tributario.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de marzo de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 25000-23-37-000-2016-00050-01 \(24530\).](#)

2. El término para solicitar la devolución de pagos en exceso o de lo no debido no puede ser reducido por las entidades territoriales, en virtud de su autonomía fiscal, dado que, para el efecto, opera el reenvío a las normas nacionales que para ello prevén el plazo de

prescripción de la acción ejecutiva del artículo 2536 del Código Civil.

Síntesis del caso: Se anularon el numeral 3 del artículo 160 y el artículo 559 de la Ordenanza 077 de 2014, Estatuto Tributario del departamento de Santander, en cuanto establecían un término de seis meses para solicitar la devolución de los pagos en exceso y de lo no debido del impuesto de registro (art. 160 num. 3), así como para la devolución o compensación de saldos a favor, pagos en exceso y pagos de lo no debido del impuesto de vehículos (art. 559). La Sala concluyó que dicho término es ilegal, por ser contrario al de cinco años que las normas nacionales superiores establecen para ese tipo de solicitudes, disposiciones que son las aplicables en el orden territorial, puesto que en ese ámbito opera el procedimiento tributario nacional, en virtud del reenvío expreso que el artículo 59 de la Ley 788 de 2002 hace al Estatuto Tributario Nacional.

AUTONOMÍA IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Finalidad y alcance / PRINCIPIO DE UNIDAD NACIONAL - Alcance / AUTONOMÍA IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES Y PRINCIPIO DE UNIDAD NACIONAL - Interrelación / AUTONOMÍA IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Sujeción a la constitución y la ley / REGLAS DEL PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO TERRITORIAL - Alcance y límites de la potestad de autogestión de las entidades territoriales / PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO TERRITORIAL - Remisión al Estatuto Tributario / UNIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO NACIONAL Y TERRITORIAL - Alcance del artículo 59 de la Ley 788 de 2002 / TÉRMINO PARA LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN DE PAGOS EN EXCESO O DE LO NO DEBIDO - Aplicación del término de prescripción de la acción ejecutiva del artículo 2536 del Código Civil / TÉRMINO DE 6 MESES PARA LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN DE PAGOS EN EXCESO O DE LO NO DEBIDO - Ilegalidad

Problema jurídico: ¿El principio de autonomía territorial facultaba a la asamblea departamental de Santander para establecer un término de seis meses para solicitar la devolución de los pagos en exceso y de lo no debido del impuesto de registro, así como la devolución o compensación de saldos a favor, pagos en exceso y pagos de lo no debido del impuesto de vehículos, de cara al artículo 59 de la Ley 788 de 2002?

Tesis: “[S]e observa que la autonomía territorial es un principio avistado desde el artículo 1 de la CP, cuyo texto pone de relieve que las distintas entidades territoriales (*departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas, así como regiones y provincias constituidas en términos de la constitución y la ley – art. 286 ibídem*) participan en la consolidación de la unidad nacional, bajo el marco de organización impuesto por el modelo de centralización política y descentralización administrativa. Al tenor del artículo 287 del texto constitucional, esa autonomía se otorgó para que dichas entidades gestionaran sus propios intereses, a través del pleno ejercicio de los derechos a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponden, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales. (...) Sin embargo, la autonomía territorial como todos los demás principios, derechos e instituciones existentes dentro de los Estados de derecho debidamente constituidos, no operan de manera irrestricta sino condicionada al orden jurídico preestablecido por el mismo constituyente y por la Ley. En ese sentido, se ha precisado que el concepto de unidad del Estado colombiano no puede ser utilizado como pretexto para desconocer la capacidad de autogestión de las entidades territoriales, y a su turno, la autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida de manera omnímoda, hasta el punto de hacer nugatorias las competencias naturales de las instancias territoriales centrales. Desde esa perspectiva, la jurisprudencia ha precisado que la autonomía territorial no puede llegar al extremo del autogobierno absoluto, sino que, como en su momento lo puntualizó el máximo tribunal en lo constitucional, se reduce al poder de dirección política (*capacidad de elegir a los gobernantes locales*), administrativa (*facultad de manejar los asuntos territoriales, como la organización de los servicios públicos, la administración de los bienes y la solución de todos los problemas que surjan en desarrollo de las actividades*) y fiscal (*potestad para fijar tributos, participar en las rentas nacionales y administrar recursos*); y que la defensa del contenido esencial de la autonomía no puede hacerse sin consideración al de la unidad nacional, de modo que debe procurarse tanto la debida distribución y delimitación de las competencias de los niveles territoriales, como su armonía y compatibilidad con las normas nacionales. En estricto sentido, las reglas del procedimiento tributario territorial no corresponden a los conceptos que el artículo 287 del texto constitucional estableció como derechos representativos de los intereses autogestionables que expresan autonomía política, administrativa y fiscal, y desde esa perspectiva conceptual, las del orden nacional tienen perfecta cabida

en el orden territorial, pues no corresponden al establecimiento de tributos necesarios para el cumplimiento de las funciones de las entidades territoriales ni a la participación en rentas nacionales. Refiriéndose a esa remisión legislativa, en la sentencia C-232 de 1998 se admitió expresamente que el legislador debía fijar las reglas fundamentales a las que se sujetaban las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales cuando establecían tributos, de modo que a aquel le competía señalar las actividades y materias que podían gravarse, *así como los procedimientos de orden fiscal y tributario*, sin que ello implique desconocer o cercenar la autonomía que constitucionalmente se le confiere a las entidades territoriales. En ese contexto opera el artículo 59 de la Ley 788 de 2002, que ordenó a los departamentos y municipios aplicar *“los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados.”* Y, así mismo, aplicar el procedimiento administrativo de cobro a las multas, derechos y demás recursos territoriales, previendo que el monto de las sanciones y el término de la aplicación de los procedimientos anteriores podía disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de sus tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de estas respecto del monto de los impuestos. La norma anterior fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1114 de 2003, en el entendido de que la remisión a las normas nacionales *«es una interferencia razonable del legislador, orientada a promover procedimientos tributarios equitativos para los administrados y eficaces para la administración y adecuables a las connotaciones propias de la materia tributaria a cargo de las entidades territoriales»*. Asimismo, esta Sección ha precisado que las facultades otorgadas para disminuir el monto de las sanciones y simplificar el término de aplicación de los procedimientos, aplicables de acuerdo con la naturaleza de los tributos y su proporcionalidad con el monto de los impuestos, no pueden ejercerse para llenar vacíos legislativos ni conllevan una limitación injustificada de la autonomía de las entidades territoriales, precisamente porque el propio constituyente les ordenó ejercer sus competencias conforme a la Constitución y a la ley; y, en términos generales, que el legislador puede trazar pautas, orientaciones y regulaciones o limitaciones generales para el ejercicio de la potestad impositiva territorial por no ser absoluta, siempre que no se inmiscuya en materias de competencia exclusiva de las entidades territoriales, y que las entidades territoriales debían ajustar los acuerdos u ordenanzas a las previsiones del Título V del Estatuto Tributario Nacional, para así lograr la unificación de los mismos. Ahora bien, para ese ámbito nacional, los artículos 11 y 16 del Decreto 2277 de 2012, compilados en el artículo 1.6.1.21.22 del Decreto 1625 de 2016, disponen que las solicitudes devolución y/o compensación por pagos en exceso y de lo no debido, deben presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil, es decir, cinco años; igualmente predicable para las solicitudes presentadas en vigencia del Decreto 1000 de 1997, por cuenta de la línea jurisprudencial sobre la materia. Acorde con lo anterior y toda vez que el demandado se encontraba obligado a atender las disposiciones anteriormente referidas, por razón de la máxima legal que ordena aplicar el procedimiento tributario nacional en el ámbito territorial, la Sala concluye que el término de seis meses previsto en los apartes de las normas departamentales acusadas deviene ilegal, por oponerse al de cinco años previsto en las normas nacionales superiores en las que aquellas debieron fundarse, como lo destaca la sentencia del 13 de mayo de 2021, al señalar que *«el artículo 59 de la Ley 788 de 2002, constituye una norma expresa de reenvío al Estatuto Tributario Nacional, respecto de los procedimientos establecidos por esa normativa, incluido el procedimiento de devolución (...). De ahí que la aplicación del término prescriptivo de cinco años del artículo 2536 del CC, dispuesta en el artículo 11 del Decreto 2277 de 2012 -reglamentario del procedimiento de devoluciones y compensaciones del ET- y actualmente compilado en el artículo 1.6.1.21.22 del Decreto 1625 de 2016 para casos de pagos en exceso o de lo no debido, esté justificada, habida cuenta de que es el plazo prescriptivo para ese tipo de solicitudes por disposición legal»*.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de septiembre de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2018-00785-01 \(26315\).](#)

3. Por contrariar el artículo 36-3 del Estatuto Tributario, se anulan el numeral 2.7 del Oficio 001171 del 16 de enero de 2019 y los numerales 10 a 12 del Oficio 014495 del 06 de junio de 2019, proferidos por la DIAN.

Síntesis del caso: Al estudiar la legalidad del numeral 2.7 del Oficio 001171 del 16 de enero de 2019, así como de los numerales 10 a 12 del Oficio 014495 del 06 de junio de 2019, proferidos por la DIAN, la Sala los anuló, porque consideró que, al disponer que la tarifa de los artículos 242, 242-1 y 245 del ET, es aplicable a todas las capitalizaciones de utilidades y a todos los

dividendos, incluidos los distribuidos en acciones o cuotas de interés, se desconoció lo dispuesto en el artículo 36-3 del ET, que prevé que este tipo de ingresos no son constitutivos de renta ni de ganancia ocasional.

REPARTO DE UTILIDADES EN ACCIONES / TRASLADO A LA CUENTA DE CAPITAL / INGRESOS QUE NO CONSTITUYEN RENTA NI GANANCIA OCASIONAL - Capitalizaciones no gravadas para los socios o accionistas. Alcance del artículo 36-3 del Estatuto Tributario. Regulación general y especial / DIVIDENDOS / APLICACIÓN DE LA TARIFA ESPECIAL PARA DIVIDENDOS / TARIFAS DE LOS ARTÍCULOS 242, 242-1 Y 245 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO – Ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional a los que se aplican / INGRESOS NO CONSTITUTIVOS DE RENTA NI GANANCIA OCASIONAL POR DIVIDENDOS Y PARTICIPACIONES PAGADOS O ABONADOS EN CUENTA DE PERSONAS NATURALES PROVENIENTES DE DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES GRAVADAS – Tratamiento tributario / CAPITALIZACIONES NO GRAVADAS PARA LOS SOCIOS O ACCIONISTAS - Finalidad del artículo 36-3 del Estatuto Tributario / APLICACIÓN DE LAS TARIFAS DE LOS ARTÍCULOS 242, 242-1 Y 245 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO SOBRE INGRESOS NO CONSTITUTIVOS DE RENTA NI GANANCIA OCASIONAL POR DIVIDENDOS DISTRIBUIDOS EN ACCIONES Y CAPITALIZACIÓN DE UTILIDADES - Ilegalidad del numeral 2.7 del Oficio DIAN 001171 de 2019 y de los numerales 10 a 12 del Oficio DIAN 014495 de 2019. Violación del artículo 36-3 del Estatuto Tributario

Problema jurídico: *¿El numeral 2.7 del Oficio 001171 del 16 de enero de 2019 y los numerales 10 a 12 del Oficio 014495 del 06 de junio de 2019, proferidos por la DIAN, desconocen el artículo 36-3 del Estatuto Tributario, al determinar que las tarifas establecidas en los artículos 242, 242-1 y 245 del mismo estatuto son aplicables a todos los dividendos, aunque sean distribuidos en acciones y a todas las capitalizaciones de utilidades?*

Tesis: “El artículo 36-3 del E.T tiene las siguientes regulaciones: i) La regulación contenida en la primera parte (...) establece que las sociedades pueden capitalizar, la totalidad de la cuenta de revalorización del patrimonio, mediante su distribución en acciones o cuotas de interés social, o su traslado a la cuenta de capital. Dicha distribución o capitalización, es un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional. Es de anotar que lo previsto en la norma en mención solo es aplicable respecto de la capitalización de las utilidades provenientes de la revalorización del patrimonio. ii) La segunda parte del artículo prevé la otra regulación que se refiere a la distribución de utilidades mediante dividendos en acciones o capitalización de las utilidades, por sociedades cuyas acciones están inscritas en bolsa. Respecto de éstas últimas, la norma dispone que: *“tampoco constituye renta ni ganancia ocasional la distribución en acciones o la capitalización de las utilidades que excedan de la parte que no constituye renta ni ganancia ocasional de acuerdo con los artículos 48 y 49 del E.T.”*. Por su parte, las tarifas establecidas en los artículos 242, 242-1 y 245 del Estatuto Tributario son aplicables a los ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional por concepto de dividendos y participaciones pagados o abonados en cuentas de personas naturales, provenientes de distribución de utilidades gravadas, que excedan el resultado obtenido de la aplicación del procedimiento establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 49 del ET. Estas tarifas son entonces aplicables a los dividendos y participaciones pagados o abonados en cuenta, *“provenientes de distribución de utilidades que hubieren sido consideradas como ingreso no constitutivo de renta o ganancia ocasional, conforme a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 49 de este Estatuto”*. La redacción de los artículos 242, 242-1 y 245 del E.T. deja en evidencia la intención del legislador de gravar, específicamente, los dividendos y participaciones que provienen de utilidades que pagaron impuestos en cabeza de la sociedad nacional que los distribuye, los cuales antes de la Ley 1819 de 2016, no estaban sujetos al impuesto sobre la renta, pues se entendía que gravarlos en cabeza de los socios implicaba una doble tributación. La Sala advierte que en el Oficio No. 001171 del 16 de enero de 2019, la DIAN señaló que el artículo 36-3 del Estatuto Tributario establece que la distribución de utilidades en acciones es un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional para los socios que los reciben. Luego agregó que, de acuerdo con la definición del artículo 30 ibidem, esta operación debe considerarse un dividendo o una participación de utilidades en especie. Esto es relevante porque los artículos 242, 242-1 y 245 del Estatuto Tributario establecen tarifas especiales para los dividendos o las participaciones que se consideran ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional de acuerdo con el artículo 49 del mismo estatuto. Todo lo anterior para concluir, en la expresión acusada, que *“este despacho entiende que la distribución de utilidades en acciones o cuotas de interés social son un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, aunque a dichas utilidades le es aplicable la tarifa de dividendos y participaciones establecidas en los artículos 242, 242-1 y 245 del ET”*. Un análisis idéntico al anterior fue realizado en el Oficio No. 014495 del 6 de junio de 2019, tras lo cual la DIAN concluyó que *“la distribución de utilidades en acciones o cuotas de interés social, reconocidas como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, les es aplicable la tarifa especial de dividendos y participaciones establecida en los artículos 242, 242-1 y 245 del E.T.”*. Para la Sala es claro que la DIAN, al

disponer en los oficios demandados que la tarifa de los artículos 242, 242-1 y 245 del ET, es aplicable a todos los dividendos, aunque sean distribuidos en acciones y a todas las capitalizaciones de utilidades, desconoció lo dispuesto en el artículo 36-3 del ET, que prevé que este tipo de ingresos no son constitutivos de renta ni ganancia ocasional. En esas condiciones, el beneficio establecido en el artículo 36-3 del Estatuto Tributario, es decir, el tratamiento como no constitutivo de renta o ganancia ocasional de los ingresos por la distribución de utilidades en acciones o cuotas de interés social no se vio afectado por la tarifa de dividendos establecida en los artículos 242, 242-1 y 245 del Estatuto Tributario, porque el legislador no pretendió gravar otros ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional, como los previstos en el artículo 36-3 del Estatuto Tributario. El beneficio establecido en el artículo 36-3 del Estatuto Tributario tiene una finalidad diferente de las razones que llevaron a tratar como no constitutivo de renta los dividendos que ya habían tributado en cabeza de la sociedad. Con el artículo 36-3 del Estatuto Tributario, el legislador pretendió fortalecer el patrimonio de las empresas, incentivando la capitalización de las utilidades. Con base en lo expuesto, está demostrado que los actos acusados violan las normas superiores al considerar que las utilidades no gravadas están sometidas a las tarifas especiales previstas en los artículos 242, 242-1 y 245 del ET, lo que no aplica respecto de los eventos regulados en el artículo 36-3 del mismo estatuto y a las utilidades generadas hasta el año 2016. En todo caso, la única distribución de utilidades en acciones que es no gravada es la de revalorización del patrimonio, pues el resto de las utilidades que sean distribuidas en acciones o capitalizadas si se encuentran sujetas a las reglas de los artículos 48 y 49 del ET y, por ende, a las tarifas especiales. Adicionalmente, la Sala debe precisar que las utilidades que se registran en bolsa, tanto la parte gravada como la que no está gravada, en los términos de los artículos 48 y 49 del Estatuto Tributario estarían comprendidas en la previsión del artículo 36-3 del ET, habida consideración de que esa fue la finalidad de la ley. Es decir, su desgravación total. En consecuencia, procede la declaratoria de nulidad del numeral 2.7 del Oficio 001171 del 16 de enero de 2019, así como de los numerales 10 a 12 del Oficio No. 014495 del 06 de junio de 2019, proferidos por la DIAN.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 14 de julio de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2019-00050-00 \(25031\).](#)

Salvamento de voto del Consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

APLICACIÓN DE LAS TARIFAS DE LOS ARTÍCULOS 242, 242-1 Y 245 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO SOBRE INGRESOS NO CONSTITUTIVOS DE RENTA NI GANANCIA OCASIONAL POR DIVIDENDOS DISTRIBUIDOS EN ACCIONES Y CAPITALIZACIÓN DE UTILIDADES – Legalidad condicionada del numeral 2.7 del Oficio DIAN 001171 de 2019 y de los numerales 10 a 12 del Oficio DIAN 014495 de 2019. Se debía declarar, en el entendido de señalar que, en todo caso, no están gravados los dividendos pagados mediante la entrega de acciones a los que se refiere el artículo 36-3 del Estatuto Tributario / CAPITALIZACIONES NO GRAVADAS PARA LOS SOCIOS O ACCIONISTAS - Finalidad y alcance del artículo 36-3 del Estatuto Tributario / MECANISMO DE ATENUACIÓN DE LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNA EN LA RELACIÓN SOCIEDAD SOCIO - Cambio de modelo con la Ley 1819 de 2016

Tesis: “Si bien comparto plenamente las consideraciones expuestas en la providencia, estimo que, a partir de las mismas, correspondía declarar la legalidad condicionada de los Oficios demandados, para reconocer la juridicidad de la interpretación que contienen, pero, bajo el entendido de que en todo caso no están sometidos al gravamen sobre los dividendos aquellos pagados en especie en las condiciones señaladas por el artículo 36-3 del ET. Las siguientes son las razones que fundamentan el sentido de mi voto: 1- El artículo 36-3 mencionado fue introducido al ordenamiento fiscal mediante el artículo 6.º de la Ley 49 de 1990, con la declarada finalidad de «fortalecer patrimonialmente a las empresas» incentivando «la capitalización de todos aquellos valores que hacen parte del patrimonio» de las sociedades comerciales, con el «desgravamen (sic) de la distribución que implican dichas capitalizaciones». Por ende, desde su redacción original, la norma eximió plenamente de tributación a los dividendos pagados en especie con la entrega de acciones, siempre que procedieran de utilidades por la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio, para lo cual los calificó como «ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional», régimen que también fue dispuesto para «la distribución en acciones o la capitalización» que hiciesen las sociedades cotizadas en la bolsa de valores, procedentes de la distribución «de las utilidades que excedan de la parte que no constituye renta ni ganancia ocasional de conformidad con los artículos 48 y 49». 2- Así, por razones de orden extrafiscal, los rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de sociedades señalados en el artículo 36-3 del ET quedaron exentos de tributación, aun en la porción que, en otras circunstancias, resultaría gravada tras la aplicación del mecanismo, contemplado en los artículos 48 y 49 *eiusdem*, para la mitigación de la doble tributación interna del binomio sociedad– socio. 3- Si bien a partir de la aprobación de la Ley 1819 de 2016 se cambió el mecanismo de atenuación

de la doble tributación interna en la relación sociedad–socio, pasando, de un modelo de desgravación plena de los dividendos percibidos procedentes de utilidades que hayan estado gravadas en el impuesto sobre la renta de la persona jurídica, a uno de tributación, pero con tarifa diferencial (actuales artículos 242, 242-1 y 245 del ET), es lo cierto que la adopción del último esquema no contempló derogar la exención en el impuesto sobre la renta prevista en el artículo 36-3 del ET para las capitalizaciones a las que nos hemos referido. 4- Es de lamentar, porque propicia confusiones conceptuales y en el lenguaje, que al implementar el cambio mencionado la legislación haya conservado la terminología desarrollada en los artículos 48 y 49 del ET, que al día de hoy lleva a afirmar que existen unos dividendos que «no constituyen renta ni ganancia ocasional» pero están gravados con el impuesto sobre la renta con las tarifas contempladas en los artículos 242, 242-1 y 245 *ejusdem*. Esa terminología de los artículos 48 y 49 del ET solo guardaba sentido en el régimen de desgravación de los dividendos distribuidos a los socios, procedentes de utilidades que hayan estado gravadas en el impuesto sobre la renta de la sociedad, que rigió hasta la modificación hecha por la Ley 1819 de 2016. 5- Con todo, teniendo en cuenta los datos jurídicos referidos, ocurre que lo preceptuado en el artículo 36-3 del ET se superpone al mecanismo de mitigación de la doble tributación interna entre sociedad y socio, pues así lo concibió originalmente el artículo 6.º de la Ley 49 de 1990, sin que el precepto haya sido derogado por la modificación introducida por la Ley 1819 de 2016, ni por las leyes de reforma tributaria posteriores a esta. 6- Es por estos motivos que comparto el criterio de decisión expuesto por la Sala, según el cual, en los dos supuestos previstos en el artículo 36-3 del ET no sería exigible el impuesto sobre la renta a los dividendos dispuesto por los artículos 242, 242-1 y 245 del ET, por cuanto el legislador previó la desgravación del reparto de dividendos en especie, mediante la entrega de acciones liberadas, que resultara de la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio y de las utilidades gravadas percibidas por las sociedades cuyas acciones cotizan en bolsa. Por consiguiente, la interpretación expuesta por la autoridad tributaria en los Oficios que se juzgaron sería nula, pero solamente en cuanto llevaría a entender que la imposición sobre los dividendos cobijaría aquellos a los que se refiere el artículo 36-3 del ET; mientras que estaría ajustada al ordenamiento en lo que respecta a las demás capitalizaciones que den lugar al pago de dividendos con la entrega de acciones liberadas, que sí estarían gravadas con el impuesto sobre la renta, conforme con las reglas generales previstas a esos efectos. 7- Corolario de lo dicho, estimo que el estudio efectuado por la Sala llevaba a declarar la legalidad de los Oficios demandados, condicionada al entendido de que, en todo caso, no están gravados los dividendos pagados mediante la entrega de acciones a los que se refiere el artículo 36-3 del ET. 8- En vista de la nulidad plena decidida mayoritariamente por la Sala, estimo pertinente advertir que esa declaración no implica que se juzgue que el pago de dividendos con la entrega de acciones liberadas en todos los casos se encuentra desgravada, porque, como precisó el fallo «la única distribución de utilidades en acciones que es no gravada es la de revalorización del patrimonio, pues el resto de las utilidades que sean distribuidas en acciones o capitalizadas si se encuentran sujetas a las reglas de los artículos 48 y 49 del ET y, por ende, a las tarifas especiales».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 14 de julio de 2022, S.V. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2019-00050-00 \(25031\).](#)

4. Las autenticaciones de firmas efectuadas por los notarios no configuran el hecho generador de la Estampilla Universidad de Cartagena siempre a la altura de los tiempos.

Síntesis del caso: El Tribunal Administrativo de Bolívar anuló el numeral 3 del artículo cuarto; el literal b) del artículo octavo y el artículo décimo sexto de la Ordenanza 26 de 2012, disposiciones en las que, en su orden, la Asamblea del mismo departamento gravó con la estampilla Universidad de Cartagena "siempre a la altura de los tiempos" las autenticaciones de firmas efectuadas por los notarios; fijó la tarifa para ese hecho generador y facultó al Gobernador para establecer las características de la referida estampilla. La Sala confirmó la sentencia apelada, en cuanto anuló el numeral 3 del artículo cuarto y el literal b) del artículo octavo, porque concluyó que la Asamblea excedió sus competencias, puesto que la autenticación de firmas por parte de los notarios no encuadra en el hecho imponible definido en forma general por las Leyes 334 de 1996 y 1495 de 2011, para que sea gravado con la estampilla. Ello, porque en el otorgamiento de dichas operaciones no interviene un funcionario público de ningún orden, ya que el notario es un particular que cumple una función pública. La Sala también mantuvo la decisión anulatoria del fallo de primera instancia respecto del artículo décimo sexto de la Ordenanza 26 de 2012, conforme con la cual, la facultad de establecer las

características de la estampilla no se podía delegar en el gobernador de Bolívar, por ser contrario al artículo 338 de la Constitución Política, dado que el legislador le confirió tal potestad expresamente a la Asamblea departamental. Al respecto señaló que dicha decisión no violó el debido proceso ni el principio de congruencia, a la vez que la apelación no se sustentó ni se desarrolló su argumento, por lo que no había lugar a abordar el estudio de legalidad de la referida norma.

ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA SIEMPRE A LA ALTURA DE LOS TIEMPOS - Hecho generador / HECHOS IMPONIBLES DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA SIEMPRE A LA ALTURA DE LOS TIEMPOS / ELEMENTOS DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA SIEMPRE A LA ALTURA DE LOS TIEMPOS – Facultad impositiva departamental / OBLIGACIÓN DE ADHERIR Y ANULAR LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA SIEMPRE A LA ALTURA DE LOS TIEMPOS - Competencia / NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL / FUNCIÓN NOTARIAL – Alcance / NOTARIO - Naturaleza jurídica. Son particulares que ejercen una función pública / INTERVENCIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO DEL ORDEN DEPARTAMENTAL Y DISTRITAL O MUNICIPAL, DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS O DEL ORDEN NACIONAL QUE FUNCIONEN EN EL DEPARTAMENTO EN ACTOS O INSTRUMENTOS GRAVADOS CON LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA SIEMPRE A LA ALTURA DE LOS TIEMPOS - Obligatoriedad. Reiteración de jurisprudencia / HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA SIEMPRE A LA ALTURA DE LOS TIEMPOS SOBRE AUTENTICACIONES DE FIRMAS EFECTUADAS POR LOS NOTARIOS - Ilegalidad parcial del numeral 3 del artículo cuarto y del literal b) del artículo octavo de la Ordenanza 026 de 2012 de la Asamblea de Bolívar. Exceso de las competencias concedidas por el legislador

Problema jurídico 1: *¿Procede la nulidad parcial de los artículos cuarto y octavo de la Ordenanza 26 de 2012, expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar, al incluir como hecho generador de la “Estampilla Universidad de Cartagena siempre a la altura de los tiempos” la autenticación de firmas por parte de los notarios y determinar la tarifa a pagar?*

Tesis 1: “[L]a Asamblea Departamental de Bolívar determinó los hechos gravados por la estampilla y completó los demás elementos no fijados expresamente por el legislador, con fundamento en la autorización que este le concedió. Entre las actividades y operaciones que se desarrollen, realicen o ejecuten en el departamento de Bolívar, que generan el pago de la estampilla, quedaron incluidas las “autenticaciones de firmas por parte de los Notarios” (art. 3, num. 3) con una tarifa del 10% sobre el valor de la autenticación (art. 8, lit b). Como se precisó, el Tribunal anuló el hecho generador y la tarifa de la estampilla por concepto de autenticaciones notariales porque los notarios son particulares que cumplen función pública y no funcionarios departamentales ni territoriales. Para los apelantes, los actos de los notarios son actos jurídicos y lo determinante es que se realicen, desarrollen o ejecuten en el departamento de Bolívar. Para resolver los puntos de divergencia expuestos en el recurso de apelación, la Sala advierte que es equivocado el entendimiento que los apelantes le dan a algunos de los fundamentos jurídicos de la sentencia de primer grado, puesto que el Tribunal no se encargó de demostrar si los actos de los notarios son o no jurídicos, sino si estos pueden clasificarse como del orden departamental y municipal dada la calidad de los notarios. Así, no se trata en este caso, como entienden las demandadas, de determinar si las autenticaciones efectuadas por los notarios, en virtud de la función de dar fe pública que se les ha conferido, son o no actos jurídicos, pues el Tribunal partió de la base de que sí lo son. Lo que corresponde precisar es si dada la calidad de particular que ejerce función pública, el notario realiza actos jurídicos del orden departamental o nacional, distrital, y municipal dentro del departamento y, en ese entendido, si es legal incluir como hecho generador del tributo la autenticación de firmas y fijar una tarifa por esas autenticaciones, lo que implica también que el notario tenga la obligación de adherir y anular la estampilla y de actuar como agente retenedor cada vez que autentica las firmas de un documento. Para la Sala, a diferencia de lo sostenido por las apelantes, sí es relevante que el funcionario que intervenga en la imposición de la estampilla sea un servidor público del orden departamental y distrital o municipal o de entidades descentralizadas o del orden nacional que funcionen en el departamento. Lo anterior, porque, como quedó precisado, en virtud de las leyes de autorización (L. 334/96 y L. 1495/11), el hecho imponible debe enmarcarse en los actos jurídicos del orden departamental y municipal con excepción de los contratos laborales y órdenes de servicios personales (art. 3 L. 1495/11) y en las obligaciones que se generen de los actos, contratos de obras y operaciones de los institutos descentralizados y entidades del orden nacional que funcionen en el departamento (art. 7, par. L 334/96), lo que implica que deban ser emitidos por funcionarios públicos del orden municipal, distrital, departamental y nacional, cuya intervención es necesaria, además para efectos de su retención y recaudo. No basta entonces con que los actos jurídicos tengan ocurrencia en el departamento de Bolívar, como lo estiman los apelantes. Los actos deben provenir de funcionarios públicos, pues, se insiste en que el artículo 3 de la Ley 1495 de 2011 es

claro al disponer como hecho gravable “los actos jurídicos del orden **departamental y municipal**” y el 7 párrafo de la Ley 334 de 1996 se refiere a las “obligaciones que se generen de los actos, contratos de obras y operaciones de los **institutos descentralizados y entidades del orden nacional que funcionen en el departamento**”. Además, a diferencia de lo que alegan los apelantes, es procedente el análisis sobre si el notario es funcionario público o no. Lo anterior, porque la parte demandante pidió la nulidad de las normas relacionadas con la autenticación de firmas como hecho generador de la estampilla y la tarifa correspondiente a dichos actos, precisamente, porque los notarios son particulares y no funcionarios públicos del orden municipal y departamental. Por tanto, dicho argumento debía ser analizado por el Tribunal, como en efecto lo hizo, en cumplimiento del artículo 281 del CGP, sobre congruencia de la sentencia. En consecuencia, como se indicó, es relevante determinar si las autenticaciones de firmas realizadas por los notarios, son actos jurídicos que provienen de funcionarios públicos. Pues bien, el artículo 131 de la Constitución Política dispone que la función notarial es un servicio público. En palabras de la Corte Constitucional, la función notarial consiste en ejercer la fe notarial, en concreto, dar autenticidad a las declaraciones que son rendidas ante el notario y a determinados documentos y dar fe de ciertos hechos con plenos efectos legales. Entonces, el notario es un depositario de la fe pública (función fedante), la cual lleva inmerso el interés general, por lo que solo le puede ser otorgada por el Estado, en virtud de la descentralización por colaboración, **teniendo en cuenta que es un particular**. En varios pronunciamientos, entre ellos, las sentencias C-1508 de 2000, C-1212 de 2001, C-863 de 2012 y C-029 de 2019, la Corte Constitucional ha considerado que la función notarial es un servicio público, **a cargo de particulares**, que actúan en desarrollo de la figura de la descentralización por colaboración. Que esta función apareja, además, el ejercicio de una función pública, en tanto son depositarios de la fe pública y que para estos efectos se encuentran investidos de autoridad, **sin que por ello adquieran el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico**. Así que los notarios son **particulares que ejercen una función pública**. No tienen la calidad de servidores públicos ni vinculación legal con una entidad pública del orden nacional, departamental, distrital o municipal. Es decir que la actividad notarial es ajena a la de los entes administrativos territoriales. En el caso concreto, en virtud de lo dispuesto en los artículos cuarto y octavo parcial de la Ordenanza 26 de 2012, se causa la estampilla por la autenticación de firmas ante notario y se debe pagar la tarifa correspondiente, **a pesar de que el notario no es funcionario público de ningún orden**. Además, sin tener la calidad de funcionario público, pues es particular que cumple función pública, el notario debe adherir y anular la estampilla y actuar como agente retenedor del tributo. Por último, la mención que hace el fallo apelado sobre el proyecto de ley que culminó con la Ley 1495 de 2011 sí tiene relación con el asunto debatido, pues pone en evidencia que la voluntad del legislador, al modificar la estampilla Universidad de Cartagena siempre a la altura de los tiempos autorizada en la Ley 334 de 1996, no fue gravar con este tributo los actos notariales. Esto, porque, aunque el proyecto inicial incluía como hecho generador “todos los actos que se efectúen en las Notarías que funcionen en el Departamento de Bolívar”, la Ley 1495 no incluyó estos actos como gravados con el tributo. En consecuencia, la Asamblea Departamental de Bolívar excedió las competencias concedidas por el legislador, como lo consideró el Tribunal, puesto que la autenticación de firmas por parte de los notarios no encuadra en el hecho imponible definido en forma general por las Leyes 334 de 1996 y 1495 de 2011, para que sea gravado con la estampilla Universidad de Cartagena siempre a la altura de los tiempos. Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia apelada en cuanto anuló las autenticaciones notariales como hecho generador de la estampilla en mención y la tarifa correspondiente a tales actos”.

ILEGALIDAD DE LA FACULTAD AL GOBERNADOR PARA ESTABLECER LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA SIEMPRE A LA ALTURA DE LOS TIEMPOS – Ausencia de violación del debido proceso y del principio de congruencia de la sentencia / ALCANCE Y FINALIDAD DE LA FIJACIÓN DEL LITIGIO / CONTENIDO DE LA SENTENCIA / FALTA DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Problema jurídico 2: *¿Procede decidir en segunda instancia sobre la nulidad del artículo décimo sexto de la Ordenanza 26 de 2012, que declaró el Tribunal?*

Tesis 2: “El Tribunal anuló el artículo décimo sexto de la Ordenanza 26 de 2012 porque la facultad de establecer las características de la estampilla no podía delegarse al gobernador de Bolívar. Sostuvo que tal delegación contradice el artículo 338 de la Constitución Política, puesto que la potestad de establecer las características de la estampilla fue conferida expresamente por el legislador a la Asamblea Departamental de Bolívar. La Universidad de Cartagena dice que se violó el principio de congruencia porque la declaratoria de nulidad del artículo décimo sexto de la Ordenanza 26 de 2012 no se incluyó en la fijación del litigio que hizo el Tribunal. Y que la norma respeta la autonomía de las entidades territoriales. Pues bien, en las pretensiones de la demanda se observa que los demandantes pidieron la nulidad del artículo décimo sexto de la Ordenanza 26 de 2012. Por su parte, en el trámite de primera instancia, al continuar con la audiencia inicial, el 18 de julio de 2019, el Tribunal Administrativo de Bolívar planteó los

problemas jurídicos que debían resolverse en la sentencia, así: (...) *Con ocasión de los anteriores problemas jurídicos el Tribunal deberá determinar si la Asamblea Departamental de Bolívar vulneró el principio de legalidad del tributo, en especial si desbordó o no las potestades que le otorgó el legislador en la ley 334 de 1996, modificada por la Ley 1495 de 2011 y si los actos de los notarios son o no, actos jurídicos del orden departamental o municipal, susceptibles de general la aludida estampilla. [...] Determinar si hay lugar a declarar la nulidad del artículo décimo sexto de la Ordenanza 26 de 2012.*" (Subraya la Sala) La anterior fijación del litigio quedó debidamente notificada a las partes por estrados, sin que se interpusiera recurso alguno. (...) Entonces, además de que en la fijación del litigio se precisó que debía estudiarse si era nulo el artículo décimo sexto de la ordenanza demandada, la sentencia debía pronunciarse sobre ese punto, como en efecto lo hizo, pues la parte actora pidió la nulidad de dicha norma. Valga precisar en este punto que la sentencia atacada cumple con lo exigido en el artículo 187 del CPACA, puesto que incluyó un resumen de la demanda y de su contestación y se motivó con razonamientos constitucionales, legales y jurisprudencias que apoyan las conclusiones que condujeron a la nulidad de las normas acusadas. En relación con el principio de congruencia, el artículo 281 del CGP dispone que la sentencia debe guardar consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda. Como se precisó, el fallo de primer grado resolvió todos los cargos de anulación en debida forma, teniendo en cuenta tanto los argumentos de la demanda como los de las demandadas sin que se advierta transgresión alguna al debido proceso de las partes y menos del principio de congruencia. Finalmente, en el recurso de apelación la Universidad de Cartagena se limitó a decir que el artículo décimo sexto de la ordenanza demandada respeta la autonomía territorial. No obstante, no fundamentó su argumento ni se opuso a la sentencia apelada en cuanto concluyó que es nula la delegación de la asamblea departamental en el gobernador para fijar las características de la estampilla. Por tanto, no hay lugar a abordar el estudio de legalidad de la referida norma."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de agosto de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 13001-23-33-000-2014-00056-02 \(25667\).](#)

5. La importación y comercialización de cerveza sin alcohol no está gravada con el impuesto nacional al consumo.

Síntesis del caso: *Se demandó la legalidad: i) del Concepto 9295 del 26 de marzo de 2015, en el que la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN precisó que las cervezas sin alcohol de procedencia extranjera introducidas al territorio aduanero nacional están gravadas con el impuesto nacional al consumo y, ii) de las resoluciones mediante las cuales la misma entidad canceló las autorizaciones de levante de unas declaraciones de importación con fundamento en el referido Concepto 9295, con el argumento de que no se efectuó ni se acreditó el pago del aludido tributo en la oportunidad legal. La Sala anuló el Concepto, por ser violatorio del artículo 186 de la Ley 223 de 1995, debido a que excedió, mediante una interpretación errada, el hecho generador del impuesto al consumo, que es el consumo de bebidas alcohólicas, supuesto en el que no se enmarca la cerveza sin alcohol o no alcohólica. Así las cosas, como quiera que la importación de cerveza sin alcohol no está sujeta al impuesto al consumo, la Sala concluyó que no se puede exigir el pago de ese tributo como documento soporte de la declaración de importación, para efectos de la autorización de levante de las mercancías, razón por la cual también declaró la nulidad de las resoluciones acusadas, que cancelaron las autorizaciones de levante de unas declaraciones de importación con sustento en el Concepto anulado.*

IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO - Hecho generador / IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO - Sujetos pasivos o responsables / IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO SOBRE PRODUCTOS EXTRANJEROS – Causación. Productos extranjeros / DECLARACIÓN, LIQUIDACIÓN Y PAGO DEL IMPUESTO AL CONSUMO DE PRODUCTOS EXTRANJEROS / DEFINICIÓN DE CERVEZA / DEFINICIÓN DE CERVEZA SIN ALCOHOL O NO ALCOHÓLICA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA / AUTORIZACIÓN DE LEVANTE DE MERCANCÍA IMPORTADA – Documento soporte de la declaración de importación / IMPUESTO AL CONSUMO SOBRE LA IMPORTACIÓN Y VENTA DE CERVEZA SIN ALCOHOL – Ilegalidad / PAGO DEL IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO SOBRE IMPORTACIÓN DE CERVEZA SIN ALCOHOL PARA LA AUTORIZACIÓN DE LEVANTE DE LA MERCANCÍA – Inexigibilidad / ACTO ADMINISTRATIVO QUE CANCELA

LA AUTORIZACIÓN DE LEVANTE DE LA DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN DE CERVEZA SIN ALCOHOL POR FALTA DE PAGO DEL IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO - Ilegalidad / ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE CANCELA LA AUTORIZACIÓN DE LEVANTE DE LA DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN DE CERVEZA SIN ALCOHOL POR FALTA DE PAGO DEL IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO - Restablecimiento del derecho

Problemas jurídicos: *¿La DIAN desconoció los artículos 186 de la Ley 223 de 1995 y 2.2.1.1.10 del Decreto Reglamentario 1625 de 2016, al determinar en el Concepto 009295 del 26 de marzo de 2015 que las cervezas sin alcohol se encuentran gravadas con el impuesto nacional al consumo? ¿Los actos administrativos mediante los cuales la DIAN canceló las autorizaciones de levante de unas declaraciones de importación con sustento en el Concepto 9295 de 2015, incurrieron en falsa motivación?*

Tesis: “El artículo 186 de la Ley 223 de 1995 dispone que el hecho generador del impuesto al consumo está constituido por el consumo en el territorio nacional de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas. Por su parte, el artículo 187 establece los sujetos pasivos del impuesto al consumo (...) Sobre la causación del impuesto, el artículo 188 de la citada Ley determina que, en el caso de productos extranjeros, el impuesto se causa en el momento en que los mismos se introducen al país, salvo cuando se trate de productos en tránsito hacia otro país. Lo anterior en concordancia con lo establecido en el artículo 2.2.1.1.10 del Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, que prevé lo siguiente: **“Pago del impuesto al Fondo Cuenta de productos extranjeros.** En todos los casos, en el momento de la importación o de la introducción a zonas de régimen aduanero especial, los importadores o introductores de cigarrillos y tabaco elaborado; licores, vinos, aperitivos, y similares; y cervezas y sifones, declararán, liquidarán y pagarán a favor del Fondo Cuenta, los impuestos al consumo”. La Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN, por medio del Concepto 009295 del 26 de marzo del 2015, que se cuestiona, dijo que la Ley 223 de 1995 en cuanto al impuesto al consumo, no hace mención o distinción alguna frente a las cervezas sin alcohol y que, por lo tanto, al hacer referencia únicamente al termino [sic] “cerveza” no hay lugar a un tratamiento distinto. El Decreto 1686 del 9 de agosto de 2012, originario del Ministerio de Salud y Protección Social, “Por el cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que se deben cumplir para la fabricación, elaboración, hidratación, envase, almacenamiento, distribución, transporte, comercialización, expendio, exportación e importación de bebidas alcohólicas destinadas para consumo humano”, en el artículo 3º define la cerveza (...) En cuanto a la definición de cerveza contenida en el decreto en mención y en relación con el punto que es objeto de controversia, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció el 5 de mayo de 2015, así: “Si bien la parte inicial de esta norma se refiere a la aplicación del reglamento técnico contenido en el decreto, es indudable que contiene una definición legal del término “cerveza” que como tal, puede ser aplicada en relación con el impuesto al consumo de cerveza, que se refiere precisamente a dicha bebida. Como se advierte, la definición del Decreto 1686 de 2012 coincide con la definición del Diccionario de la Real Academia Española, en el sentido de que la naturaleza de la cerveza es la de ser una bebida alcohólica, con una precisión importante: que su graduación alcoholimétrica debe estar comprendida entre 2.5 y 12 grados alcoholimétricos. Adicionalmente, la definición legal establece que la llamada “cerveza sin alcohol o no alcohólica” es aquella que tiene una graduación alcoholimétrica inferior a 2.5 grados alcoholimétricos, la cual se clasifica “como alimento”, es decir, no como cerveza. Como se sabe, en el mercado se introducen muchos productos que, por tradición o razones comerciales, conservan los nombres iniciales, pero resulta necesario observar en este caso que la sola denominación de “cerveza” no significa que se genere automáticamente el gravamen, sino que se debe atender a su característica de bebida alcohólica, de manera que si la tiene de acuerdo con la definición mencionada y la graduación fijada entre 2.5 y 12 grados alcoholimétricos, su consumo es objeto del tributo. (...) (...) Por consiguiente, en sana lógica, se debe entender que el impuesto al consumo de cerveza, se refiere a la cerveza bebida alcohólica, esto es, aquella cuya graduación alcoholimétrica está entre 2.5 y 12 grados alcoholimétricos, no a la cerveza sin alcohol o no alcohólica que tiene una graduación inferior a 2.5 grados alcoholimétricos y constituye un alimento”. De manera que, el hecho generador del impuesto al consumo de que trata el artículo 186 de la Ley 223 de 1995 debe entenderse que hace referencia a la cerveza que contiene alcohol y, en ese sentido, no puede incluirse otro producto con características diferentes como lo es la cerveza sin alcohol, pues de lo contrario se desconocería el principio de legalidad tributaria, debido a que los elementos del tributo deben estar definidos de una forma clara, expresa y precisa en la ley. Es de resaltar que en la exposición de motivos del proyecto de ley, se dispuso que el hecho generador del impuesto al consumo estaría constituido por “el consumo de cervezas, sifones, mezclas de estos productos con otros, y refajos, independientemente de su contenido alcohólico, en la jurisdicción de los Departamentos y del Distrito Capital”. Así pues, la voluntad del legislador iba encaminada a establecer un gravamen sobre el consumo de bebidas como la cerveza, cuyo contenido este compuesto por una graduación alcoholimétrica. Adicionalmente, en la misma exposición de motivos se señaló que el Ministro de Hacienda y Crédito Público hizo referencia a la naturaleza alcohólica de las bebidas respecto de las cuales se regulaba el impuesto al consumo y, así mismo, al problema existente en relación con las bases gravables y las tarifas que no reflejan diferencias con el grado de contenido alcohólico en cada una de las bebidas objeto de gravamen. En esas condiciones, se observa

que durante el trámite legislativo de la Ley 223 de 1995 se consideró que el impuesto iba dirigido al consumo de bebidas alcohólicas. Entonces, la cerveza a la que hace referencia la Ley 223 de 1995 se refiere a una bebida alcohólica y no a una bebida de naturaleza diferente como lo es la cerveza sin alcohol. En ese sentido, en el criterio expuesto en el Concepto 9295 del 26 de marzo de 2015, reiterado en el Oficio 9008178 del 5 de abril de 2019, la DIAN no tuvo en cuenta las características propias de la cerveza sin alcohol y lo que realmente constituye el hecho generador del impuesto al consumo “el consumo de bebidas alcohólicas”, tanto es así que la DIAN rectificó su postura en el Concepto 225 del 25 de junio de 2021, con fundamento en el Oficio 2-2020-008785 del 10 de marzo de 2020, expedido por la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (...). En esas condiciones, el hecho generador del impuesto al consumo de que trata la Ley 223 de 1995 debe entenderse que no abarca lo concerniente a las cervezas sin alcohol, debido a que esa bebida no contiene grados alcohólicos, por lo tanto, no puede exigirse el pago al impuesto al consumo para la cerveza sin alcohol como documento soporte de la declaración de importación para efectos de la autorización de levante de las mercancías importadas. De acuerdo con lo anterior, el Concepto 9295 del 26 de marzo de 2015 expedido por la DIAN viola lo dispuesto en el artículo 186 de la Ley 223 de 1995, debido a que excedió por medio de una interpretación errada, el hecho generador del impuesto al consumo al establecer que la cerveza sin alcohol está sujeta al tributo, razón por la que la Sala procede a declarar su nulidad. En este orden de ideas, como el concepto de la DIAN fue el soporte de los actos administrativos de carácter particular demandados que cancelaron las autorizaciones de levante de unas declaraciones de importación y estos tienen la misma consecuencia que el acto de carácter general, se concluye que hay lugar a declarar su nulidad y, en consecuencia, como restablecimiento del derecho se declarará que la sociedad (...) no está obligada a poner a disposición de la DIAN la mercancía correspondiente a las declaraciones de importación (...). Así mismo, se declarará que no debe pagar suma alguna a título de la sanción de que trata el inciso segundo del artículo 551 del Decreto 390 de 2016 y se ordenará a dar por terminado y archivar los procesos (...).”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de septiembre de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2020-00031-00 \(25428\).](#)

6. Se reitera que el impuesto de industria y comercio sobre los servicios de administración o gestión de inmuebles se grava en la jurisdicción en el cual se prestó el servicio y no en la que se encuentran ubicados los inmuebles.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los actos administrativos por los cuales el municipio de Itagüí (Antioquia) sancionó a la empresa demandante por no declarar el impuesto de industria y comercio por el año gravable 2012 en su jurisdicción, con el argumento de que era sujeto pasivo del tributo por la realización de actividades de servicios inmobiliarios respecto de bienes inmuebles ubicados en ese municipio. La Sala confirmó la sentencia anulatoria de los actos acusados, porque concluyó que la actividad de servicios debatida no se realizó en la jurisdicción de Itagüí, por lo que la parte actora no estaba obligada a declarar el ICA en el referido municipio y, por ende, resultaba ilegal la sanción por no declarar que se le impuso en dichos actos. Lo anterior, dado que el municipio no probó que las prestaciones de los contratos de administración de bienes raíces ubicados en esa jurisdicción se hubieran ejecutado en la misma, a lo que agregó que la demandante demostró que tributó por esas actividades en Medellín. La Sala reiteró el precedente jurisprudencial según el cual no existen normas que dispongan que en el ICA la localización territorial de los servicios inmobiliarios esté asociada a la ubicación de los inmuebles sobre los cuales recaigan y precisó que, si bien se argumentó que hay una serie de actividades que se ejecutan en Itagüí, estas no son determinantes para establecer que el servicio de gestión de inmuebles se presta en esa jurisdicción, todo porque son conexas no definitorias y algunas de ellas se adelantan vía contratación y en nombre del propietario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Hecho generador / TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Reiteración de jurisprudencia / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ADMINISTRACIÓN O GESTIÓN DE INMUEBLES - Hecho generador. Reiteración de jurisprudencia / SANCIÓN

POR NO DECLARAR EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ADMINISTRACIÓN O GESTIÓN DE INMUEBLES - Ilegalidad

Problema jurídico: *¿La actora era sujeto pasivo del ICA en el Municipio de Itagüí, por lo que le asistía la obligación de declarar y pagar allí el impuesto por el año base 2011 período gravable 2012?*

Tesis: “En relación con el hecho generador de ICA en la prestación de servicios, el artículo 195 del Decreto 1333 de 1986, estableció lo siguiente: “Artículo 195. El impuesto de industria y comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedad de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos.” El ICA recae entonces sobre la prestación de servicios en una jurisdicción municipal, de manera que como regla general para establecer la territorialidad de dicho impuesto es necesario determinar el lugar en el cual el servicio fue efectivamente ejecutado. En este sentido, para el caso concreto de la actividad de gestión de inmuebles, esta será gravada en la jurisdicción en la cual fue prestado el servicio y no en la que se encuentran los bienes inmuebles. Así, la Sala consideró que, los servicios de administración de inmuebles debían estar gravados con ICA en la jurisdicción municipal donde se demuestre que se realizaron “las concretas prestaciones que corresponden al cumplimiento o desarrollo de los contratos de servicios de administración de inmuebles (...)”. (...) De acuerdo con lo expuesto, se establece que la demandante suscribió contratos de mandato por la administración de bienes inmuebles ubicados en Itagüí, en desarrollo de los cuales adelantaba una serie de prestaciones, como la constitución de las pólizas de seguro, la rendición de informes a los propietarios, la transferencia de los cánones recibidos, trámites relacionados con la entrega de los inmuebles, gestiones de cobro, entre otras, que según dijo la actora son ejecutadas desde su domicilio en el municipio de Medellín como lo sostuvo desde la sede administrativa, aspecto que no fue desvirtuado por la demandada. La Sala estima que la actuación fiscalizadora de la administración no fue suficiente para demostrar que la sociedad efectuó en Itagüí las actividades de servicio relativas a los contratos de administración de bienes raíces ubicados en esa jurisdicción. Además, debe tenerse en cuenta que la demandante probó que tributó por esas actividades en Medellín. No se desconoce que la actora argumenta que hay una serie de actividades que se ejecutan en Itagüí como la visita al lugar en donde se encuentra ubicado el inmueble para realizar la oferta comercial, reparaciones o mejoras al bien inmueble, solución de conflictos con la propiedad horizontal y vigilancia del bien, frente a lo cual debe precisarse que las mismas no son determinantes para establecer que el servicio de gestión de inmuebles se presta en esa jurisdicción, todo porque son conexas no definitorias y algunas de ellas se adelantan es vía contratación y en nombre del propietario. Tras lo anterior, en este caso se llega a la misma conclusión de los precedentes antes citados, según los cuales: “4- Dado que legislativamente no existen disposiciones según las cuales en el ICA la localización territorial de los servicios inmobiliarios esté asociada a la ubicación de los inmuebles sobre los cuales recaigan, y que la apelante no probó que las prestaciones de los contratos en cuestión se hubieran ejecutado en Itagüí, juzga la Sala que la actividad de servicios debatida en el sub lite no se realizó en la jurisdicción de Itagüí. Sustentado lo anterior, por virtud de las prescripciones del artículo 7.º del Decreto 3070 de 1983, la demandante no se encontraba sujeta al deber formal de presentar una declaración de ICA en Itagüí y resultan ilegales los actos demandados por medio de los cuales se le impuso a la demandante una sanción por no declarar.” De acuerdo con lo expuesto, no prospera el recurso de apelación y, en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de junio de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 05001-23-33-000-2017-01993-01 \(26311\).](#)

7. En la liquidación oficial de revisión la DIAN tiene vedado determinar el impuesto sobre la renta utilizando simultáneamente los sistemas ordinario y de comparación patrimonial, pero en el requerimiento especial o en su ampliación sí puede proponer un sistema mixto de determinación oficial.

Síntesis del caso: *Mediante los actos administrativos acusados, la DIAN modificó la declaración de renta que la sociedad demandante presentó por el año gravable 2011. La Sala reiteró el precedente jurisprudencial conforme con el cual, en el requerimiento especial es*

viable proponer la renta por comparación patrimonial como sistema principal de depuración de la base gravable del impuesto sobre la renta y, en subsidio, el ordinario, mientras que en la liquidación oficial se debe determinar el impuesto por uno de los dos sistemas. Para la Sala no se configuró la violación del debido proceso de la apelante, ni del artículo 709 del Estatuto Tributario. En primer lugar, porque, si bien en el requerimiento especial la demandada propuso la modificación de la declaración de renta de la actora aplicando simultáneamente los sistemas de comparación patrimonial y ordinario, lo cierto es que en la liquidación oficial de revisión modificó oficialmente su denuncia privado utilizando un único sistema de depuración, «renta por comparación patrimonial». En segundo lugar, porque en el acto preparatorio, la Administración le informó a la apelante sobre la posibilidad de acogerse al beneficio previsto en el artículo 709 del Estatuto Tributario, le explicó las condiciones que debía cumplir y le otorgó el término legal contemplado para ello en el artículo 707 ibidem, pese a lo cual la actora no respondió el requerimiento especial, esto es, ni siquiera intentó acceder al beneficio de la reducción de la sanción por inexactitud, a pesar de haber contado con la oportunidad procesal para ello, por lo cual no pueda alegar la violación de su debido proceso por transgresión del artículo 709 del Estatuto Tributario.

SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA / SISTEMA ORDINARIO DE DEPURACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA / SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE RENTA POR COMPARACIÓN PATRIMONIAL - Carácter supletorio / SISTEMA MIXTO DE DETERMINACIÓN DEL TRIBUTO / REQUERIMIENTO ESPECIAL CON SISTEMA MIXTO DE DETERMINACIÓN DEL TRIBUTO – Procedencia / AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / CARGO DE NULIDAD POR VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO – Requisitos para su prosperidad

Problema jurídico: ¿A la actora se le vulneró el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción al no haber tenido la oportunidad de acogerse al beneficio previsto en el artículo 709 del Estatuto Tributario, comoquiera que en el requerimiento especial la DIAN propuso determinar el mayor impuesto a la renta a su cargo por el sistema de comparación patrimonial y, de forma subsidiaria, por el sistema ordinario de depuración?

Tesis: “2. Aplicación de los sistemas de determinación del impuesto sobre la renta La renta por comparación patrimonial contemplada en el artículo 236 del Estatuto Tributario constituye un sistema de determinación del impuesto de renta supletorio, previsto como una excepción al sistema de depuración ordinario del artículo 26 ibidem, para aquellos casos en los que la Administración determina un incremento injustificado de los patrimonios líquidos declarados por el contribuyente. Bajo este entendimiento, se ha pronunciado la Sala precisando que «la depuración ordinaria de la renta excluye la determinación de la base gravable mediante la aplicación de la renta gravable especial por comparación patrimonial» y, por lo mismo, que la DIAN «tiene vedado determinar el impuesto sobre la renta utilizando simultáneamente los «sistemas» ordinario y de comparación patrimonial, toda vez que esa «forma mixta de determinación oficial» contraría los principios de seguridad jurídica y certeza tributaria que debe acompañar la actuación administrativa y que permiten que el contribuyente ejerza plena y eficazmente su derecho de defensa (sentencias del 18 de octubre de 2006, exp. 15155, CP: Juan Ángel Palacio Hincapié; y del 12 de septiembre de 2019, exp. 22866, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, entre otras)». Sin perjuicio de ello, en la misma sentencia que se comenta y que reitera el precedente del 18 de octubre de 2006, la Sección también precisó que, en el requerimiento especial o en su ampliación, la Administración puede proponer la renta por comparación patrimonial como sistema principal de depuración de la base gravable del impuesto a la renta y, en subsidio, el ordinario, pero que en la liquidación oficial se debe determinar el impuesto por uno de los dos sistemas (...) En el caso concreto, la apelante alega que se le vulneró el debido proceso y sus derechos de defensa y contradicción, en la medida en que no tuvo la oportunidad de acogerse al beneficio contemplado en el artículo 709 del Estatuto Tributario, comoquiera que, en el requerimiento especial, la DIAN utilizó un sistema mixto de depuración del impuesto a la renta: de manera principal por el sistema de renta por comparación patrimonial y, en subsidio, por el sistema ordinario de depuración. (...) [N]o encuentra la Sala configurada la violación del debido proceso de la apelante, ni del artículo 709 del Estatuto Tributario. En primer lugar, porque, si bien en el requerimiento especial la demandada propuso la modificación de la declaración de renta de la actora aplicando simultáneamente los sistemas por comparación patrimonial y ordinaria, lo cierto es que en la liquidación oficial de revisión modificó oficialmente su denuncia privado utilizando un único sistema de depuración, «renta por comparación patrimonial». En segundo lugar, porque en el acto preparatorio, la Administración le informó a la apelante sobre la posibilidad de acogerse al beneficio previsto en el artículo 709 del Estatuto Tributario. A estos efectos, le explicó las condiciones que debía cumplir y le otorgó el término legal contemplado para ello en el artículo 707 ibidem. Sin embargo, la apelante no respondió el requerimiento especial. Con todo, muy relevante destacar que, en el sub examine, no existe evidencia de la forma en la que, en concreto, se vulneró

el artículo 709 del Estatuto Tributario y con ello, el debido proceso de la apelante. Se destaca que, para formular un cargo de nulidad por violación de esa garantía fundamental en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no basta con aducir el desconocimiento de una norma sustancial en abstracto, sino que es necesario demostrar la manera específica y concreta en la que se produjo su violación dentro del procedimiento administrativo (v.g. por falta o indebida aplicación), así como las consecuencias negativas que ello ocasionó para el administrado. Situación que no se cumple en este caso, comoquiera que la apelante no respondió el requerimiento especial y, por lo mismo, ni siquiera intentó acceder al beneficio de la reducción de la sanción por inexactitud, a pesar de haber contado con la oportunidad procesal para ello. Al respecto, es preciso destacar que la demandante bien habría podido acogerse a la reducción de la sanción, aceptando la glosa vinculada a la depuración de la renta líquida gravable por el sistema de comparación patrimonial o, tras desvirtuarla (justificando el incremento patrimonial), acogerse a la determinación supletoria por el sistema ordinario. Sin embargo, no lo hizo, de manera que ahora no pueda alegar la violación de su debido proceso por la violación del artículo 709 del Estatuto Tributario. En consecuencia, no prospera el cargo de apelación.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 8 de septiembre de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 05001-23-33-000-2016-01276-01 \(26216\).](#)

7
SECCIÓN
QUINTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se confirmó la decisión que decretó la suspensión provisional del acto de elección del secretario general del concejo municipal de Medellín, Antioquia.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de elección del secretario general del concejo municipal de Medellín, Antioquia, aduciendo, que la publicación de la convocatoria debía efectuarse con no menos de 10 días calendario antes del inicio de la fecha de inscripciones y en el presente caso, se redujo de 10 a 3 días. La Sala confirmó la decisión de primera instancia, que decretó la suspensión provisional del acto de elección del secretario general del concejo municipal de Medellín, Antioquia, al acreditarse que, en desarrollo de la convocatoria, hubo incumplimiento del plazo que debe transcurrir entre la divulgación de la convocatoria y la fecha de iniciación de las inscripciones que es de diez (10) días.

ELECCIÓN DEL SECRETARIO GENERAL DEL CONCEJO MUNICIPAL / CONVOCATORIA PARA LA ELECCIÓN DEL SECRETARIO GENERAL DEL CONCEJO MUNICIPAL / DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA / AUTO QUE DECRETA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL / CONFIRMACIÓN DEL AUTO

Problema jurídico: Corresponde a la Sala determinar si se debe revocar, confirmar o modificar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el auto del 15 de junio de 2022, mediante el cual suspendió provisionalmente los efectos de la elección del señor Jorge Luis Restrepo Gómez, como secretario general del concejo municipal de Medellín, para lo que resta del periodo 2022, en tanto, en criterio del recurrente, el a quo omitió correr traslado de la medida cautelar solicitada y la convocatoria pública censurada respetó los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección, habida cuenta que, estuvo publicada durante trece (13) días.

Tesis: “La norma transcrita [artículo 6 de la Ley 1904 de 2018] contiene un mandato cuya destinataria es la mesa directiva de la respectiva corporación, a quien se le atribuye el deber de llevar a cabo la invitación dirigida a los interesados en participar en la convocatoria, la cual debe publicarse como mínimo en la página web de la entidad, esto con el fin de lograr un mayor grado de participación. Con este propósito el precepto ordena que la publicación de la convocatoria se deberá llevar a cabo con no menos de diez (10) días calendario previo al inicio de la fecha de inscripciones. Lo anterior conlleva, necesariamente, a señalar que debe existir una etapa de enteramiento mínimo, que permita que haya la mayor publicidad posible de este certamen electoral. (...). [R]esulta evidente que, en el presente asunto, no se cumplió con el plazo establecido en el artículo 6 de la Ley 1904 de 2018, comoquiera que la convocatoria se publicó el 18 de marzo de 2022 y el inicio de la fecha de inscripciones fue el 22 de marzo de ese mismo año, habiendo transcurrido entre una y otra fecha solamente cuatro (4) días calendario, de los diez (10) que establece el citado precepto. Como se explicó en precedencia, el proceso eleccionario del secretario general de un concejo municipal debe sujetarse al trámite que establece la Ley 1904 de 2018, en lo que sea compatible, lo que significa que, en lo que tiene que ver con las previsiones del artículo 6 que desarrolla las etapas del proceso de selección, hay una clara desatención del mandato legal en lo relacionado con el plazo que debe transcurrir entre la divulgación de la convocatoria y la fecha de iniciación de las inscripciones que es de diez (10) días. Sea propio señalar que, del acto que dio apertura a la convocatoria censurada, así como del que lo modificó, se desprende que, en efecto, el plazo de su divulgación resultó muy inferior al previsto en el artículo 6 de la Ley 1904 de 2018, circunstancia que, sin duda alguna, va en contravía de lo previsto por el legislador, frente a las etapas del proceso de selección a través de la presente convocatoria pública, toda vez que, afectó el derecho a la participación ciudadana de quienes podían aspirar a ocupar el cargo de secretario general del concejo municipal de Medellín, en la medida en que redujo el término de enteramiento de la convocatoria. Al respecto, la Sala debe recordar que la convocatoria, constituye el acto administrativo general que gobierna el inicio, desarrollo y culminación de un proceso de selección, en la cual se establecen las condiciones de divulgación, requisitos, pruebas, plazos, fechas, mecanismos de notificación e impugnación, y declaratoria de elección, dirigidas a asegurar la participación, en condiciones de igualdad, de todas las personas que cumplan las calidades y requisitos para acceder a un cargo público. (...). Así, tanto la administración, como los asociados y, entre ellos, todos los participantes de tales procedimientos eleccionarios, quedan sometidos al acto administrativo que los convoca, como su norma rectora. (...). En este orden, la convocatoria pública, que contiene las bases del certamen eleccionario, es la norma regulatoria del proceso de elección, en tanto es la ley que gobierna la participación, el nombramiento o la elección y, por tener ese carácter, sus disposiciones tienen especial relevancia jurídica, en tanto comprometen principios y valores superiores como la buena fe, la confianza legítima, la transparencia y el debido proceso administrativo; por lo tanto, son vinculantes para el organismo que lo

desarrolla como para los sujetos que participan del mismo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; auto de 15 de septiembre de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 05001-23-33-000-2022-00677-01.](#)

2. Se negó la nulidad del acto de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de elección de varios magistrados de la Corte Suprema de Justicia, aduciendo ilegalidad por infracción de norma superior, en la medida que la designación de magistrados de ese alto tribunal debe efectuarse mediante el voto favorable de las 2/3 partes de sus integrantes, es decir, con la obtención de 16 de los 23 sufragios posibles. Se alega una indebida alteración del quorum decisorio dado que los magistrados fueron elegidos con 14 o 15 votos, así como ilegalidad en la interpretación del Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia, el cual, con motivo de la elección demandada, se considera que fue objeto de reforma sin que se hubiese seguido el trámite legal dispuesto para ello. La Sala negó las pretensiones de la demanda con fundamento en que (i) la imposición por parte del legislador de un quorum de las 2/3 partes de los integrantes a través de las señaladas normas fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional pues ello es contrario al principio de autogobierno de las Corporaciones Judiciales; (ii) no resultaba aplicable el artículo 5º del Acuerdo 006 de 2002 (Reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia) para el presente caso, puesto que la composición de la Sala Plena de la Corte se redujo a 15 miembros; (iii) la Corte adoptó como quorum decisorio 12 votos, número que coincide con la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de que trata el artículo 54 de la Ley 270 de 1996; (iv) inexistencia de violación del principio de igualdad.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / QUÓRUM DECISORIO EN LA CORPORACIÓN PÚBLICA / SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / MAYORÍA DECISORIA / AUTO GOBIERNO JUDICIAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Problema jurídico: Corresponde a la Sala resolver los siguientes interrogantes: (A) Frente a la determinación del quorum al interior de las sesiones electorales de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia: * Si se desconoció el artículo 14 del Decreto 1660 de 1978, en virtud de lo consagrado en el artículo 204 de la Ley 270 de 1996. * Si se infringieron los artículos 5 del Acuerdo 006 de 2022 - Reglamento de la Corte Suprema de Justicia- y 54 de la Ley 270 de 1996. * En caso de ser afirmativo alguno de estos cuestionamientos antes definidos, se deberá determinar: i) Si ello obedeció a un caso de fuerza mayor y/o implicó una modificación irregular del reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia. ii) Si le era exigible a la Corte Suprema de Justicia, a fin de no desconocer las normas que regulan la materia, designar conjuces, realizar nombramientos en encargo y/o modificar su reglamento interno. (B) Sobre el desconocimiento de los principios de legalidad, seguridad jurídica, confianza legítima, debido proceso e igualdad, previstos en los artículos 23, 29 y 83 de la Constitución: * Si en el curso de trámite electoral existió un cambio de reglas procedimentales que implicara el desconocimiento del debido proceso, la legalidad, el derecho a la igualdad y la confianza legítima de los candidatos a magistrados de la Corte Suprema de Justicia. (C) En cuanto a las reglas procedimentales del trámite de las votaciones: * Si se desconocieron los artículos 39 y 41 del Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia, porque la posibilidad de votar por cada uno de los accionados se había agotado, para lo cual se deberá determinar: i) Si, luego de la tercera etapa del proceso de elección, en la que solo quedaban dos candidatos con las mayores votaciones, sin que ninguno lograra el quórum cualificado, correspondía a la Sala Plena de la Corte volver sobre todos los candidatos y retomar el método de la votación individual frente a los aspirantes de la lista.

Tesis: “La imposición por parte del legislador de un quorum de las 2/3 partes de los integrantes a través de las señaladas normas fue declarada inexecutable. La Corte Constitucional la encontró contraria al principio de autogobierno de las corporaciones judiciales, en virtud del cual solo ellas son las llamadas a determinar, en su reglamento, el procedimiento y mayorías para la adopción de sus decisiones. (...). Como puede apreciarse, con fuerza material de cosa juzgada constitucional se estimó que las corporaciones judiciales a través de su reglamento pueden establecer mayorías especiales para adoptar sus decisiones, incluidas las de naturaleza electoral, pues tal asunto hace parte de su autogobierno. En ese orden de ideas, resulta forzoso concluir que el artículo 14 del Decreto 1660 de 1978; es decir, una norma proferida por el

presidente de la República en ejercicio de la facultad reglamentaria, que impuso una mayoría de las 2/3 partes de los integrantes a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y los tribunales para elegir a sus miembros no concuerda con lo expresado y citado arriba sobre este aspecto, en la sentencia C-037 de 1996. Además, debe considerarse que según el artículo 204 de la Ley 270 de 1996 la aplicación de las normas del Decreto 1660 de 1978, se refiere a los aspectos relativos al régimen de carrera de la rama judicial y a las situaciones administrativas laborales de los empleados y funcionarios judiciales, asuntos en el que no cabe lo relativo a la mayoría calificada para la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, teniendo en cuenta que el artículo 204 de la Ley 270 de 1996 señaló que continuarán vigentes las disposiciones del Decreto 1660 de 1978 a que se expida la ley ordinaria que regule la carrera judicial y la designación de los magistrados de la alta Corte no es un asunto que se refiera a ello, se infiere, además, que dicha norma en lo que tiene que ver con la adopción de decisiones por mayoría calificada, no resulta aplicable. Por lo tanto, si el artículo 14 del Decreto 1660 de 1978, en cuanto a la imposición de la referida mayoría no es concordante con sentencia C-037 de 1996 y, por otro lado, no resulta aplicable a la luz del artículo 204 de la Ley 270 de 1996, no puede considerarse transgredido por las designaciones cuestionadas en aquella oportunidad. (...). Por las razones expuestas la Sala no advierte el desconocimiento de los artículos 14 del Decreto 1660 de 1978 y 204 de la Ley 270 de 1996, aducido por la parte actora. (...). [E]l caso concreto, como la Corte Suprema de Justicia no contaba con el número mínimo de miembros para alcanzar las 2/3 partes de integrantes que exige la norma, esto es, 16, esa disposición no podía regular el quorum decisorio para determinar la validez de las decisiones cuestionadas, pues su aplicación resultaba un imposible fáctico. Una conclusión en contrario implicaría admitir que se apliquen preceptos normativos a supuestos fácticos que no encajan o no se subsumen en ellos, o, lo que es igual visto en este caso concreto, que a fuerza de imponer la aplicación de una norma a cuya consecuencia jurídica no es posible llegar material ni formalmente, se le exija a la Corte Suprema de Justicia adoptar decisiones con al menos 16 votos, cuando sólo estaba compuesta en el momento de elegir a los demás integrantes por 15 togados. Lo anterior revela que el artículo 5° del Acuerdo 006 de 2002 no resultaba aplicable en el caso de las elecciones que ahora se atacan, porque para ese momento la composición de la Sala Plena de la Corte se redujo a 15 miembros, es decir, materialmente no era posible lograr la votación de las 2/3 partes, cual es, 16. No obstante ello, la Sala pone de relieve que dicha circunstancia no relevaba a los magistrados que componían en ese momento la Corte Suprema de Justicia del cumplimiento de su deber constitucional y legal, referido al ejercicio de la función electoral que les corresponde, y, por ende, de proveer las vacantes existentes al interior de la corporación. (...). [L]a regla de mayorías estaba estructurada bajo la égida de que al menos 16 magistrados estuvieran en ejercicio de sus funciones, de manera que, para predicar la exigibilidad del quorum calificado del artículo 5 de reglamento, era necesario el cumplimiento de dicho presupuesto, mismo que, se itera, dejó de existir cuando la composición de la Corte se redujo a 15. Por este motivo la norma en comentario se tornó inaplicable. En consecuencia, como el artículo 5° del Acuerdo 006 de 2002 no ofrecía solución posible para este proceso electoral no era la norma aplicable, misma razón por la que no se advierte su violación en los términos aludidos por la parte demandante. (...). [A]nte el vacío o la ausencia de una norma en el reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia, que indicara cómo proceder cuando material y formalmente no es posible alcanzar un quorum de las 2/3 partes de los integrantes de la corporación, la Sala Plena se preguntó y discernió qué disposiciones resultarían aplicables. (...). Entre esas disposiciones se encuentran i) el artículo 54 de la Ley 270 de 1996, relativo a las decisiones de las corporaciones judiciales en pleno o cualquiera de sus salas o secciones, y, ii) su propio reglamento, en cuanto a la pretensión de lograr significativos niveles de acuerdo cuando le corresponde ejercer funciones en materia electoral. Producto de lo anterior, en la sesión del 28 de febrero de 2020 se discutió sobre la posibilidad de definir en la situación excepcional en la que se encontraban, si el quorum decisorio podía conformarse con 10, 12 o 15 votos. Optaron por la segunda alternativa -12-. Para esa decisión discutieron que, las 2/3 partes de los 15 magistrados en ejercicio de funciones era 10, opción que juzgaron no acorde con la exigencia que se desprende del reglamento interno, según la cual, las decisiones electorales deben ser producto de un consenso significativo, no necesariamente unánime. En ese sentido, decidieron incrementar a 12 el número de votos necesarios y que coincide con la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia, de la que trata el artículo 54 de la Ley 270 de 1996. Así las cosas, en ejercicio de la facultad de autogobierno otorgada por la Constitución y la ley a la Corte Suprema de Justicia y existiendo el vacío antes anotado en su reglamento interno, resulta admisible que, para cumplir con su deber electoral y superar la situación excepcional presentada, acudiera a la regla de mayorías establecida en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Todo lo cual se ajusta a los principios de independencia, autonomía y autogobierno, en el cumplimiento de su función electoral, a propósito de llenar las vacantes que para ese momento existían. (...). [L]as reglas electorales relativas al quórum decisorio, se encontraban previamente establecidas en dos normas. La primera, el artículo 5 del Acuerdo 006 de 2002, aplicable mientras la sala plena de la Corte Suprema de Justicia contara con un mínimo 16 magistrados en ejercicio. La segunda, el artículo 54 de la Ley 270 de 1996, cuya aplicación es supletiva ante el silencio del reglamento, frente a las situaciones en las que no resulta formal ni materialmente posible su aplicación, y por ende tampoco exigible cumplir con la mayoría de las 2/3 partes de los 23 integrantes del alto tribunal. En ese orden de ideas, no hay lugar a predicar que existió una variación intempestiva de las reglas del proceso electoral en detrimento de los principios invocados, porque la decisión se sustentó en el artículo

54 de una norma de carácter estatutario vigente desde el año 1996 De suyo, la variación de los supuestos fácticos que en esta oportunidad recayó en el número de votos necesario para realizar las elecciones, no fue producto de la modificación de las normas que rigen el procedimiento, sino que, por el contrario, constituyó una correcta aplicación e interpretación de éstas por parte de la Corte Suprema de Justicia, referida a ese preciso caso concreto, en el que la corporación solamente contaba con 15 magistrados en ejercicio, de los 23 que la conforman.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 17 de agosto de 2022; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2020-00059-00.](#)

Salvamento de voto del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra

QUÓRUM DECISORIO EN LA CORPORACIÓN PÚBLICA / QUÓRUM DELIBERATORIO EN LA CORPORACIÓN PÚBLICA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

Tesis: “[La] Corte Suprema de Justicia, en el artículo 5º del reglamento interno, estableció un quorum deliberatorio y decisorio especial para efectos de elecciones distinto al señalado en el artículo 54 de la ley 270 de 1996, para designar a algunos dignatarios, entre ellos, los propios magistrados integrantes de la Corporación. (...). Esta regla interna tiene fuerza vinculante por virtud del mandato contenido en el artículo 231 de la Constitución que le asignó a la Corte Suprema de Justicia la atribución de reglamentar “la fórmula de votación y término en el cual deberán elegir a los magistrados que conformen la corporación”. Por lo tanto, se concluye que de conformidad con el artículo 5º del Acuerdo 006 de 2002, la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia requiere de una mayoría calificada correspondiente a la asistencia y voto de las dos terceras partes de los miembros de la Corporación, es decir, 16 magistrados sobre los 23 que integran el pleno. (...). Contrario a lo señalado por la sala mayoritaria, (...) [se estima] que, en el presente caso, la elección de los magistrados objeto de censura, por parte de la Corte Suprema, vulneró el artículo 5º del Acuerdo 006 de 2002, por cuanto dicha elección, efectuada en la sesión del 28 de febrero de 2020, se hizo con la mayoría absoluta de los integrantes de la Corporación, esto es, algunos con 14 y otros con 15 votos, sin respetar el quorum de las dos terceras partes de los integrantes del pleno. (...). No (...) [se comparte] la (...) conclusión a la cual llegó la Sección Quinta, pues, no corresponde a ningún postulado hermenéutico, permitir que los supuestos fácticos de las normas puedan enervarse, precisamente, por quiénes con su actuación, están llamados a materializar sus efectos, o más grave aún, tienen el deber de darles plena aplicación o acatamiento. Dejar al arbitrio de los destinatarios, los efectos jurídicos que las normas contemplan, siendo su actuar un presupuesto básico para su eficacia, no resulta ser una interpretación acorde con las máximas de la justicia y equidad. En efecto, en el caso objeto de examen, es claro que la desintegración del quorum deliberatorio y decisorio necesario para elegir, se debió única y exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, quien tenía el deber de evitar una situación tan extrema, como la presentada, esto es, la existencia de siete (7) vacantes sin proveer, que se vio agravada con la salida del magistrado Ariel Salazar, quedando integrada por 15 miembros, lo cual imposibilitaba la elección de los magistrados atendiendo las reglas eleccionarias por ella misma creada. (...). [L]o que se aprobó, en últimas, por parte de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, fue acoger una mayoría distinta a la señalada en la norma, esto es, que para efectos de la elección de las siete (7) vacantes existentes en la corporación, los votos favorables exigidos serían de 12 integrantes del pleno, es decir, la mayoría absoluta de los integrantes de la Corporación y no las dos terceras partes, como lo indica el artículo 5º del reglamento. Así, entonces, no se trató de una simple interpretación, que es un ejercicio analítico que consiste en desentrañar el sentido de los vocablos de un enunciado normativo, cuando estos ofrecen sentidos disímiles, sino de una tergiversación o distorsión del contenido de la norma.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 17 de agosto de 2022; S.V. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2020-00059-00.](#)

3. Se confirmó la decisión que negó la nulidad del acto de elección del contralor distrital de Santa Marta.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de elección del contralor distrital de Santa Marta, alegando que el acusado estaba inhabilitado para ejercer el cargo puesto que tuvo vínculos laborales con la alcaldesa y el gobernador, así como con el movimiento Fuerza

Ciudadana y por la relación de trabajo de su esposa con el alcalde anterior. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, puesto que no se demostró que el demandado se encontrara incurso en alguna de las inhabilidades establecidas en el artículo 272 de la Constitución, como tampoco, que no cumpliera con los requisitos exigidos para el ejercicio del cargo.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / CONTRALOR TERRITORIAL / ELECCIÓN DEL CONTRALOR DISTRITAL / CONVOCATORIA AL CARGO DE CONTRALOR TERRITORIAL

Problema jurídico: Corresponde a la Sala resolver si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. Para el efecto, la Sala habrá de establecer si el Tribunal Administrativo del Magdalena erró al considerar que con la elección del demandado no se desconocieron las normas superiores de la Constitución, esto es, artículos 209 y 272, en concordancia con la causal contenida en el numeral 5 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 al encontrar que los hechos expuestos en la demanda, es decir, haber tenido vínculos laborales con la alcaldesa y gobernador, así como con el movimiento Fuerza Ciudadana, y la relación de trabajo de su esposa con el alcalde anterior, Rafael Martínez, que se analizará en esta instancia, no son constitutivos de inhabilidad alguna.

Tesis: “[E]l caso concreto se determinó en resolver si el demandado incumplió con los requisitos para el cargo, o si esta incurso en alguna inhabilidad establecida en el artículo 272 de la Constitución. (...). Así las cosas, es claro que las inhabilidades tienen una interpretación restrictiva, toda vez que limitan derechos políticos. (...). De acuerdo con esta norma [artículo 272 de la Constitución Política], modificada por el Acto Legislativo 4 de 2019, se tiene que no podrá ser elegido contralor departamental, distrital o municipal: (i) Quien sea o haya sido en el último año miembro de la asamblea o concejo que deba hacer la elección. (ii) Quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal. (...). En este orden de ideas, la Sala observa que no se demostró que el (...) [demandado] se encuentre en alguna de las inhabilidades establecidas en el artículo 272 de la Constitución, por cuanto haber sido el apoderado del alcalde o del gobernador o tener vínculos con un movimiento político, no está expresamente señalado en la Constitución como una causal de inhabilidad, de igual forma tampoco puede concluirse que no cumplió con los requisitos para el cargo, puesto que no se advierte la vulneración alegada a la norma constitucional. Así las cosas, no hay lugar a hacer algún pronunciamiento sobre las pruebas mencionadas en el recurso de apelación, en tanto los argumentos que se exponen para justificar la supuesta inhabilidad no están configurados. Además de lo anterior, no puede olvidarse que la elección del contralor está precedida por una convocatoria pública, en la cual luego de surtirse unas etapas relativas a la realización de un examen de conocimientos, acreditación de requisitos y experiencia, entre otras, se elabora una terna, de los cuales el concejo elige al contralor. Por lo tanto, si en el caso concreto, se pretende alegar una violación a los principios de objetividad y de transparencia, debe demostrarse de qué manera estas fases del proceso de elección fueron desconocidas o alteradas para beneficiar a una determinada persona. En este mismo orden de ideas, se precisa que las afirmaciones del demandante en el sentido de indicar que el contralor está impedido para ejercer el control fiscal por sus vínculos con la alcaldesa o el gobernador, no constituyen una causal de nulidad que afecte la elección y por tanto son situaciones ajenas al estudio que se realiza en el presente medio de control.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 11 de agosto de 2022; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 47001-23-33-000-2020-00081-03.](#)

4. Se negó la nulidad de la designación del Vicerector Administrativo de la Universidad Surcolombiana.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto por medio del cual se nombró al Vicerector Administrativo de la Universidad Surcolombiana, alegando que el demandado no cumplía los requisitos de experiencia profesional para el ejercicio del cargo. La Sala revocó la decisión de primera instancia que había declarado la nulidad del acto demandado, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que se acreditó la experiencia relacionada que se exige para el ejercicio del cargo.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL VICERECTOR ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA / EXPERIENCIA RELACIONADA

Problema jurídico: Se contrae a determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar el fallo apelado que accedió a las pretensiones de la demanda. En tal sentido, se debe establecer si el demandado cumplió o no con la experiencia profesional relacionada para el nombramiento en el cargo de vicerector administrativo de la USCO, y si el documento aportado junto con las apelaciones es susceptible de estudio en esta instancia procesal.

Tesis: “[E]s suficiente con que la experiencia relacionada requerida se conecte con las funciones desempeñadas con anterioridad y así asemejarlas con las funciones propias del cargo al que se aspira. Al respecto, la Sección Segunda de esta Corporación ha indicado que la «experiencia relacionada» descrita en las normas vigentes no puede ser considerada como la «directamente relacionada con las funciones del cargo», ya que esta última corresponde a una «experiencia específica». (...). Por lo tanto, exigir que el desempeño de las funciones fuesen exactas con rigurosidad, acarrearía que para poder optar por el cargo, sería necesario la ejecución del mismo en otro momento, desdibujando el concepto anteriormente analizado. (...). De acuerdo con lo definido por esta Sala (...), se enlistarán las funciones acreditadas por el demandado, con la precisión de la entidad y el periodo dónde las cumplió las cuales serán revisadas frente a las asignadas al vicerector de la USCO, para lo cual se tendrá en cuenta que las actividades pueden ser parecidas, semejantes o análogas con las funciones propias del cargo y no se requiere que sean idénticas, a las del cargo a proveer, tesis de la Sala que se expuso en la parte considerativa de la presente providencia. En este orden de ideas, en primera medida se relacionarán los cargos carentes de funciones que permitan tener por demostrada la experiencia relacionada que exige el cargo de vicerector administrativo de la USCO. (...). Ahora bien, encuentra la Sala demostrado que, de las funciones u obligaciones desarrolladas por el demandado en (...), se advierte la acreditación de experiencia relacionada. (...). Así las cosas, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el [demandado] acreditó un total de 68 meses y 15 días, por lo cual observa la Sala que el tiempo de experiencia relacionada satisface el requisito de 60 meses exigido por el artículo 3 de la Resolución Rectoral No. 005 de 2018, cumpliendo este presupuesto de elegibilidad. En ese orden de ideas, encuentra la Sala que con su nombramiento no hubo violación de norma superior, falta de competencia o falsa motivación; ya que el acto fue proferido de conformidad con las exigencias previstas para optar por el cargo de vicerector administrativo de la Universidad Surcolombiana. En consecuencia, estima la Sala que los cargos expuestos en la demanda no se encuentran probados, por lo cual, se debe revocar la decisión de primera instancia proferida el 2 de junio de 2022 por el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión, que declaró la nulidad del acto demandado, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 18 de agosto de 2022; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 41001-23-33-000-2022-00001-02.](#)

8
SENTENCIAS DE
UNIFICACIÓN



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SECCIÓN SEGUNDA

1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación, determinó la norma aplicable en la pensión gracia para el requisito de convivencia de los beneficiarios de la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes.

Síntesis del caso: El cónyuge supérstite de una docente solicitó el reconocimiento y pago de la pensión gracia post mortem y su sustitución. La administración negó la solicitud por considerar que lo pretendido es el reconocimiento de una pensión de sobreviviente para lo cual no acreditó la convivencia durante los últimos 5 años anteriores al deceso de la maestra, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PENSIÓN GRACIA / REGULACIÓN LEGAL DE LA PENSIÓN GRACIA / SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / NORMA APLICABLE A LA SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / NORMA APLICABLE A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE DE LA PENSIÓN GRACIA / CÓNYUGE SUPÉRSTITE / COMPAÑERO PERMANENTE / RELACIÓN DE CONVIVENCIA / CONVIVENCIA EFECTIVA

Problema jurídico: ¿En el caso de la pensión gracia la norma aplicable para el requisito de convivencia de los beneficiarios de la sustitución pensional y pensión de sobrevivientes son las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que exigen 5 años de convivencia del cónyuge supérstite o compañero permanente con el causante; o la Ley 71 de 1988, reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que en el caso del cónyuge supérstite solo exige el vínculo matrimonial y que al momento del deceso hiciera vida en común con el causante; y para el compañero permanente requería que hubiere hecho vida marital con el docente durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento.?

Tesis:“La Sala considera que las normas que rigen el requisito de convivencia de los beneficiarios del docente fallecido para efectos de la sustitución de la pensión gracia no son la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, sino la Ley 100 de 1993 y las normas complementarias, cuando el docente fallece en su vigencia. Es interesante destacar en el punto materia de estudio que la sustitución pensional es una prestación para el grupo familiar, no para el docente en sí mismo considerado. Así pues, las normas que regulan la sustitución pensional difieren de las que regulan la pensión de vejez, porque es una prestación que cubre una contingencia diferente, la muerte, y no la vejez; el derecho se causa en razón del deceso del causante; y los beneficiarios deben cumplir los requisitos previstos de forma específica para adquirirla, en cuanto al tiempo de convivencia o dependencia económica. Con fundamento en los anteriores razonamientos se establece que al ocurrir la muerte del docente o del pensionado se habilita a los beneficiarios para reclamar la sustitución de la pensión gracia, pues como ya se dijo, la pensión gracia es sustituible conforme las normas generales en materia pensional, lo que obliga a remitirse a los preceptos vigentes para la fecha del fallecimiento. Razonamiento que excluye la aplicación de la Ley 71 de 1988 y el artículo 7 del Decreto 1160 de 1989, si el deceso acontece en vigencia de la Ley 100 de 1993. Máxime cuando en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005 los requisitos para adquirir la pensión de sobrevivencia serán los establecidos por el Sistema General de Pensiones. En todo caso, la aplicación de la Ley 100 de 1993 en los eventos que sea la norma vigente para la sustitución de la pensión gracia, respecto a los requisitos que deben demostrar los beneficiarios, se aplica en tanto sea compatible con la citada prestación especial. Esto denota que no se habilita a reconocer la pensión de sobrevivientes con fundamento en el numeral 2 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que la prevé para “Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento”. Este planteamiento se explica porque la pensión gracia es especial y gratuita pues se creó en 1913 como una recompensa para atraer a los maestros para que trabajaran en zonas apartadas; se reconoce aun cuando el maestro no está afiliado al ente de previsión que la concede, ni efectuó aportes; y los tiempos fueron laborados para las entidades territoriales y no para la Nación, quien asume el pago. De esta forma, la aplicación de la Ley 100 de 1993 en materia de pensión gracia sobre la

convivencia para los beneficiarios del docente que laboró 20 años de servicio, se explica en tanto como norma general complementa una pensión especial; pero, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad no puede conllevar a que también proceda el reconocimiento de la pensión gracia de sobrevivientes con 50 semanas de cotización, porque la vocación de sustituibilidad de una pensión creada como especial y transitoria no puede llevar a perpetuar una regulación de un tiempo pretérito (1913), creada para compensar salarialmente a los maestros de primaria de las regiones apartadas. Para la Sala, la aplicación del Sistema General de Pensiones, en materia de pensiones de sobrevivencia, de modo alguno puede ser absoluta hasta petrificar e *"impedir la puesta en marcha de las reformas sociales de interés general, de las cuales dependa la realización y efectividad de derechos de la comunidad (...), es decir, su aplicación debe ser razonable y proporcional al fin de no lesionar o comprometer otros derechos de interés público y social"*. Como se enunció previamente, la Ley 100 de 1993 es el resultado de una reforma pensional centrada en la cotización y el principio de solidaridad cuya *"finalidad es que los aportes financieros proceden de la contribución de los miembros de la sociedad económicamente activos, según su capacidad económica"*. Así, el sistema está enmarcado en un régimen de financiación que *"se rige por el sistema de reparto, con base en la solidaridad entre generaciones, regulando las tasas de cotización, los periodos mínimos de fidelidad o de carencia y la racionalización de los requisitos de edad o de número de semanas cotizadas"*. (...) Por ende, para reconocer la sustitución de la pensión gracia al cónyuge supérstite o al compañero permanente, se aplican las normas del Sistema General de Pensiones sobre convivencia en materia de pensión de sobrevivientes, si son los preceptos vigentes para la fecha del fallecimiento. Por consiguiente, no es suficiente con demostrar la existencia del vínculo matrimonial, o de la convivencia al momento del fallecimiento, en tanto, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, exige al cónyuge o al compañero acreditar no menos de 5 años de convivencia con el docente o el pensionado.(...) **Conclusiones y regla de unificación** :La pensión gracia es una prestación especial, gratuita, no requiere afiliación ni aportes. Por tanto, visto que no contiene una regulación propia sobre la sustitución pensional, la jurisprudencia ha aplicado las normas generales. La norma aplicable en materia de sustitución pensional es la vigente para la fecha del fallecimiento del maestro o del docente pensionado. Acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005 los requisitos de los beneficiarios de la sustitución pensional y pensión de sobrevivientes, en cuanto a la convivencia, son los previstos en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, contenidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si son las normas vigentes para la fecha del fallecimiento del causante. El Acto Legislativo 01 de 2005 dispone que *"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos"*, lo que se debe leer en armonía con el criterio según el cual la norma aplicable en materia de sustitución pensional es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante. En todo caso, la aplicación de la Ley 100 de 1993 y complementarias, respecto a los requisitos que deben demostrar los beneficiarios, si es la norma vigente para la fecha del fallecimiento del maestro o del pensionado, se aplica en tanto sea compatible con la pensión gracia, como pensión especial. Por ende, para reconocer la sustitución de la pensión gracia al cónyuge supérstite o al compañero permanente, se aplican las normas del Sistema General de Pensiones sobre convivencia en materia de pensión de sobrevivientes, si son los preceptos vigentes para la fecha del fallecimiento, sin perjuicio de los derechos adquiridos bajo normas anteriores. En el caso de estar vigente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se exige al cónyuge o al compañero acreditar no menos de 5 años de convivencia con el docente o el pensionado. En consecuencia, la Sala establece la siguiente regla de unificación: La norma aplicable sobre el requisito de convivencia para el cónyuge supérstite o el compañero permanente en materia de sustitución de pensión gracia es la vigente para la fecha del deceso del causante, en armonía con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, que remite a las leyes del Sistema General de Pensiones, sin perjuicio de los derechos adquiridos bajo normas anteriores. En el caso de estar vigente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se exige al cónyuge o al compañero acreditar no menos de 5 años de convivencia con el docente o el pensionado."

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de unificación de 11 de agosto de 2022, rad 230012333000201444401\(1655-2017\) SUJ -029- CE-S2 de 2022.](#)

Aclaración de voto del consejero William Hernández Gómez

ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PENSIÓN GRACIA / SUSTITUCIÓN PENSIONAL / NORMA APLICABLE A LA SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / CÓNYUGE SUPÉRSTITE / COMPAÑERO PERMANENTE / SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / CONVIVENCIA EFECTIVA / RELACIÓN DE CONVIVENCIA / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Problema jurídico: *¿La norma aplicable para el reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia es la vigente al momento de la muerte del causante?*

Tesis: “En anteriores oportunidades me aparté de las decisiones de acceder al reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia. Tal es el caso de la sentencia del 3 de diciembre de 2020, dentro del proceso 0745-2015, dictada por la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación, providencia respecto de la cual presenté mi salvamento de voto esencialmente porque se accedió al reconocimiento de una pensión gracia post mortem con 18 años de servicio, con sustento en el Decreto 224 de 1972. En aquella oportunidad expuse que, en mi concepto, la norma aplicada no corresponde propiamente a la regulación de la pensión gracia, toda vez que se trata de una prestación especial a favor de ciertos docentes con requisitos singulares para su otorgamiento y regida por las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, en las cuales no se incluyó la posibilidad de concederla ante el deceso del docente que no completó los 20 años de labor. Es decir que no fue la intención del legislador otorgar de forma post mortem la pensión gracia. Adicionalmente, esta pensión especial no está precedida de los aportes, que implica que, en el caso del Decreto 224 de 1972, al contar el causante con 18 años al servicio docente, la prestación está casi en su totalidad financiada con los aportes por dichos años, lo que no sucede con la pensión gracia. No obstante lo anterior, apoyo plenamente la decisión adoptada en la sentencia de unificación del 11 de agosto de 2022, toda vez que se admite la posibilidad de sustituir la pensión gracia con 20 años de servicio con base en las normas generales tales como la Ley 71 de 1988, que conceden al grupo familiar el derecho a acceder paulatinamente con la evolución normativa que amplió el rango de este componente de la seguridad social, sin excluir alguna pensión en particular ni aún la gracia, pese a que se constituye en un «privilegio gratuito» a cargo de la Nación, planteamiento que comparto dada su coherencia con las normas que han regulado la materia, con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, como el contenido en la sentencia T-136 de 2019, y que no fue discutido por la entidad demandada en este caso particular y concreto. Adicionalmente, comparto la regla definida según la cual, en materia de sustitución de la pensión gracia, la norma aplicable en relación con el requisito de convivencia del cónyuge supérstite o el compañero permanente es la vigente para la fecha del deceso del causante, la cual se acompasa con la línea adoptada por la Sección Segunda a partir de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2013. Esto, implica que, si la muerte ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, sea esta la que gobierna la situación de los beneficiarios. Sumado a ello, estimo que esta interpretación atiende el contenido del Acto Legislativo 01 de 2005, que remite al Sistema General de Pensiones, sin dejar de lado que se deben respetar los derechos adquiridos, derivados de las situaciones particulares consolidadas con arreglo a las normas anteriores. a una pensión por muerte del trabajador con 20 años de servicio. Ciertamente, la providencia precisa que la posibilidad de sustituir la prestación surgió paulatinamente con la evolución normativa que amplió el rango de este componente de la seguridad social, sin excluir alguna pensión en particular ni aún la gracia, pese a que se constituye en un «privilegio gratuito» a cargo de la Nación, planteamiento que comparto dada su coherencia con las normas que han regulado la materia, con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, como el contenido en la sentencia T-136 de 2019, y que no fue discutido por la entidad demandada en este caso particular y concreto. Adicionalmente, comparto la regla definida según la cual, en materia de sustitución de la pensión gracia, la norma aplicable en relación con el requisito de convivencia del cónyuge supérstite o el compañero permanente es la vigente para la fecha del deceso del causante, la cual se acompasa con la línea adoptada por la Sección Segunda a partir de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2013. Esto, implica que, si la muerte ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, sea esta la que gobierna la situación de los beneficiarios. Sumado a ello, estimo que esta interpretación atiende el contenido del Acto Legislativo 01 de 2005, que remite al Sistema General de Pensiones, sin dejar de lado que se deben respetar los derechos adquiridos, derivados de las situaciones particulares consolidadas con arreglo a las normas anteriores.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de unificación de 11 de agosto de 2022, A.V. William Hernández Gómez rad 230012333000201400044401\(2657-2017\) SUJ -029- CE-S2 de 2022.](#)

Salvamento de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter

SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PENSIÓN GRACIA / NORMA APLICABLE A LA SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / SUSTITUCIÓN PENSIONAL / SUSTITUCIÓN PENSIONAL A CÓNYUGE / SUSTITUCIÓN PENSIONAL A COMPAÑERO PERMANENTE / RELACIÓN DE CONVIVENCIA / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Problema jurídico: *¿A la sustitución de la pensión gracia le resulta aplicable las normas generales de la Ley 100 de 1993, así la muerte del causante haya acaecido durante su vigencia, como lo afirma la sentencia de unificación?*

Tesis : “Discrepo de los fundamentos y de la decisión del fallo, puesto que, en este particular caso de la sustitución de la pensión gracia, resultaba dable aplicar la Ley 71 de 1988 y el artículo 12 del Decreto reglamentario 1160 de 1989, que exigen un año de convivencia con el causante a la fecha de fallecimiento,

no el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003), que establece 5 años, por las siguientes razones:(...)Obsérvese que respecto de los docentes oficiales vinculados al servicio antes de la Ley 812 de 2003, el aludido Acto legislativo dispuso que «El régimen pensional... es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003» (se destaca), sin distinguir si se trata de pensión gracia u ordinaria; tampoco se refirió a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino, en general, al régimen pensional de los educadores oficiales, del cual hace parte el de la pensión gracia. De suerte que la sustitución de esta última se gobierna por la Ley 71 de 1988 y el artículo 12 del Decreto reglamentario 1160 de 1989, como «disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003», así el fallecimiento del causante haya acontecido en vigor de la Ley 100 de 1993, máxime cuando en el fallo se reitera el carácter especial de esta prestación. En varios apartes de la sentencia se reconoce, de manera recurrente, que la pensión gracia es de naturaleza especial; no obstante, se afirma que la sustitución debe regularse por las normas generales de la Ley 100 de 1993, lo que contradice dicho carácter especial. (...)Por otra parte, se dejó de lado que la Ley 100 de 1993 (artículo 288) preceptúa que se aplica al empleado público cuando se «estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores» y este no es el caso, dado que la Ley 71 de 1988 resulta más benéfica al demandante, lo que implica que debió gobernar la sustitución de la pensión gracia solicitada”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de unificación de 11 de agosto de 2022, S.V. Carmelo Perdomo Cueter rad 230012333000201400044401\(2657-2017\) SUJ -029- CE-S2 de 2022.](#)

SECCIÓN CUARTA

La Sección Cuarta unificó la jurisprudencia en relación con el plazo para corregir las declaraciones tributarias a efectos de enmendar errores de imputación de saldos a favor en los términos del artículo 43 de la Ley 962 de 2005.

Síntesis del caso: Se dictó sentencia de unificación sobre el plazo para corregir las declaraciones tributarias a efectos de enmendar errores de imputación de saldos a favor y de anticipos de impuestos, en los términos del artículo 43 de la Ley 962 de 2005. Concretamente, se establecieron como reglas jurisprudenciales de unificación las siguientes: 1. La solicitud para corregir errores en la imputación de saldos a favor o de anticipos de impuestos de un periodo de declaración al siguiente, realizada con sustento en el artículo 43 de la Ley 962 de 2005, no está sometida al límite del término de firmeza de las declaraciones tributarias ni a los términos de oportunidad para las correcciones de los artículos 588 y 589 del ET. 2. El procedimiento especial de corrección previsto en el artículo 43 de la Ley 962 de 2005 habilita realizar modificaciones a la declaración tributaria para aumentar o para disminuir las sumas imputadas de un periodo declarado al siguiente. 3. Las anteriores reglas jurisprudenciales de unificación rigen para los trámites pendientes de resolver en vía administrativa y judicial. No podrán aplicarse a conflictos previamente decididos.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PLAZO PARA LA CORRECCIÓN DE ERRORES DE IMPUTACIÓN EN LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS / FINALIDAD DE LA LEY 962 DE 2005 O LEY ANTITRÁMITES / PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE CORRECCIÓN DE ERRORES E INCONSISTENCIAS EN LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS - Alcance del artículo 43 de la Ley 962 de 2005 / PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE CORRECCIÓN DE ERRORES E INCONSISTENCIAS EN LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS – Autonomía y diferencia con el procedimiento de corrección previsto en los artículos 588 y 589 del Estatuto Tributario

Problema jurídico: ¿Cuál es la correcta interpretación del artículo 43 de la Ley 962 de 2005, en punto a determinar la oportunidad dentro de la cual se pueden llevar a cabo las correcciones de las declaraciones tributarias que contempla la norma? ¿Las correcciones de imputaciones de saldos a las

que se refiere el artículo 43 de la Ley 962 de 2005 se deben efectuar dentro del término previsto en el artículo 589 del Estatuto Tributario?

Tesis: “2- Según indica el artículo 1.º de la Ley 962 de 2005, ese cuerpo normativo fue expedido con el objeto de «facilitar las relaciones de los particulares con la Administración Pública», pues, como se advirtió en la exposición de motivos correspondiente a la expedición de esa ley, existía la necesidad de racionalizar los procedimientos administrativos y de reducir el tiempo y el número de trámites que adelantan los ciudadanos. Con ese derrotero, el artículo 43 de la ley habilitó en el ámbito tributario un procedimiento especial para que la autoridad corrija en las declaraciones de impuestos, de oficio o a petición de parte, «sin sanción, errores de NIT, de imputación o errores aritméticos siempre y cuando la modificación no resulte relevante para definir de fondo la determinación del tributo»; corrección que «se podrá realizar en cualquier tiempo» (inciso 3.º). Por ende, la norma consagró la posibilidad, entre otras de las circunstancias que contempla, de enmendar, sin consecuencias sancionadoras para el declarante, los errores en los que haya incurrido al diligenciar sus formularios, referidos a la imputación de cifras acreditadas en periodos anteriores, para el pago de la cuota tributaria liquidada en la declaración objeto de la corrección. 2.1- Lo anterior obedece a que, en las declaraciones tributarias que incorporan la autoliquidación del gravamen, los obligados no solo denuncian los datos y hechos con relevancia jurídica tributaria, relativos a la realización del hecho imponible y a la determinación de la base gravable, a partir de los cuales, mediante la aplicación de las normas pertinentes liquidan por sí mismos la prestación pecuniaria del tributo, sino que también cuentan con la posibilidad de señalar las fuentes de pago con las que atenderán la deuda tributaria que se haya establecido. Con lo cual, para la gestión de esas formas de pago se contempla un sistema de cuenta corriente que, entre otras opciones, permite, desde el propio formato de la declaración, imputar al cumplimiento de la deuda del periodo el monto del saldo a favor liquidado en el periodo anterior respecto del mismo impuesto, siempre que dicho saldo no se haya obtenido en devolución ni en compensación (letra a. del artículo 815 del ET), y, en el caso del impuesto sobre la renta, el anticipo establecido para el periodo gravable en la declaración del impuesto presentada por el periodo anterior (inciso final del artículo 807 del ET). Aunque ambas imputaciones para el pago mencionadas se reflejan en el formulario de la declaración, no inciden en el denuncia del hecho imponible, como tampoco en la autoliquidación de la prestación correlativa, pues sus efectos únicamente se proyectan sobre el mecanismo de cuenta corriente del contribuyente por medio del cual se acreditan los pagos de las obligaciones tributarias causadas y liquidadas en el propio denuncia. En ese contexto, la norma analizada quiso que cuando el dato a corregir de la declaración recaiga exclusivamente sobre el monto de los saldos a favor o de los anticipos a imputar para el pago de la deuda del periodo, en el sentido de aplicar cuantías que consten en títulos que presten mérito ejecutivo tributario (artículo 828 del ET) que no hayan sido reflejadas en la declaración objeto de corrección, se efectúe la corrección mediante un procedimiento especial y expedito, regulado de manera autónoma en el propio artículo 43 de la Ley 962 de 2005. 2.2- Observa la Sala que este procedimiento se distingue y no se confunde, ni en su alcance, ni en sus finalidades, ni en su ritualidad, con aquel previsto en los artículos 588 y 589 del ET para corregir el contenido material de las declaraciones, derivado de modificaciones a los factores de determinación del tributo. Mientras el dispuesto en el artículo 43 de la Ley 962 de 2005 se restringe a rectificar «inconsistencias en el diligenciamiento de los formularios» de las declaraciones tributarias relativas a los datos de identificación o a la imputación de cifras que no afecten ni las bases gravables ni los tributos declarados, el consagrado en los artículos 588 y 589 del ET implica afectar el ejercicio de denuncia de hechos con relevancia tributaria y de autoliquidación del tributo efectuado por el declarante. Teniendo ámbitos de aplicación distintos, no resulta jurídico someter el mecanismo especial de corrección consagrado en el artículo 43 de la Ley 962 de 2005 a las exigencias que rigen las correcciones a las que se refieren los artículos 588 y 589 del ET; y mucho menos, si se trata de las condiciones temporales en las que se debe llevar a cabo la corrección, pues el referido artículo 43 de la Ley 962 de 2005 contempla una regla expresa y autónoma, que se contrapone con las limitaciones de oportunidad dispuestas en el ET, al señalar que la corrección se podrá realizar «en cualquier tiempo». 2.3- De ahí que someter las solicitudes de corrección previstas en el artículo 43 de la Ley 962 de 2005 al plazo que para otro tipo de correcciones preceptúa el artículo 589 del ET contraviene la literalidad del artículo 43 de la Ley 962 de 2005 y también la finalidad de eficiencia que persigue dicha ley en aras de racionalizar los trámites y procedimientos administrativos. Limitar el mecanismo al plazo previsto en el artículo 589 del ET implicaría restarle eficacia a la disposición y, por ende, derogarla parcialmente, toda vez que en nada mejorarían los trámites administrativos en comparación a los que ya existían para la época en que se expidió la norma. 2.4- Consecuentemente, para la Sala la corrección oficiosa o a petición del interesado de declaraciones tributarias para imputar al pago de la deuda liquidada montos procedentes de la declaración del periodo inmediatamente anterior, ya sea que se trate de saldos a favor o de anticipos a los que se refieren la letra a. del artículo 815 del ET y el artículo 807 *ibidem*, está regida plenamente por el artículo 43 de la Ley 962 de 2005, sin remisiones a los artículos 588 y 589 del ET. Por ende, esa clase de correcciones a la declaración no están sometidas a los límites temporales que establecen estos dos artículos de la codificación tributaria. 3- La norma analizada ha suscitado pronunciamientos por parte de esta Sección que no han sido uniformes. De ahí que las partes invoquen a su favor, para defender argumentos contrapuestos, la misma sentencia. 3.1- Según se observa, inicialmente, se señaló en la sentencia del 19

de agosto de 2010 (exp. 16707, CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas) que el procedimiento de corrección descrito sólo podía adelantarse «dentro del término de firmeza de las declaraciones tributarias», pues de lo contrario se afectarían tributos ya definidos (criterio que se reiteró en las sentencias del 05 de mayo de 2016, exp. 20806, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez; y del 14 de marzo de 2019, exp. 21563, CP: *ibidem*); criterio de decisión del cual se separó la sentencia del 05 de diciembre de 2011 (exp. 17545, CP: Carmen Teresa Ortiz), que anuló el Concepto DIAN nro. 39724, del 29 de mayo de 2007, en el que se señaló que los errores de imputación de saldos a favor, a los que se refiere el artículo 43 de la Ley 962 de 2005, debían corregirse dentro del término establecido en el artículo 589 del ET porque este artículo «no puede dejar de ser aplicad[o] por cuanto lo que se busca es determinar un nuevo saldo a pagar o un nuevo saldo a favor; por lo cual no debe pasarse por alto que estas correcciones deben surtirse dentro del término del año». 3.2- Dada esa divergencia en los criterios de decisión que en el pasado ha empleado la Sección para juzgar el plazo en el que los declarantes pueden pedirle a la Administración la corrección de los errores de imputación objeto de análisis, la Sala observa la necesidad de precisar el sentido de interpretación correcto del artículo 43 de la Ley 962 de 2005, a partir de los análisis efectuados en el fundamento jurídico 2.º de la presente providencia. En ese sentido, se pone de presente que la literalidad de la norma estudiada excluye la aplicación de los términos de corrección fijados en los artículos 588 y 589 del ET, conclusión que se reafirma al considerar la autonomía, especialidad y finalidad de la regulación consagrada en el artículo 43 de la Ley 962 de 2005. De igual forma, las solicitudes de corrección para la imputación de cifras para el pago objeto de análisis tampoco encuentran límite en los plazos de firmeza de las declaraciones, porque esa corrección no afecta ni modifica los hechos económicos realizados en el periodo declarado que tienen incidencia en la liquidación de la obligación tributaria principal que se causa por ese periodo, dado que no se refieren a los elementos que integran la base gravable ni a la deuda tributaria que se liquida a partir de los hechos con relevancia tributaria que se denuncian. Al respecto, resulta pertinente destacar que efectuar una imputación de cifras o corregir las imputaciones realizadas por error, no implica modificar el saldo a favor inicialmente liquidado, ni tampoco altera la declaración tributaria en la que se autoliquidó. Y, en todo caso, independientemente de la imputación o no del saldo a favor, la autoridad cuenta con potestades de revisión para verificar la exactitud del saldo a favor imputado o para exigir el reintegro de los saldos a favor imputados de manera improcedente, junto con los intereses moratorios que correspondan, de acuerdo con el artículo 670 del ET. 3.3- En consecuencia, juzga la Sala que la oportunidad para iniciar el procedimiento de corrección previsto en el artículo 43 de la Ley 962 de 2005 no está limitada por el término fijado para las correcciones reguladas en los artículos 588 y 589 del ET, como tampoco por el término de revisión (*i.e.* «firmeza») de las declaraciones tributarias. 4- También destaca la Sala que lo preceptuado en el artículo 43 de la Ley 962 de 2005, no restringe el procedimiento al evento de la imputación de saldos a favor, pues, como se señaló, la imputación de rubros que no inciden en la determinación o cuantificación del tributo que se autoliquidada en la declaración tributaria es un supuesto de hecho que igualmente cubre a la imputación de anticipos de impuestos, regulada en el artículo 807 del ET, pues no incide en la determinación de las bases imponibles del periodo objeto de declaración; esta naturaleza del anticipo la deja en claro el inciso final del artículo 807 del ET, que preceptúa que de la deuda tributaria del impuesto sobre la renta se detrae «el valor del anticipo consignado de acuerdo con la liquidación del año o período gravable inmediatamente anterior». En esa medida, se establece que la corrección de errores en la imputación de un anticipo liquidado en la declaración del impuesto sobre la renta del periodo inmediatamente anterior, se puede realizar bajo el procedimiento del artículo 43 de la Ley 962 de 2005; todo, sin perjuicio de que la inexactitud en la liquidación del anticipo —materializada en la declaración en la que se liquidó, que no en la que se imputó—, sea susceptible de revisión y constituya una conducta infractora conforme a la descripción típica del artículo 647 del ET. Así, de la mano de los razonamientos antes desarrollados sobre el efecto en cuenta corriente de la imputación de saldos a favor, la Sala también concluye que la corrección de errores de imputación o deducción de anticipos liquidados en periodos de declaración previos, adelantada conforme al artículo 43 de la Ley 965 de 2003, no está limitada por el término de firmeza de la declaración tributaria ni por el término máximo para corregir que prevé el artículo 588 y el artículo 589 del ET. 5- El carácter abierto de la oportunidad que establece el artículo 43 de la Ley 962 de 2005 para corregir errores de imputación de cifras para el pago de deudas tributarias reflejadas en declaraciones y la existencia de precedentes judiciales divergentes de esta Sección sobre la materia, evidencian la necesidad de unificar los criterios jurídicos de decisión al aplicar la norma. En consecuencia, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales como tribunal supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo y con fundamento en los artículos 270 y 271 del CPACA y 14, ordinal 2.º, del Reglamento Interno de esta corporación (Acuerdo nro. 080 de 2019), la Sección Cuarta del Consejo de Estado profiere sentencia de unificación jurisprudencial acerca del alcance de la expresión «en cualquier término» que preceptúa el artículo 43 de la Ley 962 de 2005 al establecer el término para corregir las declaraciones tributarias, de cara a su aplicación en situaciones fácticas en las que los obligados tributarios presentan solicitudes de corrección, al amparo de la norma en cita, con el objeto de corregir las declaraciones tributarias para imputar saldos a favor o anticipos del impuesto previamente autoliquidados y que se encuentran soportados debidamente en los respectivos documentos (*i.e.* declaraciones privadas o liquidaciones oficiales), o para excluir montos imputados por error del obligado. Consecuentemente, se establece la siguiente regla de unificación jurisprudencial: *La solicitud para corregir errores en la imputación de saldos a favor o de anticipos de impuestos de un periodo de declaración al*

siguiente, realizada con sustento en el artículo 43 de la Ley 962 de 2005, no está sometida al límite del término de firmeza de las declaraciones tributarias ni a los términos de oportunidad para las correcciones de los artículos 588 y 589 del ET. 6- Así mismo precisa la Sala que el procedimiento de corrección de imputación previsto por el artículo 43 de la Ley 962 de 2005 comprende las modificaciones para para incrementar o para disminuir el monto imputado, para lo cual administración deberá cambiar «la información en los sistemas que para tal efecto maneje la entidad», según dispone el inciso tercero de la disposición jurídica bajo análisis. De manera que las solicitudes de corrección a las que se refiere la norma pueden ser utilizadas tanto para imputar cifras acreditadas, como para excluir sumas antes imputadas en la declaración, sin perjuicio, en este último evento, del eventual reintegro e intereses moratorios que sea exigible al obligado con fundamento en el artículo 670 del ET. En consecuencia, la Sala fija la siguiente regla de unificación: *El procedimiento especial de corrección previsto en el artículo 43 de la Ley 962 de 2005 habilita realizar modificaciones a la declaración tributaria para aumentar o para disminuir las sumas imputadas de un período declarado al siguiente.* 7- Aplicada la regla de unificación a la presente *litis*, observa la Sala que quedó desvirtuada la posición jurídica de la demandada, según la cual, la actora debió presentar la solicitud de corrección debatida dentro del término establecido en el artículo 589 del ET. Además, en el caso enjuiciado, está verificado por la Sala que la demandante presentó la solicitud de corrección que dio lugar a los actos acusados dentro del término de revisión de las declaraciones objeto de corrección, aspecto que no fue discutido por la Administración (...). Habiendo sido presentada la solicitud de corrección dentro del plazo al que se refiere la norma que rige el caso (*i.e.* el artículo 43 de la Ley 962 de 2005), la Sala juzga que prospera el cargo de apelación. 8- Por las razones expuestas, se revoca la sentencia recurrida y, en su lugar, se declara la nulidad parcial de los actos acusados en tanto negaron por extemporáneas las solicitudes de corrección presentadas por la demandante respecto de los bimestres 4.º a 6.º del 2008; 1.º a 6.º del 2009 y 2010; y 1.º y 2.º del 2011.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 8 de septiembre de 2022, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, Sentencia de Unificación 2022-CE-SUJ-4-002, radicación: 25000-23-37-000-2014-00507-01 \(23854\).](#)

9

**SALA DE CONSULTA
Y SERVICIO CIVIL**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Los contratos de obra y conexos suscritos por una fiduciaria en calidad de vocera de un patrimonio autónomo no configuran el hecho generador de la estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia".

Síntesis del caso: El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil acerca de la aplicación de la estampilla «Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia» a contratos de obra realizados en ejecución de contratos de fiducia mercantil, estos últimos celebrados entre el Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA y sociedades fiduciarias.

CONCEPTOS 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 / ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA Y DEMÁS UNIVERSIDADES ESTATALES DE COLOMBIA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA Y DEMÁS UNIVERSIDADES ESTATALES DE COLOMBIA / CAUSACIÓN DE LA ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA Y DEMÁS UNIVERSIDADES ESTATALES DE COLOMBIA / CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / CONCEPTO DE CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / OBJETO DEL CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / ALCANCE DEL CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / EFECTOS DEL CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / FONDO NACIONAL DE VIVIENDA / NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA / HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD

Problema jurídico 1: ¿Es posible señalar que en los contratos de obra de derecho privado suscritos por una fiduciaria en calidad de vocera de un patrimonio autónomo se configura el hecho generador de la estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia"?

Tesis 1: "En el caso de los contratos de obra y conexos, suscritos en desarrollo de un contrato de fiducia mercantil celebrado entre el Fondo Nacional de Vivienda (FONVIVIENDA) y una sociedad fiduciaria, no se configura el hecho generador de la estampilla «Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia», pues: i) Dichos contratos de obra y conexos son celebrados por la sociedad fiduciaria, en calidad de vocera y administradora del correspondiente patrimonio autónomo; ii) El Fondo Nacional de Vivienda (FONVIVIENDA) no es parte en dichos contratos, pues por el mandato legal, consagrado en el artículo 23 de la Ley 1469 de 2011, dicha entidad debe ejecutar la estructuración de planes de vivienda de interés social y otros, mediante la celebración de contratos de fiducia mercantil, con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial, y iii) El patrimonio autónomo no tiene la calidad de entidad estatal, en los términos del artículo 2º de la Ley 80 de 1993."

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 7 de diciembre de 2015, Exp. 2229; Concepto del 12 de diciembre de 2017, Exp. 2324; y Concepto del 5 de septiembre de 2018, Exp. 2386; Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 2019.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la separación de los bienes fideicomitidos del resto del patrimonio del fiduciario ver: Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Radicación número: 25000-23-37-000-2012-00328-00(20611).

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre el hecho generador de la estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia, ver: Sección Cuarta. Sentencia del 7 de abril de 2022. Radicación número: 11001-03-27-000-2021-00016-00(25500).

PATRIMONIO AUTÓNOMO / NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO / CONTRATO DE FIDUCIA COMERCIAL / CAUSACIÓN DE LA ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA Y DEMÁS UNIVERSIDADES ESTATALES DE COLOMBIA / RETENCIÓN DEL TRIBUTO

Problema jurídico 2: *¿Los patrimonios autónomos derivados de los contratos de fiducia mercantil celebrados por FONVIVIENDA pueden asimilarse a una entidad estatal del orden nacional de las establecidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y, por consiguiente, puede una entidad pública exigirles que retengan las sumas de dinero correspondientes a la estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" en los contratos de obra de derecho privado que suscriba su vocera?*

Tesis 2: "Tampoco es posible considerar que los mencionados patrimonios autónomos tienen la calidad de «entidad estatal», teniendo en cuenta que: a) Independientemente de si los recursos aportados y manejados mediante el patrimonio autónomo mantienen la calidad de recurso público, lo cierto es que tal carácter no convierte a dicho patrimonio en entidad estatal, lo cual se concluye del contenido del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. b) Al tratarse de una norma de competencia para celebrar contratos, su interpretación es restrictiva, de tal suerte que únicamente tienen la calidad de entidad estatal los entes allí señalados. En suma, es dable concluir que en los contratos de obra y conexos, suscritos en desarrollo de un contrato de fiducia mercantil celebrado entre FONVIVIENDA y una sociedad fiduciaria, no se configura el hecho generador de la estampilla «Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia», pues: i) Dichos contratos de obra y conexos son celebrados por la sociedad fiduciaria, en calidad de vocera y administradora del correspondiente patrimonio autónomo; ii) FONVIVIENDA no es parte en dichos contratos, y iii) El patrimonio autónomo no tiene la calidad de entidad estatal, en los términos del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Al no configurarse el hecho generador, el patrimonio autónomo no tiene la obligación de retener el tributo. Asimismo, tampoco puede una entidad pública exigirle dicha retención".

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza jurídica de los patrimonios autónomos que se derivan de los contratos de fiducia mercantil, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2005. Radicación número: 11001-03-06-000-2005-01705-00; Consejo De Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de septiembre de 2021. Exp. 66091. Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00(66091)A; Consejo De Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Radicación número: 11001-03-26-000-2019-00091-00(64129); Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 2 de octubre de 2019. Exp. 62199.

HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD / APLICACIÓN DE LA ANALOGÍA / PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA

Problema jurídico 3: *Teniendo en cuenta que la Ley 1697 de 2013 establece que el hecho generador está constituido por todo contrato de obra pública que suscriban las entidades del orden nacional, ¿es posible con base en la analogía o en interpretaciones extender el hecho generador de la estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" a contratos de obra no suscritos por entidades del orden nacional definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 sin vulnerar el principio de reserva legal de los tributos?*

Tesis 3: "Con fundamento en el principio de legalidad del tributo, no resulta válido, a través de la analogía o una interpretación extensiva, ampliar el hecho generador de la estampilla «Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia» con el propósito de incluir en el hecho generador los contratos de obra no suscritos por entidades del orden nacional, entendidas estas en los términos del artículo 2º de la Ley 80 de 1993".

HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD / DECRETO REGLAMENTARIO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA

Problema jurídico 4: *¿Puede ser ampliado el hecho generador de la estampilla "Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia" vía decreto reglamentario pese a lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución Política?*

Tesis 4: "De conformidad con el principio de legalidad del tributo consagrado en el artículo 338 de la Constitución Política, no es posible ampliar el hecho generador de la estampilla «Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia» a través de un decreto reglamentario".

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto PL 00005 del 30 de junio de 2022; C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2022-00066-00\(PL00005\). Levantamiento de reserva mediante oficio del 26 de agosto de 2022.](#)

2. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas,

determinó que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad competente para continuar con las convocatorias públicas o procesos de selección para promover cargos de carrera de las contralorías territoriales que se encontraran en curso, en fase de planeación, o ya convocados a la fecha de expedición del Decreto Ley 409 de 2020.

Síntesis del caso: Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación -Procuraduría Provincial de Pereira-, la Superintendencia de Industria y Comercio -Grupo de Control Disciplinario Interno- y la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Risaralda, con el fin de establecer la autoridad competente para continuar el trámite disciplinario iniciado contra una abogada adscrita al Grupo de Defensa del Consumidor de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la referida Superintendencia, por unas presuntas irregularidades cometidas en el trámite del proceso judicial de protección al consumidor.

CARRERA ADMINISTRATIVA ESPECIAL / CARRERA DE LA CONTRALORÍA TERRITORIAL / COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / CARRERA ADMINISTRATIVA ESPECIAL / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / COMISIÓN ESPECIAL DE CARRERA DE LA CONTRALORÍA TERRITORIAL / COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / CONCURSO PARA PROVISIÓN DE CARGO PÚBLICO / CONTRALORÍA TERRITORIAL

Problema jurídico: ¿La Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad competente para continuar el proceso de selección núm. 1402 de 2020, para la provisión de los empleos en vacancia definitiva de la planta de personal de la Contraloría Municipal de Ibagué?

Tesis: “En uso de las facultades extraordinarias conferidas por el párrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 4 de 2019, se expidió el Decreto Ley 409 del 16 de marzo de 2020, «[p]or el cual se crea el régimen de carrera especial de los servidores de las Contralorías Territoriales» (...) [E]n el artículo 5° del decreto citado, se indica que la Comisión Especial de Carrera de las Contralorías Territoriales es el órgano al que le compete la administración y vigilancia del mencionado régimen especial, lo cual se precisa en el artículo 6° de la misma normativa. No obstante, el capítulo VII del Decreto Ley 409 de 2020, relativo a «otras disposiciones», consagra un régimen de transición para las convocatorias públicas o procesos de selección para proveer cargos de carrera de las contralorías territoriales (...). En criterio de la Sala, esta norma se refiere claramente a las convocatorias públicas o procesos de selección para proveer cargos de carrera en las contralorías territoriales, que, en la fecha de expedición del citado decreto ley (16 de marzo de 2020), estuvieran en cualquiera de los siguientes casos: i) se encontraran en curso (sin distinguir la etapa); ii) estuvieran aún en fase de planeación; o iii) ya estuvieran convocados, es decir, ya se hubiera publicado la respectiva convocatoria, Y, en cualquiera de tales eventos, la convocatoria o el proceso de selección lo estuviera adelantando la CNSC. En dichos supuestos de hecho, el artículo transitorio determinó que las respectivas convocatorias o procesos de selección seguirán rigiéndose, hasta su culminación, por las disposiciones legales y reglamentarias de la carrera administrativa que estaban vigentes en la fase de planeación, o al momento de adoptarse el acto de la convocatoria (en este caso, la Ley 909 de 2004, como ya se explicó), lo que incluye las disposiciones que desarrollan la competencia de la comisión Nacional de Servicio Civil para adelantar el proceso. (...) [A] los servidores públicos que laboran en las contralorías territoriales les eran aplicables las disposiciones de la Ley 909 de 2004 de forma transitoria y excepcional hasta que el legislador expidiera la normativa especial en materia de carrera administrativa, ello facultaba a la CNSC para adelantar procesos de selección para proveer las vacantes definitivas en las contralorías territoriales, en virtud de lo cual, dicho órgano tramitó el proceso núm. 1402 de 2020. Con la entrada en vigencia del Decreto Ley 409, el 16 de marzo de 2020, la entidad competente para la administración y vigilancia del Régimen de Carrera Especial de los servidores públicos de las contralorías territoriales es la Comisión Especial de Carrera (según el artículo 5° de esta normativa), pero de conformidad con su artículo 49, corresponde a la CNSC, adelantar las convocatorias públicas o procesos de selección para promover cargos de carrera de las contralorías territoriales que se encontraran en curso, en fase de planeación, o ya convocados a la fecha de expedición de tal ordenamiento. Así, en criterio de la Sala, el contenido del artículo 49 se debe aplicar en el caso puesto a su consideración, pues, en efecto, mediante el Acuerdo núm. 0211 del 12 de marzo de 2020, publicado el 13 de marzo siguiente en la página web de la CNSC, se

convocó a concurso dentro del proceso de selección núm. 1402 de 2020, es decir, previamente a la expedición y entrada en vigencia del Decreto Ley 409 del 16 de marzo de 2020. Aunque el Acuerdo 0211 de 2020 fue modificado por el Acuerdo 0086 de 2021, es claro que el proceso de selección para proveer cargos de carrera en la mencionada contraloría ya se encontraba en curso cuando entró a regir el Decreto Ley 409 del 16 de marzo del 2020. Por lo tanto, tal proceso deberá continuar rigiéndose, hasta su culminación por las disposiciones legales y reglamentarias de la carrera administrativa vigentes para la fecha de planeación, o al momento de la adopción del acto de convocatoria, en este caso, la Ley 909 de 2004, lo que incluye la competencia de la CNSC. En virtud de lo señalado, la Sala concluye que la autoridad competente para continuar el proceso de selección núm. 1402 de 2020, para la provisión de los empleos en vacancia definitiva de la planta de personal de la Contraloría Municipal de Ibagué, en las modalidades de ascenso y abierto, es la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues a tal proceso le resulta aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 49 del Decreto Ley 409 de 2020 y, por lo tanto, la normativa anterior a dicho régimen especial”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre las carreras administrativas especiales ver: Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2006.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la aplicación excepcional, supletoria y transitoria de la Ley 909 de 2004 al régimen especial de carrera administrativa de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales ver: Corte Constitucional, Sentencia C-073 de 2006.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 31 de agosto de 2022; C.P. Maria del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2022-00187-00\(C\)](#)

10
GÉNERO Y NO
DISCRIMINACIÓN



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SECCIÓN TERCERA

1. Se condena al Estado por falta de consentimiento informado frente a complicaciones quirúrgicas en cirugía de mamoplastia reductora, con una indemnización a favor de la paciente y su compañero permanente, por concepto de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados y perjuicio moral.

Síntesis del caso: "La señora (...) fue sometida a una cirugía de mamoplastia reductora, pero tuvo complicaciones post quirúrgicas que le ocasionaron la pérdida del pezón izquierdo, riesgo del cual no fue advertida. Demanda por los perjuicios que se le generaron por la ausencia de consentimiento informado, y por una falla del servicio médico por la falta de cuidado de las complicaciones postoperatorias del procedimiento, lo cual le generó graves consecuencias en su estado psicológico y en su vida familiar y de pareja."

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA MÉDICA / CONSENTIMIENTO INFORMADO / CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE / AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO / DAÑO POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO / RESPONSABILIDAD MÉDICA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO / PERSPECTIVA DE GÉNERO / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / DERECHOS DE LA MUJER / DERECHO DE LA MUJER A LA AUTONOMÍA / DERECHO DE LA MUJER A LA SALUD / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER / DAÑO CONTRA LA MUJER / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL / CIRUGÍA RECONSTRUCTIVA / DERECHO A INFORMARSE / DERECHO A LA INFORMACIÓN / DERECHO DE INFORMACIÓN AL PACIENTE / DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Problema jurídico 1: ¿Debe condenarse al Estado patrimonialmente, por la falla del servicio médico derivada de la ausencia de consentimiento informado de la paciente, respecto de los riesgos de la mamoplastia reductora, los cuales se concretaron en las complicaciones postoperatorias de la cirugía, que afectaron su vida emocional, social, sexual, y su derecho a la autonomía personal?

Tesis 1: "[E]l daño por el que se demanda se encuentra acreditado y consiste en las complicaciones postoperatorias de la mamoplastia reductora realizada a la señora (...), consistente en la pérdida de su pezón izquierdo y en la aparición de un hematoma en el seno derecho que, finalmente, fue calificado como benigno. Como consecuencia de esas complicaciones, se produjeron dos tipos de consecuencias a la demandante, de una parte, un estado depresivo leve debidamente acreditado por un dictamen de medicina legal y la afectación de su vida sexual con su compañero permanente. Estas complicaciones afectaron su derecho a la autonomía personal, ya que de conocer esos riesgos con anticipación no se hubiera sometido a ese acto quirúrgico, por lo que se debe determinar si el consentimiento informado de la paciente fue adecuado respecto de la información sobre la posibilidad de pérdida de un pezón y la aparición de un hematoma, que trajeron como consecuencia la afectación de su estabilidad psicológica y de su vida sexual. (...) En la demanda, respecto del consentimiento informado se imputa a la entidad demandada el que no se advirtiera a la señora (...), del riesgo que implicaba la mamografía reductora, en cuanto a la pérdida de pezón o areola de alguno de sus senos y que este riesgo no le fuera informado verbalmente por el médico tratante, (...) ni constaba en el documento que suscribió. (...) [L]a única forma de informar a la paciente sobre el riesgo de necrosis del pezón o la areola era un documento de esa índole, dado que, como lo establece la literatura médica no es frecuente, pero es probable, aún con la aplicación de la mejor técnica quirúrgica. En ninguna parte de la historia clínica, aparte del documento aislado que lo determina,

se puede deducir de manera expresa o tácita un comportamiento médico dirigido a enterar a la paciente de ese riesgo. En efecto, no es un asunto de poca monta, este tipo de cirugías involucra asuntos de género o mejor de derechos de las mujeres, cuando tienen un fin terapéutico, como sucede en el presente caso (...). Conforme a lo anterior, la ausencia de consentimiento informado de la señora (...), respecto de los riesgos de necrosis de los pezones o areolas después de la mamoplastia reductora, era de la mayor importancia, dado que era la única forma de enterarse sobre estos, por tratarse de una complicación poco frecuente. La lesión a su derecho a la autonomía personal causada por estas circunstancias, implicó la afectación de sus derechos como mujer, dado que no se cumplió con el fin terapéutico de mejorar su salud, en el sentido que no pudo contar con todos los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión razonable respecto de su salud y bienestar. En este caso era exigible, desde una perspectiva de género, individualizar los riesgos de la mamoplastia reductora, lo cual afectó su vida emocional, social y sexual, razón por la cual se confirmará la declaración de responsabilidad de la entidad demanda por ausencia de consentimiento informado en el presente caso."

NOTA DE RELATORÍA: obre los derechos de las mujeres en el marco de cirugías de reconstrucción, reducción o aumento de mamas, consultar providencias de la Corte Constitucional, T-002 de 2012, T-826 de 2011.

CIRUGÍA RECONSTRUCTIVA / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA MÉDICA / ACTIVIDAD MÉDICA / FALLA DEL SERVICIO / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / CIRUGÍA PLÁSTICA ESTÉTICA / CIRUGÍA ESTÉTICA / MUJER / DERECHO DE LA MUJER A LA SALUD / DERECHOS DE LA MUJER / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 2: *¿La mamoplastia reductora con fines terapéuticos, no se trata de una cirugía plástica con fines meramente estéticos sino de una cirugía reconstructiva, en la que su régimen aplicable es el común de falla del servicio?*

Tesis 2: "[L]a parte demandante señaló en la apelación que, por tratarse de una cirugía estética, se debe aplicar el régimen propio de obligaciones de resultado y que le correspondía a la parte demandada acreditar su diligencia. Debe señalarse que, en materia de responsabilidad médica, cuando se involucran obligaciones de medio o de resultado, se hace referencia a un problema de responsabilidad civil contractual, sobre todo en asuntos de cirugía plástica con fines meramente estéticos, que como se aclara más adelante, no es un supuesto en el que este comprendido el presente caso (...). Resulta necesaria la anterior aclaración, pero no es aplicable en este proceso, dado que es claro que cuando se trata de una mamoplastia reductora con fines terapéuticos, como sucede en el presente caso, en la que se buscaba solucionar las molestias en la columna vertebral de la señora (...), no se trata de una cirugía plástica con fines meramente estéticos sino de una cirugía reconstructiva, como quedó claro en todos los reportes de la historia clínica, en la que se régimen aplicable es el común de falla del servicio (...). La mamoplastia reductora de la señora (...) fue de carácter terapéutico, dirigida a solucionar las molestias en su columna vertebral causada por la hipertrofia mamaria bilateral, por lo que el carácter de su cirugía era reconstructivo y no meramente estético, razón por la cual, ni siquiera cabe preguntarse si el régimen de falla del servicio aplicable al caso debe cambiarse. La naturaleza de reconstructiva de la mamoplastia reductora ha sido reiterada en abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la que se ha concedido el amparo al derecho fundamental de la salud, en casos en los que las entidades de salud han rechazado este tipo de procedimientos por ser de naturaleza meramente estética y en las cuales la Corte ha señalado que son servicio cubiertos por el antiguo POS, dado que se dirigen a mejorar la condición de salud de las pacientes."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza de reconstructiva de la mamoplastia reductora con fines terapéuticos, consultar providencias de 14 de abril de 2010, Exp. 16068, C.P. Mauricio Fajardo Gómez (E); de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 19 de diciembre de 2005, Exp.1996-5497, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; y de la Corte Constitucional, T-531/04, T-935/01, T-389/01, T-070/01, T-1251/00, T945/11, T-004/12, T-152/12, T-375/12, T-467/12, T-920/13, T-142/14, T-457/14 y T-022/14.

PERJUICIO INMATERIAL / EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PERJUICIO INMATERIAL / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO INMATERIAL / AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / DERECHOS DE LA MUJER / DERECHO DE LA MUJER A LA SALUD / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER / DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL / DERECHO DE INFORMACIÓN AL PACIENTE / DERECHO A INFORMARSE / DERECHO A LA INFORMACIÓN / AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO / CONSENTIMIENTO INFORMADO / DAÑO POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO / CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE / DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN

/ COMPAÑERO PERMANENTE / DERECHOS DEL COMPAÑERO PERMANENTE / AFECTACIÓN DEL ENTORNO FAMILIAR / MEDIDA PECUNIARIA DE REPARACIÓN DEL DAÑO

Problema jurídico 3: ¿Hay lugar a reconocer una indemnización a favor de la paciente y su compañero permanente, por concepto de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, derivadas de la transgresión del derecho a la autonomía personal, por la falta información adecuada e idónea sobre las complicaciones de una mamoplastia reductora, y por la alteración de su relación de pareja?

Tesis 3: “[L]a Sala aplica los criterios expuestos por esta Corporación, en la sentencia de unificación de la Sala Plena del 28 de agosto del 2014, en la cual se sostuvo que esta clase de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados deben ser reconocidos como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos. (...) En el presente caso la indemnización reconocida a la señora (...) por vulneración a su derecho a la autonomía personal, corresponden a esta categoría de daño inmaterial, como lo ha señalado la Corte Constitucional, el consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones de la salud materializa valores constitucionales, tales como el principio de autonomía, el derecho a la información y el derecho a la salud, entre otros. Además, en materias sensibles como los derechos sexuales y reproductivos, involucra el derecho de las mujeres a decidir sobre su salud (...). Sin duda, la transgresión del derecho a la autonomía personal en el caso de la señora (...) tuvo múltiples efectos, de tener un información adecuada e idónea sobre las complicaciones de la mamoplastia reductora no se hubiera sometido a ese procedimiento, su concreción generó un episodio de depresivo y alteró de manera significativa su relación de pareja, entorno familiar, social y laboral. Así lo acreditan las declaraciones de las señoras (...), el dictamen de medicina legal y la atención psicológica por la que fue atendida en el hospital demandado. (...) Por esta misma vía, se solicita la indemnización por daño a la vida de relación respecto de su compañero permanente el señor (...) para la Sala los criterios anteriores son aplicables también a este demandante dada la alteración de su relación de pareja, por el daño causado a la señora (...). Razón por la cual se reconocerá indemnización al demandante en la categoría de daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos. Se confirmará la indemnización por 30 SMLMV en favor de la señora (...) y de 10 SMLMV para su compañero permanente.”

PERJUICIO MORAL / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / COMPAÑERO PERMANENTE / TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / ARBITRIO JUDICIAL / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA JUDICIAL / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA JUDICIAL / CONSENTIMIENTO INFORMADO / CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE / AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO / AFECTACIÓN DEL ENTORNO FAMILIAR / PROCEDENCIA DEL PERJUICIO MORAL

Problema jurídico 4: ¿Hay lugar a reconocer una indemnización por perjuicios morales a favor del compañero permanente de la paciente, por la alteración de su relación de pareja y entorno familiar, por razón de las complicaciones de la mamoplastia reductora de la víctima directa?

Tesis 4: “De la misma manera se reconocerá el daño moral solicitado en favor del señor (...) en la demanda y en el recurso de apelación, la afectación de su relación de pareja y entorno familiar por razón de las complicaciones de la mamoplastia reductora de la señora (...) permiten inferir sentimientos de angustia e impotencia. En aplicación de criterio de arbitrio judicial la Sala reconocerá la suma de 5 SMMLV en favor del demandante.”

Salvamento Parcial de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / FALLO EXTRA PETITA / IMPROCEDENCIA DEL FALLO EXTRA PETITA / FALLO ULTRA PETITA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA / INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA POR EL JUEZ / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO / PACIENTE / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INTERPRETACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / RESPONSABILIDAD MÉDICA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO / CONSENTIMIENTO INFORMADO / CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE / DOCUMENTO / SUSCRIPCIÓN DE DOCUMENTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / AUSENCIA DE FALLA

DEL SERVICIO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO / DAÑO A BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO / AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / HECHOS DE LA DEMANDA / DAÑO ANTIJURÍDICO / INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / GARANTÍAS DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Problema jurídico 1: ¿Resulta improcedente que el juez otorgue más allá de lo pedido, interprete, modifique o adicione pretensiones a la demanda, así mismo, la parte demandante tampoco puede variar la causa pretendida del proceso, lo cual ocurre en este caso, teniendo en cuenta, que se reconoce la indemnización por vulneración de bienes constitucional y convencionalmente protegidos, sin la reclamante haberlo solicitado, y sin cumplir con los requisitos que de forma oficiosa proceden en este tipo de reparaciones, acarreado una vulneración al principio de congruencia, y excediendo la competencia del mismo?

Tesis 1: “La razón esencial para el presente salvamento parcial estriba en que la Sala dio un alcance interpretativo a la demanda y confirmó la condena de la entidad con base en una imputación que no fue pretendida por los actores. Al descender al caso concreto, se observa que la parte actora solicitó que se le indemnizaran los perjuicios causados por la pérdida de la areola del seno izquierdo de la señora (...) como consecuencia de la supuesta falla en el servicio presentada en una cirugía de mamoplastia de reducción con complicaciones en el postoperatorio, etapa en la que se desprendió el tejido areolar como consecuencia de “la imprudencia (...) del doctor (...) al retirar el vendaje. (...) En los hechos también se indicó que el personal médico no le había brindado toda la información sobre los riesgos que implicaba la cirugía, argumento que fue ampliado en la reforma de la demanda, pero sin modificar las pretensiones; además, de admitirse que en esa oportunidad se propuso una nueva pretensión, relativa a la falta del consentimiento informado, para esa fecha ya no era procedente, dado que, en relación con algún supuesto daño derivado de la suscripción del documento denominado consentimiento informado, ya había operado la caducidad (...) La anterior situación la del consentimiento informado no se integró al petitum, pues allí se señaló que el daño estaba determinado por la afectación causada por el retiro irregular del vendaje, sin que hubiesen pedido perjuicios por una supuesta falta de información sobre la cirugía y sus posibles complicaciones. A pesar de ser estas las pretensiones que fueron formuladas expresamente, el tribunal a quo y la Sala, en esta oportunidad, concluyeron que no se acreditó la falla en el servicio en relación con la cirugía y el postoperatorio de la señora (...) argumento de la sentencia con el cual me encuentro de acuerdo; sin embargo, se estimó probado que no le informaron a la paciente sobre la totalidad de los riesgos que implicaba el procedimiento médico, de ahí que, en su criterio, resultara procedente el reconocimiento de una indemnización por vulneración de bienes constitucional y convencionalmente protegidos, los cuales, por ser de carácter personalísimo, solo permitían que se emitiera condena en relación con la víctima directa. Al respecto considero que, si bien en los hechos de la demanda se hizo referencia a la forma en la que fue obtenido el consentimiento informado, lo cierto es que en ninguna de las pretensiones se indicó que el proceso estuviera orientado a obtener un resarcimiento por un daño antijurídico derivado de este hecho en particular, como lo consideró el tribunal en la sentencia apelada y confirmado por la mayoría de la Sala. En ese mismo sentido, debo reiterar que la Sala, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que al operador judicial le está vedado ir más allá de lo pedido o, interpretativamente, adicionar pretensiones al libelo demandatorio, así como tampoco puede la parte actora variar la causa pretendida del proceso, pues esto contraviene la regla procesal de la no mutatio libellis, en virtud de la cual, una vez fijado el objeto del proceso, se prohíbe a las partes transformarlo o cambiarlo, planteando nuevas pretensiones. (...) Por tanto, el presente caso no cumplía con los requisitos necesarios para obtener la reparación integral, que justifique la condena impuesta por la mayoría de la Sala, dado que no se está en presencia de vulneraciones o una afectación relevante de bienes constitucionalmente protegidos a la luz del derecho internacional (...). Como consecuencia, estimo que no se puede suplantar la voluntad de los actores y variar la causa pretendida con la condena que profirió la mayoría de la Sala con base en la vulneración de bienes constitucional y convencionalmente protegidos, pretensión que no fue incluida en la demanda y que trajo como consecuencia la vulneración del principio de congruencia, que corresponde a una regla en virtud de la cual el juez, en su sentencia, no puede reconocer lo que no se le ha pedido (extra petita) ni más de lo pedido (ultra petita); es garantía del derecho fundamental al debido proceso y expresión del sistema dispositivo en el que las partes son las encargadas del impulso procesal (...) En las condiciones analizadas, el juez no puede indemnizar un daño que no fue invocado en la demanda, porque ello implicaría la modificación de las pretensiones, lo que no puede admitirse, dado que excedería la competencia del juez

(...) Como conclusión, a mi juicio, es claro que los hechos invocados en la demanda constituyen el fundamento de las pretensiones; sin embargo, la reparación por las supuestas irregularidades al obtener el consentimiento informado de la paciente no fue una pretensión de la demanda inicial y, si bien se lanzaron varios reproches en contra del médico tratante y se pretendió la reparación por su “falta al deber profesional”, los hechos narrados en relación con esa pretensión estuvieron orientados a indicar que su trato fue irrespetuoso y ofensivo, porque ella esperaba un resultado diferente del procedimiento quirúrgico, y a las supuesta fallas en las que incurrió al momento de retirar los puntos. En ese sentido, considero que, lo relacionado con la supuesta vulneración a bienes constitucional y convencionalmente protegidos de la paciente no era susceptible de ser indemnizado.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, providencia del 22 de noviembre de 2021, exp. 66773, C.P, José Roberto SÁCHICA Méndez; sentencia del 4 de marzo de 2022, exp. 48190, C.P, Carlos Alberto Zambrano Barrera; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 32988, C.P, Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, del 12 de agosto de 2019, exp. 68001-23-31-000- 1999-00048-01(49316), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia del 27 de agosto de 2020; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de junio de 2018, exp. 37646 C, P: Ramiro Pazos Guerrero; sentencia de esta Subsección, del 29 de octubre de 2018, exp. 45814, C.P, Ramiro Pazos Guerrero y sentencia del 11 de julio de 2019, exp. 49349, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: sentencia de 30 de agosto de 2022; C.P. María Adriana Marín, radicación: 76001-23-31-000-2010-01727-02 \(66340\)](#)

2. Se niega responsabilidad del Estado por muerte de civil que ejercía violencia intrafamiliar y que amenazó con machete la integridad de los agentes de la Policía Nacional que acudieron a proteger a la familia y, quienes le dispararon en legítima defensa.

Síntesis del caso: “El 30 de diciembre de 1997, en El Santuario, Antioquia, agentes de la Policía Nacional acudieron a una vivienda por un reporte de violencia intrafamiliar. Quien ejerció la violencia contra la familia los atacó con un machete, los agentes dispararon y él murió. Alegan falla del servicio por empleo de arma de dotación oficial y exceso de la fuerza pública.»”

DEBERES DEL ESTADO / CLASES DE DEBERES DEL ESTADO / DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA / CONSERVACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO / MANTENIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO / PRESERVACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO / FUNCIONES DE LA FUERZA PÚBLICA / DEBER DE PROTECCIÓN DE LA FUERZA PÚBLICA / DEBER DE PROTECCIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL / RESPONSABILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL / DEBERES DE LA POLICÍA NACIONAL / OBLIGACIONES DEL EJÉRCITO NACIONAL / DEBERES DEL EJÉRCITO NACIONAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / USO DE LA FUERZA / USO DE LA FUERZA PÚBLICA / PROPORCIONALIDAD DEL USO DE LA FUERZA PÚBLICA / USO DE ARMAS DE FUEGO / USO RESTRINGIDO DE ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / USO DE ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / ÚLTIMA RATIO / LEGÍTIMA DEFENSA

Problema jurídico 1: ¿Frente a una perturbación o agresión grave, los agentes enviados a restablecer el orden no tienen que tolerar situaciones contra su integridad y tienen derecho a su legítima defensa?

Tesis 1: “El artículo 2 CN prescribe que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todos los colombianos y residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. En armonía, el artículo 218 prevé que la Policía Nacional está instituida para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, para el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Para el cumplimiento de estos deberes, la fuerza pública –Fuerzas Militares y Policía Nacional– (art. 216 CN) tiene el monopolio de la coacción, a través de las armas, y está autorizada para el ejercicio legítimo de la fuerza. El uso de esta facultad encuentra su límite en el respeto a los derechos inalienables de las personas (art. 5 CN), en la dignidad

humana (art. 1 CN) y en la supremacía de los derechos fundamentales (art. 85 CN). Por ello, debe ser proporcional y razonable. (...) En consonancia, la ley faculta a la Policía Nacional, a través de sus agentes, para el empleo de la fuerza y de otros medios coercitivos solo cuando sea estrictamente necesario para impedir perturbaciones, restablecer la tranquilidad y seguridad de la comunidad (arts. 29 y 30 del Código de Policía Nacional, Decreto 1355 de 1970, vigente para la época de los hechos, retomados por los arts. 149.12 y 155 de la Ley 1801 de 2016). Por su parte, el artículo 39 del Decreto 2584 de 1993 –Régimen Disciplinario para la Policía Nacional vigente para la época de los hechos– establece como falta de sus agentes el trato violento a los ciudadanos, la extralimitación de sus funciones por uso de armas sin justificación y la ejecución de actos que atenten contra las garantías de los ciudadanos. Con esa perspectiva, el derecho inviolable a la vida (art. 11 CN) reviste una protección especial, como postulado rector del ejercicio legítimo de la fuerza por parte de las autoridades y presupuesto de existencia y ejercicio de los demás derechos. Así, desde el viejo mandato contenido en el artículo 29 de la Constitución de 1886, que corresponde al artículo 3 del Acto Legislativo n.º. 3 de 1910, el legislador no puede imponer la pena capital. Esta prohibición, que continúa vigente (art. 11 CN), tiene un carácter absoluto, cobija a todas las ramas del poder público y vincula a todas las autoridades como un genuino principio, punto de partida, de todo el ordenamiento constitucional. (...) El ejercicio legítimo de la fuerza para el mantenimiento del orden público y la guarda de la seguridad implica, es entonces, obrar con prudencia, mesura y hacer uso de los medios necesarios y proporcionados en relación con la causa o motivo de perturbación. Así, aunque el Estado debe estar preparado en todo momento para contener amenazas al orden público, la fuerza pública solo debe emplear los instrumentos suficientes y adecuados para su restablecimiento. De modo que el obrar de los agentes estatales debe ser proporcional al peligro que enfrentan, pues en un Estado de derecho, la Administración responde por las omisiones o extralimitaciones de agentes, en el ejercicio de sus funciones. Ello no quiere decir que, frente a una perturbación o agresión grave, los agentes enviados a restablecer el orden tengan que tolerar situaciones contra su integridad. A todo ser humano le es lícito protegerse, en el marco de la proporcionalidad, conforme al postulado de la legítima defensa. (...)

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el ejercicio legítimo de la fuerza por parte de las autoridades, consultar providencias de de 28 de abril de 1967, Exp. 138, C.P. Carlos Portocarrero Mutis; de 28 de abril de 1967, Exp. CE-SEC3-1967-04-28, C.P. Carlos Portocarrero Mutis; de 11 de febrero de 2009, Exp. 17318, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / IMPREVISIBILIDAD / IMPREVISIBILIDAD / EXTERIORIDAD JURÍDICA / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / ELEMENTOS DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / CONCEPTO DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / CULPA / CONDUCTA DE LA VÍCTIMA

Problema jurídico 2: *¿El Estado puede exonerarse de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima, cuando la conducta de esta sea contraria a la esperada, por negligencia, imprevisión, impericia, imprudencia, ignorancia, torpeza o por otro motivo semejante?*

Tesis 2: “La Sala reitera que el Estado puede exonerarse si se acredita que el daño provino de una causa extraña, esto es, que sea imputable al hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la propia víctima. Estas circunstancias impiden la imputación, desde el punto de vista jurídico, a la entidad que obra como demandada y para que se configuren deben concurrir tres elementos: (i) irresistibilidad, (ii) imprevisibilidad y (iii) exterioridad respecto del demandado. Frente a la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, la Sección Tercera ha sostenido que debe estar demostrado que este participó y que fue causa eficiente en la producción del resultado o daño. El orden jurídico impone a las personas –tanto las naturales, como las jurídicas, estas a través de sus agentes– que en todos sus actos procedan con la prudencia y diligencia necesaria, a fin de no causar daño a nadie. La culpa es un error de conducta, en que incurre quien asume un comportamiento –por acción o por omisión– contrario al esperado, por negligencia, imprevisión o impericia. La culpa en el ámbito de la responsabilidad civil –tanto de los particulares como del Estado– es la conducta contraria a la que debiera haberse observado (art. 63 CC). Una conducta desviada, bien por imprudencia, por ignorancia, por torpeza o por otro motivo semejante.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las causales eximentes de responsabilidad, consultar providencias de 24 de agosto de 1989, Exp. 5693, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo; de 20 de marzo de 1997, Exp. 10385, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; de 18 de octubre de 2000, Exp. 11981, Alier Eduardo Hernández Enríquez; y de 25 de julio de 2002, Exp. 13744, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Acerca de la noción de culpa, consultar providencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 15 de julio de 1912, Gaceta Judicial, Tomo XXI, n.º. 1040 a 1041, p. 262; y de 11 de marzo de 1952, Gaceta Judicial, Tomo LXXI, n.º. 2110 a 2111, p. 390.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑO

CAUSADO POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / USO DE ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / DAÑO CAUSADO A CIVIL CON ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / DAÑO CAUSADO CON ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR USO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL / USO DE ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / USO RESTRINGIDO DE ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / USO DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA / USO DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA PÚBLICA / USO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA / USO EXCESIVO DE LA FUERZA PÚBLICA / FALTA DE PRUEBA / LEGÍTIMA DEFENSA / DISPARO POR MIEMBRO DE POLICÍA / CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA / PROPORCIONALIDAD DE LA LEGÍTIMA DEFENSA / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / PRUEBA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / CONDUCTA DE LA VÍCTIMA / DOLO / CONFIGURACIÓN DEL DOLO / PRUEBA DEL DOLO / VIOLENCIA INTRAFAMILIAR / VIOLENCIA INTRAFAMILIAR CONTRA LA MUJER / VIOLENCIA CONTRA LA MUJER / ACCESO CARNAL VIOLENTO / PERSPECTIVA DE GÉNERO

Problema jurídico 3: ¿Se configura la causal de exoneración de responsabilidad del Estado, por culpa de la propia víctima, cuando en el caso, la causa eficiente del daño es, imputable a la conducta dolosa de esta al atacar con un machete a los agentes de policía que acudieron a un llamado por violencia intrafamiliar y había orden de un Juzgado de Familia para darle protección a la familia y de la Fiscalía para evitar que se presentara acceso carnal violento?

Tesis 3: “Según la demanda, unos agentes de policía dispararon (...), en uso excesivo de la fuerza. Los agentes provocaron la confrontación, motivaron la reacción de la víctima y no emplearon otros medios de defensa antes de disparar. (...) Conforme a las pruebas, (...) [la víctima] agredió física y verbalmente a su familia, (...) [la señora] –aquí demandante– solicitó protección y un juzgado ordenó que la policía otorgara protección y que (...) [el fallecido] cesara todo acto de agresión física y verbal. Un juzgado de familia investigaba a (...) [la víctima] por violencia intrafamiliar y la Fiscalía por acceso carnal violento. (...) [Posteriormente] dos policías llegaron a la vivienda de la familia (...) por denuncias de violencia intrafamiliar, encontraron a tres menores de edad y a una mujer que informó que su esposo los maltrataba, ya lo habían denunciado y ese día quería pegarles con un machete. Los agentes iniciaron el procedimiento con diálogo, pero (...) [la víctima] los insultó y les pidió que se fueran. Cuando los agentes pidieron que se calmara, (...) los atacó con un machete con la intención de lesionarlos y los oficiales huyeron para evitar la confrontación. Como (...) [la víctima] continuó atacándolos con el machete, los agentes dispararon. Los primeros disparos fueron al aire, para intimidar al agresor, pero como el ataque continuó, los agentes dispararon para defenderse y el agente (...) le disparó a (...) [la víctima] y murió. Según las pruebas, la causa del daño fue el hecho determinante de la víctima, pues (...) agredió a los agentes de policía con un machete y con la intención de lesionarlos. Los policías intentaron evadir los ataques, pero por la persistencia del agresor, debieron usar sus armas para defenderse. La causa eficiente del daño es, entonces, exclusivamente imputable a la conducta dolosa (...) [de la víctima]. Ante la situación creada por la propia víctima, se configuró una causa extraña que impide que el daño antijurídico sea imputado a la demandada y, por ello, la Sala confirmará la sentencia apelada.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 29 de julio de 2021; C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 05001-23-31-000-1998-01490-01\(42156\)](#)