

EDICIÓN
261

DICIEMBRE 2022



#MeSuscriboMeActualizo

BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Carlos Enrique Moreno Rubio
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate
Hernando Sánchez Sánchez
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. 261, diciembre 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 | 5 |
| I. NORMAS SUSPENDIDAS Y EXHORTOS | 6 |
| II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES | 7 |
| ➤ C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 11001-03-15-000-2022-05468-00 (AC). | 8 |
| ➤ C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación 11001-03-15-000-2022-02631-01 (AC). | 9 |
| ➤ C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-15-000-2022-03004-01 (AC). | 11 |
| ➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 73001-23-33-000-2022-00337-01 (AC). | 13 |
| ➤ C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 11001-03-15-000-2022-04159-01 (AC). | 15 |
| ➤ C.P.: María Adriana Marín, radicación: 47001-23-33-000-2014-00283-01 (AG). | 17 |
| ➤ C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 27001-23-33-000-2022-00058-01 (ACU). | 18 |
| III. SALA PLENA DEL CONTENCIOSO | 20 |
| ➤ C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-15-000-2021-11456-00(REV) | 21 |
| ➤ C.P. Maria Adriana Marín, radicación: 11001-03-15-000-2016-02271-00(REV) | 23 |
| ➤ C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-15-000-2021-07530-00(REV) | 25 |
| IV. SECCIÓN PRIMERA | 28 |
| ➤ C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-23-41-000-2019-01160-01. | 29 |
| V. SECCIÓN SEGUNDA | 31 |
| ➤ C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 11001-03-25000-2017-00042-00 (0142-2017) | 32 |
| ➤ C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2019-00601-00 (4727-2019) | 34 |
| ➤ C.P. César Palomino Cortés, radicación:19001-23-33-000-2018-00141-01 (1455-2019) | 35 |
| ➤ C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 76001-23-31-000-2003-0577-01 (967-2021) | 36 |
| ➤ C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-25-000-2017-00233-00 (1248-2017) | 37 |
| ➤ C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 05001-23-33-000-2017-02209-01 (6576-2019) | 39 |
| VI. SECCIÓN TERCERA | 42 |
| ➤ C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 05001-23-33-000-2001-00749-02(46945). | 43 |
| ➤ C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 76001-23-31-000-2005-05527-02 (63331) | 43 |
| ➤ C. P. Alberto Montaña Plata, radicación 13001-23-33-000-2001-00089-01(56219). | 46 |
| ➤ C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 68001-23-31-000-1998-01503-01(46823) | 47 |
| ➤ C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 11001-03-26-000-2016-00140-00(57819) | 50 |
| ➤ C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación 25000-23-26-000-2005-00440-01(65853). | 65 |
| ➤ C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25000-23-26-000-2011-01389-01 (68443) | 67 |
| ➤ C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814) | 70 |
| ➤ C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 13001-23-31-000-2006-00610-01(52191). | 73 |

VII. SECCIÓN CUARTA

77

- C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 73001-23-33-000-2015-00591-01 (26823). **78**
- C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2016-00494-01 (24982). **79**
- C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2020-00027-00 (25406) **82**
- C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2014-00883-01 (23865) **84**
- C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2020-00025-00 (25400). **88**
- C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 25000-23-37-000-2013-0272-01 (23143). **91**

VIII. SECCIÓN QUINTA

94

- C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 76001-23-33-000-2022-00050-01. **95**
- C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00068-00. **96**
- C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00115-00. **97**
- C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00240-00. **99**

IX. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

101

- C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2022-00097-00(C) **102**
- C.P. Maria del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2022-00214-00(C) **103**
- C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2022-00277-00 (2492) **104**

X. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO

107

- C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación 11001-03-15-000-2022-03821-01 (AC). **108**

EDITORIAL

Para la última edición del boletín del año 2022, presentamos varias providencias proferidas por el Consejo de Estado relevantes, en temas constitucionales, de lo Contencioso Administrativo y en su función de órgano consultivo.

Resaltamos dentro de los asuntos constitucionales, una decisión proferida en el marco de una acción de tutela que amparó los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, igualdad y acceso a la administración de justicia del accionante, al ser vulnerados por parte del Consejo Superior de la Judicatura por la generación de un bloqueo del dominio de cuentas de correo electrónico empleadas para efectos de remitir solicitudes y contestaciones dentro de un proceso judicial.

En otro asunto de la misma naturaleza, la Sección Quinta decidió proteger los derechos fundamentales a la salud y al trabajo en condiciones dignas de un empleado judicial que sufre de depresión y ansiedad y autorizó el acceso a su sitio de trabajo con su mascota, una perra de raza Golden Retriever.

La Sección Segunda negó el reconocimiento de la sustitución pensional de un hijo invalido del causante por no haber acreditado la dependencia económica y el estado de invalidez al momento de la muerte de su padre.

En temas de competencia de la Sección Tercera, la Corporación confirmó una decisión que negó las pretensiones de una demanda, al indicar que los antecedentes congénitos de la víctima constituyen un eximente de responsabilidad en evento de falla médica.

De igual manera en sentencia dictada por la misma Sección se declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por la detonación de un artefacto explosivo en una cárcel, el cual fue lanzado por un recluso no identificado, debido a la falla del servicio del personal de custodia que, en las requisas permitió el ingreso de dicho elemento causando lesiones a otro recluso.

Dentro de un proceso de medio de control de nulidad electoral, la Sección Quinta negó la nulidad del acto de elección de una representante a la cámara, al encontrar que la elegida no estaba inhabilitada para ocupar el cargo, debido a que tiene doble nacionalidad, en la medida que la demandada demostró que es colombiana por nacimiento, ubicándose por ende, dentro de la excepción legal.

En punto de género y no discriminación, dentro de una acción de tutela se otorgó protección a una mujer cabeza de familia que fue desvinculada de la Rama Judicial por un concurso de méritos y, se ordenó al nominador que sea tenida en cuenta en vacantes que se presenten en el futuro.

Deseamos a todos nuestros lectores una feliz navidad y próspero 2023.

I. NORMAS ANULADAS

SECCIÓN SEGUNDA

La Circular 413 del 4 de febrero de 2016, por medio de la cual se establecieron «los parámetros en cuanto a la vinculación de familiares de los funcionarios de la Previsora, S. A., Compañía de Seguros», expedida por la Gerencia de Gestión Humana y Recursos Físicos de dicha entidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de tres \(03\) de noviembre de dos mil veintidós \(2022\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-25-000-2017-00233-00 \(1248-2017\) \(Ver página 37 de este boletín\)](#)

SECCIÓN CUARTA

1. El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria*”, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: el aparte “*Las declaraciones que se hubieren presentado en periodos diferentes a los establecidos por la ley no tienen efecto legal alguno; por lo tanto, los valores efectivamente pagados con dichas declaraciones podrán ser tomados como un abono al saldo a pagar en la declaración del impuesto sobre las ventas del periodo correspondiente*”, contenido en el parágrafo 2 del artículo 1.6.1.6.3.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de noviembre de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2020-00027-00 \(25406\) Acumulados \(ver página 81 de este boletín\).](#)

2. El Oficio 2949 del 27 de diciembre de 2019, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de noviembre de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2020-00025-00 \(25400\) \(ver página 87 de este boletín\).](#)

**ASUNTOS
CONSTITUCIONALES**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIONES DE TUTELA

1. Se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, igualdad y de acceso a la administración de justicia, cuando se genera un bloqueo de dominio de las cuentas de correo electrónico empleadas para efectos de remitir solicitudes, requerimientos y contestaciones dentro de un proceso judicial.

Síntesis del caso: Se presenta acción de tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura - Centro de Documentación Judicial CENDOJ, a fin de solicitar la protección a los derechos fundamentales a la defensa, igualdad, debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la parte actora, los cuales se estimaron vulnerados por cuenta del bloqueo de unas direcciones de correo electrónico con el dominio davidleon.co, en virtud de una regla de restricción impuesta por la autoridad accionada, lo que no permitía que los documentos, solicitudes y demás requerimientos, enviados por los correos con dicho dominio, pudieran ser recepcionados por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, al interior del proceso ejecutivo con radicado n.º 11001310303120150094300, en el que el accionante funge como curador ad-litem de unos terceros con interés en las resultas de dicho expediente. Se amparan los derechos fundamentales invocados en el escrito de amparo, en tanto que, la autoridad accionada señaló que en efecto se presentaba una restricción de acceso a los correos de dominio del accionante; sin embargo, pese a que dentro de la contestación de la acción de tutela, dicha autoridad indicó que levantó la referida restricción, se constató que la vulneración de los derechos fundamentales se mantenía en el tiempo, por cuanto el bloqueo se seguía presentando desde el citado dominio, sin que la autoridad demandada ejecutará acciones tendientes a revocar dicha restricción.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / DESIGNACIÓN DE CURADOR AD LITEM / NOTIFICACIÓN DEL AUTO DE MANDAMIENTO EJECUTIVO / CORREO ELECTRÓNICO CON BLOQUEO / ACCESO AL CORREO ELECTRÓNICO / CANAL DIGITAL DE NOTIFICACIÓN / ERROR EN LA NOTIFICACIÓN / DOMINIO DE INTERNET RESTRINGIDO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema jurídico: ¿El Centro de Documentación Judicial de la Rama Judicial – CENDOJ – ha incurrido en la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia del accionante, al bloquear los correos provenientes del dominio davidleon.co?

Tesis: “En el presente asunto, el señor [D.M.L.F.] invoca la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, que estima vulnerados por el CENDOJ, toda vez que generó un bloqueo de todos los mensajes provenientes de las cuentas de correo electrónico asociadas al dominio davidleon.co, lo que le ha impedido ejercer adecuadamente la defensa de sus representados dentro del proceso con radicado n.º 11001310303120150094300 que cursa en el Juzgado

31 Civil del Circuito de Bogotá. (...) [Ahora bien,] la Sala advierte que, a la fecha, los derechos del abogado [D.M.L.F.] y, por consiguiente, de quienes representa como curador ad-litem ante el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá continúan siendo vulnerados, pues contrario a lo señalado por la directora del CENDOJ, todavía se encuentran restringidos los canales de comunicación con dicho despacho, en tanto el bloqueo de las cuentas de correo electrónico con el dominio davdivleon.co persiste. Igualmente, debe señalarse que aunque la directora del CENDOJ manifestó que el bloqueo tenía origen en el envío de mensajes de SPAM (publicidad o correos no deseados) desde los correos electrónicos asociados al mencionado dominio, de dicha circunstancia no aportó prueba alguna, razón por la cual se concederá el amparo de los derechos invocados en protección y se ordenará al CENDOJ que, en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a desbloquear los correos electrónicos con el dominio davidleon.co de manera que se garantice que los mensajes provenientes de dichas cuentas sean satisfactoriamente enviados y entregados a las direcciones de correo de la Rama Judicial.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 17 de noviembre de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 11001-03-15-000-2022-05468-00 \(AC\).](#)

2. Se vulneran los derechos fundamentales de las personas que viven en zonas rurales alejadas del casco urbano, en especial de la mujer campesina, cuando se omite sufragar el auxilio de transporte especial para acudir a las citas médicas, ante el cierre del centro de salud municipal.

Síntesis del caso: Se presenta acción de tutela contra la Presidencia de la República, entre otras autoridades, por la presunta vulneración de los derechos a la salud y de petición, en tanto que, dentro del municipio de Anolaima no existe un centro de salud al que puedan acudir las personas que viven en zonas rurales, en particular la accionante quien es una mujer campesina adulto mayor y que goza de especial protección constitucional. El juez de segunda instancia decide revocar el ordinal cuarto de la providencia de primera instancia, para en su lugar amparar los derechos fundamentales de la tutelante y, en consecuencia, ordenar a las entidades accionadas adelantar las gestiones pertinentes para garantizar el acceso a las citas médicas, en atención a su situación especial y desde un enfoque de género.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA / INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / INSISTENCIA DE REVISIÓN DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / DENUNCIA PENAL

Problema jurídico 1: [Corresponde a la Sala establecer ¿si resulta procedente la acción de tutela en relación con las pretensiones dirigidas a obtener (i) la reapertura del Centro de Salud de Reventones; (ii) el seguimiento del asunto por parte de la Superintendencia Nacional de Salud; (iii) las denuncias presentadas en contra de la E.P.S. Convida y (iv) la Fiscalía 41 Unidad de Vida Seccional Bogotá, por considerar que no cumple con el requisito de la subsidiariedad?]

Tesis 1: “[L]a Sala advierte que no resulta procedente revocar la aceptación de la coadyuvancia del Personero Municipal de Anolaima y del señor [R.E.F.R.], en representación de la Veeduría Ciudadana de los centros poblados de Reventones, pues su participación no implica que el debate de la acción de tutela cambie su órbita a un debate de derechos colectivos como lo entiende la parte actora, sino que la misma se limita a intervenir compartiendo las reclamaciones y argumentos expuestos por la parte demandante

como lo establece el artículo 13, inciso 2º del Decreto 2591 de 1991. De igual forma, aun cuando el señor [L.C.D.R.] sostuvo su desacuerdo con la decisión de primera instancia por no pronunciarse en cuanto a la supuesta falsedad contenida en el acta de la reunión realizada por la Personería Municipal de Anolaima, se advierte que no es posible efectuar algún análisis al respecto pues ello correspondería eventualmente a la Fiscalía General de la Nación y no al juez constitucional. Tampoco es procedente efectuar un pronunciamiento en cuanto a los reproches formulados frente a la actuación de la Fiscalía 272 Local de la Unidad de Direccionamiento e Intervención Temprana de Denuncias dado que no es la acción de tutela el mecanismo idóneo para obtener el impulso de la investigación, sino que debe acudir directamente al órgano acusador para ello. Además, dicho asunto no está relacionado con el objeto principal del presente mecanismo constitucional, el cual consistía en obtener la reapertura del Centro de Salud de Reventones y la protección del derecho a la salud de la señora [P.E.D.R.]. Por último, que no es posible ordenar a la Procuraduría General de la Nación que presente la insistencia ante la Corte Constitucional para que sea seleccionado en revisión el presente asunto, pues previo al trámite de insistencia puede presentar directamente un memorial en el que se solicite la selección del expediente (solicitudes ciudadanas de selección). Además, si luego de efectuado el estudio correspondiente la Corte Constitucional excluye la tutela de revisión, puede elevar la solicitud de insistencia ante cualquiera de los magistrados de esa Corporación o ante la Procuraduría General de la Nación para que de conformidad con lo establecido en el numeral 12º del artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000, evalúe si debe o no intervenir ante la Corte para solicitar que reconsidere la decisión de excluir de revisión el proceso. (...) [L]a Sala observa que aun cuando los demandantes junto con los demás miembros del corregimiento podrían acudir a la acción popular con el fin de obtener la protección de la colectividad que está siendo afectada por el cierre, lo cierto es que al tener un impacto sobre derechos fundamentales de carácter individual podría eventualmente habilitarse el estudio de fondo del asunto. No obstante, la acción de tutela resulta improcedente teniendo en cuenta que el cierre del establecimiento se originó en la medida de seguridad de carácter preventivo, dictada en el marco del procedimiento administrativo contemplado en la Ley 9 de 1979, artículo 576, que habilita a la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca a dictar medidas de seguridad encaminadas a proteger la salud pública. Así como en el ejercicio de la función de verificación del cumplimiento de las condiciones de habilitación de establecimientos de salud de conformidad con lo establecido en la Resoluciones Nos. 3100 de 2019 y 4445 de 1996. Dicha medida fue decretada mediante Acta No. 2503 de 15 de agosto de 2019, en virtud de los hallazgos encontrados por la Comisión Técnica de la Secretaría de Salud de Cundinamarca en el Centro de Salud los días 14 y 15 del mismo mes y año, los cuales dejaban en evidencia que se encontraba en un lugar de alto riesgo para la edificación y no cumple con la accesibilidad de pacientes, funcionarios y visitantes. (...) En este orden de ideas, el juez constitucional no tiene la posibilidad de intervenir en el asunto, pues éste se relaciona con las condiciones de habilitación del Centro de Salud, los trámites de legalización de títulos del predio en el que se planea construir la nueva sede del Centro de Salud y el presupuesto con el que cuenta la gobernación para ello. Por lo anterior, se confirmará la improcedencia de la acción de tutela en cuanto a este punto.”

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / LIMITACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN / DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO / MUJER CAMPESINA / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / ACCESO AL SERVICIO DE SALUD / ASIGNACIÓN DE CITA CON MÉDICO ESPECIALISTA / AUTORIZACIÓN DEL EXAMEN MÉDICO / CENTRO DE SALUD / SERVICIO DE TRANSPORTE / AUXILIO DE TRANSPORTE ESPECIAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico 2: [La Sala establecerá ¿si hay lugar a modificar el fallo de primera instancia, en el que se negó la solicitud de amparo en cuanto a los derechos fundamentales de petición y a la salud, o si se debe estudiar de fondo la pretensión relacionada con la reapertura del centro de salud y acceder al amparo constitucional, teniendo en cuenta que el cierre del mismo afecta los derechos individuales de los accionantes, pues no reciben un trato digno ni se les ha reconocido el auxilio de transporte para desplazarse hasta el casco urbano de Anolaima en donde se presta la mayor parte de los servicios médicos?]

Tesis 2: “Los accionantes manifestaron tanto en el escrito de tutela como en la impugnación que con ocasión al cierre del centro de salud del corregimiento de Reventones la señora [P.E.D.R.], quien

actualmente tiene 70 años y habita en zona rural del municipio de Anolaima (Vereda El Platanal), no ha recibido la atención médica que requiere pues la misma es prestada en el salón comunal del corregimiento en donde no se cuenta con las condiciones mínimas de salubridad e intimidad. Además, aseguraron que el hospital más cercano “está a (...) tres horas a pie por inextensos senderos montañosos que limita el acceso a la salud digna”. Por esa razón, afirmaron que al no contar con los recursos económicos para trasladarse al municipio de Anolaima o a la ciudad de Bogotá D.C. la señora [D.R.] no ha podido asistir a los exámenes y citas médicas programadas por la EPS ECOOPSOS. Al respecto, la Sala anticipa que revocará la decisión objeto de impugnación, teniendo en cuenta que, si bien la EPS ECOOPSOS ha autorizado y asignado las citas médicas de valoración y exámenes requeridos por la señora [D.R.], ésta no ha asistido aduciendo que no cuenta con la posibilidad de sufragar los costos para trasladarse hasta el municipio de Anolaima o a la ciudad de Bogotá, lo que claramente genera una barrera para el acceso a los servicios de salud que requiere. (...) [En efecto,] se advierte que aun cuando la EPS le ha autorizado y asignado las citas y exámenes de oftalmología, resonancia magnética de columna lumbosacra simple y radiografía de hombro que requiere la señora [P.E.D.R.], lo cierto es que al tenerse que practicar en el casco urbano de Anolaima y en la ciudad de Bogotá D.C. y al no contar la actora con los recursos para trasladarse fuera de su lugar de domicilio se constituye una barrera para el acceso a dichos servicios los cuales son indispensables para garantizar su derecho a la salud. Así mismo, no resulta de recibo para esta Sala que la EPS aduzca que no ha prestado el auxilio de transporte a la actora, en tanto no ha demostrado su condición de vulnerabilidad, pues la misma puede comprobarse por el hecho de que la señora [D.R.] es una mujer mayor con 70 años, que habita en zona rural del municipio de Anolaima y que se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado. (...) [Para la Sala,] es claro que al pertenecer al régimen subsidiado de salud se presume que la señora [P.E.D.R.] no cuenta con los recursos para sufragar los gastos de transporte para acudir a las citas y exámenes que le han sido programados por su EPS fuera de su lugar de domicilio (vereda El Platanal del municipio de Anolaima). A lo que se agrega que se trata de una mujer rural con 70 años, lo que sin duda la pone en una condición de vulnerabilidad mayor que amerita la intervención del juez constitucional, por pertenecer a un grupo de mujeres que han sido subvaloradas históricamente, que han sido objeto de violencias estructurales que han perpetuado su situación y para las cuales el acceso a la salud resulta de vital importancia pues contribuye a reducir los factores biológicos y socioculturales de desigualdad. Al respecto, el artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) establece que los Estados parte tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la Convención a la mujer en las zonas rurales. Así mismo, deberán adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales con el fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios. Particularmente, se establece que debe brindárseles “acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia”. Para esta Sala, dicha garantía abarca el derecho a la salud conforme a los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, por lo que deben eliminarse toda clase de barreras para su acceso, lo que, en consecuencia, comprende el servicio de transporte cuando las mujeres no cuenten con los recursos para sufragarlos de forma directa. (...) En este sentido, la Sala revocará el ordinal cuarto de la sentencia de 17 de junio de 2022, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C” y, en su lugar, amparará el derecho fundamental a la salud de la señora [P.E.D.R.]”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 27 de octubre de 2022, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación 11001-03-15-000-2022-02631-01 \(AC\).](#)

3. Se incurre en defecto sustantivo al rechazar una demanda por haberse configurado la caducidad del medio de control, al considerar que la suspensión de términos judiciales decretada con ocasión de la

pandemia no operaba respecto de los trámites de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación.

Síntesis del caso: Mediante los actos administrativos n.º 92716 del 21 de diciembre de 2018; 51016 del 30 de septiembre y 73536 del 13 de diciembre de 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a la sociedad Colombia Móvil. La Resolución n.º 73536 del 13 de diciembre de 2019 fue notificada por aviso el 24 de diciembre de 2019, por lo que, en principio, la compañía tenía hasta el 26 de abril de 2020 para solicitar la conciliación extrajudicial y ejercer el medio de control; sin embargo, la solicitud se radicó el 26 de mayo del mismo año. El Juzgado Primero Administrativo de Bogotá, a través de providencia del 21 de octubre de 2020, rechazó la demanda por haber operado el fenómeno de caducidad, ya que, en criterio de la autoridad judicial, la Procuraduría General de la Nación continuó tramitando las solicitudes de conciliación a través de medios virtuales, pues el Decreto 564 de 2020 no mencionó a dicha entidad al suspender los términos de caducidad durante la emergencia sanitaria. Apelada la anterior decisión, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante providencia del 24 de febrero de 2022, confirmó lo resuelto por el a quo.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / AUTO QUE RECHAZA LA DEMANDA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / APLICACIÓN INDEBIDA DE LA NORMA / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD POR SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS / COVID 19

Problema jurídico: ¿El Juzgado Primero Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, al rechazar la demanda porque había vencido el término de caducidad, incurrieron en defecto sustantivo por aplicación indebida del artículo 136 de la ley 1437 de 2011, dado que existía una normativa que suspendió el término de la caducidad de los medios de control, para contrarrestar los efectos de la pandemia ocasionada por el virus COVID 19?

Tesis: “[L]a negativa de aplicar los términos de suspensión de caducidad y prescripción, entre el 16 de marzo al 30 de junio de 2020, constituye el desconocimiento del artículo 1 del Decreto Legislativo 564 de 2020, en la medida en que, el objeto de la suspensión de los términos judiciales ordenada por el Gobierno Nacional buscaba contrarrestar los efectos de la pandemia frente al acceso a la administración de justicia y, por ende, tiene incidencia, en el conteo del término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) Sin que lo anterior desconozca que la Procuraduría General de la Nación no dispuso la suspensión de los términos administrativos para la presentación de conciliaciones prejudiciales en materia de lo contencioso administrativo, posibilidad que le otorgó el artículo 9 del Decreto Legislativo 491 de 2020. (...) Sin embargo, a juicio de esta Sala, “dicha norma no resultaba aplicable en este caso para abordar el análisis de la caducidad de la acción”. Para la Sala «la circunstancia de que la Procuraduría General de la Nación no hubiera suspendido los términos para la recepción de las solicitudes de conciliación prejudicial, no puede entenderse como una autorización para no descontar el término de tres (3) meses y catorce (14) días de suspensión de los términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta que esa fue la premisa normativa de la referida disposición que, se reitera, es aplicable a este caso concreto y permite garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia de los demandantes». Conforme con lo anterior, por motivo de la pandemia, los términos judiciales y los plazos de prescripción (de derechos) y caducidad (de los medios de control) se suspendieron desde el 16 de marzo de 2020 y se reanudaron a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cesó la suspensión. De igual modo, en el Acuerdo PCSJA20-11567, los términos estuvieron

suspendidos hasta el 30 de junio de 2020 y, por ende, se reanudaron el 1 de julio siguiente. Luego, entiende esta Sala que, para efectos de reanudar el término de caducidad, deberá adicionarse el periodo de la suspensión de los términos judiciales. (...) Si durante ese periodo que se adiciona, se presentó la solicitud de conciliación prejudicial, habrá que entenderse que se hizo en tiempo, habida cuenta de que se solicitó dentro del plazo previsto para demandar, conforme con la Ley 1437 de 2011 y el artículo 1 del Decreto Legislativo 564 de 2020. Pues, una conclusión en sentido contrario, conllevaría a sacrificar el acceso efectivo a la administración de justicia, al pasar por alto la suspensión de los términos judiciales ordenada entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020. (...) En ese contexto, la Sala advierte que la conclusión de la autoridad judicial demandada, según la cual, la suspensión de términos judiciales dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de 2020, no operaba respecto de los trámites de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación en materia de lo Contencioso Administrativo, configura el defecto sustantivo alegado por la parte actora. (...) Lo anterior, si se tiene en cuenta que, a efecto de computar el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que dio lugar a las providencias objeto de reproche constitucional, la Resolución 73536 del 13 de diciembre de 2019 -que puso fin a la actuación administrativa del expediente 13-34852 - fue notificada en aviso número 30660 del 24 de diciembre de 2019, que, por lo que, de acuerdo con el literal d) del artículo 164 del CPACA, el término de los 4 meses contado a partir del día siguiente de la notificación¹³, empezó a contar el 25 de diciembre de 2019, el cual, en principio, culminaba el 25 de abril de 2020. No obstante, en atención a la suspensión del término de caducidad establecido en el artículo 1 del Decreto Legislativo 564 de 2020 y que se extendió por tres (3) meses y catorce (14) días -entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020-, la oportunidad para radicar la demanda se trasladó al 11 de agosto de 2020. Pero, en el caso objeto de estudio, para esa fecha, se encontraba en trámite la conciliación prejudicial -cuya solicitud se radicó el 11 de mayo de 2020-, de la cual solo obtuvo constancia de no acuerdo el 16 de septiembre de 2020, luego, a partir del día siguiente -17 de septiembre de 2020- empezó a correr el (1) mes y diez (10) días con que aún contaba para ejercer el medio de control, es decir, hasta el 26 de octubre de 2020, como ello ocurrió el 28 de septiembre de 2020, el medio de control no se encontraba caducado."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 27 de octubre de 2022, C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-15-000-2022-03004-01 \(AC\).](#)

4. Se autoriza a un empleado judicial que sufre ansiedad y depresión el acceso al sitio de trabajo con su mascota.

Síntesis del caso: *Un empleado del Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué – Tolima solicitó que se le permitiera asistir a la sede judicial con su mascota, una perra de raza Golden Retriever, para tratar dolencias como ansiedad severa y depresión. Ante la negativa de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué, ejerció una acción de tutela alegando una violación a sus derechos fundamentales a la salud en condiciones de dignidad y trabajo. El Tribunal Administrativo del Tolima, en providencia del 13 de septiembre de 2022, negó las pretensiones. Esta Corporación, en segunda instancia, determinó el empleado judicial podrá ir a trabajar con su mascota, ya que la compañía del animal constituye "una medida terapéutica" para remediar los problemas que médicamente le fueron diagnosticados.*

FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA / DERECHO DE PETICIÓN / MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL NO IDÓNEO / DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL / ACCESO A SEDE JUDICIAL / DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / DIMENSIÓN EMOCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD / ANIMAL DE APOYO

Problema jurídico 1: *¿La acción de tutela ejercida cumple con el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que el accionante contaba con otro medio idóneo para solicitar la autorización de ingreso de su*

animal de apoyo emocional al despacho judicial, en específico, el derecho de petición presentado ante la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué?

Tesis 1: “[E]s importante precisar que en el presente caso la acción de tutela es procedente, teniendo en cuenta que el actor no cuenta con otro mecanismo de procedibilidad idóneo y eficaz para conjurar la situación que lesiona los derechos invocados por él. Si bien es cierto que a la fecha la autoridad judicial demandada no se ha pronunciado sobre la petición de 10 de agosto de 2022, a través de la cual el actor solicitó la autorización para ingresar a su canina al despacho judicial, también lo es que en el trámite de esta acción constitucional la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué se opuso a las pretensiones del actor, circunstancia que refuerza la eficacia de este mecanismo de amparo para estudiar los reproches que se invocan en este caso.”

ACCIÓN DE TUTELA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / DERECHO A LA SALUD MENTAL / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / DICTAMEN PSICOLÓGICO / DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / DIMENSIÓN EMOCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD / DEPRESIÓN / ATENCIÓN INTEGRAL AL PACIENTE / DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS / CLASES DE ANIMAL / ANIMAL DE APOYO / ANIMAL DE APOYO EMOCIONAL / ACCESO A SEDE JUDICIAL / ACCESO DE ANIMAL DE APOYO A SITIO DE TRABAJO / DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL / EMPLEADO JUDICIAL

Problema jurídico 2: *¿La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué vulneró los derechos fundamentales a la salud y al trabajo en condiciones dignas del accionante al denegar la solicitud consistente en autorizar el ingreso de la mascota del accionante, como animal de apoyo emocional, a las instalaciones del Palacio de Justicia - Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué?*

Tesis 2: “[P]ara la Sala es claro que si el actor cuenta con una condición psicológica de trastorno mixto de ansiedad y depresión que requiere, según el tratamiento dado por su psicóloga tratante, de la compañía de su animal de apoyo emocional, el Estado debe procurarle una especial protección, dado el diagnóstico que padece en su salud mental. Recuérdese que la jurisprudencia constitucional ha precisado que “las personas que presentan afectaciones a su salud mental son sujetos de especial protección constitucional”, por lo que requieren una mayor atención por parte de su familia, la sociedad y las entidades prestadoras de servicios de salud. (...) En este asunto, las particulares del caso concreto permiten evidenciar que la permanencia de la canina Isis en el Juzgado Segundo (2º) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, en primer lugar, no contraría la voluntad de las personas que laboran junto con el señor [J.S.C.R.], quienes en ningún momento se opusieron a las pretensiones del accionante. Por el contrario, el titular de ese despacho judicial, en calidad de empleador obligado a garantizar la protección, la seguridad y la salud de sus trabajadores, afirmó: (i) que coadyuva la solicitud de ingreso de la canina a la sede; (ii) que socializó el tema con su equipo de trabajo y que estos se encontraron receptivos y no presentaron ningún tipo de oposición; y (iii) que evidenció que la perra es dócil, tiene buen comportamiento en público, obedece las órdenes de su dueño y no es “escandalosa” o agresiva. En segundo lugar, la veterinaria tratante de la canina Isis manifestó que las patologías que tiene el animal no son transmisibles a los humanos y que aquella que podría serlo a través de la picadura de una garrapata, se encuentra controlada con el uso de collares, pipetas y pastillas, que se alternan mensualmente para evitar el riesgo de transmisión. Ahora bien, respecto a la protección que debe recibir la canina como ser sintiente, la veterinaria consideró que el permanecer en la oficina durante una jornada de 8 horas no afectaría las condiciones del animal, por lo que con el aval de su médico tratante es posible que ella esté en un entorno cerrado. (...) Máxime cuando no pertenece a las razas que han sido catalogadas por el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (Ley 1801 de 2016) como de manejo especial. (...) [L]a Sala considera que aun cuando no existe una norma que establezca los requisitos para la permanencia de animales de apoyo emocional en espacios cerrados o sitios públicos, como lo es el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, es apropiado que el actor acredite periódicamente ante Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué que el animal cumple con los requisitos sanitarios correspondientes, que no padece ninguna enfermedad transmisible a los humanos, que cuenta con sus respectivas vacunas y que está libre de parásitos internos y externos. Así mismo, el accionante debe ser responsable de la permanencia de Isis en las instalaciones de su lugar

de trabajo y de cualquier daño ocasionado a las personas, los bienes y la infraestructura y, además debe identificar plenamente a Isis con los elementos que la reconocen como animal de apoyo emocional. Igualmente, la Sala no puede ser ajena al hecho que en la actualidad algunas empresas privadas y entidades públicas han permitido a sus trabajadores el ingreso de mascotas, por ejemplo, en el Congreso de Colombia, que desde el 20 de septiembre de 2022 implementó una iniciativa para que los senadores pudieran traer a sus animales de compañía, bajo los cuidados y responsabilidad que implica su tenencia en tales instalaciones. En ese sentido, la Sala revocará la sentencia de 13 de septiembre de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima y, en su lugar, amparará el derecho fundamental a la salud de [J.S.C.R.]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia del 24 de noviembre de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 73001-23-33-000-2022-00337-01 \(AC\).](#)

5. No se vulneran los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, igualdad, trabajo y al mínimo vital del servidor público que, habiendo llegado a la edad de retiro forzoso, es retirado del servicio en cumplimiento de la Constitución y la Ley.

Síntesis del caso: Se acude en ejercicio de la acción de tutela contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa, a fin de solicitar la protección a los derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la vida, los cuales se estimaron vulnerados por cuenta de la expedición de las Resoluciones 100 y 137 de 2022, mediante las cuales se desvinculó al accionante del cargo de Juez Promiscuo Municipal de Santiago (Putumayo). Se declara la improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del requisito general de subsidiariedad, en tanto que dicho mecanismo constitucional no es el medio idóneo para controvertir los actos que dispusieron la desvinculación del servidor judicial en edad de retiro forzoso. A su vez, los jueces de tutela objetaron el hecho de que el accionante, quien se desempeñó como juez de la República por más de 25 años, no acudiera en tiempo al ejercicio del derecho de acción, ante la jurisdicción competente, para demandar su afiliación al régimen de pensión privada; así como también, que omitiera apropiar recursos para su manutención futura, una vez cumpliera el citado requisito por el que fue retirado del servicio, mientras se define su situación pensional.

ACCIÓN DE TUTELA / DESVINCULACIÓN DEL PROCESO / TERCERO PROCESAL / INEXISTENCIA DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Problema jurídico 1: [¿Es procedente acceder a la solicitud de desvinculación propuesta por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, en tanto que manifestó carecer de legitimación en la causa por pasiva, al no ser la autoridad que vulneró los derechos fundamentales de la parte actora?]

Tesis 1: “[Observa la Sala que,] [l]a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A solicitó que se le desvinculara del presente trámite por considerar que carece de legitimación en la causa por pasiva, pues los reproches de la parte actora se dirigen contra la autoridad judicial que expidió los actos administrativos que dispusieron su retiro del cargo de juez promiscuo municipal de Santiago (Putumayo). La Sala despachará desfavorablemente esta solicitud de desvinculación toda vez que tal entidad no fue vinculada como accionada, sino como tercero interesado en el resultado del proceso por conformar el extremo demandado al interior del proceso de ineficacia de la afiliación y nulidad de traslado, del régimen de prima media con prestación definida (RPM), al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), promovido.”

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / ACTO ADMINISTRATIVO DE RETIRO / CAUSALES DE RETIRO DEL SERVIDOR PÚBLICO / EDAD DE RETIRO FORZOSO / FUNCIONARIO JUDICIAL / EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR / AUSENCIA DEL PERJUICIO IRREMEDIABLE

Problema jurídico 2: ¿Se superan en el caso concreto los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, particularmente el de subsidiariedad, habida cuenta de que con el mecanismo constitucional se censuran unos actos administrativos proferidos por la autoridad accionada?

Tesis 2: “[Observa la Sala] que la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados parte de la premisa de discutir la presunción de validez y legalidad de un acto administrativo debidamente ejecutoriado que dispuso la separación del actor de su cargo por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, decisión que fue confirmada en su integridad. Con tal precisión, la Sala coincide con el a quo en el sentido de considerar que la petición de amparo deviene en improcedente en la medida en que para el propósito en comento, esto es, discutir la presunción y validez de los actos censurados, la parte debe hacer uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en el que podrá solicitar el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de la decisión controvertida, tal como lo prevé el artículo 231 ibídem. No obstante, debe tenerse en cuenta que el actor manifestó que en su situación en concreto se presenta un perjuicio irremediable que, de manera excepcional, habilita la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección. Al efecto, el demandante enfatizó en que no tiene otra fuente de ingresos distinta al salario que devengaba como juez. Asimismo, que cuenta con obligaciones crediticias que le resulta imposible sufragar ante la imposibilidad de seguir percibiendo su remuneración como juez. Sin embargo, la Sala coincide en el análisis que realizó el a quo constitucional respecto de las obligaciones financieras traídas a colación por el actor en el sentido que las mismas no cuentan con la fuerza probatoria suficiente para advertir que, en efecto, nos encontramos ante la configuración de un perjuicio irremediable. En ese sentido, tal y como advirtió el juez constitucional de primera instancia, el análisis de los créditos, tarjetas de crédito y demás productos informados por el actor no dan cuenta de una amenaza inminente para su subsistencia del actor. Lo anterior, se suma al hecho que el accionante fungió como juez de la República por más de 25 años y, en tal condición, resulta evidente que devengó prestaciones que le permitieran asegurar, cuando menos, ciertas contingencias que, en todo caso, obedecen a su propia negligencia en la demora en iniciar los trámites para acceder a una pensión una vez llegara la edad de retiro forzoso. Al margen de lo anterior, debe ponerse de presente que, en todo caso, el actor tampoco cumple con los requisitos que permiten flexibilizar la aplicación de la regla del retiro forzoso. (...) A manera de cierre, debe ponerse de presente que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha establecido que la causal de retiro por edad tiene sustento constitucional y procede aún de oficio por la autoridad nominadora, así no se haya reconocido la pensión de jubilación, según lo establecido en el artículo 130 del Decreto 1660 de 1978, tratándose de funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público. (...) Por consiguiente, es claro que el mecanismo de amparo no supera el requisito de subsidiariedad ante la consagración en el ordenamiento jurídico de otro instrumento idóneo para cuestionar la legalidad los administrativos ya referidos, aunado al hecho de que no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable el cual, en todo caso, puede ser sustento de una medida cautelar dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de retiro cuestionado a través de esta acción.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 17 de noviembre de 2022, C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 11001-03-15-000-2022-04159-01 \(AC\).](#)

ACCIÓN DE GRUPO

Las víctimas del desplazamiento forzado, beneficiarias de un proyecto de vivienda de interés social, carecen de legitimación en la causa por activa para pretender la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se declara que la constructora incumplió las condiciones para que se le asigne el proyecto.

Síntesis del caso: Los beneficiarios del subsidio de vivienda de interés social rural, otorgado al proyecto de vivienda familiar denominado "Familias Desplazadas de Aracataca I", presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, para que se declarara la responsabilidad de la Nación -Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Banco Agrario de Colombia S.A., el municipio de Aracataca y la empresa constructora Proa S.A.S, por los presuntos daños ocasionados en virtud de la expedición y falta de notificación de las Resoluciones 131 del 26 de diciembre de 2013 y 035 del 23 de abril de 2014, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento de Proa S.A.S de la condición establecida para asignar el subsidio y se ordenó la reinversión de los recursos al portafolio de reinversión del programa de Vivienda de Interés Social Rural del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. .

RECURSO DE APELACIÓN / ACCIÓN DE GRUPO / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / GRUPO DEMANDANTE / MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL / BANCO AGRARIO / INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES PARA ASIGNACIÓN DE PROYECTO / ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR / CONSTRUCTOR / CONSTRUCCIÓN DE PROYECTO DE VIVIENDA PARA VÍCTIMAS DEL DESPLAZAMIENTO / DERECHO AL SUBSIDIO DE VIVIENDA / SUBSIDIO DE VIVIENDA PARA VÍCTIMA DEL DESPLAZAMIENTO / SUBSIDIO FAMILIAR DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL / PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE SUBSIDIO DE VIVIENDA PARA VÍCTIMAS DEL DESPLAZAMIENTO / FALTA DE NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE SUBSIDIO DE VIVIENDA

Problema jurídico: ¿Es procedente conceder la reparación de los perjuicios causados a un grupo conformado por los beneficiarios del subsidio de vivienda de interés social rural otorgado al proyecto de vivienda familiar denominado "Familias Desplazadas de Aracataca I", por los daños ocasionados por la Nación -Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Banco Agrario de Colombia S.A., el municipio de Aracataca y la empresa constructora Proa S.A.S., en virtud de la expedición y falta de notificación de las Resoluciones 131 del 26 de diciembre de 2013 y 035 del 23 de abril de 2014, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento de Proa S.A.S de la condición establecida para la asignación de los recursos para el proyecto y se ordenó la reinversión de los recursos al portafolio de reinversión del programa de Vivienda de Interés Social Rural del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural?

Tesis: "[E] La Sala concluye que las resoluciones demandadas constituyen un acto administrativo particular y concreto, consecuencia de un procedimiento administrativo común y particular, en el que el Banco Agrario de Colombia declaró, en la etapa precontractual, el incumplimiento de la sociedad Proa S.A.S. de los requisitos para asignar los recursos del subsidio, situación que solo configura un interés particular respecto a la entidad afectada. No obstante lo anterior y dadas las circunstancias fácticas y jurídicas antes expuestas, la Sala observa que no les asiste interés material alguno a los actores respecto a los hechos alegados, por cuanto el acto administrativo que se demanda no lesionó el "derecho subjetivo [de los demandantes] amparado en una norma jurídica", correspondiente al acceso a la vivienda digna toda vez que i) por disposición expresa de la ley, la asignación del subsidio no generó derecho alguno, para los

oferentes, ni para los beneficiarios del proyecto, sino solo la mera expectativa de hacer efectiva la adjudicación de los recursos apartados para dicho proyecto de vivienda; ii) los accionantes son terceros respecto a las resultas del proceso administrativo adelantado por el Banco Agrario de Colombia, en contra de la sociedad Proa S.A.S. Como se explicó anteriormente, el objeto de las resoluciones cuestionadas versa sobre la declaratoria de incumplimiento de la entidad oferente por no efectuar las exigencias necesarias para perfeccionar la asignación de los recursos del subsidio y, iii) la norma determinó que una vez declarado el incumplimiento se debía ordenar la devolución de los recursos asignados para el proyecto, lo que permitió que la posibilidad de aspirar al subsidio de vivienda de los núcleos familiares que integran el grupo demandante quedara incólume, habilitándolos para postularse a nuevos proyectos de vivienda de interés social rural en cualquier parte del país y bajo cualquier modalidad, a tal punto de que tres de los núcleos familiares integrados a esta acción ya fueron beneficiados con un subsidio de este tipo. Por consiguiente, la Sala declarará de oficio la falta de legitimación en la causa de los demandantes para pretender la nulidad de los actos mediante los cuales se declaró el incumplimiento de Proa S.A.S de la condición establecida para asignar el subsidio y se ordenó la reinversión de los recursos al portafolio de reinversión del programa de Vivienda de Interés Social Rural del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, toda vez que no les asiste interés, dado que esa decisión no afecta su expectativa a obtener el subsidio de vivienda de interés social rural.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2022, C.P.: María Adriana Marín, radicación: 47001-23-33-000-2014-00283-01 \(AG\).](#)

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible cumplió el mandato establecido en el numeral 42 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993, al fijar el cupo global para el otorgamiento de autorizaciones de aprovechamiento forestal de bosques naturales en el Chocó.

Síntesis del caso: El representante de las comunidades negras ante el consejo directivo de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó - CODECHOCÓ, ejerció acción de cumplimiento para que se ordene al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, acatar el mandato contenido en el numeral 42 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993 y, en consecuencia, fije el cupo global de aprovechamiento forestal correspondiente a este ente corporativo.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / EXISTENCIA DE MANDATO IMPERATIVO E INOBJETABLE / CUMPLIMIENTO DE LA NORMA / FUNCIONES DEL MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE / APROVECHAMIENTO FORESTAL / AUTORIZACIÓN DE APROVECHAMIENTO FORESTAL / RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO FORESTAL / BOSQUE / TALA DE BOSQUE / PROTOCOLO RELATIVO A LAS ÁREAS Y FLORA Y FAUNA SILVESTRES PROTEGIDAS / CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL CHOCO

Problema jurídico: ¿La acción de cumplimiento es procedente para ordenar al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible cumplir el numeral 42 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993, que impone a esta cartera ministerial un mandato imperativo e inobjetable consistente en fijar los cupos globales de

especies para el aprovechamiento de bosques naturales y la obtención de especímenes de flora y fauna silvestre, con base en los cuales, las corporaciones autónomas regionales deben otorgar los respectivos permisos, concesiones y autorizaciones de aprovechamiento forestal?

Tesis: “[E] De la norma transcrita [numeral 42 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993] se advierte la existencia de un mandato imperativo en cabeza del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible consistente en fijar los cupos globales y determinar las especies para el aprovechamiento de bosques naturales y la obtención de especímenes de flora y fauna silvestre, con base en los cuales, las corporaciones autónomas regionales del país deben otorgar los respectivos permisos, concesiones y autorizaciones de aprovechamiento. El precepto no estableció un plazo específico, periodicidad o regularidad en la que dicho mandato debe cumplirse, sin embargo, sí definió que el ente ministerial debe tener en cuenta «la oferta y la capacidad de renovación de dichos recursos» como condición para poder fijar los mencionados cupos globales y determinar las especies para el aprovechamiento. (...) Por lo anterior y contrario a lo afirmado por el Tribunal en su sentencia, es claro que el ministerio accionado sí cumplió con lo establecido en el numeral 42 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993 al fijar, a través de la Resolución 1354 del 19 de julio de 2018, el cupo global para el otorgamiento de autorizaciones de aprovechamiento forestal de bosques naturales en la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó. De igual forma, se pudo advertir que la entidad ministerial adelanta las gestiones pertinentes en orden a emitir un acto administrativo para autorizar un nuevo cupo para este ente corporativo. Por otro lado, los elementos de juicio que aportó la parte actora, no permiten desvirtuar la postura asumida por el ministerio sobre la observancia de sus funciones en esta materia. Los requerimientos presentados por el demandante para que se fije la cuota de aprovechamiento a favor de la corporación, que se motivan en la decisión de CODECHOCÓ de suspender los trámites de autorización de aprovechamiento forestal persistente hasta que la cartera ministerial no establezca dicha cuota, no demuestran el incumplimiento de la obligación a cargo de la entidad accionada la cual, por el contrario y como se explicó anteriormente, logró acreditar que acató el mandato exigido. (...) [E]sta Sala no encuentra justificación para que prosperen, en estas circunstancias, las pretensiones del demandante frente a esta autoridad correspondiendo, en consecuencia, denegarlas.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia del 20 de octubre de 2022; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 27001-23-33-000-2022-00058-01 \(ACU\).](#)

**SALA PLENA
DEL CONTENCIOSO**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Para que la prueba documental recobrada pueda ser considerada en el marco del recurso extraordinario de revisión, esta debió estar extraviada o refundida en un escenario ajeno al proceso judicial y no dentro de este.

Síntesis del caso: En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, la parte accionante instauró demanda contra la sentencia del 4 de febrero de 2021, mediante la cual la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó el fallo de primera instancia del 7 de noviembre de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, que negó la nulidad del acto administrativo que declaró la insubsistencia del recurrente.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / SENTENCIA DE REVISIÓN / CONCEPTO DE RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / FINALIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / GENERALIDADES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / OBJETO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / TAXATIVIDAD DE LAS CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / PRUEBA RECOBRADA / REQUISITOS DE LA PRUEBA RECOBRADA / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONFIGURACIÓN DE LAS CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO

Problema jurídico 1: ¿La sentencia del 4 de febrero de 2021, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado incurrió en la causal 1° del artículo 250 del C.P.A.C.A., toda vez que el disco compacto que contendría las estadísticas de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz allegado con el recurso extraordinario de revisión constituye un documento recobrado o encontrado?

Tesis 1: “[P]ara que se estructure la causal 1.^a de revisión se requiere que el documento que se aduce como prueba recobrada o encontrada cumpla los siguientes requerimientos: (i) Que se trate de una prueba documental. No se admiten medios probatorios distintos tales como testimonios o inspecciones judiciales, entre otros. Es importante recordar que, en los términos del artículo 243 del Código General del Proceso, son de naturaleza documental los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todos los objetos muebles que tengan carácter representativo o declarativo. También se consideran documentos, para efectos probatorios, las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares. (ii) El documento debe ser encontrado o recobrado. Al respecto, es preciso tener en cuenta que «encontrar» hace referencia a «dar con alguien o algo que se busca o dar con alguien o algo sin buscarlo». Por su parte, el verbo «recobrar» se entiende como «[...] volver a tomar o adquirir lo que antes se poseía o se tenía [...]», es decir, que existiera en la época en la que se tramitó el proceso pero que hubiera estado refundido o extraviado. (iii) Que no hubieran podido ser aportados oportunamente por circunstancias ajenas a la voluntad del recurrente, es decir, por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria, eventos que deben encontrarse debidamente sustentados y probados. (iv) Que el documento o documentos que se afirman decisivos, en efecto, hubieran podido conducir a una decisión diferente. (...) Sobre la exigencia de que el documento sea recobrado o encontrado, la parte demandante afirmó que la información que hoy aporta en archivo electrónico estaba contenida en un CD que fue allegado al expediente del proceso ordinario, sin embargo, «infortunadamente desapareció, en circunstancias ajenas al impugnante, pero que ahora es recobrado». Esta Sala Especial de Decisión considera que no le asiste razón al recurrente sobre el carácter recobrado del documento. En primer lugar, nótese que la hipótesis que plantea excluiría per se la posibilidad de que la información que hoy se aporta pueda ser tenida como tal porque, aunque es cierto que la prueba recobrada se refiere a un documento extraviado o refundido que luego es recuperado, también es cierto que ello debe ocurrir en un escenario ajeno al proceso judicial pues, de ser este el caso, las normas procesales prevén las herramientas para la reconstrucción del expediente. (...) Ahora, como se estableció en precedencia, para la Sala no existe prueba que soporte que el mencionado disco compacto se aportó efectivamente al proceso ordinario. Sin embargo, bajo esta última premisa tampoco se evidencia que se

trate de una prueba recobrada pues lo cierto es que la información que se echó de menos en el proceso primigenio y que hoy se aporta con tal carácter, pudo haberse conseguido haciendo uso de las oportunidades procesales de instancia, lo que excluye la idea de que se tratara de un documento refundido o extraviado. (...) El anterior razonamiento es suficiente para descartar que las circunstancias expuestas por la parte recurrente se enmarcan en el concepto de la prueba recobrada”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la taxatividad de las causales de revisión, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de octubre de 1.993. Expediente Rev 040.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el concepto de prueba recobrada, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de noviembre de 2005, expediente 1999-00218; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de diciembre de 2000. Expediente núm. 7269.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Problema jurídico 2: *¿Procede declarar fundado el recurso extraordinario de revisión en relación con la causal 5ª del artículo 250 del CPACA, dado que la sentencia recurrida estaría viciada de nulidad al incurrir en presuntas irregularidades de índole probatorio y por desconocer los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del señor J.O.T.P.?*

Tesis 2: “Según el señor [J.O.T.P.] (...), la nulidad de la sentencia del 4 de febrero de 2021 se generaría debido a que, en lugar de analizar la totalidad del acervo probatorio allegado con la demanda, el fallo optó por justificar la negativa de las pretensiones en la pérdida o sustracción del CD que había sido aportado al expediente, contentivo de la estadística de la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz. No obstante, en líneas anteriores, esta Sala Especial de Decisión concluyó que no existe evidencia que permita sostener de manera razonable que el CD con la información estadística de los despachos que integraban aquella Unidad fue aportado con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho o en cualquier otra oportunidad del proceso primigenio, para extraviarse posteriormente. Esta consideración, por sí misma, resulta suficiente para dejar sin piso los argumentos que ofreció el demandante al respecto, sin que haga falta entrar en disquisiciones de índole jurídico sobre el alcance que podría tener la irregularidad enrostrada. (...) Ahora, el señor [J.O.T.P.] esgrimió una serie de razones complementarias como fundamento de la configuración de la causal 5ª del artículo 250 del CPACA. (...) Al respecto, resulta pertinente señalar que, las simples inconformidades respecto de las conclusiones que expuso el juez al efectuar el correspondiente análisis probatorio no configuran por sí mismas una vulneración al debido proceso. Igualmente, es oportuno recordar que el recurso extraordinario de revisión no es una oportunidad adicional para controvertir las motivaciones jurídicas y probatorias que soportaron la decisión de la providencia que se revisa, insistiendo en los argumentos que fueron esbozados dentro del proceso inicial, como si se tratara de una tercera instancia. (...) En conclusión, no se configura la causal establecida en el ordinal 5.º del artículo 250 del CPACA, pues no está demostrado que la sentencia del 4 de febrero de 2021 se dictó pese a haberse advertido que una de las pruebas determinantes para dirimir el litigio se había extraviado. Frente a los argumentos secundarios en los que el demandante sustentó esta causal, se observa que son inconformidades frente a la valoración probatoria que realizó el ad quem, extrañas al objeto del presente recurso extraordinario de revisión”.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS

Problema jurídico 3: *¿En el presente caso resulta procedente condenar en costas a la parte actora, toda vez que el recurso extraordinario de revisión se declaró infundado?*

Tesis 3: “Toda vez que el recurso extraordinario de revisión se presentó en vigencia de la Ley 2080 de 2021, en este asunto resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 70 ibidem, que modificó el 255 del CPACA para disponer que «si se declara infundado el recurso, se condenará en costas y perjuicios al recurrente». (...) [D]ado que el presente recurso no tiene vocación de prosperidad, se condenará al demandante al pago de las costas en favor de la parte demandada, en la medida en que se acredite su causación”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecinueve Especial de Decisión; sentencia del 19 de septiembre de 2022; C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-15-000-2021-11456-00 \(REV\)](#)

Salvamento parcial de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONDENA EN COSTAS / IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS

Problema jurídico: ¿En el presente caso resulta procedente condenar en costas a la parte actora, a pesar de que no se encuentra comprobada su causación?

Tesis: “[A]unque comparto que en este caso se debe declarar infundado el recurso extraordinario de revisión, discrepo de la imposición de la condena en costas, por cuanto si bien es cierto el artículo 255 del CPACA, modificado por el artículo 70 de la Ley 2080 de 2021, prevé que «[s]i se declara infundado el recurso, se condenará en costas y perjuicios al recurrente», en mi criterio esa regla se debe analizar en conjunto con la señalada en el numeral 8 del CGP (sic), esto es, que «[s]olo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación». Como en este asunto estimo que las costas (gastos o expensas del proceso y agencias en derecho) no se encuentran debidamente acreditadas, considero que no hay lugar a su imposición”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecinueve Especial de Decisión; sentencia del 19 de septiembre de 2022; S.P.V. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2021-11456-00\(REV\)](#)

2. El reconocimiento de perjuicios en cantidad superior a lo pretendido en la demanda y la falta de análisis de la condena proferida en primera instancia cuando esta conforma un aspecto ligado a la apelación, afecta la congruencia externa y la motivación completa, precisa y adecuada de la sentencia, viciándola de nulidad.

Síntesis del caso: En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, la parte accionante instauró demanda contra la sentencia del 16 de julio de 2015, mediante la cual la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó el fallo de primera instancia del 16 de octubre de 2009, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en donde se reconocieron unos perjuicios materiales e inmateriales a los demandantes del medio de control ordinario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / GENERALIDADES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / FINALIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / TAXATIVIDAD DE LAS CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / CONGRUENCIA EXTERNA DE LA SENTENCIA / DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / CONFIGURACIÓN DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN FUNDADO

Problema jurídico: ¿La sentencia del 16 de julio de 2015, dictada por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en la causal prevista en el numeral 5 del artículo 250 del CPACA, esto es, nulidad originada en la sentencia, específicamente por haber desconocido el principio de congruencia y por falta de motivación completa, precisa y adecuada de la sentencia?

Tesis: “El recurso extraordinario de revisión, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, constituye

una excepción al principio de inmutabilidad de las sentencias ejecutoriadas que hacen tránsito a cosa juzgada. Este pretende la infirmación de la providencia por resultar contraria a la justicia y al derecho, con miras a que se produzca una nueva decisión, ajustada a la ley. El legislador estableció de manera taxativa las causales que habilitan la procedencia del recurso extraordinario de revisión, previendo un uso indebido de este medio de impugnación que significara la apertura de un nuevo debate probatorio o interpretativo y, con ello, la autorización para una tercera instancia. (...) El recurso extraordinario de revisión no permite cuestionamientos sobre el criterio con el que el juez interpretó o aplicó la ley en la sentencia, o sobre la valoración probatoria que efectuó, de manera que su estudio se restringe a las causales taxativamente establecidas por el legislador. (...) De lo anterior se desprende que uno de los requisitos formales de la demanda consiste en invocar con precisión cuál es la causal de nulidad que se estima configurada, con indicación clara y exacta de los motivos y hechos que le sirven de fundamento, los cuales, en orden a ser analizados, deben estar estrechamente relacionados con el vicio alegado. (...) [S]on dos los presupuestos para que prospere la causal alegada: i) que exista nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso, y ii) que contra dicha providencia no proceda recurso de apelación. En relación con el primer elemento – nulidad originada en la sentencia- esta Corporación ha precisado que, en los aspectos no regulados por el CPACA, resultan aplicables al proceso contencioso administrativo las normas del CPC o del CGP, según la vigencia de dichas disposiciones respecto del proceso que se tramita. En el presente asunto, las demandas se interpusieron en vigencia del CPACA y del CGP, de manera que procede remitirse al artículo 133 de este último ordenamiento, el cual enlista las causales de nulidad del proceso. Adicionalmente, en concordancia con lo expuesto por la Corte Constitucional, se ha sostenido jurisprudencialmente que la nulidad no se restringe a las causales que contempla el ordenamiento procesal civil, sino que se deriva también de la violación del debido proceso estatuido en el artículo 29 de la Constitución Política. (...) El cargo de nulidad, además, debe tener origen en la sentencia o en hechos que sobrevengan con posterioridad a ella. Según la interpretación efectuada por esta Corporación, también es posible alegar la nulidad que ocurre antes de la emisión del fallo y que no pudo ser advertida por el recurrente en el curso del proceso. (...) En cualquier caso, la configuración de la causal de nulidad debe ser determinante en la decisión, al punto de que, de no haberse presentado aquella, esta hubiera sido distinta. (...) [A]parece fundado el recurso extraordinario de revisión, en cuanto se demostró que la providencia revisada adolece de nulidad por falta de congruencia externa y de motivación completa, precisa y adecuada. Los aspectos que vician la validez de la decisión obedecen a que: i) se ordenó el pago de una cantidad superior a la pretendida en la demanda, por concepto de daño a la vida de relación; y ii) se omitió analizar la condena de perjuicios impuesta en primera instancia, a pesar de que conformaba un aspecto ligado al asunto impugnado. La situación advertida impone la necesidad de declarar la nulidad del ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia revisada, para que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronuncie, exclusivamente, sobre la condena de perjuicios impuesta en primera instancia, en atención a lo establecido en el artículo 255 del CPACA.”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre las características del recurso extraordinario de revisión, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de mayo de 2018, Exp. 1998-00153-01(REV), M.P. Alberto Yepes Barreiro y Corte Constitucional, sentencia T-649 de 2011.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la violación al debido proceso como causal de nulidad de la sentencia, ver: Corte Constitucional, C-491 de 1995, C-217 de 1996 y C-739 de 2001.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre los vicios que pueden dar lugar a la nulidad de la sentencia, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 11 de mayo de 1998, rad. REV-093; 18 de octubre de 2005, rad. 2000-00239 y de 20 de octubre de 2009, Rad. REV-2003-00133. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 11 de junio de 2009, rad. 836-06; y Sección Primera, sentencia de 14 de diciembre de 2009, rad. 2006-00123; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. 11001-03-15-000-2008-00294-00, M.P. Mauricio Torres Cuervo.

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre la causal de revisión contenida en el numeral 1 del artículo 250 del C.P.A.C.A., ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. REV-1996-132-01, M.P. María Inés Ortiz Barbosa; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 20 de octubre de 2009, Rad. 2003-00133 y Sección Tercera Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, Rad. 2008-35319-00 (Rev.), Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 2 de septiembre de 2013, exp. 2006-00568-01(33059), M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

NOTA DE RELATORÍA 5: Sobre el principio de congruencia de la sentencia, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de agosto de 2002, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección B, M.P. Cesar Palomino Cortés, exp. 11001-03-25-000-2013-00838-00; Corte Constitucional, sentencia T-961 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y sentencia T-079 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

NOTA DE RELATORÍA 6: Sobre el quantum indemnizatorio por concepto de perjuicios morales en los casos de privación injusta de la libertad, ver: Consejo de Estado, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, rad. 2002-02548-01(36149), M.P. Hernán Andrade Rincón (e).

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión; sentencia del 26 de octubre de 2022; C.P. María Adriana Marín, radicación: 11001-03-15-000-2016-02271-00\(REV\)](#)

Aclaración de voto de la consejera Nubia Margoth Peña Garzón

ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / GENERALIDADES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / FINALIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / TAXATIVIDAD DE LAS CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Problema jurídico: ¿El desconocimiento del precedente judicial configura la causal de revisión de haberse presentado una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación?

Tesis: “[A]unque en el fallo se mencionó que esta Corporación ha aceptado que, en algunos pronunciamientos, “el desconocimiento de las sentencias de unificación” hace procedente el recurso de revisión bajo la causal de nulidad originada en la sentencia, lo cierto es que tales decisiones no recogen una postura mayoritaria, razón que impidió el análisis de ese argumento en el fallo, sustentado además en la naturaleza extraordinaria de este recurso y en el hecho de que este límite evita el “uso desmedido e irracional de este medio de impugnación que abra la posibilidad de ser utilizado como una tercera instancia”. Así las cosas, el mantener la tesis de improcedencia tiene respaldo en la extrema rigurosidad del recurso extraordinario que impone como deber del recurrente probar la transgresión grave del derecho al debido proceso del fallo que cuestiona, dentro de los eventos permitidos, siempre y cuando se acredite que para remediarla no existe un medio judicial que garantice el derecho fundamental invocado. Finalmente, considero que tal reproche es propio de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, según la sentencia C-590 de 2005, que delimita tal desconocimiento como una de las causales específicas de procedibilidad de este medio de amparo, lo que aclara con suficiencia que no constituye una causal de revisión, a pesar de algunos pronunciamientos judiciales que consideran lo contrario”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el desconocimiento del precedente judicial, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005 y Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Sala Trece Especial de Decisión, Sentencia de 7 de abril de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02724-00(REV).

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión; sentencia del 26 de octubre de 2022; A.V., Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-15-000-2016-02271-00\(REV\)](#)

3. El recurso extraordinario de revisión no constituye un mecanismo para controvertir el razonamiento jurídico del juez de instancia ni para remediar las falencias cometidas por las partes en el desarrollo del proceso ordinario.

Síntesis del caso: En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, la parte accionante instauró demanda contra la sentencia del 15 de octubre de 2020, mediante la cual la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó el fallo de primera instancia del 16 de noviembre de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo del Caquetá, en el que se negó el reconocimiento de una asignación mensual de retiro.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO

FIN AL PROCESO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO

Problema jurídico 1: *¿La sentencia del 15 de octubre de 2020, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, incurrió en la causal de revisión señalada en el numeral 5 del artículo 250 del C.P.A.C.A., esto es, por haberse presentado una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación y, en específico, por la presunta violación a los principios de congruencia y non reformatio in pejus?*

Tesis 1: “La causal contenida en el numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011 establece que podrá demandarse la revisión por “[e]xistir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”. (...) Adicionalmente, la jurisprudencia ha considerado que el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 248 de la Ley 1437 de 2011, bajo la causal de “nulidad originada en la sentencia que puso fin a proceso y contra la que no procede recurso de apelación”, es el mecanismo judicial idóneo para alegar la posible falta de congruencia de un fallo de segunda instancia, lo cual puede traducirse en una vulneración del derecho fundamental al debido proceso (...). Como se aprecia, para la configuración de esta causal de revisión resulta indispensable que se funde en la ocurrencia de: i) un supuesto configurativo de las causales de nulidad procesal previstas taxativamente en el artículo 133 de la Ley 1564 de 2012, siempre que estas se prediquen de la sentencia; ii) las hipótesis creadas jurisprudencialmente que comportan la violación del derecho fundamental al debido proceso, tales como: • Haberse dictado con sustento, únicamente, en una prueba obtenida con violación al debido proceso. • Haberse dictado fallo condenatorio contra una persona que no fue vinculada al proceso. • Proferir una sentencia sin motivarla. • Dictar un fallo inhibitorio injustificado. • Faltar al principio de congruencia. • Vulnerar el principio de la “non reformatio in pejus”. Además, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado determinó que igualmente podrían existir otros supuestos en que la configuración de la causal de nulidad originada en sentencia por violación a la garantía constitucional al debido proceso habría de tener cabida y que no necesariamente se agotan de manera exhaustiva en los eventos señalados. (...) [A]unque el desconocimiento del principio de congruencia y del principio de la no reforma en peor son hipótesis jurisprudenciales que eventualmente pueden estructurar la causal de revisión prevista en el numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, la Sala advierte que la argumentación propuesta por la parte recurrente está orientada, en esencia, a reabrir el debate jurídico que se surtió en el proceso primigenio y, de esa manera, propiciar una tercera instancia que no es de recibo en esta sede extraordinaria. En efecto, se evidencia la manera en que la parte recurrente, a través de este mecanismo excepcional, pretende controvertir la normativa aplicada por el juez de segunda instancia y con base en la cual no encontró procedente el reconocimiento de la asignación de retiro a su favor. (...) [A] partir de la lectura global del recurso extraordinario, se logra apreciar que la parte actora cuestiona la aplicación del Decreto 754 de 2019 sobre la base de que no fue objeto de discusión durante el proceso ordinario e indica el régimen legal que, a su juicio, debió ser aplicado por el Consejo de Estado al examinar el asunto en segunda instancia, aspecto que se relaciona directamente con la fundamentación jurídica de la sentencia objeto de censura. Así las cosas, la Sala estima que, en ejercicio de este mecanismo de impugnación, el demandante persiste en su inconformidad con el fallo cuestionado por resultar adverso a sus intereses, a la vez que propone un nuevo razonamiento jurídico para controvertir lo plasmado en tal providencia y obtener una decisión diferente que conduzca al reconocimiento judicial de la prestación solicitada. (...) [D]e los antecedentes de la providencia se desprende que contra el fallo de primer grado solo se interpuso un recurso de apelación -el del demandante, hoy recurrente en revisión-, y en la parte motiva se evidencia que los argumentos expuestos en esa impugnación fueron los que el Consejo de Estado consideró para emitir la sentencia de segunda instancia. Bajo ese entendimiento, con dicha afirmación en modo alguno se desconoció la calidad de apelante único del accionante ni resolvió el asunto sin limitaciones, como lo pretende hacer ver el recurrente, máxime cuando su situación no se agravó por cuenta de la sentencia cuestionada, puesto que el ad quem se limitó a confirmar el fallo del tribunal administrativo de primera instancia mediante el cual se habían negado las súplicas de la demanda. Por lo expuesto anteriormente, a juicio de la Sala no se verificó un quebrantamiento del principio de la non reformatio in pejus que tenga la virtualidad de afectar la validez de la sentencia, razón por la que la causal de revisión invocada tampoco se configura en relación con este supuesto”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el objeto y finalidad del recurso extraordinario de revisión, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de octubre de 2005, radicación No. REV-173, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del julio

12 de 2005, radicación No. REV-00143, C.P. María Claudia Rojas Lasso y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Trece Especial de Decisión, sentencia de 7 de abril de 2015, radicación No. 11001-03-15-000-2013-02724-00 [REV], C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la causal de revisión contenida en el numeral 5 del artículo 250 del C.P.A.C.A., ver: Consejo de Estado, Sala Veintidós Especial de Decisión, Sentencia del 2 de febrero de 2016, expediente No. 11001-03-15-000-2015-02342-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre el principio de no reformatio in pejus, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Octava Especial de Decisión, sentencia del 14 de diciembre de 2021, radicación: 11001-03-15-000-2017-00512-00, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón; Sala Especial de Decisión No. 19, sentencia del 16 de marzo de 2022, radicación: 11001-03-15-000-2021-00921-00, C.P. William Hernández Gómez. Ver también: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de diciembre de 2021, radicación: 11001-03-25-000-2014-00507-00, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 17 de marzo de 2021, radicación: 68001-33-31-006-2010-00296-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO / PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO

Problema jurídico 2: *¿Resulta procedente la condena en costas y agencias en derecho en el recurso extraordinario de revisión bajo estudio al haberse declarado infundado?*

Tesis 2: “Como en el presente asunto resultan aplicables las disposiciones procesales contenidas en la Ley 1437 de 2011, con las modificaciones introducidas por la Ley 2080 de 2021 -normativa vigente al momento de interposición del recurso extraordinario de revisión-, existe norma especial que impone la condena en costas cuando el recurso se declara infundado. De este modo, se condenará en costas a la parte recurrente. Al respecto, se aprecia que la entidad pública accionada constituyó apoderada judicial para atender el presente asunto, circunstancia a partir de la cual es razonable inferir que se ejerció la vigilancia del proceso de la referencia. Lo anterior, en criterio de la Sala, resulta suficiente para disponer la fijación de agencias en derecho a su favor en la liquidación de costas, según lo preceptuado en los artículos 365 y 366 de la Ley 1564 de 2012”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Novena Especial de Decisión; sentencia del 7 de octubre de 2022; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-15-000-2021-07530-00\(REV\)](#)

Salvamento parcial de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO / CONDENA EN AGENCIAS EN DERECHO / IMPROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO

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

Tesis: “[A]unque comparto que en este caso se debe declarar infundado el recurso extraordinario de revisión, discrepo de la imposición de la condena en costas, por cuanto si bien es cierto el artículo 255 del CPACA, modificado por el artículo 70 de la Ley 2080 de 2021, prevé que «[s]i se declara infundado el recurso, se condenará en costas y perjuicios al recurrente», en mi criterio esa regla se debe analizar en conjunto con la señalada en el numeral 8 del CGP, esto es, que «[s]olo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación». Como en este asunto estimo que las agencias en derecho no se encuentran debidamente acreditadas, considero que no hay lugar a la imposición de costas con cargo a la parte demandante”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Novena Especial de Decisión; sentencia del 7 de octubre de 2022; S.P.V. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2021-07530-00\(REV\)](#)

SECCIÓN
PRIMERA


CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

El juez, al momento de verificar los requisitos de admisibilidad del medio de control, no puede exigir al demandante suprimir sujetos procesales, toda vez que es una facultad propia de éste definir cuáles son las personas naturales o jurídicas que, a su juicio, se encuentran llamadas a responder por las pretensiones de la demanda.

Síntesis del caso: La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. E.S.P. -ETB S.A. E.S.P.-, invocando el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -MinTIC- y de la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC-. El magistrado conductor del proceso inadmitió la demanda porque en el libelo se señalaron como partes demandadas tanto el MinTIC como la CRC, cuando la realidad es que la CRC fue la única autoridad administrativa que expidió los actos acusados. El juez de primera instancia finalmente rechazó la demanda luego de considerar que la misma no había sido corregida conforme a lo ordenado en el auto inadmisorio de 12 de marzo de 2021, teniendo en cuenta que no se retiró al MinTIC como entidad demandada.

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO QUE RECHAZA LA DEMANDA / AUTO QUE INADMITE LA DEMANDA / CONTENIDO DE LA DEMANDA / DESIGNACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA / FACULTAD DE LA PARTE DEMANDANTE / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / IMPROCEDENCIA DEL AUTO QUE INADMITE LA DEMANDA / IMPROCEDENCIA DEL RECHAZO DE LA DEMANDA / REVOCATORIA DEL AUTO

Problema jurídico: Si se debe confirmar el auto de 29 de marzo de 2022 proferido por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio del cual se rechazó la demanda, por no haberse corregido los defectos indicados en el auto inadmisorio.

Tesis: Los argumentos que dieron lugar a que el a quo dispusiera la inadmisión de la demanda, están asociados a que se incumplió con la carga impuesta en el numeral 2° del artículo 162 del CPACA, relacionada con la necesidad de expresar con claridad y precisión lo que se pretende con la demanda. Lo anterior, porque en el caso de autos no era procedente demandar al MinTIC por la expedición de unos actos administrativos que fueron expedidos exclusivamente por una entidad administrativa con personería jurídica como lo es la CRC. Asimismo, por cuanto la pretensión 2.1. de la demanda está dirigida en contra de la CRC cuando la verdadera llamada a responder eventualmente por tal restablecimiento económico es Comcel S.A. Por su parte, la sociedad demandante cuestiona el hecho consistente en que el a quo haya decidido que el verdadero legitimado por pasiva para comparecer al proceso sea únicamente la CRC y no en conjunto con el MinTIC, dado que al momento de expedición de las resoluciones demandadas la primera de estas entidades no contaba con personería jurídica propia y, por consiguiente, debía comparecer al proceso por intermedio del ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Del mismo modo, reprocha que se le obligue a modificar sus pretensiones de restablecimiento económico, toda vez que esa es una facultad propia de la parte que ejerce el derecho de acción y a la autoridad judicial únicamente le está dado, al momento de resolver el fondo del asunto, decidir si le asiste razón o no respecto de lo solicitado. Agrega que, en el caso de autos, las pretensiones económicas se dirigen en contra de la CRC por ser la entidad que suscribió las resoluciones acusadas y la cual está llamada a responder por los eventuales perjuicios económicos que se hayan derivados de sus actuaciones administrativas. [...] Del análisis del numeral 1° de la norma en comento [artículo 162 del CPACA], para la Sala es claro que la obligación del accionante, al momento de radicar la demanda, está asociada al deber de designar cuáles son las personas naturales o jurídicas que, a su juicio, se encuentran llamadas a responder por sus pretensiones. Dicha facultad es la que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta corporación judicial, se denomina «legitimación en la causa de hecho o procesal» y está referida a la relación procesal entre el demandante y demandado, la cual surge a partir de la presentación de la demanda y se traduce en la posibilidad de que los sujetos litigiosos puedan intervenir en el proceso y

ejercer los derechos de defensa y de contradicción. En este orden de ideas, la Sala considera que el Tribunal de primera instancia se equivocó cuando, al momento de verificar los requisitos de admisibilidad del medio de control, exigió al demandante suprimir como sujeto procesal demandado al MinTIC, toda vez que es una facultad propia de la parte accionante definir cuáles son las personas naturales o jurídicas que, a su juicio, se encuentran llamadas a responder por las pretensiones de la demanda. Cuestión distinta es que, una vez se resuelva el fondo del asunto o al momento de resolver las excepciones, el juez de conocimiento encuentre que una de las entidades demandadas no está llamada a responder por los daños o perjuicios alegados por el demandante, pero ello no es un asunto que se encuentre relacionado con la instancia inicial de la admisibilidad del medio de control sino con el fondo de la controversia -legitimación en la causa material. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala no encuentra que existieran razones para inadmitir la demanda bajo el supuesto de que no se indicó con precisión cuáles eran los sujetos demandados, puesto que, en el libelo introductorio, la demandante fue precisa en señalar [...] 1.2. DEMANDADO. -NACIÓN - MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, representada por la Ministra [...], o quien haga sus veces. - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES - CRC, Unidad Administrativa Especial con personería jurídica, representada por la Directora Ejecutiva [...]. [...] Sumado a lo anterior, la Sala no encuentra que la vinculación procesal del MinTIC, como entidad demandada, sea abiertamente improcedente, en tanto que, como lo afirma el recurrente, solo fue hasta el 25 de julio de 2019 -con la modificación introducida por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019- que se le otorgó personería jurídica a la CRC. En el anterior contexto, y en razón a que los actos demandados se suscribieron por la citada comisión de regulación los días 5 de abril y 19 de julio de 2019, resultaba procedente demandar al MinTIC, como entidad que, para dicho momento, ejercía la representación judicial de la CRC. [...] En consecuencia, y comoquiera que el rechazo de la demanda estuvo sustentado en una causal de inadmisión que no resultaba procedente en el caso concreto, la Sala considera que este primer argumento del recurso está llamado a prosperar.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 28 de octubre de 2022; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-23-41-000-2019-01160-01.](#)

SECCIÓN SEGUNDA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se confirmó la decisión de Procuraduría General de la Nación que revocó la sanción disciplinaria de destitución impuesta por falsedad personal en la prueba del Saber Pro, por no constituir falta disciplinaria, por cuanto el servidor público no desarrolló la conducta en calidad de miembro de la Policía Nacional.

Síntesis del caso: Un teniente de la Policía Nacional que adelantó estudios superiores en un ente universitario debía presentar la prueba Saber pro para obtener el título universitario, el día de su celebración, el ICFES detectó la suplantación por un tercero. La anterior conducta ocasionó que la Policía Nacional sancionó con destitución al miembro de la Policía. Decisión, que fue objeto de revocatoria directa por la Procuraduría General de la Nación por considerar que la conducta de falsedad personal no constituía falta disciplinaria toda vez, que el servidor público no la desarrolló con ocasión de su calidad de miembro de la Policía Nacional.

DESTITUCIÓN DE MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL / DELITO DOLOSO / DELITO DE FALSEDAD PERSONAL/ CONDUCTA CONSTITUTIVA DE FALTA DISCIPLINARIA/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL CARGO PÚBLICO/ / EXTRALIMITACIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO/ PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DISCIPLINARIO / REGLAS DEL DERECHO DISCIPLINARIO/ PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM / ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA /IMPROCEDENCIA DE LA DESTITUCIÓN DEL POLICÍA / REVOCATORIA DIRECTA DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA / PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN/ INEXISTENCIA DE LA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: ¿La conducta de falsedad personal en la práctica del examen SABER PRO de un miembro de la Policía Nacional no constituye falta disciplinable por cuanto no guarda relación con su calidad de servidor público ?

Tesis: “[...]El derecho disciplinario estatal señala que dentro de las múltiples conductas que pueden cometer los servidores públicos en su vida diaria, existe solo un conjunto de éstas sobre los cuales las autoridades con competencia disciplinaria tienen potestad para investigar y sancionar, a las mismas se les da la denominación de “conductas disciplinables” –Ley 1015 de 2006, artículo 114 - o “asuntos disciplinarios” -Ley 734 de 2002 artículo 2 15 -. En relación con estos “asuntos disciplinarios” si bien la normativa en mención -Ley 734 de 2002 y Ley 1015 de 2006- no realiza una definición conceptual expresa -por razones prácticas en razón a la imposibilidad de abarcar todas aquellas- si consagra una serie de principios y reglas desde las cuales, atendiendo a una interpretación sistemática, se puede establecer su alcance. Estos principios son (i) la legalidad (Ley 734 de 2002 artículo 416 - Ley 1015 de 2006 artículo 3 17) de acuerdo con el cual sólo las conductas descritas en la ley como faltas pueden ser objeto de persecución disciplinaria; (ii) la función de la sanción disciplinaria, a saber garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en el ordenamiento jurídico que “se deben observar en el ejercicio de la función pública” (Ley 734 de 2002 artículo 1618), “el cumplimiento de los fines y funciones del Estado, en relación con las conductas de los destinatarios de esta ley” y “garantía de la buena marcha de la Institución” (Ley 1015 de 2006 artículo 1419); y (iii) la garantía de la función pública, de acuerdo con el cual, en el derecho disciplinario se busca salvaguardar los principios de la función pública en el desempeño del empleo cargo o función (Ley 734 de 2002, artículo 2220). Y entre las reglas se cuentan (iv) aquella que describe las faltas disciplinaria como “la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones (...)” (Ley 734 de 2022, artículo 2321); (v) la que describe la forma del comportamiento disciplinable como aquel “por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones” (Ley 734 de 2002, artículo 2722); y (vi) la que describe el concepto de disciplina en la institución policial como aquello que “implica la observancia de las

disposiciones Constitucionales, legales y reglamentarias que consagran el deber profesional” (Ley 1015 de 2006, artículo 2523). Los anteriores principios y reglas poseen un rasgo común en relación con los asuntos objeto de reproche disciplinario o “conductas disciplinables”, en la medida en que los cualifican en una “máxima jurídica” según la cual solo pueden ser objeto de persecución disciplinaria estatal los comportamientos o conductas que estén relacionados con el incumplimiento de los deberes del cargo o función y/o se comentan con ocasión de los deberes del cargo o función, y/o con extralimitación de las funciones -siempre que con esto se afecte la función pública-. Esta “máxima jurídica” que rige los “asuntos objeto de reproche disciplinario” se reitera y adquiere mayor relevancia para el legislador en las cláusulas amplificadoras de las faltas disciplinarias de los servidores públicos, en las cuales se remite a las codificaciones de índole penal, pues al respecto expresamente señaló que constituye falta gravísima la realización objetiva de una descripción típica consagrada como delito - sancionable a título de dolo “cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo” (Ley 734 de 2002, artículo 48 numeral 124 y Ley 1015 de 2006 artículo 34 numeral 925). Lo anterior indica que el legislador disciplinario –tanto para las conductas originalmente disciplinarias como para aquellas que lo son por vía de las codificaciones penales- al establecer los “asuntos objeto del derecho disciplinario” o “conductas disciplinables” no tuvo como parámetro de adjudicación el solo desempeño del cargo público o función pública por parte del sujeto disciplinable, sino que además lo cualificó en el sentido de exigir que tal conducta del sujeto que desempeñe el cargo o la función pública debe también estar vinculada (directamente) con el cumplimiento de sus deberes -los de la función o el cargo-, o (indirectamente) en cuanto tenga lugar “en ocasión”, “como consecuencia” o “por extralimitación de los mismos”, teniendo además como núcleo común y como parámetro clave distintivo “los deberes del cargo o función”. La norma antes transcrita esencialmente se compone de dos partes, la primera de ellas regida por el verbo rector que describe la acción objeto de reproche esto es “Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo” y la segunda que contiene una exigencia de cualificación especial de la acción reprochable -que se respalda en los principios y reglas antes vistos- a saber que aquella conducta “se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo.” (...). En ese orden cabe señalar entonces que, el objeto del derecho disciplinario no es la conducta del sujeto disciplinable por sí sola sino únicamente en cuanto tenga relación con la función pública desempeñada y que logre afectarla, esto en la medida en que, a éste no le corresponde corregir las actuaciones de los sujetos de la acción disciplinaria que no trasciendan al ámbito de la función pública -ya que lo contrario daría lugar entre otras a afectación del principio del non bis inidem- pues para ello existen otras disciplinas sancionatorias como la penal y la contravencional. De esta forma la consagración y preservación de esta regla jurídica en el derecho disciplinario es lo que permite que una misma conducta pueda ser objeto de persecución por parte del Estado a través de sus diferentes disciplinas sancionatorias sin que se afecte el principio del non bis inidem. (...)el hecho de que el señor (...)estuviera ejerciendo sus funciones como teniente de la Policía Nacional en alguna región del país -específicamente en el departamento del Caquetá- mientras en la ciudad de Bogotá el (...)estaba suplantándolo en la prueba “saber pro”, no es argumento suficiente para llevar tal situación de su vida y conducta privada como ciudadano, al ámbito de su cargo o funciones como servidor policial.(...) Para la Sala, la conducta disciplinariamente reprochada al señor (...)en los términos de los hechos investigados y descritos en los actos sancionatorios de la Policía Nacional que fueron revocados-, escapaban al ámbito del derecho disciplinario por haber sido desarrollados en la esfera personal del servidor público, como estudiante de una universidad ajena desde todo punto de vista la institución policial, que por demás no fue cometida “con ocasión” de la actividad o función policial en la medida en que aquella no le dio oportunidad alguna para lograr su comisión, en consecuencia fue acertada la conclusión referida a vulneración del derecho fundamental al debido proceso en la garantía de “la legalidad de la falta disciplinaria” a la cual llegó el Procurador General de la Nación en el acto de revocatoria directa acusado.(...) En ese sentido es claro también que, el Procurador General de la Nación en el acto administrativo objeto de acusación no incurrió en i) falta de motivación pues aun cuando sus argumentos fueron sucintos se encuentran plasmados en aquel y son claramente identificables, ni ii) en falsa motivación, pues tales razonamientos como se analizó en precedencia, se sustentan en las pruebas que obran en el expediente así como en la correcta interpretación de la norma disciplinaria sobre las conductas disciplinables de los servidores públicos.. [...].”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 2 de junio de 2022, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 11001-03-25000-2017-00042-00 \(0142-2017\)](#)

2. Se negó la nulidad del Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la CNSC, «[p]or el cual se establecen las reglas del primer concurso abierto de méritos para proveer de manera definitiva los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema Especial de Carrera Administrativa del Ejército Nacional, Proceso de Selección n.º 637 de 2018-Sector Defensa»

Síntesis del caso: *El demandante demandó la nulidad del Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la CNSC, «[p]or el cual se establecen las reglas del primer concurso abierto de méritos para proveer de manera definitiva los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema Especial de Carrera Administrativa del Ejército Nacional, Proceso de Selección n.º 637 de 2018-Sector Defensa», entre otras cosas porque “...el Ejército Nacional no implementó (...) la profesionalización de los servidores públicos, entre quienes están los empleados civiles no uniformados, lo que les privó de la preparación necesaria para ganar el proceso de selección de carrera.*

PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA / CONCURSO DE MÉRITOS / CARRERA ADMINISTRATIVA / CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA / INGRESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA / IMPROCEDENCIA DEL INGRESO AUTOMÁTICO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD / NOMBRAMIENTO DEL EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA / RETIRO DEL EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD POR NOMBRAMIENTO DE EMPLEADO DE CARRERA / VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO / AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO / DERECHO AL TRABAJO / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO

Problema jurídico: *«¿El Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se expidió con violación de los artículos 13, 29, 53 y 125 de la Constitución Política debido al cambio de vinculación de que fue objeto el personal no uniformado del Sector Defensa, al pasar de ser empleados de libre nombramiento y remoción a estar nombrados en provisionalidad, con la eventual posibilidad de ser retirados del servicio por efecto del concurso público de méritos? »*

Tesis: *«[...] hay que tener como premisa para resolver este problema jurídico que el cambio más relevante en materia de vinculación laboral de los empleados civiles no uniformados se dio con la declaratoria de inexequibilidad del artículo 8.º del Decreto Ley 1214 de 1990 a través de la sentencia C-356 de 1994 de la Corte Constitucional, que conllevó, a partir de ese momento, la modificación en la naturaleza del nexo entre los empleados civiles del Sector Defensa con la organización estatal, bajo el entendido de que, en virtud de lo consagrado en el artículo 125 de la Constitución, estos empleos debían ser, por regla general, de carrera. Por lo tanto, en virtud de la misma disposición constitucional que se acaba de mencionar, y también del entonces vigente artículo 10 de la Ley 27 de 1992, los empleos públicos del personal civil del Sector Defensa, que por sus condiciones particulares no eran de libre nombramiento y remoción o de periodo fijo, debían ser provistos a través de un concurso, y mientras este se realizaba, podían ser ocupados en encargo o con nombramiento provisional. Así las cosas, hay que afirmar que no le asiste razón al demandante en lo relativo a la alegada violación de los artículos 13, 29, 53 y 125 de la Constitución Política, en la que, según él, incurrieron la CNSC y el Ejército Nacional al proferir el Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, por haberse presentado el cambio en la vinculación de los empleados no uniformados de esa institución militar, toda vez que dicho acto administrativo no fue el que generó esa variación en el ordenamiento jurídico. [...] Asimismo, esta Subsección estima que lo expuesto por el demandante, en lo que tiene que ver con la vulneración del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución porque a los empleados que cambiaron su vinculación de libre nombramiento y remoción a provisionales no se les informó de los alcances de tal variación ni se les notificó ninguna*

decisión sobre el asunto, está relacionado con situaciones particulares que surgieron cuando se declaró la inexecutable del artículo 8.º del Decreto Ley 1214 de 1990, que no afectan la validez del acto administrativo general que aquí se estudia, y que, en todo caso, en el evento en el que no haya caducado la acción, pueden ser controvertidas a través de otros medios de control, como el de nulidad y restablecimiento del derecho. Por último, sobre la vulneración del artículo 53 de la Carta que regula el derecho al trabajo, a partir del hecho de que las personas que se desempeñan en provisionalidad pueden llegar a ser retiradas como consecuencia del concurso reglamentado por el acto acusado, debe tenerse presente que la provisionalidad confiere unos derechos que difieren de los que se les atribuyen a los nombramientos efectuados luego de haber superado las etapas de un concurso de méritos, y su estabilidad laboral está supeditada a la designación del titular del cargo con arreglo al principio del mérito. En este sentido, puede entenderse que, si bien las personas que desempeñan funciones públicas bajo esta modalidad se pueden ver afectadas en sus intereses, al ser retiradas como consecuencia de un proceso de selección, estos deben ceder ante el interés general que lleva consigo la realización del principio del mérito [...]” ...NOTA DE RELATORIA: Sobre la posibilidad de excluir del sistema de carrera a todo un grupo de empleados, como los que hacen parte del personal civil no uniformado del Sector Defensa, ver: Corte Constitucional, sentencia C-356 de 1994. Sobre la inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008, que permitía la inscripción extraordinaria y sin concurso público de los servidores encargados o provisionales en los empleos vacantes de carrera que estuvieran ocupando, ver: Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2009

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de veintisiete \(27\) de octubre de dos mil veintidós \(2022\), C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2019-00601-00 \(4727-2019\)](#)

3. Procede el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a padres de soldado voluntario muerto en simple actividad, ya que es compatible con la pensión de vejez de la cual es beneficiario uno de ellos, en la medida que tienen diferente causa.

Síntesis del caso: Los padres del soldado voluntario muerto en simple actividad solicitaron el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, que fue negada por la administración por considerar que no tenían derecho a dicho beneficio, ya que no se acreditó la dependencia económica pues uno de los progenitores percibía una pensión de vejez.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / MUERTE DE SOLDADO VOLUNTARIO/ RECONOCIMIENTO A LOS PADRES DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / DEPENDENCIA ECONÓMICA/ DEPENDENCIA ECONÓMICA DE LOS PADRES / PENSIÓN DE VEJEZ COMPATIBILIDAD / COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE VEJEZ CON LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Problema jurídico: ¿Los padres del soldado voluntario muerto en simple actividad acreditaron el requisito de dependencia económica, para tener derecho a una pensión de sobrevivientes según lo previsto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, a pesar de que uno de ellos tiene reconocida la pensión de vejez?

Tesis: [...]El argumento relativo a la falta de acreditación de la dependencia económica de los padres del causante para no acceder al otorgamiento de la pensión de sobrevivientes no tiene vocación de prosperidad, como quiera que resulta suficiente el valor probatorio que el a quo le dio a la declaración rendida por los demandantes ante la Notaría Primera del Círculo de Pasto el día 17 de noviembre de 2011 (...).Razón le asistió a la primera instancia al considerar que, se le debía dar valor probatorio a esta declaración extra proceso pues mal podría en el sub judice desecharse, máxime que la entidad demandada no controvertió el tema de la dependencia económica, incluso reconoció la compensación por muerte al no encontrar otra persona con mejor derecho que los padres del causante (...)Al ser excluyentes por

expresa disposición legal [artículo 13 de la Ley 100 de 1993] las pensiones de invalidez y de vejez, no existe justificación alguna para extender dicha incompatibilidad entre las pensiones de vejez –en este caso del padre de uno de los beneficiarios del causante- con la pensión de sobrevivientes que reclama a su favor en virtud del fallecimiento de su hijo en actos del servicio, por cuanto sería tanto como ampliar el supuesto normativo a hechos que no lo prohíben, ya que lo que se debe mirar es que la razón de dichos reconocimientos provienen de distintos supuestos y requisitos legales. Mientras que la pensión de vejez surge cuando un trabajador cumple con los requisitos de la edad y tiempo de servicios en términos de semanas cotizadas, y en el caso de los fondos privados por haber cumplido con un monto determinado de capital acumulado, la pensión de sobrevivientes surge no para el trabajador sino para sus beneficiarios con el fin de suplir la ausencia del apoyo económico que les proveía el afiliado, en este caso, el soldado voluntario (...) a sus padres. De allí que una persona pueda recibir pensión de vejez y pensión de sobrevivientes al mismo tiempo, por tratarse de prestaciones compatibles pues el Sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 lo que no admite es que se reconozca doble pensión, pero por el mismo riesgo. En este caso resulta evidente que la pensión de vejez surge para el titular afiliado, mientras que la pensión de sobrevivientes nace para sus beneficiarios, por tanto, provienen de distintos supuestos fácticos y normativos. [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 18 de agosto de 2022, C.P. César Palomino Cortés, radicación:19001-23-33-000-2018-00141-01 \(1455-2019\)](#)

4. Se niega el reconocimiento de la sustitución pensional a hijo inválido del causante, por no acreditar la dependencia económica y el estado de invalidez al momento de la muerte del causante.

Síntesis del caso: *El demandante solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, en calidad de hijo inválido del causante el 20 de junio de 2000. Es de anotar, que el demandante fue declarado interdicto el 5 de junio de 1996. La administración negó la precitada solicitud el 25 de junio de 2002 argumentando que no se encontraba acreditada la invalidez y dependencia económica al momento de la muerte del causante y, que la única beneficiaria era la cónyuge supérstite quien había disfrutado de la prestación desde 1988 hasta su fallecimiento en el año 1998.*

Problema jurídico 1: *¿Le asiste derecho al demandante para el reconocimiento del derecho de la sustitución pensional que reclama, dada su condición de hijo declarado interdicto judicial del causante a pesar de que no demostró la situación de invalidez y dependencia económica y que solo reclamó hasta la muerte de la cónyuge supérstite, quien disfrutaba de la sustitución de la prestación?*

SUSTITUCIÓN PENSIONAL / EVOLUCIÓN NORMATIVA / PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL / ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ / INTERDICCIÓN JUDICIAL / BENEFICARIO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL / REQUISITOS DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL / SUSTITUCIÓN PENSIONAL A HIJO INVÁLIDO / DEPENDENCIA ECONÓMICA / DEPENDENCIA ECONÓMICA DE LOS HIJOS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / FALTA DE ACREDITACIÓN DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA DE LOS PADRES / IMPROCEDENCIA DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Tesis 1: “[...] Como bien lo ha dicho esta subsección, la muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, pues al desaparecer en forma definitiva la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, se corre el riesgo de que sus integrantes queden desamparados y en peligro para poder subsistir, por ello, se concibió la pensión de sobrevivientes con el fin de evitar un cambio sustancial en las condiciones mínimas de vida de los beneficiarios de esta prestación.(...) Para la fecha del deceso del pensionado (12 de marzo de 1986), la sustitución de una pensión de jubilación procedía sin mayores restricciones para quien sobreviviera al causante, esto es, cónyuge o compañera permanente, hijos

menores e hijos inválidos, siempre que se acredite la dependencia económica del pensionado, sumado a los requisitos específicos para cada uno de ellos, por ejemplo, las primeras debían probar la vida marital. Así, para los hijos inválidos (como en el asunto sub examine) se exigía probar la relación filial, la situación de discapacidad o invalidez e igualmente la dependencia económica. (...) Para el momento en que se otorgó la pensión de jubilación al señor (...) no se había expedido la Ley 100 de 1993, pero cuando se adelantó el trámite de sustitución de la prestación (20 de junio de 2000), previamente sustituida en la señora (...) (10 de septiembre de 1988, según petición de 3 de abril de 1986), aquella había entrado en vigor. También con la evolución legislativa, las figuras de discapacidad mental e invalidez han tenido modificaciones en cuanto a su regulación, contenido y alcance, lo que implica un examen sobre la situación del actor si se tiene en cuenta que lleva algo más de dos décadas sin definirse, puesto que, conforme se asevera en la demanda y el recurso de apelación, la fecha de estructuración de la invalidez data de 1980, pero se pidió su reconocimiento 20 años después. (...) Con ocasión del deceso del señor (...) (q. e. p. d.), su cónyuge supérstite reclamó esa sustitución, aún más si él la había designado en esa posición antes de su muerte, sin que pudiera presumirse, como hasta ahora se hace con la alzada, que era su querer mantener en secreto las situaciones de salud y social del accionante, habida cuenta de que tuvieron en su momento los instrumentos jurídicos para protegerlo, lo que solo ocurrió en 1996, cuando fue declarado interdicto judicial por el mencionado juzgado de familia. En tal sentido, como el propósito de la sustitución es conjurar la eventual situación de desamparo en que queda algún miembro de la familia que era dependiente del causante, con el fallecimiento de la señora (...) el 1º. de febrero de 1998, esa situación se agotó, por lo que no resulta admisible pretender la sustitución de la sustitución de una pensión de jubilación, amén de que trascurrió un lapso considerable desde el deceso del titular de la pensión (12 de marzo de 1986) hasta la petición de sustitución objeto de este proceso judicial (20 de junio de 2000), lo que cuestiona si realmente el actor dependía económicamente de su padre al haber dejado pasar la oportunidad de hacerse sustituto cuando él falleció y cómo subsistió a lo largo de más de 14 años. (...) A pesar de todo lo expuesto, esta Corporación no desconoce la situación de vulnerabilidad en que pueda encontrarse el accionante por su edad y estado de salud, pero ello no es óbice para desconocer las obligaciones y deberes legales, entre ellos el cumplimiento de requisitos para acceder a prestaciones sociales como la sustitución pensional del fallecido (...). Así las cosas, más allá de que exista un dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca que arroja una disminución en la capacidad laboral del 50,38% y que la estructura desde el 30 de julio de 1980, lo cierto es que cuando aquel murió, solo compareció como sustituta la señora (...), por lo que no resulta admisible que tras el deceso de esta se pretenda la sustitución de una sustitución pensional. Además, se insiste en que si hubiese sido el deseo del señor (...) que su hijo fuera beneficiario de su pensión, así lo hubiese expresado en su escrito de 29 de agosto de 1984; por el contrario, la única persona designada para esa calidad fue su esposa. Por otro lado, frente a la dependencia económica que se predica del accionante hacia su padre, se evidencia que, como se relató en el recurso de apelación, existen varias declaraciones que dan cuenta de ello; sin embargo, el escaso material probatorio en esa materia no permite confrontar las aseveraciones de esas personas para llevar a esta Corporación al convencimiento sobre su configuración; sumado a ello, aquel contaba con instrumentos al interior de este proceso con los cuales podía obtener esas pruebas, de los que no hizo uso, con lo que obvió el cumplimiento del artículo 177 del CPC. En tales condiciones, resulta acertada la interpretación efectuada por la Administración en los actos administrativos acusados y por el Tribunal de instancia en la sentencia apelada, por cuanto no se dan los presupuestos para sustituir la pensión de jubilación del señor (...) (q. e. p. d.) en el accionante..

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de julio de 2022, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 76001-23-31-000-2003-0577-01 \(967-2021\)](#)

5 Se declaró la nulidad de la Circular 413 del 4 de febrero de 2016, por medio de la cual se establecieron «los parámetros en cuanto a la vinculación de familiares de los funcionarios de la Previsora, S. A., Compañía de Seguros», expedida por la Gerencia de Gestión Humana y Recursos Físicos de esa entidad.

Síntesis del caso: *El Sindicato Nacional de Trabajadores de la Previsora S.A. – SINTRAPREVI, demandó la nulidad de la Circular 413 del 4 de febrero de 2016, por medio de la cual se establecieron «los parámetros en cuanto a la vinculación de familiares de los funcionarios de la Previsora, S. A., Compañía de Seguros», expedida por la Gerencia de Gestión Humana y Recursos Físicos de dicha entidad, por considerar que aquella contrariaba la ley en razón a que solamente el constituyente y el legislador tienen competencia para desarrollar el régimen de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, cuya aplicación es restrictiva y no admite la analogía. Igualmente, el desconocimiento de los derechos a la participación, igualdad, trabajo, estabilidad en el empleo, desempeñar funciones y cargos públicos, conformar el poder político, libertad de escoger profesión u oficio, asociación sindical y el carácter vinculante de las convenciones colectivas, aduciendo entre otras cosas que el artículo 126 de la Carta establece una prohibición para nombrar, postular o contratar con parientes que solo se predica de quien tiene potestad para nominar o celebrar contratos, por lo que no puede extenderse a otros servidores.*

FUNCIÓN PÚBLICA / FINES ESTATALES Y SATISFACCIÓN DEL INTERÉS GENERAL / LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES, IMPEDIMENTOS Y CONFLICTO DE INTERESES

Problema jurídico: *«¿La Previsora, S.A. Compañía de Seguros, mediante la Circular 413 del 4 de febrero de 2016, reguló el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y conflicto de intereses por fuera del ámbito de sus competencias o si, por el contrario, se ajustó al artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015, como lo afirmó la entidad demandada en su defensa?»*

Tesis: «[...] La función pública implica el desarrollo de distintas actividades por parte de los servidores oficiales dirigidas a cumplir con sus funciones, los fines estatales y la satisfacción del interés general de la sociedad. En virtud de ello, las actuaciones deben ejecutarse atendiendo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 constitucional. En procura de lo anterior, el ordenamiento jurídico exige, para quienes pretendan ejercer la función pública, el cumplimiento de ciertos requisitos y competencias comportamentales que garantizan un desempeño con idoneidad y probidad, en beneficio del interés general y sin atender intereses personales o privados. Esta exigencia se materializa, entre otras formas, con la consagración de un régimen de inhabilidades que, en términos generales, han sido definidas como «[r]estricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas con el fin de rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad, el acceso a la función pública». De acuerdo con la jurisprudencia, se deduce que las inhabilidades i) pueden establecerse como sanción dentro de las normas que contienen la potestad sancionadora del Estado; y ii) se fijan en la Constitución y en la ley como normas de protección de principios y valores como la lealtad, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, entre otros, sin que se deriven de un proceso sancionatorio, de modo que se controle el acceso al servicio oficial. De lo anterior también se deriva que las inhabilidades son de carácter taxativo al estar siempre estipuladas en la Constitución o la ley. [...] las inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses y prohibiciones buscan regular el acceso y el desempeño de la función pública con miras a la realización de los fines del Estado y el bienestar de la colectividad, por lo que se han entendido como límites y restricciones legítimas al derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. [...] En este proceso se demanda la nulidad de la Circular 413 de 2016, proferida por La Previsora S.A. en la que se determinó como política de la entidad que no podrían «vincularse laboralmente, ni por medio de empresas de servicio temporal personas que tengan parentesco con funcionarios de la Previsora S.A., Compañía de Seguros, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quienes se tengan vínculos de matrimonio o unión permanente». Igualmente, se especificó que el incumplimiento de la referida directriz daría lugar a sanciones disciplinarias y a la terminación del contrato de trabajo. [...] Dentro del término para contestar la demanda, la entidad accionada expresó que el acto acusado se limitó a replicar el contenido del Acto Legislativo 2 de 2015, modificatorio del artículo 126 de la Carta. En orden a desatar la controversia, resulta pertinente referirse a la norma constitucional invocada por La Previsora S.A. [...] La Corte Constitucional, mediante las Sentencias C-106 de 2018 y SU-621 de 2021, analizó la anterior disposición y concluyó que contiene 3 tres prohibiciones cuyo efecto es restringir el ejercicio de funciones públicas o celebrar contratos con el Estado, a saber: i) Prohíbe a los servidores públicos para nombrar, postular, o contratar con personas con las cuales tengan cierto grado de parentesco. ii) Prohíbe a los funcionarios oficiales

nombrar o postular como servidores públicos, o celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, o con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en la hipótesis anterior. iii) Prohíbe la reelección para determinados empleos o para ser elegido a un cargo de elección popular, hasta un año después de haber cesado en el ejercicio de las funciones enlistadas en dicho artículo. [...] Para el presente caso resultan relevantes las dos primeras prohibiciones, toda vez que La Previsora S.A. sostiene que la circular demandada se inspiró en ellas con el fin de impedir que se presenten relaciones de parentesco, matrimonio o unión permanente entre los servidores de la compañía. [...] esta corporación ha precisado que la prohibición que tienen los servidores oficiales de nombrar, postular o contratar a parientes, cónyuges o compañeros permanentes se encamina a materializar el ideal democrático y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos del Estado. En efecto, tal limitante permite depurar el ingreso a la función pública y dotar de legitimidad a las autoridades e instituciones que dirigen los destinos de la sociedad, en aras de que vinculen el personal a la luz de los principios del mérito, transparencia e imparcialidad y que no se acuda a criterios como el favoritismo familiar. En tal sentido, se ha destacado que la norma superior cumple con «el propósito de abolir prácticas nocivas y antidemocráticas como el nepotismo, el clientelismo y la concurrencia de conflictos de intereses, que facilitan la concentración de poder y sacrifican la idoneidad de quienes ingresan a la función pública». Asimismo, el Consejo de Estado ha sido enfático en expresar que los destinatarios del artículo 126 de la Carta «son los “servidores públicos” que gozan de atribuciones de nominación o postulación». Bajo este escenario, la Sala considera que les asiste razón al sindicato demandante y al Ministerio Público en el sentido de afirmar que el acto enjuiciado amplió la prohibición establecida en el artículo 126 de la Constitución Política, toda vez que esta se predica exclusivamente del nominador, mientras que la Circular 413 de 2016 la extendió a todos los servidores de La Previsora S.A., lo que se traduce en que en la entidad no pueden trabajar personas con vínculos de parentesco, matrimonio o unión permanente, pese a que ninguno de los involucrados tenga la función de nombrar, postular o contratar al interior de la empresa. En efecto, lo que proscribe la Carta es que un servidor con facultad nominadora se aproveche de tal posición para designar a familiares, a su cónyuge o compañero permanente para que ejerzan función pública, pero de ello no puede inferirse que en una entidad no puedan trabajar personas con esa clase de vínculo cuando ninguno de ellos tiene la potestad de nombramiento, pues tal alcance no atendería al fin que tuvo el constituyente al momento de establecer la prohibición, conforme se explicó en precedencia. [...] Esta Subsección estima que el anterior entendimiento corresponde a la lectura correcta del artículo 126 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que es congruente con la tesis que ha sostenido el Consejo de Estado en el sentido de indicar que el destinatario de la prohibición allí consagrada es el servidor público con potestad nominadora. [...] El anterior lineamiento es expresión de los principios de favorabilidad, pro persona y pro libertatis, en virtud de los cuales la aplicación de la prohibición establecida en el artículo 126 de la Constitución Política debe realizarse en forma que se limite en menor medida el derecho de los ciudadanos a desempeñar cargos oficiales o ejercer funciones públicas. Por las razones antes expuestas se declarará la nulidad de la circular demandada en la medida en que amplificó la prohibición constitucional en comento y de ello derivó consecuencias disciplinarias y la culminación de los contratos de trabajo, pese a que la limitación estaba llamada a interpretarse en su tenor literal y restringido al servidor público con potestad nominadora. [...]» ...NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance las prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, ver: Corte Constitucional, Sentencia de Unificación SU-621 de 2021.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de tres \(03\) de noviembre de dos mil veintidós \(2022\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-25-000-2017-00233-00 \(1248-2017\)](#)

6. El acto de retiro del accionante, quien alegó encontrarse protegido por la estabilidad laboral reforzada como prepensionado o padre cabeza de familia, obedeció a una causa legal, originada en el nombramiento en periodo de prueba de una persona

que se encontraba en la lista de elegibles, previo concurso de méritos.

Síntesis del caso: El demandante señaló que el acto administrativo impugnado se encuentra viciado de nulidad, por haber sido expedido con desconocimiento de las normas en las que debía haberse fundado, en el sentido de que desconoce los derechos fundamentales derivados de la condición laboral reforzada que tenía al momento del retiro. Consideró que fue expedido de manera irregular al desconocer los principios de igualdad, buena fe, responsabilidad, imparcialidad, y transparencia que rigen a las entidades públicas. Sostuvo que la protección laboral reforzada no se limita solo al retén social sino se extiende a todos los servidores públicos que les falte menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión, así también, argumentó que no podía ser retirado del servicio hasta tanto se le reconociera la pensión y se le incluyera en la nómina de pensionados, no puede haber solución de continuidad entre el salario y la mesada pensional. Fundamentó sus razonamientos en jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto a la condición de prepensionado, según la cual, aunque la persona reúna los requisitos si aún no se le ha reconocido y se encuentra en trámite goza de esa condición y que les faltare menos de tres años para cumplir los requisitos.

CONCURSO DE MÉRITOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / TERMINACIÓN DE PROVISIONALIDAD DEL CONCURSO DE MÉRITOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PROCURADOR JUDICIAL / DESVINCULACIÓN DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR

Problema jurídico 1: «¿El acto administrativo mediante el cual se desvinculó tácitamente al demandante como Procurador Judicial II debe declararse nulo por haberse expedido con desconocimiento de la condición de estabilidad laboral reforzada que ostentaba a la fecha de su retiro?»

Tesis 1: «[...] [L]a clasificación del cargo de Procurador Judicial como un empleo de libre nombramiento y remoción no ha sido un tema pacífico y existen múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional. Es así como en sentencias C - 334 de 1996, C - 031 de 1997 y C - 443 de 1997, se validó la naturaleza de libre nombramiento y remoción conferida por el Decreto 262 de 2000 al mencionado cargo. (...) La misma Corporación mediante sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013 declaró inexecutable la expresión "Procurador Judicial", por considerar que se vulnera lo dispuesto en el artículo 280 de la Constitución Nacional y concluyó que son cargos de carrera administrativa. (...) En este orden de ideas, el cargo de Procurador Judicial pasó de ser un empleo de libre nombramiento y remoción a ser de carrera administrativa y en la providencia citada se ordenó proveerlos mediante la convocatoria de un concurso de méritos. (...) La parte demandante adujo que el acto acusado adolece de nulidad por infracción de las normas en las que debería fundarse, por cuanto desconoció los derechos constitucionales protegidos derivados de su condición de prepensionado y padre cabeza de familia. (...) La estabilidad laboral reforzada es una garantía constitucional que se le otorga a un determinado grupo de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad protegiéndolos del riesgo de perder el empleo o trabajo. (...) Ahora bien, en el caso de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la de esta Corporación han sostenido que gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, lo que implica que su retiro debe fundarse en una causa legal la cual debe señalarse en el acto administrativo, es decir el acto de desvinculación debe ser motivado. (...) En este orden de ideas, aunque los servidores nombrados en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa, pueden ser retirados para proveer el cargo con una persona que concursó y obtuvo el derecho a ser nombrado en periodo de prueba, sin perjuicio del derecho que tienen a un "trato preferencial" como medida de acción afirmativa, pero sin desconocer los derechos fundamentales del funcionario de carrera. (...) No existe prueba en el expediente que para la fecha de retiro el señor (...), 1 de febrero de 2017, ostentaba la condición de prepensionado, pues según la orden judicial de primera instancia del 9 de diciembre de 2016 que le ordenaba a Colpensiones efectuar el reconocimiento de la pensión de jubilación, ya cumplía con los requisitos de edad y semanas de cotización para acceder a ella, tal como fue confirmado años después

por el Tribunal en sentencia del 5 de abril de 2021. La administración, en este caso la Procuraduría General de la Nación, para la fecha de desvinculación no podía advertir que el fallo favorable al actor que ordenaba el reconocimiento de la pensión iba a ser revocado en segunda instancia y su derecho sólo sería reconocido 4 años después, razón por la cual no le era exigible a la entidad proteger su condición. Además debe advertirse que el Tribunal Administrativo de Antioquia ordenó reconocer la pensión desde el 12 de junio de 2016 condicionando su pago a la fecha efectiva del retiro. [...]» ...NOTA DE RELATORIA: Sobre el régimen de carrera administrativa para los Procuradores Judiciales y la naturaleza jurídica de estos empleos, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 30 de julio de 2021, Rad.: 110010325000201500366 00 (0740-2015). Sobre la estabilidad Laboral reforzada, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de noviembre de 2021. Rad.: 47001-23-33-000-2016-00019- 01 (0850-2017)

CONCURSO DE MÉRITOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / TERMINACIÓN DE PROVISIONALIDAD DEL CONCURSO DE MÉRITOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PROCURADOR JUDICIAL / DESVINCULACIÓN DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / PADRE CABEZA DE FAMILIA

Problema jurídico 2: «¿El acto administrativo mediante el cual se desvinculó tácitamente al demandante como Procurador Judicial II debe declararse nulo por haberse expedido con desconocimiento de su condición de padre cabeza de familia? »

Tesis 2: «[...] [L]a Corte Constitucional en Sentencia C 044/04 declaró la expresión “madres cabeza de familia sin alternativa económica”, exequible de manera condicionada en el entendido que “... la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen”. (...) Dicha extensión de la protección se ha efectuado al hombre en virtud de garantizar a los hijos menores de edad recibir “amor y cuidado” de la misma manera que cuando la madre es cabeza de familia. En sentencia de unificación la Corte Constitucional ha determinado los requisitos que debe acreditar el padre cabeza de familia para tener derecho a la protección especial (...). Dentro del material probatorio obrante en el expediente solo reposan unos recibos de pago del colegio de sus hijos menores , lo cual no es suficiente de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, para acreditar la calidad de “padre cabeza de familia”; no existe certeza de que sus hijos menores vivían con el demandante y dependían económicamente de él, además no está demostrado que no poseía otra alternativa económica por tener su esposa algún impedimento físico, mental o de otra naturaleza para hacerse cargo de su manutención. Así las cosas, está probado que el acto de retiro del accionante obedeció a una causa legal, toda vez que se dio como consecuencia del nombramiento en periodo de prueba de una persona que se encontraba en la lista de elegibles, previo concurso de méritos y no se probó que el señor (...)al momento del retiro ostentara una condición que estuviera protegida por la estabilidad laboral reforzada como la de prepensionado o padre cabeza de familia, que obligara a la entidad a otorgarle un “trato preferencial” como medida de acción afirmativa. [...]» ...

NOTA DE RELATORIA: Respecto de los requisitos que debe acreditar el padre cabeza de familia para tener derecho a la protección especial, ver: Corte Constitucional, Sentencia de Unificación SU 385 de 2005.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 20 de octubre de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 05001-23-33-000-2017-02209-01 \(6576-2019\)](#)

SECCIÓN TERCERA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Los antecedentes congénitos de la víctima constituyen eximente de responsabilidad en evento de falla médica

Síntesis del caso: Se confirma la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda porque el daño se debió a la malformación congénita que sufría la víctima y no a omisiones de los agentes de la entidad demandada.

MASACRE / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / OMISIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN CIVIL / INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN / OMISIÓN DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHO DE TERCERO / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL HORIZONTAL / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL HORIZONTAL / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN / ACREDITACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO DE LA ARMADA NACIONAL

Problema jurídico 1: ¿Es imputable al Estado falla médica con motivo de situaciones congénitas propias de la víctima?

Tesis 1: La Sala confirmará la decisión de primera instancia. No se discute que el ISS incurrió en múltiples demoras para la autorización de la práctica de exámenes y de la cirugía ordenados por los médicos; que María Camila Acosta Mona había sido diagnosticada con hidronefrosis por estenosis pieloureteral desde antes de su nacimiento, y que el riñón derecho le fue extraído cuando tenía quince meses de edad. Sin embargo, como lo señaló el tribunal, los dictámenes periciales concluyeron que la malformación del riñón de la niña era congénita y que, incluso si la entidad hubiese practicado los exámenes y la cirugía a tiempo, la extracción del riñón era el tratamiento indicado y necesario. (...) Ahora bien, el Consejo de Estado ha señalado que el daño no es imputable a la entidad cuando la extracción de un órgano, en este caso, del riñón, obedece a una situación propia de la víctima y no a la tardanza de la entidad en la práctica de exámenes de diagnóstico o cirugías. Así, en la sentencia del 18 de febrero de 2010, esta Corporación absolvió a la entidad demandada porque el demandante también padecía de una hidronefrosis congénita (...) Igualmente, en sentencia del 26 de noviembre de 2015, el Consejo de Estado negó las pretensiones porque el daño, a saber, la extracción del riñón, se debió a un tumor y no a las demoras de la entidad en hacer la cirugía, pese a que ello estuvo probado.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de septiembre de 2022, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 05001-23-33-000-2001-00749-02\(46945\).](#)

2. Exigir que un contador o revisor fiscal certifique los documentos financieros del respectivo participante no significa que se obligue a una sociedad extranjera a adecuarse en un todo y de forma permanente a las normas de contabilidad de otro territorio.

Síntesis del caso: *“Una unión temporal –integrada por una sociedad nacional y otra extranjera– participó en una licitación pública; sin embargo, su propuesta fue descalificada por no cumplir con los requisitos habilitantes; los demandantes pretenden la nulidad del acto de adjudicación por considerar que sí acreditaron los requisitos habilitantes ya que los documentos financieros de la sociedad extranjera cumplían con las normas de contabilidad del país de origen, y que se declare su propuesta como la mejor y se le restablezcan los derechos que le asisten.”.*

DESCALIFICACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / REQUISITOS HABILITANTES DEL PROPONENTE / VALORACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / PROPONENTE / FACTORES DE EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / ESTADOS FINANCIEROS / ESTADOS FINANCIEROS DE GRUPO EMPRESARIAL / OBLIGACIÓN DE PRESENTACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS / PRESENTACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS / CERTIFICADO DEL CONTADOR / REQUISITOS DEL CERTIFICADO DEL CONTADOR / INEFICACIA DEL CERTIFICADO DEL CONTADOR / TRADUCTOR / TRADUCTOR OFICIAL / MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES / TRADUCCIÓN DEL DOCUMENTO EN IDIOMA EXTRANJERO / CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Problema jurídico 1: *¿La descalificación de la propuesta de la sociedad extranjera estuvo justificada en el incumplimiento de uno de los requisitos habilitantes consistente en aportar el certificado de los estados financieros mediante documento expedido por contador público y debidamente traducido?*

Tesis 1: “[E]l informe (...) está redactado en un idioma extranjero inglés por lo cual para poder apreciarlo válidamente como prueba, según lo puntualmente exigido por el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil (CPC) disposición vigente al momento en que se allegó la prueba al proceso de la referencia, “se requiere que obre en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez.”, norma de procedimiento que, por su naturaleza, según lo preceptuado en el artículo 6 del CPC, es de orden público y por lo tanto de perentorio cumplimiento. No obstante, la traducción que reposa en el expediente (...) no cumple con los requisitos exigidos por dicha norma pues, se desconoce quién lo tradujo y si cumplía con las calidades exigidas para ello, solo aparecen la firma y sello del notario que certifica la autenticidad de ese ejemplar, por lo tanto, no puede apreciarse como prueba el “informe de contadores independientes” porque su traducción se hizo por fuera de los parámetros legalmente preestablecidos. En esa medida, se tiene que los estados financieros de (...) [la sociedad demandante] (...) no están certificados por un contador público como lo exigía el pliego de condiciones y, en todo caso, se desconoce si dichos balances se presentaron de conformidad con las normas de contabilidad propias del país de origen, según lo afirma la parte actora, porque el documento que presentó el demandante para acreditar el punto no puede valorarse como prueba, por lo tanto, para lo que interesa al proceso la selección los documentos contables no acataban las exigencias requeridas.”

PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / CRITERIOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / PROPONENTE / VALORACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / REQUISITOS HABILITANTES DEL PROPONENTE / PROPUESTA DEL PROPONENTE / OBLIGACIONES DEL PROPONENTE / SOCIEDAD EXTRANJERA / OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA / DOMICILIO DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA / DERECHO INTERNO / ESTADOS FINANCIEROS / PREPARACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS / PRESENTACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS / CERTIFICACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS / CERTIFICACIÓN DEL CONTADOR PÚBLICO

Problema jurídico 2: *¿La empresa extranjera demandante debía someterse a la normativa interna aplicada al proceso de selección de contratista para acreditar la situación financiera de los proponentes?*

Tesis 2: “[L]as empresas foráneas se someten, por regla general, a las disposiciones del territorio donde tengan sede; sin embargo, es posible que en determinadas ocasiones se les exija el cumplimiento de alguna disposición que en principio no les resulta aplicable, como ocurrió en este caso, donde para un asunto específico - proceso de selección- se le exigió al participante la entrega de sus estados financieros

con el lleno de unos requisitos propios del ordenamiento colombiano, lo cual no significa que sus documentos contables pierdan valor o que en lo sucesivo deba elaborarlos con fundamento en otras reglas. La exigencia se limitó a la entrega de la certificación de los documentos que informaran sobre la situación financiera, lo cual se hace con fundamento en el artículo 37 de la Ley 222 de 1995 (...). En esa medida, como para el momento de los hechos no existía una norma parecida al artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto de 1082 de 2015, un contador público debía certificar los estados financieros de la sociedad extranjera, máxime cuando durante el proceso de selección el afectado no solicitó la aclaración o corrección del pliego para poder acreditar su situación financiera con otros documentos o con otras formalidades o protocolos.”

REQUISITOS HABILITANTES DEL PROPONENTE / ESTADOS FINANCIEROS / PRESENTACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS / OBLIGACIÓN DE PRESENTACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS / VERACIDAD DE LOS ESTADOS FINANCIEROS / PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DE PLIEGO DE CONDICIONES / FACTORES DE EVALUACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES / REGLAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES / REQUISITOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES / LICITACIÓN PÚBLICA / ELEMENTOS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA / REGLAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA / PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA / DOCUMENTO / OBLIGACIONES DEL PROPONENTE / CERTIFICACIÓN DEL CONTADOR PÚBLICO / REVISOR FISCAL / CERTIFICACIÓN DEL REVISOR FISCAL / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA

Problema jurídico 3: ¿Uno de los requisitos habilitantes exigido en el pliego de condiciones de la licitación pública convocada por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, fue la presentación de los estados financieros de los proponentes, a través de certificación de contador público y revisor fiscal?

Tesis 3: “[El numeral 17.1 (literal k) del pliego de condiciones base de la licitación del asunto objeto de análisis establece, entre otras cosas, el siguiente requisito habilitante: “Los proponentes, sean personas naturales o jurídicas, deben presentar los documentos que informan sobre su situación financiera” (...). El numeral 17.1 (literal o) del mismo instrumento prevé “que las propuestas presentadas por firmas extranjeras deben aportar toda la documentación exigida en el presente pliego de condiciones” (...) y el último inciso del numeral 17.1 estipula que “todos los oferentes deben cumplir con cada uno de los requisitos habilitadores exigidos en el presente numeral. En caso de omisión de alguno de ellos, la CVC otorgará un plazo prudencia para aportarlo. Si el oferente dentro del plazo señalado para el efecto no allega el documento omitido, la propuesta será desestimada” (...). El ahora demandante presentó sus estados financieros junto con un “informe de contadores independientes” (...). Ante el requerimiento de la entidad para que un contador certificara los balances, el proponente aseguró que estos fueron “presentados (...). [L]os demandantes estaban enterados suficientemente y desde el inicio del proceso de selección que (...) la sociedad extranjera debía presentar los documentos que informaran sobre su situación financiera debidamente certificados por un contador público o un revisor fiscal con tarjeta profesional expedida en Colombia. Exigir que un contador o revisor fiscal certifique los documentos financieros del respectivo participante no significa que se obligue a una sociedad extranjera a adecuarse en un todo y de forma permanente a las normas de contabilidad de otro territorio.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la certificación de los estados financieros en el proceso de selección de contratista, ver sentencia de la Corte Constitucional C 290 del 16 de junio de 1997, Exp. D1492, M.P. Jorge Arango Mejía.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 19 de octubre de 2022; C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 76001-23-31-000-2005-05527-02 \(63331\)](#)

Salvamento de voto. C.P. Martín Bermúdez Muñoz

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SALVAMENTO DE VOTO / REQUISITOS HABILITANTES DEL PROPONENTE / ESTADOS FINANCIEROS / PRESENTACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS / OBLIGACIÓN DE PRESENTACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS / VERACIDAD DE LOS ESTADOS FINANCIEROS / PLIEGO DE CONDICIONES / FALTA DE APLICACIÓN INDEBIDA E INTERPRETACIÓN

ERRÓNEA / INTERPRETACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DE PLIEGO DE CONDICIONES / FACTORES DE EVALUACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES / REGLAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES / REQUISITOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DE LA NORMA / PRINCIPIO DE BUENA FE / PRINCIPIO DE IGUALDAD / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CONTRATO CONMUTATIVO / OBLIGACIONES DEL PROPONENTE / CERTIFICACIÓN DEL CONTADOR PÚBLICO / REVISOR FISCAL / CERTIFICACIÓN DEL REVISOR FISCAL / PRESENTACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS / CERTIFICADO DEL CONTADOR / ADMISIBILIDAD DEL CERTIFICADO DE CONTADOR PÚBLICO / REQUISITOS DEL CERTIFICADO DEL CONTADOR / INEFICACIA DEL CERTIFICADO DEL CONTADOR / PRINCIPIO DE NO OBLIGATORIEDAD A LO IMPOSIBLE / SOCIEDAD EXTRANJERA / REQUISITOS HABILITANTES DEL PROPONENTE / MARCO TÉCNICO NORMATIVO DE LA CONTABILIDAD / DERECHO INTERNO / PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD / NORMAS CONTABLES / PROHIBICIONES AL CONTADOR PÚBLICO / COMPETENCIA DEL CONTADOR PÚBLICO

Problema jurídico: *¿En el marco de acreditación de los requisitos habilitantes de sociedad extranjera, era necesario que un contador nacional certificara los estados financieros implicándose el artículo 22.4 de la Ley 80 de 1993?*

Tesis: La sentencia indica que el pliego de condiciones exigía que la información financiera de una sociedad extranjera fuera certificada por un contador nacional. No comparto esa postura porque (i) no era una exigencia del pliego y (ii) de serlo, sería un requisito de imposible cumplimiento. Por un lado, la sentencia interpretó indebidamente el pliego de condiciones (...). La disposición del pliego indica que la exigencia procede “de ser de obligatoriedad”. Esta expresión puede referirse a dos cosas: por un lado, que la obligatoriedad se predica frente al revisor fiscal o, por el otro, que el requisito puede no ser obligatorio para todos los proponentes, sino sólo para los nacionales. Esta segunda lectura, además, se ve fortalecida porque hay un acápite específico para sociedades extranjeras y allí no se exigen esos estados certificados. Ante esta duda interpretativa, hay dos normas que permiten saber cuál debe ser la lectura correcta de los pliegos: (i) la primera es el ordinal 2º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que establece que “Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias”. Conforme a esta, es claro que la exigencia de aportar la certificación de estados de una sociedad extranjera no procede porque ese trámite no está previsto en la ley para dichas sociedades. (ii) La segunda es el artículo 38 de la misma ley (...). En este caso, exigir un certificado de estados financieros es violatorio de la selección objetiva: se trata de un formalismo que no cumple ninguna finalidad y, sobre todo, que no puede cumplirse. Además, es un asunto que no afecta la oferta del proponente. Aun si se considerara que la exigencia era aplicable a las sociedades extranjeras, esa obligación sería de “imposible cumplimiento” en los términos del ordinal 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Y si eso es así, es irrelevante si se pidió aclaración o no al pliego: esa disposición del pliego sería “inefica(z) de pleno derecho”, conforme a la norma citada. Así, no es cierto que solo hoy el artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto de 1082 de 2015 permita que las sociedades extranjeras presenten los estados financieros conforme a la normativa del país en el que son emitidos; exigir que fueran certificados por un contador colombiano era, reitero, una obligación de imposible cumplimiento. Si bien la sociedad extranjera que hacía parte del consorcio adjudicatario consiguió aportar el certificado, lo cierto es que el mismo Consejo Técnico de Contaduría Pública reconoce que dicha exigencia sería impracticable porque los contadores no pueden dar fe pública sobre información frente a la que no pueden “realizar a cabalidad su examen”. Y el hecho de haber encontrado un contador dispuesto a correr el riesgo de asumir esas “responsabilidades”, no permite ignorar todas las restricciones legales que hacen impracticable exigir el certificado”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 19 de octubre de 2022; C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 76001-23-31-000-2005-05527-02 \(63331\) SV Martín Bermúdez Muñoz](#)

3. Se condena a la fuerza pública por repudiables hechos ocurridos en el Municipio de San Pablo Bolívar que desencadenaron una masacre por parte de grupos al margen de la Ley

Síntesis del caso: Los familiares de los demandantes fueron asesinados en la masacre ocurrida en San Pablo, Antioquia. La atrocidad ocurrió mientras el ejército se había retirado del casco urbano, la policía se acantonó en la estación y se negó a atender las llamadas de la población y la armada se negó a acudir al llamado de auxilio.

MASACRE / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / OMISIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN CIVIL / INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN / OMISIÓN DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHO DE TERCERO / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL HORIZONTAL / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL HORIZONTAL / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN / ACREDITACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO DE LA ARMADA NACIONAL

Problema jurídico 1: ¿Se configuró la responsabilidad patrimonial del Estado al haber omitido adoptar medidas de protección que hubieran evitado la masacre ocurrida el día 08 de enero de 1999 en San Pablo, Bolívar?

Tesis 1: En este caso está demostrado que las entidades demandadas omitieron adoptar medidas de protección que hubieran permitido evitar la ocurrencia de la masacre que cobró la vida de O. F. y M. R. Está probado, en efecto, que, durante los hechos, las demandadas incurrieron en omisiones en su deber de protección que, como ya lo declaró esta subsección respecto de esta masacre, resultaron indispensables para que los paramilitares asesinaran a las víctimas. La fuerza pública, pudiéndolo hacer, no socorrió a la población civil de San Pablo, Bolívar, y sus habitantes quedaron bajo el poder y control de los actores armados, quienes actuaron con total impunidad y escaparon sin ser perseguidos. (...) la Sala imputará responsabilidad a las tres demandadas a título de falla en el servicio por sus omisiones determinantes en la ocurrencia de la atroz masacre que se cobró la vida de O. F. y M. R. (...) N]o es creíble la justificación de la Armada para abandonar a los civiles de San Pablo a la crueldad del ataque paramilitar. Primero, porque no coincide con lo que -según reconocieron el propio comandante y su piloto fluvial- realmente: que las unidades de la Armada sí pudieron navegar hasta San Pablo por el río Magdalena sin novedad alguna, solo unas horas después de la llamada de auxilio, con el río exactamente al mismo nivel en que estaba en el momento de la masacre, con la misma oscuridad y el mismo nivel de riesgo. La Armada, en definitiva, no probó las afirmaciones que adujo para justificar su conducta omisiva. (...) Según (...) [las] reglas de la experiencia acopiadas en la sentencia de 30 de marzo de esta subsección, los hechos que denunció el subteniente por orden de sus superiores, sólo fueron posibles porque las fuerzas militares se ausentaron del casco urbano de San Pablo, sin justificación, durante el lapso en que ocurrió la masacre y sólo regresaron cuando los paramilitares ya habían sembrado el terror con las 14 muertes denunciadas y habían abandonado el lugar sin resistencia alguna. Esta subsección declaró que, en efecto, el Ejército también había incurrido en una conducta que había facilitado la incursión armada y la muerte de las víctimas. En consecuencia, le imputó responsabilidad. En este caso, se hará la misma declaración respetando ese precedente.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 19 de octubre de 2022, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación 13001-23-33-000-2001-00089-01\(56219\).](#)

4. El INPEC debe responder por la detonación de granada en cárcel de Bucaramanga, lanzada por otro recluso no identificado, debido a la falla del servicio del personal de custodia que, en las requisas permitió el ingreso de dicho artefacto explosivo causante de las lesiones al recluso demandante.

Síntesis del caso: "El 27 de mayo de 1998 en el patio número 2 de la cárcel Modelo de Bucaramanga, fue detonada una granada de fragmentación y, como consecuencia de ese hecho, resultaron heridos varios de los reclusos que se hallaban allí internados, entre ellos, el (demandante), quien ha venido a esta jurisdicción -en compañía de su grupo familiar- para demandar que el INPEC sea declarado administrativamente responsable por los daños que sufrió como víctima directa de lesiones internas en su columna vertebral y en sus órganos auditivos. Consecuentemente, reclaman que se condene a la entidad accionada a la reparación de los perjuicios materiales y morales que les fueron causados. El Instituto demandado, en su contestación de demanda, afirma que el daño objeto de las pretensiones de reparación no le es atribuible, ya que estuvo determinado por el hecho de terceros que lanzaron la granada desde otro patio del centro carcelario."

RECLUSO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALTA DE PROTECCIÓN DEL RECLUSO / DAÑO AL RECLUSO / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL RECLUSO / RÉGIMEN OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / DERECHOS DEL RECLUSO / DERECHOS FUNDAMENTALES DEL RECLUSO / PROTECCIÓN DEL RECLUSO / LÍMITES DE LOS DERECHOS DEL RECLUSO / DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / ALCANCE DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / DEBERES DEL ESTADO / CLASES DE DEBERES DEL ESTADO / OBLIGACIONES DEL ESTADO / RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECCIÓN / FALLA DEL SERVICIO / CAUSALES DE LA FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO / POSICIÓN DE GARANTE / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 1: ¿La imputación de responsabilidad al Estado por los daños causados a los internos durante el tiempo de su reclusión, como las afectaciones a su vida y su integridad psicofísica, suele ajustarse en mejor medida a los presupuestos de un régimen objetivo, sin que ello pueda erigirse como un bastión que salvaguarde a la administración penitenciaria del reproche que en cada caso particular amerite el abandono de sus funciones, el olvido de su posición de garante, o incluso la dispensa de tratos inhumanos y degradantes de la persona del recluso, circunstancias que revelan típicas fallas del servicio, atribuibles bajo el cauce de la responsabilidad subjetiva?

Tesis 1: "[L]a jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha afirmado reiteradamente, que la imputación de responsabilidad al Estado por los daños causados a los internos durante el tiempo de su reclusión, que no puedan considerarse como inherentes a esta, suele ajustarse en mejor medida a los presupuestos de un régimen objetivo, que ha encontrado un campo de aplicación privilegiado en los eventos de afectaciones a la vida y la integridad psicofísica de los detenidos. Y esto suele ser así, en razón a que con ocasión de la privación de la libertad se suspende o restringe el ejercicio de ciertos derechos fundamentales del interno, pero, a su vez, existen otros que se garantizan de forma íntegra, como la vida, la dignidad humana y la integridad personal. Los reclusos se encuentran, entonces, vinculados con el Estado a través de una relación de especial sujeción, que trae consigo la limitación de algunos de sus derechos fundamentales, al tiempo que obliga al Estado a asumir la responsabilidad de su protección y cuidado mientras se encuentren privados de la libertad. Así las cosas, en relación con los derechos a la vida e integridad personal del recluso, el Estado está obligado a evitar las amenazas que pudieran producirse contra aquel por parte de otros

internos o terceros particulares (obligación de protección), así como por parte del personal estatal, sea penitenciario o de otra naturaleza (obligación de respeto). No obstante, el recurso al título objetivo de imputación no debe erigirse como un bastión que salvaguarde a la administración penitenciaria del reproche que en el caso particular amerite el abandono de sus funciones, el olvido de su posición de garante, o incluso la dispensa de tratos inhumanos y degradantes de la persona del recluso. Tales omisiones o acciones revelan típicas fallas del servicio, y cuando así proceda dicha administración y como consecuencia de ello deriven daño los reclusos, el juicio de responsabilidad patrimonial pública en lo que atañe a la atribución de las consecuencias del daño debe seguir el cauce de la responsabilidad subjetiva, entre otras razones, para satisfacción de la función propedéutica y correctiva que debe cumplir este tipo de decisiones judiciales. Por último, viene pertinente recordar que el deber de protección asumido por el Estado en virtud de las relaciones de especial sujeción en las que, respecto de él, se encuentran los reclusos, no puede traducirse en una premisa según la cual las autoridades penitenciarias deban ser declaradas responsables por todo detrimento que, en su salud, sufra el interno, puesto que dicho detrimento puede provenir de causas extrañas que constituyan causales de exoneración.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la imputación de responsabilidad al Estado por los daños causados a los internos durante el tiempo de su reclusión, consultar providencias de 18 de mayo de 2017, Exp. 37497, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; de 29 de marzo de 2019, Exp. 43683, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; de 18 de noviembre de 2021, Exp. 47406, C.P. Fredy Ibarra Martínez. Acerca de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, y los deberes del Estado en virtud de las relaciones de especial sujeción frente al recluso, consultar providencias de 18 de mayo de 2017, Exp. 37497, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; de 9 de julio de 2018, Exp. 44036, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; de 29 de marzo de 2019, Exp. 43683, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; y de la Corte Constitucional, T-153/98, T-596/92, T-5221/92, T-705/96, T-153/98, T-1145/05, T-190/10.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO AL RECLUSO / LESIONES AL RECLUSO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALTA DE PROTECCIÓN DEL RECLUSO / ARTEFACTO EXPLOSIVO / DAÑO CAUSADO A CIVIL CON ARTEFACTO EXPLOSIVO / EXPLOSIÓN DE ARTEFACTO EXPLOSIVO / EXPLOSIÓN DE GRANADA / REQUISAS / DEBERES DEL ESTADO / OMISIÓN DEL DEBER / HECHO DEL TERCERO / DAÑO CAUSADO POR HECHO DEL TERCERO / INEXISTENCIA DEL HECHO DEL TERCERO / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FALLA DEL SERVICIO CARCELARIO / FALLA DEL SERVICIO DEL SISTEMA NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO / SISTEMA NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO / ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO / FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / PRUEBA DE LA FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO

Problema jurídico 2: *¿La detonación de una granada, lanzada, al parecer por uno de los reclusos de un patio a otro en la Cárcel Modelo de Bucaramanga, constituye hecho de un tercero que exige de responsabilidad al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC- por las lesiones que, a consecuencia de aquel, sufrió el interno demandante?*

Tesis 2: “[E]n el patio número 2 de la cárcel del distrito judicial de Bucaramanga, detonó una granada de fragmentación que causó lesiones a varios de los reclusos ahí internados, entre ellos, el señor (...) [demandante]. Sin embargo, la persona que lanzó y activó el artefacto explosivo no fue debidamente identificada o individualizada. (...) [R]esultan, (...) inexplicables los hechos acontecidos (...) en el patio número 2 de la cárcel del distrito judicial de Bucaramanga, en los que hizo detonación una granada de fragmentación que causó lesiones a varios de los reclusos internados en ese patio, incluyendo al señor (...), como no sea bajo la consideración de la pretermisión o defectuosa ejecución de las requisas que concernían a la guardia del penal, pues de otra forma no habría sido posible el ingreso del dispositivo explosivo de fragmentación anti-personal que causó el daño. (...) Por otro lado, como las requisas que, conforme a la preceptiva de la Ley 65 de 1993, competía realizar a la guardia del centro penitenciario tenían por objeto detectar e impedir el ingreso a éste, de todo tipo de armas, viene insoslayable concluir que, de haber sido ejecutada en debida forma esa función, esta arma no habría sido introducida allí, no habría sido empleada en la forma en que lo fue, y por consecuencia, se habría impedido la causación del daño. Así las cosas, la Subsección encuentra mérito en ellas para inferir que el INPEC, por conducto de los miembros

del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la cárcel, incumplió con los deberes previstos en los artículos 44, literal d), 47 y 55 de la Ley 65 de 1993, esto es, omitió requisar rigurosamente a los reclusos y todo aquel que entrara o saliera del centro penitenciario y carcelario, incumplimiento que derivó en el ingreso y detonación de la granada de fragmentación causante de las lesiones sufridas por el señor (...). Ha dicho el INPEC que el daño estuvo determinado por el hecho de un tercero, argumento que, aparte de resultar improcedente, (...) se erige como una grave afrenta a los derechos humanos de las personas reclusas en el centro carcelario. (...) Excusar la falta del servicio en lo concerniente al deber de impedir el ingreso de armas al centro de reclusión, en el hecho de un tercero, máxime cuando se trata de artefactos con aptitud para causar daño indiscriminado y cuando se encuentra probado que éste fue lanzado desde otro patio de la misma penitenciaría, es sin lugar a duda, incurrir en una forma de revictimización en cuanto lesiona, por desconocimiento, el derecho del recluso a ser tratado en condiciones acordes con la dignidad inherente a la persona humana, derecho cuya guarda y garantía reside, precisamente, en el personal de guardia. De acuerdo con las anteriores consideraciones, si bien es cierto que la granada de fragmentación no fue activada y lanzada por un guardia del INPEC sino por alguien ajeno al personal vinculado a esa entidad, al parecer por otro recluso, el daño le es imputable a esa institución a título de falla del servicio, pues aquella tenía el deber legal de impedir el ingreso del artefacto explosivo a la cárcel, y no lo hizo."

HECHO DEL TERCERO / REQUISITOS DEL HECHO DEL TERCERO / IMPREVISIBILIDAD DEL HECHO DEL TERCERO / IRRESISTIBILIDAD DEL HECHO DEL TERCERO / EXTERIORIDAD JURÍDICA / EXTERIORIDAD DE LA CAUSA EXTRAÑA / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 3: ¿Para que prospere la causal eximente de responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del tercero, es necesario determinar, en cada caso concreto, si la conducta del tercero es la raíz determinante y exclusiva del mismo, es decir, que se trata de la causa adecuada en su producción, y si corresponde a un hecho externo y ajeno al servicio, imprevisible e irresistible?

Tesis 3: "[L]a jurisprudencia de la Corporación ha establecido que para que prospere dicha causal eximente de responsabilidad [hecho del tercero] es necesario determinar, en cada caso concreto, si "el proceder activo u omisivo de aquellos (terceros) tuvo o no injerencia, y en qué medida, en la producción del daño ", y que, por ende, la conducta del tercero generadora del daño debe ser "la raíz determinante y exclusiva del mismo; es decir, que se trate de la causa adecuada en su producción", ya que si los hechos no le pueden ser atribuidos de forma íntegra al tercero, su actuar no exime completamente de responsabilidad a la entidad demandada. Debe, además, ser externo y ajeno al servicio, dado que, si este ha sido ocasionado por una actuación u omisión de la entidad demandada, en esta residirá el factor determinante del daño. Para redundar, viene pertinente señalar que dicha actuación tiene que ser imprevisible e irresistible a la entidad pública, pues de otra forma, "el daño le sería imputable" a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso".

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los presupuestos de la causal eximente de responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del tercero, consultar providencias de 14 de agosto de 2008, Exp. 16413, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 24 de marzo de 2011, Exp. 19067, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 27 de noviembre de 2017, Exp. 54121, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y de 26 de noviembre de 2018, Exp. 41514, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 07 de septiembre de 2022; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 68001-23-31-000-1998-01503-01\(46823\)](#)

5. Se niega la nulidad de las normas técnicas para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales que, incluyen la

técnica de estimulación o fracturamiento hidráulico, también conocida como fracking.

Síntesis del caso: Se interpuso el medio de control de nulidad contra el Decreto 3004 del 26 de diciembre de 2013 y la Resolución No. 90341 del 27 de marzo de 2014, por medio de las cuales el Gobierno Nacional y el Ministerio de Minas y Energía, establecieron los criterios y procedimientos, así como los requerimientos técnicos, para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales.

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN / PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE / PROTECCIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE / ACTIVIDADES QUE CAUSAN IMPACTO AMBIENTAL / IMPACTO AMBIENTAL / MITIGACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL / PRESUNCIÓN LEGAL / JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL / DAÑO AMBIENTAL / DAÑO DEL MEDIO AMBIENTE

Problema jurídico 1: ¿Si bien el principio de precaución podría indicar con simplicidad que debe evadirse cualquier circunstancia que cree un peligro para la salud o el medio ambiente hasta que no se tenga total certeza de las medidas que se deben adoptar para superarlo, su concepción y aplicación no puede estudiarse y definirse bajo la premisa básica de que equivale a una presunción iuris tantum, de que la actividad riesgosa es dañina y que por lo tanto debe prohibirse?

Tesis 1: “[L]a Sala estima pertinente efectuar unas precisiones en relación con el alcance y aplicación de este principio [precaución] a partir del axioma explicado por la jurisprudencia constitucional, al tenor del cual “...el principio de precaución no equivale a una presunción iuris tantum de que la actividad es dañina y por lo tanto debe prohibirse”. (...) [S]e resalta la relación y dependencia existente entre el principio de precaución y la actividad regulatoria, siendo esta última determinada en función de la visión extrema o cautelosa del primero. De esta forma, mientras las versiones cautelosas del principio propenden por la comprensión inicial del peligro y la adopción de medidas regulatorias antes de que se configure el daño, las versiones fuertes defienden la prohibición de la actividad ante la menor falta de certeza científica, o el más débil nexo causal entre la conducta y el riesgo, excluyendo la actividad reguladora como medida para evitarlo o mitigarlo. De hecho, las versiones más fuertes del principio resultarían incompatibles con la actividad regulatoria en tanto la misma, como toda acción, conlleva un riesgo. (...) Por tanto, si bien el principio de precaución podría indicar con simplicidad que debe evadirse cualquier circunstancia que cree un peligro para la salud o el medio ambiente hasta que no se tenga total certeza de las medidas que se deben adoptar para superarlo, su concepción y aplicación no puede estudiarse y definirse bajo tal premisa básica, toda vez que los riesgos están presentes en todas partes y en todas las actividades, de manera que “cualquier esfuerzo por ser universalmente precavido será paralizante, prohibiendo cada paso imaginable”, lo que podría conllevar a considerar este axioma como un principio de paralización de las decisiones, entre ellas, las que están llamadas a ser adoptadas en materia regulatoria pago en favor de la corporación demandante, para lo cual empleará la fórmula tradicional de indexación (...).”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el principio de precaución, consultar providencia de la Corte Constitucional, C-293 de 2002; y T-236 de 2017.

NORMA TÉCNICA / NORMA TÉCNICA COLOMBIANA / REGLAMENTO TÉCNICO / CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / VALIDEZ DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / ACTIVIDAD MINERA / ACTO ADMINISTRATIVO MINERO / ASUNTOS DE NATURALEZA MINERA / ASUNTOS MINEROS / FRACKING / CONTROL DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / JUICIO DE LEGALIDAD / JUICIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTIVIDADES DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO / EXPLORACIÓN DE PETRÓLEO / EXPLOTACIÓN DEL PETRÓLEO / NORMATIVIDAD DE

LA EXPLOTACIÓN DEL PETRÓLEO / FUENTES NO CONVENCIONALES DE ENERGÍA / FUNCIONES DEL JUEZ / FUNCIÓN INTERPRETATIVA DEL JUEZ / INTERPRETACIÓN DEL JUEZ / DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA / DISCRECIONALIDAD / POTESTAD DISCRECIONAL / PODER DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO / VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CARGA DE LA PRUEBA / ALCANCE DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / APLICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA / EXIGENCIA DE CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LAS PARTES EN LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 2: ¿Compete al Consejo de Estado examinar la existencia de reales vicios de ilegalidad del reglamento técnico de la actividad de exploración y explotación de yacimientos no convencionales, de lo que escapa al juez de la nulidad, la definición de políticas petroleras o la determinación de la validez de una eventual autorización para realizar actividades de fracking, por lo que el demandante no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica o de política ambiental, social o económica sobre el riesgo de la actividad, pues en esta materia tiene el deber de probar el error cometido o la equivocación manifiesta en la adopción de la decisión técnica correspondiente?

Tesis 2: “[P]ara esta Corporación las normas atacadas, por su carácter especializado en materia de hidrocarburos no convencionales, son reglamentos técnicos, sin que por ello pierdan la naturaleza de actos administrativos generales o reglamentos propiamente dichos, sujetos a control. En otras palabras, el carácter técnico innegable de las normas demandadas no es obstáculo para que sus contenidos sean controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa, habida cuenta que se trata de actos administrativos fruto de la decisión unilateral de la administración que, inexorablemente, deben respetar los principios constitucionales y de orden legal, propios del Estado social y constitucional de derecho. (...) En consecuencia, de cara a la solución del caso particular, la Sala resalta las siguientes conclusiones en relación con los actos demandados y la competencia del juez de nulidad respecto de estos: (i) Los reglamentos técnicos son objeto de control jurisdiccional, y en el caso de cuestiones técnicas complejas (cuando la decisión se adopta sobre varias alternativas técnico-científicas posibles o en base en hipótesis), la anulación de la decisión adoptada solo será viable en la medida que el acto demandado sea abiertamente irrazonable, desproporcionado o arbitrario. En las cuestiones técnicas simples (cuando existe una sola solución técnico-científica) la anulación del acto será viable cuando se logre probar con total certeza la única solución posible, y que la misma es contraria a la adoptada por la administración. En estos casos, al anular la decisión demandada, el juez deberá fundarlo, entre otros, en la revelación de la única solución posible. (ii) El juez no tiene los elementos de juicio técnicos y especializados necesarios para pronunciar en todos los casos un dictamen definitivo, desde una visión y evaluación puramente técnica que permita solventar meras diferencias de criterio o discernimiento técnico allegadas por expertos al proceso. Por tanto, en desarrollo del control judicial del reglamento técnico, el juez deberá respetar el margen de discrepancia usual, legítima e inevitable que se presenta en la mayoría de los ámbitos del saber científico -o especializado-, de manera que su intervención, como guardián de la legalidad, no puede variar de operador judicial a simple elector de una preferencia entre divergencias u opiniones técnicas enfrentadas, o lo que es igual, a la sustitución de una posición opinable por otra. (iii) El encargo judicial que tiene el Consejo de Estado en el presente caso, está orientado a examinar la existencia de reales vicios de ilegalidad del reglamento técnico de la actividad de exploración y explotación de yacimientos no convencionales, como acto administrativo de carácter general, del que escapan las críticas, las percepciones o las preferencias subjetivas respecto de una entre varias opiniones técnicas respecto del fracturamiento hidráulico en pozos horizontales en este tipo de yacimientos; por tanto, solo de constatarse de manera fehaciente la violación de la norma superior por los actos demandados, será procedente su expulsión del ordenamiento jurídico a través del control de legalidad, sin que el escenario judicial pueda reducirse a un simple debate de oposición, crítica o aplauso respecto de una actividad (el fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales), sin una proyección directa y clara en la legalidad de los actos administrativos demandados. (iv) La competencia de la Sala frente al reglamento técnico en el presente caso se circunscribe a determinar si, con fundamento en las razones fácticas y jurídicas aducidas por el actor en la demanda, así como en las pruebas decretadas y practicadas, se acreditó una violación de las normas superiores y principios aplicables indicados en los cargos de nulidad. De manera que escapa al juez de la nulidad, y por ende al presente proceso, la definición de políticas petroleras o la determinación de la validez de una eventual autorización para realizar actividades de fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales, asunto que corresponde a otras autoridades

y otros escenarios democráticos. (v) Sin que se desnaturalice la condición pública de la acción de nulidad, frente a un juicio de legalidad de un acto administrativo que es producto del ejercicio de facultades discrecionales de orden técnico, justificadamente es exigible una carga proporcionada, razonable y necesaria en cabeza del demandante frente a la argumentación y prueba de los elementos que configuran los cargos de nulidad propuestos. De esta manera, y tratándose de un reglamento técnico, si la argumentación del demandante consiste en una arbitraria, insuficiente o equivocada valoración de la ciencia respectiva y, por ende, en una errada decisión técnica de la administración o escasa actuación regulatoria, la actividad probatoria del demandante no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica o de política ambiental, social o económica diferente a la que fundamentó la competencia que se activa por parte del por el órgano administrativo y, menos aún, limitarse a demostrar que la actividad es riesgosa, pues en esta materia tiene el deber de probar con absoluta seguridad y certeza la falencia, el error cometido o la equivocación manifiesta en la adopción de la decisión técnica correspondiente, de cara a derechos o principios constitucionales, para lo cual, como mínimo deberá: a) Identificar de manera clara y precisa los puntos concretos de insuficiencia o desacierto técnico que se afirma existen en la decisión de la administración, así como los argumentos que sustentan tal insuficiencia o desacierto. b) Acreditar con fuentes técnicas de reconocido prestigio, respecto de esos concretos puntos, la existencia de un inequívoco error o insuficiencia para el objetivo propuesto en la decisión técnica adoptada por la entidad demandada, ya sea porque la única opción técnicamente viable no fue adoptada, o porque la opción técnica adoptada entre varias posibles -o con fundamento en hipótesis- es irrazonable, desproporcionada o arbitraria."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el control jurisdiccional de los reglamentos técnicos, consultar providencias de 30 de noviembre de 2006, Exp. 13074, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de 31 de octubre de 2007, Exp. 13503, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 19 de julio de 2018, Exp. 57576, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; y de la Corte Constitucional, T-427 de 1992; T-418 de 1993; T-587 de 1998.

DICTAMEN PERICIAL / PRUEBA PERICIAL / ERROR EN EL DICTAMEN PERICIAL / ERROR GRAVE EN EL DICTAMEN PERICIAL / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA PERICIAL / VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / FORMA DE RENDIR EL DICTAMEN PERICIAL / CONTROVERSIA A LA PRUEBA PERICIAL / IMPROCEDENCIA DE LA OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL / CONTENIDO DEL DICTAMEN PERICIAL / IMPROCEDENCIA DE LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE EN EL DICTAMEN PERICIAL / INEXISTENCIA DEL ERROR GRAVE

Problema jurídico 3: *¿El hecho de haberse presentado dos informes periciales contraría lo dispuesto en el artículo 226 del CGP, que impone que el dictamen sea rendido por un solo perito?*

Tesis 3: "[L]a Sala considera que el hecho de haberse presentado dos informes no contraría lo dispuesto en el artículo 226 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, y que impone que el dictamen sea rendido por un solo perito, toda vez que: (i) La prueba fue decretada para ser desarrollada por un grupo de especialistas y así fue practicada, y el hecho de que no hubiera unanimidad no desdice de sus conclusiones, especialmente en la medida que evidencian variados criterios que enriquecen el análisis en una materia en la que, a juzgar por la verdad, la coincidencia plena de criterios no es la regla. (ii) No es procedente exigir una -casi imposible- unanimidad cuando se trata de efectuar un estudio por parte de una comisión interdisciplinaria, cuyas perspectivas de análisis y consideración se basan en la ciencia propia del perito, que en términos de razonabilidad, no siempre deberá conducir a iguales rumbos entre todos ellos, pues en esta materia las opciones son infinitas. (iii) Algunos de los aspectos que se analizan escapan a la especialidad de los peritos, reduciendo la labor de los segundos a usar tales conclusiones como premisas de otros nuevos estudios."

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / ACTIVIDAD MINERA / ACTO ADMINISTRATIVO MINERO / ASUNTOS DE NATURALEZA MINERA / ASUNTOS MINEROS / FRACKING / ACTIVIDADES DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO / EXPLORACIÓN DE PETRÓLEO / EXPLOTACIÓN DEL PETRÓLEO / NORMATIVIDAD DE LA EXPLOTACIÓN DEL PETRÓLEO / FUENTES NO CONVENCIONALES DE ENERGÍA / AUTORIZACIÓN LEGAL / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE NULIDAD / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO LEGAL / RIESGO /

ACTIVIDADES QUE CAUSAN IMPACTO AMBIENTAL / IMPACTO AMBIENTAL / AFECTACIÓN DE LA SALUD PÚBLICA / AFECTACIONES A LA SALUD PÚBLICA / SALUD PÚBLICA / DAÑO AMBIENTAL / DAÑO DEL MEDIO AMBIENTE

Problema jurídico 4: ¿Las normas demandadas violan directamente los artículos 79 y 80 de la Constitución por autorizar o avalar el desarrollo de una actividad industrial (fracturamiento hidráulico) que, según el demandante, genera riesgos sobre la salud humana y los recursos naturales?

Tesis 4: “Frente al primer cuestionamiento o problema jurídico de la demanda, debe concluirse que, en los términos planteados en la censura, las normas acusadas no violan directamente los artículos 79 y 80 de la Constitución por autorizar o avalar el desarrollo de una actividad industrial y que según el demandante genera riesgos sobre la salud humana y los recursos naturales. Se llega a la anterior conclusión al evidenciarse que los actos acusados contienen la reglamentación técnica de una actividad, que no está prohibida y cuya licitud escapa al presente medio de control, además de que no la crea, autoriza ni avala - como afirmó la parte actora para sustentar el cargo de nulidad-, asunto que hace parte del régimen jurídico de la explotación de los recursos naturales no renovables permitida por la Constitución Política y desarrollada por el reglamento, en particular, de los yacimientos no convencionales, cuyo aprovechamiento es incentivado expresamente por la ley vigente..”

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / ACTIVIDAD MINERA / ACTO ADMINISTRATIVO MINERO / ASUNTOS DE NATURALEZA MINERA / ASUNTOS MINEROS / FRACKING / ACTIVIDADES DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO / EXPLORACIÓN DE PETRÓLEO / EXPLOTACIÓN DEL PETRÓLEO / NORMATIVIDAD DE LA EXPLOTACIÓN DEL PETRÓLEO / FUENTES NO CONVENCIONALES DE ENERGÍA / AUTORIZACIÓN LEGAL / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE NULIDAD / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO LEGAL / RIESGO / ACTIVIDADES QUE CAUSAN IMPACTO AMBIENTAL / IMPACTO AMBIENTAL / AFECTACIÓN DE LA SALUD PÚBLICA / AFECTACIONES A LA SALUD PÚBLICA / SALUD PÚBLICA / DAÑO AMBIENTAL / DAÑO DEL MEDIO AMBIENTE

Problema jurídico 5: ¿Las normas acusadas violan directamente el principio de precaución ambiental en tanto la técnica de fracturamiento hidráulico genera un peligro de daño grave e irreversible al medio ambiente, siendo la regulación insuficiente o inadecuada para mitigar los riesgos generados, todo esto con afectación del concepto de desarrollo sostenible (Art. 80 CP) y de la solidaridad intergeneracional?

Tesis 5: “El principio de precaución, bajo la premisa adoptada en nuestro ordenamiento jurídico por mandato legal, se sustenta en la oportuna y adecuada gestión de los riesgos ambientales mediante la eficaz reglamentación de las actividades que generan dichos riesgos, más no en la ineludible prohibición de esas actividades, como tampoco en la inactividad estatal frente a su intervención respecto de las mismas, toda vez que la sostenibilidad del desarrollo no es sinónimo de prohibición de nuevas tecnologías, ni es el principio de precaución una limitante a la necesaria y legítima intervención del estado en aquellas actividades consideradas riesgosas para el medio ambiente o la salud. (...) Todo lo contrario, el principio de precaución parte del reconocimiento de que toda actividad humana implica un riesgo, de la necesidad de mitigar tales riesgos de forma fiscalizada y con fundamento en la tecnología y conocimiento científico disponible, incluso cuando exista incertidumbre científica respecto de su ocurrencia y sus efectos. (...) En consecuencia, no es correcto afirmar que cualquier regulación de toda actividad riesgosa, atendiendo a ese solo carácter, compromete la vulneración del principio de precaución, cuando lo cierto es que su concepción más flexible, como la consagrada por el ordenamiento jurídico colombiano, se aparta de las prohibiciones que califican y consideran a las actividades como peligrosas para en su lugar reforzar y optimizar el control y la gestión de los riesgos que pueden generar, recurriendo a la prohibición exclusivamente cuando comprobados daños graves e irreversibles, sean imposibles de mitigar o contrarrestar. (...) de esta manera, tratándose de una reglamentación técnica y ateniendo a lo expuesto en relación con la competencia del juez de nulidad y el control jurisdiccional de esta clase de actos administrativos, se reitera que la actividad probatoria del demandante no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente a la adoptada por el órgano administrativo en el reglamento, sino que tiene que probar ante el juez, con absoluta seguridad y certeza, la falencia o error cometido en la adopción de la decisión técnica correspondiente. (...) Atendiendo a lo anterior, revisadas los medios de prueba

decretados y practicados en el proceso, como punto de partida se observa que la parte actora enfocó todo su esfuerzo argumentativo y probatorio en advertir y calificar la actividad de estimulación hidráulica en yacimientos no convencionales como riesgosa e inconveniente, lo que conllevó a que en ningún momento durante el proceso se hayan acreditado fehaciente y suficientemente elementos de juicio precisos e inequívocos que permitan afirmar, concretamente, cuáles son los supuestos aspectos que se dejaron de considerar, valorar o contemplar en las disposiciones acusadas para considerarlas como irracionales, desproporcionadas o arbitrarias, y afirmar su contraposición al principio de precaución. (...) Lo anterior, resulta manifiesto al repasar los principales elementos probatorios del proceso, donde se evidencia que la parte actora centró su atención en demostrar la existencia de unos riesgos generados por la actividad, premisa que no está en discusión ni es la única clave de verificación del juez de la legalidad, pero en ningún caso, que el reglamento técnico fuere inidóneo o inadecuado por desconocer una única opción técnicamente viable, o por haber adoptado medidas abiertamente irrazonables, arbitrarias o desproporcionadas entre varias opciones técnicas posibles. (...) Por tanto, revisadas las pruebas válidamente decretadas y practicadas, la Sala concluye que la parte actora no demostró que las normas acusadas no satisfagan las exigencias jurídicas del principio de precaución para realizar la extracción de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, toda vez que no se probó que sean contrarias, ajenas o irrazonables de cara al conocimiento científico o de la disciplina correspondiente, como tampoco, que sus reglas sean arbitrarias, inadecuadas o irrazonables para mitigar los riesgos de esa actividad, que son los criterios para afirmar la nulidad del reglamento técnico en el caso de cuestiones técnicas complejas como la presente. (...) Además, tampoco se acreditó que los posibles daños sean graves y/o irreversibles como exige la aplicación del principio de precaución, toda vez que los elementos probatorios que soportan la alegada violación del principio de precaución no resultan suficientes para demostrar sin hesitación la entidad de los daños que podrían causarse al medio ambiente, al menos con algún criterio científico que ofrezca con relativa seguridad tales afectaciones, y que por ende, se avizoran apenas como hipotéticas, careciendo de sustento inequívoco, tanto en su magnitud y alcance, como en su ocurrencia y concreción. (...) Por tanto, conforme a los cargos propuestos, los argumentos de la demanda y las pruebas practicadas, el actor no acreditó que las normas acusadas vulneren el principio de precaución positivizado en nuestro ordenamiento jurídico. Y, menos aún, desvirtuó que la reglamentación técnica demandada corresponda a una materialización de este principio, de manera que, aun ante la inexistencia de certeza científica sobre la totalidad de los riesgos asociados a la explotación de yacimientos no convencionales, incluyendo la técnica de la estimulación hidráulica así como de sus efectos, la administración no ha postergado la adopción de medidas tendientes a la protección de la salud y el medio ambiente, que es precisamente el sustento y "objetivo legítimo" expreso del reglamento técnico demandado conforme al numeral 1.1. del artículo 2 de la Resolución 3742 de 2001. (...) En consecuencia, en los términos en que la parte actora sustentó la acción, (...) la Sala negará las pretensiones de la demanda."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: sentencia de 07 de julio de 2022; C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 11001-03-26-000-2016-00140-00\(57819\)](#)

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

ACLARACIÓN DE VOTO / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO LEGAL / CONVALIDACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / SANEAMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO ILEGAL / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PLAN NACIONAL DE DESARROLLO / LEY DE PLAN NACIONAL DE DESARROLLO / FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / FRACKING

Problema jurídico 1: ¿Dada la regulación legal sobre los yacimientos no convencionales, que está contenida en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, donde el legislador autorizó las investigaciones piloto con el fin de identificar los principales riesgos asociados a la exploración y explotación de yacimientos no convencionales (fracking), cualquier eventual vicio de ilegalidad de los actos administrativos fue convalidado, por esa ley, y por ello juez de la administración no tiene competencia en el asunto?

Tesis 1: “En la aclaración de voto a la providencia de 17 de septiembre de 2019, que estudió la medida cautelar dictada por el entonces ponente, expuse los motivos por los cuales siempre, en la discusión de este asunto, sostuve que el asunto escapaba al ámbito de decisión del juez de la Administración, pues ya contaba con una autorización legal. En las bases del actual Plan Nacional de Desarrollo, en el aparte relativo a la seguridad energética, el legislador autorizó las investigaciones piloto con el fin de identificar los principales riesgos asociados a la exploración y explotación de yacimientos no convencionales (fracking). Esas bases hacen parte integral del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, según el artículo 2 de la Ley 1955 de 2019. De allí que no se podían anular los actos demandados, dada la regulación legal sobre los yacimientos no convencionales. Además, como esta regulación fue posterior y está contenida en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, que tiene prelación sobre las demás leyes (art. 341 CN), cualquier eventual vicio de ilegalidad de los actos administrativos fue purgado, es decir convalidado, por esa ley. El juez de la administración no tiene competencia para juzgar la validez de una ley, salvo en los eventos de excepción de inconstitucionalidad (art. 4 CN) o de inconventionalidad (art. 9 CN).”

ACLARACIÓN DE VOTO / DICTAMEN / ADECUADA VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / APRECIACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / CONCLUSIONES DEL DICTAMEN PERICIAL / DICTAMEN PERICIAL / IRREGULARIDAD EN EL DICTAMEN PERICIAL / VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL

Problema jurídico 2: *¿Tiene valor probatorio un dictamen pericial en el que se exponen conclusiones contradictorias?*

Tesis 2: “La sentencia dio valor probatorio al dictamen pericial decretado de oficio. Entre los expertos que rindieron el dictamen no hubo unanimidad en cuanto a sus conclusiones. El artículo 226 CGP dispone que el dictamen pericial tiene, en esencia, dos partes. La primera corresponde a una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, exigencia lógica. La segunda impone que las 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. Por ello ¿podía tener mérito probatorio un dictamen de expertos en el que exponen conclusiones contradictorias frente a los puntos sometidos a su examen?”

ACLARACIÓN DE VOTO / TESTIMONIO / APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO / CONCEPTO DE TESTIMONIO / TESTIMONIO TÉCNICO / VALORACIÓN DEL TESTIMONIO / VALORACIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO / TESTIGO / TESTIGO TÉCNICO

Problema jurídico 3: *¿Los testimonios no podían ser tratados como técnicos, pues no declararon sobre hechos que les constaran y sobre los cuales tuvieran una opinión como expertos, se trató de una opinión especializada más que de un testimonio sobre hechos relevantes?*

Tesis 3: “El proyecto dio valor probatorio a ciertos testigos y los catalogó como “técnicos”. El artículo 220 CGP permite que el testigo emita verdaderos conceptos técnicos, cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia de su declaración. Así, de manera excepcional, cuando la persona que percibió los hechos sobre los que declara, además posee determinados conocimientos en ramas de la ciencia, se le habilita en las respuestas a su interrogatorio a emitir opiniones especializadas, que permitan la explicación de su declaración. En estos eventos, quien declara, además de narrar lo que percibió, emite un concepto acerca de las causas o motivos de lo sucedido. Los testimonios no podían ser tratados como técnicos, pues no declararon sobre hechos que les constaran y sobre los cuales tuvieran una opinión como expertos. Se trató de una opinión especializada más que de un testimonio sobre hechos relevantes. Asunto para el que la legislación procesal previó una regulación específica: la prueba pericial.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: sentencia de 07 de julio de 2022; A.V. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 11001-03-26-000-2016-00140-00\(57819\)](#)

Aclaración de voto del consejero Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz

ACLARACIÓN DE VOTO / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO LEGAL / CONVALIDACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / SANEAMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO ILEGAL / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PLAN NACIONAL DE DESARROLLO / LEY DE PLAN NACIONAL DE DESARROLLO / FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / FRACKING

Problema jurídico 1: ¿Dada la regulación legal sobre los yacimientos no convencionales, que está contenida en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, donde el legislador autorizó las investigaciones piloto con el fin de identificar los principales riesgos asociados a la exploración y explotación de yacimientos no convencionales (fracking), cualquier eventual vicio de ilegalidad de los actos administrativos fue convalidado, por esa ley, y por ello juez de la administración no tiene competencia en el asunto?

Tesis 1: “En la aclaración de voto a la providencia de 17 de septiembre de 2019, que estudió la medida cautelar dictada por el entonces ponente, expuse los motivos por los cuales siempre, en la discusión de este asunto, sostuve que el asunto escapaba al ámbito de decisión del juez de la Administración, pues ya contaba con una autorización legal. En las bases del actual Plan Nacional de Desarrollo, en el aparte relativo a la seguridad energética, el legislador autorizó las investigaciones piloto con el fin de identificar los principales riesgos asociados a la exploración y explotación de yacimientos no convencionales (fracking). Esas bases hacen parte integral del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, según el artículo 2 de la Ley 1955 de 2019. De allí que no se podían anular los actos demandados, dada la regulación legal sobre los yacimientos no convencionales. Además, como esta regulación fue posterior y está contenida en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, que tiene prelación sobre las demás leyes (art. 341 CN), cualquier eventual vicio de ilegalidad de los actos administrativos fue purgado, es decir convalidado, por esa ley. El juez de la administración no tiene competencia para juzgar la validez de una ley, salvo en los eventos de excepción de inconstitucionalidad (art. 4 CN) o de inconventionalidad (art. 9 CN).”

ACLARACIÓN DE VOTO / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL / VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO / PRUEBA TÉCNICA / APLICACIÓN DE LA PRUEBA TÉCNICA

Problema jurídico 2: ¿Como la demanda versaba de un tema especializado, era necesario que las alegaciones técnicas del demandante fueran estudiadas a la luz de un experto en calidad de perito y documentos técnicos, en el caso no lo fueron entonces no debían valorarse?

Tesis 2: “La sentencia analizó documentos y testimonios que no constituían una prueba técnica idónea para desvirtuar la legalidad de las normas acusadas. Como la demanda versaba sobre un tema especializado, era necesario que las alegaciones técnicas del demandante fueran estudiadas a la luz de la opinión de un experto que interviniera en calidad de perito, que fundamentara las razones de sus conclusiones, que explicara la metodología por medio de la cual había llegado a su posición y cuyo informe pudiera ser controvertido por las partes en el proceso. (...) Al expediente se aportaron diversos documentos, a saber, informes presentados por la Contraloría, los talleres realizados por la ANH y el Ministerio de Minas, el informe de la Comisión de Expertos y diversas publicaciones de académicos en artículos de revistas y libros. Estos documentos brindan informaciones generales frente a los posibles riesgos de la técnica en diferentes escenarios, incluyendo diferentes países y del debate que actualmente existe frente a la conveniencia o no de la práctica del fracking. Sin embargo, estos documentos, por sí mismos, no pueden valorarse como opiniones técnicas. Hacerlo implica desconocer que el dictamen pericial tiene una forma de contradicción específica que se desconoce si el juez es el que termina emitiendo opiniones “fundadas” en documentos técnicos que en realidad solo puede valorar en todo su alcance un experto. (...) En la sentencia se puso de presente que los informes y estudios aportados sólo daban cuenta de la inconveniencia de la práctica del fracking, pero que no probaban la falta de idoneidad de la regulación. También se les dio poco valor probatorio en la medida en que varios de los documentos aportados no incluían los estudios científicos en los que se basaban. No obstante, como indiqué, considero que dichos documentos no eran idóneos para la evaluación de los cargos presentados por el demandante, debido a que no fueron avalados por un perito. (...) De otro lado, en la sentencia se consideró que los

testigos que declararon el proceso tenían la calidad de “testigos técnicos”, (...) Nuestra legislación en realidad no contempla la categoría del “testigo técnico”, con condiciones similares a las del perito. Por el contrario, lo que hace nuestra normativa es prohibir que pro la vía del testimonio intenten introducirse al proceso conceptos que deben ser emitidos y controvertidos conforme con las reglas del dictamen pericial. El testigo cuando rinda su declaración, sobre hechos que le constan, puede referirse a un concepto técnico, caso en el cual juez podrá indagarlo sobre el mismo para aclarar su sentido. Y podrá hacer esa indagación precisamente por las condiciones del testigo.”

DICTAMEN / ADECUADA VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / APRECIACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / CONTENIDO DEL DICTAMEN PERICIAL / PROHIBICIONES DEL DICTAMEN PERICIAL / VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / DICTAMEN PERICIAL / ACLARACIÓN DE VOTO

Problema jurídico 3: *¿Un sujeto procesal no puede aportar varios dictámenes periciales sobre un mismo punto, lo que implica que, incluso si la prueba se ha solicitado a una entidad oficial, ésta no pueda presentar opiniones contrarias?*

Tesis 3: “Los dos dictámenes periciales aportados no debieron ser valorados por contrariar el artículo 226 del CGP 3.1.- La mayoría de la Sala consideró que el hecho de que se hubiesen presentado dos informes no contrariaba lo dispuesto en el artículo 226 del CGP debido a que (i) la prueba fue desarrollada por un grupo de especialistas y falta de unanimidad no deslegitima las conclusiones; y (ii) no era procedente exigir una unanimidad de imposible cumplimiento en una comisión interdisciplinaria. (...) No comparto la posición de la mayoría de la Sala. Por regla general, un sujeto procesal no puede aportar varios dictámenes periciales sobre un mismo punto, lo que implica que, incluso si la prueba se ha solicitado a una entidad oficial, ésta no pueda presentar opiniones contrarias. (...) Ahora bien, es cierto que, como lo indicó la sentencia, el perito puede estar formado por un grupo plural de personas, en este caso, por diferentes profesores. No obstante, la norma es clara cuando señala que el perito es “uno solo”, independientemente de cuántos profesionales lo conformen. En el caso estudiado, el perito era la Universidad Nacional, y la institución estaba obligada a rendir un solo concepto frente a las preguntas que se le plantearon. (...) Contrario a lo que indica la sentencia, el artículo 226 del CGP establece que sólo podrá presentarse un dictamen pericial frente a un mismo hecho o materia, Esto implica que es improcedente que existan diversos dictámenes rendidos por diferentes peritos obre un mismo punto o que un perito rinda diferentes opiniones sobre el mismo aspecto. (...) Así, no era admisible que la Universidad Nacional presentara dos dictámenes con opiniones contradictorias, porque dicha situación supone (i) que el dictamen fue presentado por diferentes peritos, o (ii) que se decretaron varios dictámenes sobre un mismo punto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 07 de julio de 2022; A.V. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-26-000-2016-00140-00\(57819\)](#)

Aclaración de voto del consejero Nicolás Yepes Corrales

ACLARACIÓN DE VOTO / PRUEBA PERICIAL / INSUFICIENCIA DE LA PRUEBA PERICIAL / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA PERICIAL / DICTAMEN / ADECUADA VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / APRECIACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / CONTENIDO DEL DICTAMEN PERICIAL / PROHIBICIONES DEL DICTAMEN PERICIAL / VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / DICTAMEN PERICIAL

Problema jurídico 1: *¿Podía otorgarse valor probatorio de dictamen pericial a los dos documentos contradictorios presentados como prueba pericial?*

Tesis 1: “Aunque comparto el sentido de la citada decisión, en tanto considero que no se logró acreditar que las normas demandadas comporten una vulneración directa de los artículos 79 y 80 de la Constitución Política, ni tampoco el desconocimiento del principio de precaución ambiental por configurar una reglamentación técnica irrazonable, desproporcionada o inadecuada para mitigar los riesgos generados por la actividad que se regula, me aparto del hecho de que en la sentencia se le haya otorgado valor probatorio a la denominada prueba pericial que fue practicada dentro del presente asunto. (...) Pues bien, en este caso, las preguntas formuladas al único perito designado —esto es, a la Universidad Nacional de

Colombia— y que constituyeron el marco de la prueba pericial que fue decretada en este proceso, claramente estaban dirigidas a dilucidar aspectos técnicos relacionados con el desarrollo de la actividad, tales como los riesgos asociados a la misma, la capacidad de preverlos y anticiparlos, la posibilidad de mitigarlos y su contraste con los efectos de las tecnologías convencionales de exploración y explotación de hidrocarburos. En ese sentido, la prueba fue decretada como un dictamen de comprobación, entendido como aquél en el que se busca comprobar un hecho que requiere de un conocimiento técnico especializado a partir de la experimentación. Sin embargo, lo que se obtuvo como resultado de la prueba no fue propiamente un concepto técnico que trajera al proceso el conocimiento especializado sobre el tema, sino dos documentos con enfoques francamente irreconciliables, que plantearon consideraciones por completo opuestas sobre los asuntos consultados. En efecto, a pesar de que el perito designado para rendir este informe fue uno solo —quien asumió, al posesionarse, el deber y la carga de responder las preguntas planteadas con conclusiones precisas, claras y técnicas—, lo cierto es que la institución educativa designada optó por reunir a un grupo multidisciplinario de expertos que finalmente no logró ponerse de acuerdo y que terminó presentando dos informes disímiles y contrapuestos. Y si bien la diversidad de temas por los cuales se indagaba justificaba la intervención de profesionales de diversas áreas, que pudieran dar respuesta a aquellos aspectos que se relacionaban puntualmente con su experticia, esa pluralidad no podía entenderse como una habilitación para que una prueba que debía llegar a afirmaciones conclusivas y, sobre todo, técnicas, terminara siendo un compendio de consideraciones subjetivas y personales. Así, dando aplicación a lo previsto en el artículo 232 del CGP (...) estimo que no podía otorgárseles a esos informes el valor probatorio correspondiente a un dictamen pericial, pues el resultado que se obtuvo no fue un concepto que trajera a este proceso conocimiento especializado sobre el tema, sino apenas la reunión de opiniones de distintos profesionales sobre la materia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 07 de julio de 2022; A.V. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-26-000-2016-00140-00\(57819\)](#)

Salvamento de voto de la consejera María Adriana Marín

EXPLOTACIÓN DE YACIMIENTO MINERO / YACIMIENTO MINERO / FACULTADES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / POTESTAD REGLAMENTARIA / FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / INEXISTENCIA DE LA NORMA / EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / CONGRESO DE LA REPÚBLICA / COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA / FUNCIONES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA / COMPETENCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA / NULIDAD DEL DECRETO / NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA / SALVAMENTO DE VOTO / FRACKING

Problema jurídico 1: ¿Deben anularse las normas demandadas en el caso concreto en cuanto no existe a la fecha Ley que habilite la técnica de extracción en yacimientos no convencionales para la explotación de los recursos naturales no renovables en Colombia, lo cual se conoce como fracking?

Tesis 1: “[La necesidad de ley que autorice la exploración y explotación de yacimientos no convencionales] [V]ale recordar que el Decreto 3004 de 2013 fue dictado con fundamento en las facultades otorgadas al Presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 Superior para el ejercicio de la potestad reglamentaria, lo cual de plano descarta que el referido decreto sea un decreto autónomo constitucional a la luz del artículo 360 Constitucional. (...) Tampoco podría considerarse, válidamente, que la Ley 1530 de 2012 fungió como habilitación al gobierno para ejercer, en forma extraordinaria y en los términos del artículo 150 numeral 10 de la Constitución, la función legislativa asignada en el artículo 360 Superior, en tanto solo puede revestirse al Presidente para dictar decretos con fuerza de ley. Adicionalmente, la Constitución fijó la competencia para determinar las condiciones para la explotación de recursos naturales no renovables, en forma privativa, en cabeza del Congreso de la República, de modo que no podía ser transferida válidamente al ejecutivo. En todo caso, las facultades extraordinarias que la ley autoriza deben ser siempre expresas, temporales, están sujetas a mayorías calificadas en su aprobación e imponen solicitud previa del gobierno. (...) Además no puede pasar inadvertido que el ejercicio de la facultad reglamentaria e la ley no se ejerció por parte del Presidente de la República, toda vez que la competencia reglamentaria fue trasladada al Ministerio de Minas y Energía, en los términos del artículo 2 del Decreto

3004. Esta delegación está prohibida expresamente por el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 489 de 1998. (...) De otro lado, se descarta que la ley de autorización o de condicionamientos para la extracción de yacimientos no convencionales sea la Ley 1955 de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 particularmente, en lo dispuesto en su artículo 2 (...) Si bien la Ley 1955 de 2019 podría estar, en principio, en consonancia con el inciso 1 del artículo 360 Superior y su reglamentación, Decreto 380 de 2020, no pueden ser consideradas como el fundamento jurídico de las normas demandadas, por cuanto no existían para el momento de su expedición y, además, su regulación es materialmente distinta (...) Es decir, todavía no se ha definido por parte del legislador si autoriza o no la técnica de extracción en yacimientos no convencionales para la explotación de los recursos naturales no renovables, lo cual es propio de una democracia deliberativa. (...) Es importante resaltar que la Ley 1955 de 2019 fue publicada el 25 de mayo, un mes después de que se rindiera el informe de la Comisión de Expertos designada por el Gobierno Nacional. También precisa poner de presente que esa ley fue anterior a la decisión de la Sala Plena de la Sección de confirmar la suspensión provisional de las normas aquí demandadas (17 de septiembre de 2019). De suerte que se trató de una decisión legislativa sobre el tema, con insumo técnico de la Comisión de Expertos, y no del cumplimiento de una decisión judicial, puesto que esta se encontraba pendiente de su confirmación. (...) En conclusión, a mi juicio, debieron anularse las normas demandadas, como quiera que no hay ley que habilite este tipo de extracciones.”

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 26 de noviembre de 2021, exp. 65992, C.P. Nicolás Yepes Corrales.

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / SALVAMENTO DE VOTO / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN / PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN / DAÑO AMBIENTAL / IMPACTO AMBIENTAL / JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / ETAPA DE INVESTIGACIÓN / INVESTIGACIÓN / NORMA TÉCNICA / GOBIERNO NACIONAL / CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / ALTERACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE / DAÑO DEL MEDIO AMBIENTE / MEDIO AMBIENTE / PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE / PROTECCIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE / YACIMIENTO MINERO / EXPLOTACIÓN DE YACIMIENTO MINERO / MITIGACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL / EXPEDICIÓN DE LA NORMA / PRUEBA TÉCNICA / CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / DERECHO AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO / BIEN JURÍDICO TUTELADO / NULIDAD DEL DECRETO / NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA / DERECHO A LA SALUD / RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / FRACKING

Problema jurídico 2: *¿Las normas demandadas en el caso concreto debieron expedirse con base en estudios de investigación previos y multidisciplinarios sobre la técnica de extracción en yacimientos no convencionales para la explotación de los recursos naturales no renovables en Colombia denominado también fracking, con el fin de conocer su impacto ambiental, mitigar los posibles daños que podría llegar a causar dicha actividad y así garantizar el principio de precaución, lo cual no aconteció en este asunto teniendo que haberse decretado la nulidad del Decreto 3004 de 2013 y la resolución administrativa 90341 de 2014?*

Tesis 2: “[La vulneración del principio de precaución, ni siquiera se conocen los efectos de la técnica en el medio ambiente local] Más allá de que las normas demandadas sean técnicas y de las limitaciones propias que este tipo de normas suponen para el juez de legalidad, lo mínimo que se exige de ellas es que cumplan con los estudios necesarios para expedirlas. (...) En este caso, es claro que las normas demandadas se expedieron con base en experiencias foráneas, pero sin que ninguna investigación se hubiera realizado en el país. En este sentido son coincidentes los expertos. En esa medida, si bien comparto las limitaciones que señala el proyecto sobre el estudio de normas técnicas, esto desvió la problemática fundamental de la cuestión planteada, como quiera que el problema no estaba en los artículos de las normas técnicas, sino en los estudios previos que debieron realizarse para adoptarlas. (...) Además, de esta manera se cristalizó un mensaje confuso para quienes expiden este tipo de normas, que no es otro que las puedan expedir sin estudios serios y ajustados a las necesidades locales, lo cual considero un despropósito. (...) Es que el panorama investigativo deficiente fue lo que determinó que la Comisión de Expertos designada por el Gobierno Nacional le recomendara iniciar los respectivos estudios y, en línea con esa recomendación, se expidió la reglamentación para hacer los pilotos, mediante el Decreto 380 de 2020 (sic)

[Decreto 328 de 2020] (...) En sentido similar, la Contraloría General de la República, en sus informes de control preventivo, ha constatado la gran insuficiencia del conocimiento científico del país y la necesidad de hacer investigaciones dadas las particularidades de nuestra geografía. (...) Además, resulta sumamente preocupante que, en un escenario de tal desconocimiento, se considere, como lo hace el proyecto (numeral 238), que las potenciales afectaciones al medio ambiente no sean graves o irreversibles. Al menos la duda a favor del medio ambiente debió orientar la decisión, la cual descarta la sentencia por la formalidad de la acción ejercida (numeral 127). (...) Ese estado de cosas se muestra desconocido por la sentencia de la que me aparto, por cuanto, además de que la autorización legal no existe para el adelantamiento de este tipo de yacimientos, el estado de la cuestión muestra que, además del claro desconocimiento de los efectos de las técnicas que imponen dichos yacimientos para exploración y explotación, está en una etapa preliminar e investigativa, como para darle vía libre a la comercialización, sin más. (...) Efectivamente, los expertos coinciden en que es indispensable que se investigue sobre la implementación de la extracción de hidrocarburos en yacimientos no convencionales; que existen deficiencias y debilidades por falta de investigación en Colombia, y sobre la debilidad institucional y la dificultad en el acceso a la información. (...) Según la Comisión de Expertos, para la explotación comercial de yacimientos no convencionales se deben cumplir unas condiciones previas, tales como que (i) el Estado garantice el acceso efectivo a toda la información (ley de transparencia); (ii) la identificación de necesidades institucionales; (iii) la capacitación técnica y organizativa; (iv) la selección de tecnologías de mínimo impacto; (v) la participación y la veeduría ciudadana; (vi) la adecuación normativa que garantice el uso de técnicas de mínimo impacto; (vii) el manejo de los riesgos en la salud para los pobladores cercanos a la zonas de extracción; y (viii) la definición de líneas bases (...) Como se advierte, estos no son temas menores sino estructurales y de fondo como quiera que involucran aspectos tan importantes como la información sobre las líneas bases de acuíferos, sismicidad, fauna, flora, etc., vitales para dimensionar los riesgos y daños que pueden producir las extracciones en cuestión. Esto es lo mínimo que se debe conocer previamente y con suficiencia frente a lo que se está poniendo en juego. Igualmente, el fortalecimiento institucional, por solo mencionar los presupuestos más relevantes, es fundamental para el monitoreo, vigilancia y control efectivo de las actividades extractivas, lo que a su vez impacta en la mitigación real de los riesgos y daños ambientales y de la salud humana, vegetal y animal. (...) Así las cosas, es claro que las deficiencias investigativas son de tal naturaleza, que no resulta responsable con los altos intereses públicos en juego que las extracciones en yacimientos no convencionales se inicien sin contar con el conocimiento científico multidisciplinario suficiente que permita decidir sobre la exploración y explotación de yacimientos no convencionales y conocer, controlar y mitigar los riesgos y daños asociados a esta actividad. (...) Esta conclusión, se reitera, se fundamenta en las recomendaciones de los expertos que son coincidentes en destacar la necesidad de una verdadera y completa investigación multidisciplinaria, la cual debe ser previa a la etapa de expedición de unas normas, que como las demandadas, fijan las condiciones técnicas para la producción comercial. (...) Ahora, se comparte que las normas demandadas no autorizan la extracción en yacimientos no convencionales, por cuanto ello corresponde a otras disposiciones, como las ambientales; sin embargo, son parte del entramado para llegar a esa finalidad. En esa medida, la existencia de otras normas complementarias proferidas por otras autoridades, no supera las deficiencias advertidas en las demandadas. Estas también fueron expedidas en el marco investigativo deficiente que han advertido los expertos, de allí la recomendación de la Comisión de Expertos de llevar a cabo los PPII, la cual fue atendida con la expedición del Decreto 328 de 2020. (...) Se echa de menos en el expediente una prueba técnica conclusiva de que el país está preparado para la extracción en yacimientos no convencionales. Esto no significa la desaparición o inexistencia de riesgos, sino que la prudencia aconseja actuar con conocimiento y no sin él. En todo caso, lo expuesto como mínimo configuraría un escenario de dudas sobre los posibles daños que se pudieran causar al medio ambiente (...) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el principio de precaución, en materia ambiental, se refiere a las medidas que se deben adoptar cuando no existe certeza científica sobre el impacto que pueda tener una actividad en el medio ambiente. En la consulta formulada por Colombia sobre la aplicación del Pacto de San José para la protección del medio ambiente por la construcción de obras de infraestructura por países vecinos, la Corte puso de presente la cautela con la que se debe actuar en este tipo de decisiones (...) En suma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que el principio de precaución es parte del derecho viviente de diferentes países, entre los cuales está Colombia, e impone sendas cargas a las autoridades con el fin de evitar daños o perjuicios irreparables al medio ambiente o a la salud humana, aun cuando no se tenga certeza científica frente a estos. Se trata de la obligación de adoptar medidas eficaces en función de impedir la vulneración de bienes jurídicos superiores como la vida, el ambiente sano y la salud humana. (...) n esa medida, es claro que el principio de precaución se erige como una norma que impone a las autoridades claros mandatos de protección al ambiente sano y a la salud humana, animal y vegetal, cuando existen indicadores plausibles de que una determinada actividad podría comportar riesgos

o daños graves e irreversibles, aun en ausencia de certeza científica. (...) En línea con lo expuesto, considero que en el sub lite existe un alto nivel de riesgo de daño (probabilidad y gravedad) a bienes jurídicos protegidos de suma importancia como lo son el ambiente sano (ecosistemas, acuíferos, sismicidad, aire, etc.) y la salud humana, vegetal y animal, en atención al deficiente estado del conocimiento científico y técnico multidisciplinario del país, sobre la posible implementación de la extracción de hidrocarburos en yacimientos no convencionales. (...) En conclusión, a mi juicio, debieron anularse las normas demandadas, como quiera que (...) que el grado de conocimiento actual, en Colombia, sobre los daños que pueden causarse al medio ambiente sano, a la salud humana y animal, con la extracción en yacimientos no convencionales, a través de las técnicas de fracturamiento hidráulico horizontal, se muestra en extremo insuficiente, por no decir que inexistente, con lo cual se violan los artículos 79 y 80 Superiores y el artículo 1.6 de la Ley 99 de 1993.”

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al tema, consultar, Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 07 de julio de 2022; S.V. María Adriana Marín, radicación: 11001-03-26-000-2016-00140-00\(57819\)](#)

Salvamento de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas

SALVAMENTO DE VOTO / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / ACTIVIDAD MINERA / DAÑO CAUSADO POR ACTIVIDAD MINERA / ACTO ADMINISTRATIVO MINERO / ASUNTOS DE NATURALEZA MINERA / ASUNTOS MINEROS / FRACKING / ACTIVIDADES DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO / EXPLORACIÓN DE PETRÓLEO / EXPLOTACIÓN DEL PETRÓLEO / NORMATIVIDAD DE LA EXPLOTACIÓN DEL PETRÓLEO / FUENTES NO CONVENCIONALES DE ENERGÍA / PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN / RIESGO / ALTERACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE / DAÑO AMBIENTAL / DAÑO DEL MEDIO AMBIENTE / DESTRUCCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE / NORMA AMBIENTAL / GESTIÓN AMBIENTAL / IMPACTO AMBIENTAL / ACTIVIDADES QUE CAUSAN IMPACTO AMBIENTAL / AFECTACIÓN DE LA SALUD PÚBLICA / AFECTACIONES A LA SALUD PÚBLICA / SALUD PÚBLICA / DERECHO AL AGUA / NATURALEZA DEL DERECHO AL AGUA / PROTECCIÓN DEL DERECHO AL AGUA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL AGUA / CONTAMINACIÓN AMBIENTAL / CONTAMINACIÓN DE AGUA / ENFERMEDAD DE LOS ANIMALES / PRODUCCIÓN AGROPECUARIA / BIODIVERSIDAD / CONSERVACIÓN DE BIODIVERSIDAD / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 1: ¿Se debe declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, teniendo en cuenta que fueron expedidos sin contar con un previo proceso de investigación científica que permitiera conocer, prevenir y conjurar el daño grave e irreversible que puede causar la operación del fracking bajo esa regulación, al medio ambiente y a la salud humana y animal, siendo en consecuencia contrarios al principio de precaución; sin ser menos, que las reglas técnicas adoptadas son insuficientes para conjurar los riesgos que comportan la operación, en atención a la insuficientemente conocida caracterización de nuestra propia hidrogeología?

Tesis 1: “Para la fracturación hidráulica se requieren grandes cantidades de agua, que es mezclada con arenas y químicos, siendo enviada a la superficie entre el 8 y el 10% del fluido inyectado, como aguas de retorno. Se reduce así la disponibilidad del recurso hídrico, por lo que debe conocerse la demanda sobre las fuentes superficiales y subterráneas empleadas, para evitar periodos de escasez. Además, la disminución de los niveles de cuencas o acuíferos trae consigo una disminución en la capacidad de dilución de cargas contaminantes que afecta el ecosistema acuático. (...) Puede contaminarse el acuífero con metales pesados, sales, aceites, grasas y compuestos radiactivos, por la construcción y cementación defectuosa de pozos, así como por la migración del fluido inyectado y de gas, a través de fallas y fracturas geológicas existentes. Estas sustancias tienen efectos cancerígenos, y pueden afectar los sistemas respiratorio, reproductivo, gastrointestinal, endocrino y los órganos sensoriales, además de incidir sobre actividades productivas como la agricultura, ganadería y pesca, entre otros. Su eliminación en el acuífero es difícil y prolongada, y no resulta posible sin un monitoreo adecuado. Sin embargo, los impactos de la

contaminación del acuífero en el ambiente, la salud humana y los ecosistemas puede evitarse conociendo y caracterizando previamente las condiciones de las aguas subterráneas, sus conexiones con las aguas superficiales y la geología del lugar. De esta forma, puede realizarse un diseño adecuado de los pozos, que sea validado mediante modelamiento numérico. (...) Colombia tiene, por otra parte, unas condiciones geológicas particulares, dada su evolución epirogénica (caracterizada por rupturas o grandes deformaciones estructurales). Por ello, la caracterización de los componentes sismo-tectónicos y de geología estructural debe tener un muy buen nivel de detalle, para poder valorar la vulnerabilidad del recurso hídrico, gestionar los riesgos ambientales del fracturamiento hidráulico, validar los datos proporcionados por los interesados en la explotación de YNC, y hacer seguimiento y control de las actividades ejecutadas por los operadores de bloques de YNC. (...) Para prevenir la contaminación y evaluar las reclamaciones que pudieran darse en la explotación de YNC es, además, necesario, tener un nivel de conocimiento adecuado de variables hidrogeológicas, como lo son el inventario de puntos de captación de agua, con las condiciones de cada punto y de las líneas de flujo. (...) En Colombia, sin embargo, no se cuenta con un nivel adecuado de conocimientos hidrogeológicos de los 44 sistemas acuíferos identificados y, de estos, el nivel de conocimiento es muy bajo en 23 de estos sistemas. Se desconoce así aproximadamente el 85% de las aguas subterráneas. No existe, pues, en el país, la información requerida para la estimación de la oferta y demanda de los recursos hídricos subterráneos, la consolidación de información para realizar el seguimiento al estado de las aguas y el mantenimiento actualizado de este recurso, siendo estos elementos indispensables para la planificación y manejo integral del agua. (...) Con base en experiencias en regiones con una geología y ecosistemas distintos a los que se encuentran en el territorio colombiano, se han identificado unos riesgos ambientales hipotéticos. Sin embargo, no se conocen aún los riesgos que esas operaciones generarían en el ambiente colombiano, para lo cual es necesaria la verificación de las hipótesis existentes, a través de experimentos científicos, como lo son los proyectos piloto de investigación integral ("PPII"). No ha concluido, pues, el proceso de investigación científica para la identificación de los riesgos ambientales que las operaciones de fracturamiento hidráulico en YNC ocasionarían en Colombia, cuyos resultados, conforme al artículo 1.6 de la Ley 99 de 1993, deben ser tenidos en cuenta como fundamento de las políticas ambientales. Existe, sin embargo, un principio de certeza científica, así esta no sea absoluta, sobre tales riesgos, lo que da lugar a la aplicación del principio de precaución. Sin concluir ese proceso, requerido en nuestro ordenamiento, fue expedida la Resolución 90341 de 2014, que se basó únicamente en los documentos elaborados por el abogado (...) y en un taller, en el que participaron expertos internacionales, con conocimientos sobre los efectos de la fracturación hidráulica en la exploración y explotación de hidrocarburos, como parte del proyecto de gestión del conocimiento, que el Ministerio de Minas y Energía adelantó junto a la ANH. Esto fue mencionado expresamente en las consideraciones del Decreto 3004 de 2013, y lo declararon de forma coherente, en este proceso, la geóloga del Ministerio de Minas y Energía (...), quien participó en la elaboración de los actos demandados; y la funcionaria de Ecopetrol (...). Sin embargo, los documentos elaborados (...) no provienen de una persona que acredite el conocimiento científico que, al margen del derecho, resulta necesario para sustento de sus conclusiones; tales documentos no fueron sometidos a revisión de pares; tampoco se revelan que hubieran sido preparados conforme a una metodología clara; las afirmaciones que contienen no han sido respaldadas con referencias a investigaciones publicadas en medios científicos reconocidos, ni expresan un nivel de probabilidad o margen de error en relación con la aptitud de los criterios y metodologías para la fracturación hidráulica en YNC que sugiere, para evitar daños ambientales. (...) No tiene así el debido sustento de la autoridad científica, el autor de los documentos en los que se basó el Ministerio de Minas y Energía, para la elaboración del Decreto 3004 de 2013 y la Resolución 90341 de 2014, como parte del programa de gestión de conocimiento para ello adelantado, ya que, además de provenir de una persona sin acreditado conocimiento científico, el invocado éxito de su gestión como regulador se advierte infundado o resulta, cuando menos, incierto. Aparte, en relación con el taller adelantado como componente del proyecto de gestión de conocimiento, debe denotarse que en las presentaciones que dan cuenta de aquel, no fueron tenidas en cuenta las especificidades de la geología y diversidad biológica de Colombia, ni la falta de conocimientos hídricos, ecosistémicos e hidrogeológicos, necesarios para identificar los riesgos que el fracturamiento hidráulico de YNC implica en el territorio nacional, y así evitarlos; siendo estas particularidades y falta de conocimientos (...). De esta forma, resulta claro que el proceso de gestión de conocimiento, que constituyó el fundamento científico de los actos demandados, no se basó en los resultados del proceso de investigación científica, del que forma parte fundamental la corroboración experimental de hipótesis, mediante PPIIs, como lo requiere el principio de precaución —conforme a su consagración legal en el artículo 1.6 de la Ley 99 de 1993— para avanzar hacia una exploración y explotación comercial de YNC en Colombia (...). [L]a escasez y contaminación del recurso hídrico tiene unos efectos nocivos directos sobre la colectividad, en cuanto compromete el suministro de agua, necesario para la satisfacción de esta evidente necesidad humana. En la

jurisprudencia de esta Corporación, en línea con la de la Corte Constitucional, se ha considerado que el derecho al agua potable es de carácter fundamental y colectivo, así como un derecho humano, correspondiéndole al Estado garantizar su disponibilidad calidad, asequibilidad y aceptabilidad. (...) De esta forma, el daño al medio ambiente sano, por uso y contaminación del agua, como el que se produciría con operaciones de fracturamiento hidráulico en YNC sin el conocimiento requerido de los acuíferos y las cuencas hídricas, tiene un carácter pluriofensivo, en cuanto revierte en la garantía de otros derechos humanos, que en el ordenamiento colombiano tiene el carácter de fundamentales, como lo son el derecho a la vida, a la integridad personal y a la igualdad. Esto, además, afectaría particularmente a las mujeres, a las personas de tercera edad, discapacitadas, a las comunidades indígenas y a los niños, que son sujetos de especial protección constitucional. A la luz de estos intereses jurídicos, se devela la gravedad de este riesgo ambiental sobre el recurso hídrico. Además de entrar en competencia por los usos de agua con actividades agrícolas, la contaminación producida puede afectar la salud de los animales, afectando la producción pecuaria y la diversidad biológica, que en Colombia tiene una riqueza y características particulares, que difiere de la de los demás países en los que se han realizado operaciones de fracturamiento hidráulico en YNC. Ahora bien, con la afectación a la infancia por contaminación del agua, que según la Comisión IHD es más intensa, se pone en riesgo a las generaciones futuras. Este riesgo se desprende, además de la afectación al aparato reproductivo humano, que se produce por la contaminación con los aditivos empleados para el fracturamiento hidráulico, en el que son empleadas sustancias con propiedades disruptivas endocrinas; así como por los defectos cardíacos congénitos, que se han detectado por la presencia de teratogénicos en cercanías a operaciones de fracturamiento hidráulico. Por otra parte, existe evidencia científica de que las afectaciones que se producen por contaminación del recurso hídrico requieren entre 20 y 50 años para su recuperación, volviendo a la forma en que se encontraban antes de la perforación. Incluso, se ha afirmado que los efectos pueden llegar a ser permanentes y que su eliminación en el acuífero es difícil y prolongada, y, en todo caso, no resulta posible sin un monitoreo adecuado, con el que se identifique la severidad del daño. (...) De esta forma, al extenderse a las generaciones futuras los efectos de los daños ambientales eventuales que se ocasionarían con un fracturamiento hidráulico a escala comercial, sin los conocimientos que permitan un monitoreo adecuado, el riesgo tiene un carácter irreversible. (...) En consecuencia, contrario a lo considerado por la mayoría de la Sección, a mi juicio, se imponía, en este asunto, la declaración de la nulidad de los actos demandados, en su integridad."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el carácter fundamental y colectivo del derecho al agua, consultar providencias de 7 de mayo de 2015, Exp. 85001-23-33-000-2014-00216-01(AC), C.P. Guillermo Vargas Ayala; de 8 de junio de 2017, Exp. 41233, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; de 19 de octubre de 2018, Exp. 73001-23-33-004-2014-00337-01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés; de 20 de febrero de 2020, Exp. 05001-23-33-000-2015-02436-01(AC), C.P. Oswaldo Giraldo López; de 31 de julio de 2020, Exp. 11001-03-15-000-2020-01768-00 y 11001-03-15-000-2020-02180-00, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; de 13 de agosto de 2020, Exp. 11001-03-15-000-2020-01058-00, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; de 18 de agosto de 2020, Exp. 11001-03-15-000-2020-02083-00, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; de 28 de agosto de 2020, Exp. 11001-03-15-000-2020-01146-00, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra; de 3 de junio de 2021, Exp. 15001-23-33-000-2010-01320-01(AP), C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés; y de la Corte Constitucional, C-369 de 2019 y C-220 de 2011.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 07 de julio de 2022; S.V. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 11001-03-26-000-2016-00140-00\(57819\)](#)

Salvamento de voto del consejero Fredy Hernando Ibarra Martínez

SALVAMENTO DE VOTO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FRACKING / PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE / FALTA DE PRUEBA / IDONEIDAD DE LA PRUEBA / IDONEIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA / NORMA TÉCNICA

Problema jurídico 1: *¿Debía declararse la nulidad de los actos administrativos demandados porque las entidades demandadas no probaron que la regulación técnica fuera idónea y suficiente para evitar, conjurar o controlar los riesgos potenciales asociados y derivados de la técnica del fracturamiento hidráulico en yacimientos de hidrocarburos no convencionales?*

Tesis 1: “[En síntesis, considero que lo procedente en este caso concreto era declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, porque las entidades demandadas no acreditaron que la regulación técnica fuera idónea y suficiente para evitar, conjurar o controlar los riesgos potenciales asociados y derivados de la técnica del fracturamiento hidráulico en yacimientos de hidrocarburos no convencionales (YNC). Al respecto, no debe perderse de vista que la sentencia admite y valora la prueba documental, pericial y testimonial aportada al proceso sobre la base de señalar que no contravienen las normas de la Ley 1564 de 2012 (CGP) y que los medios de convicción allegados permiten concluir que existen riesgos asociados a la técnica del fracturamiento hidráulico, pero que la parte actora no demostró que la regulación fuera “arbitraria, desproporcionada o irracional”, cuando es lo cierto que la aplicación concreta del principio de precaución precisamente tiene por núcleo la ausencia de esa específica prueba. (...) Comparto plenamente que los documentos aportados con la demanda, los documentos técnicos allegados por la Contraloría General de la República, el informe de la Comisión Interdisciplinaria de Expertos conformada por el Gobierno Nacional, el dictamen pericial rendido por la Universidad Nacional y los testimonios técnicos¹⁷ practicados dan cuenta de que existen riesgos inciertos asociados a la técnica del fracturamiento hidráulico; no obstante, muy a diferencia de lo sostenido en la sentencia, estoy convencido de que la parte actora satisfizo la carga probatoria que le correspondía, tanto así que todas las pruebas practicadas en el proceso permiten establecer, concreta y claramente, que los riesgos inherentes al denominado “fracking” son inciertos y, por esa específica razón era necesario ahondar en investigaciones tal como lo concluyó, sin vacilaciones, la Comisión Interdisciplinaria de Expertos que promovió lo que se denomina proyectos pilotos integrales de investigación con antelación a que se puedan iniciar actividades de exploración y explotación de YNC mediante el método denominado fracturamiento hidráulico. En ese orden, la carga probatoria que determina por esencia el principio de precaución es completamente contraria a la que se invoca y se aplica en el fallo del que disiento, por cuanto a la parte actora le bastaba con determinar con un inicial soporte de prueba, la existencia de riesgos inciertos vinculados a la actividad, lo cual invertía el deber probatorio, para trasladarlo en cabeza de las entidades demandadas, a estas les correspondía acreditar la suficiencia e idoneidad normativa, en aras de defender la legalidad de los actos administrativos regulatorios técnicos para lo cual era imprescindible acreditar que estos controlaban y conjuraban plena y suficientemente los posibles peligros asociados a la técnica. (...) Finalmente, estimo necesario poner de presente que en materia de control de legalidad no existe tarifa probatoria alguna¹⁸ y, por ende, las partes bien podían valerse de la prueba documental, de la prueba pericial y de la prueba testimonial para definir no solo la existencia de los riesgos asociados al fracturamiento hidráulico sino también para establecer si la regulación técnica era idónea, suficiente y apropiada para contener y/o controlar los riesgos en orden a garantizar la debida y necesaria aplicación positiva y eficaz del principio constitucional y legal de precaución, por manera que el juez de lo contencioso administrativo sí podía valorar todas las pruebas que se practicaron en el proceso para determinar si los actos administrativos eran válidos desde la óptica del principio de precaución. Por consiguiente, en el conjunto fáctico, probatorio, normativo, jurisprudencial y conceptual antes expuesto, estoy convencido de que con el acervo probatorio se evidenció la existencia de riesgos inciertos vinculados directamente a la técnica del fracturamiento hidráulico de yacimientos no convencionales de hidrocarburos y, adicionalmente, que las normas demandadas, por ausencia de prueba científica absoluta sobre los referidos peligros de daños graves e irreversibles, no resultan pertinentes ni idóneas para conjurar y mitigar los peligros que representa la mencionada técnica, concretamente, frente a la posible o eventual contaminación de fuentes hídricas subterráneas y la producción o generación de sismos, de allí que la conclusión que se imponía era la declaración de nulidad de los actos administrativos demandados porque estos no cumplen con las exigencias que impone el principio – regla de precaución, que procura la preservación de la salud humana y de la protección del ambiente por encima de la obtención de recursos económicos ante la existencia potencial de riesgos o peligros que, como en este caso concreto, fueron amplia y suficientemente demostrados.”

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 26 de noviembre de 2021, exp. 65992, C.P. Nicolás Yepes Corrales.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 07 de julio de 2022; S.V. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 11001-03-26-000-2016-00140-00\(57819\)](#)

6. Se exime de responsabilidad estatal por el atentado terrorista perpetrado por las FARC del Club El Nogal

Síntesis del caso: El 7 de febrero de 2003, las FARC explotó un "carrobomba" en el cuarto piso del Club El Nogal en la ciudad de Bogotá. [Las víctimas] murieron como consecuencia de la explosión. La parte demandante alega omisión en el deber de seguridad y protección, pues existían indicios que permitían prever un atentado contra ese club.

ACTO TERRORISTA / ATAQUE TERRORISTA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ACTO TERRORISTA / CARRO BOMBA / CLUB SOCIAL / FALLA DEL SERVICIO POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CUSTODIA, VIGILANCIA Y CUIDADO / FALLA DEL SERVICIO DE VIGILANCIA / FALLA DEL SERVICIO DE SEGURIDAD / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHO DE TERCERO / ATAQUE GUERRILLERO / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DAÑO CAUSADO POR HECHO DEL TERCERO / HECHO DEL TERCERO / IMPREVISIBILIDAD DEL HECHO DEL TERCERO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / DAÑO ESPECIAL

Problema jurídico 1: ¿La detonación de un carro bomba en el Club el Nogal es atribuible a la falla del servicio por al Estado incumplimiento del deber de seguridad y protección o al hecho de un tercero?

Tesis 1: Según la demanda, las demandadas incurrieron en falla del servicio por omisión al deber de seguridad y protección por el atentado terrorista en el Club El Nogal, pues había indicios que hacían previsible el ataque. (...) Según lo probado, el 7 de febrero de 2003 las FARC detonaron un «carrobomba» con más de 150 kilos de explosivo en el Club El Nogal. En la explosión murieron Luisa Fernanda Solarte Angulo y Sergio Alejandro Muñoz Salame. El DAS y la Policía Nacional no conocieron de amenazas contra el Club El Nogal, ni recibieron solicitudes de protección. El Club El Nogal tampoco recibió amenazas contra sus instalaciones, su personal o sus socios. Conforme a las pruebas, las FARC –en diciembre de 2002– emitieron un comunicado en el que hicieron una serie de críticas al gobierno y a los empresarios por su relación con el "paramilitarismo". En ese comunicado se hizo una referencia a los "clubes del norte de Bogotá", pero no se mencionó un club en específico, ni se anunció acciones contra alguno. El DAS después de analizar su contenido, no evidenció posibles acciones terroristas, ya que consideró que se trataba de directrices de carácter general. (...) No se allegaron pruebas –conforme a lo probado– que acreditaran que el atentado contra el Club El Nogal era previsible. Antes de la ocurrencia del acto terrorista no se presentaron amenazas concretas contra el Club El Nogal, sus socios o empleados. No era posible para la fuerza pública prever que grupos ilegales actuarían en contra de la población civil en un establecimiento privado, pues no había indicios conocidos que permitieran concluir que el club iba a ser víctima de un ataque terrorista en las circunstancias en las que ocurrió. La guerrilla de las FARC no mencionó directamente al Club El Nogal en sus comunicaciones y la información de inteligencia que recibieron las autoridades sobre posibles acciones terroristas se refería a ataques contra la sede del Congreso y contra alcaldes y parlamentarios. El ataque guerrillero contra el Club El Nogal tampoco podía ser resistido por las autoridades. La situación de seguridad y las alteraciones al orden público en Bogotá para la época, según lo probado, obligaban a las autoridades a gestionar su capacidad. Las autoridades debían actuar en todas las zonas de Bogotá y debían orientar sus recursos, en todo caso limitados, a contener y prevenir acciones en las zonas de mayor riesgo. La Sala reitera que en estos eventos en que se imputa omisión debe tenerse en cuenta que la capacidad de acción de las autoridades no es ilimitada para disuadir la acción de los grupos ilegales. Lo contrario significaría que las autoridades militares estarían obligadas a lo imposible, esto es, a poner a disposición de los ciudadanos víctimas de estos delitos, de manera permanente, la compleja capacidad institucional que se requiere para evitar que este tipo de ataques sucedan. El juez de la administración no puede desconocer la realidad institucional y, después de hechos de esta naturaleza, exigir acciones que desbordaban la capacidad de respuesta de las autoridades. Según el artículo 1757 CC, incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. De modo que, el acreedor debe demostrar el surgimiento de la obligación con la prueba del hecho jurídico generador de la misma o el deudor –si excepciona– debe probar su extinción (carga de la prueba). Al demandante, pues, es a quien le corresponde probar hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones. En concordancia, el artículo 177 CPC, aplicable por remisión expresa de los artículos 168 y 267 CCA, prevé que las partes deben probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen. Como no se probó

omisión por parte de las autoridades en el deber de protección y, por el contrario, quedó probado que esa acción armada contra el Club El Nogal era imprevisible e irresistible, se configuró el hecho exclusivo de un tercero. Por ello, la Sala revocará la sentencia apelada. La parte demandante alegó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aplicado el daño especial en ataques terroristas contra la población civil. Como para que se configure el daño especial la acción legítima del Estado debe ser la causa del daño o perjuicio [núm. 12] y quedó acreditado que el ataque terrorista fue planeado y ejecutado por la guerrilla de las FARC, no es procedente atribuirle responsabilidad al Estado bajo ese título de imputación. Según la demandante, la presencia habitual de funcionarios del Estado creó un riesgo superior para el club, sus socios y empleados. Conforme a lo probado, Fernando Londoño Hoyos –entonces Ministro del Interior y de Justicia en 2002 y 2003– era socio del Club El Nogal desde abril de 1995 y frecuentaba las instalaciones del club. Martha Lucía Ramírez –entonces Ministra de Defensa– se hospedó en el hotel del Club El Nogal en tres ocasiones en el año 2002. Como la presencia de funcionarios del Estado en establecimientos públicos o privados no constituye un riesgo excepcional [núm.13], no es procedente atribuirle responsabilidad al Estado bajo ese título de imputación.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 30 de marzo de 2022, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación 25000-23-26-000-2005-00440-01\(65853\).](#)

7. Se reitera que las renunciaciones expresas a las reclamaciones elevadas en el marco de un contrato estatal, por las extensiones del plazo y la afectación económica, constituyen la expresión de la autonomía privada de la voluntad y, en tal virtud, resultan obligatorias y vinculantes.

Síntesis del caso: “En el marco de la acción de controversias contractuales se pretende la declaratoria de incumplimiento y desequilibrio económico de contrato celebrado entre el IDU y la unión temporal Maran - 019, cuyo objeto consistió en la construcción de accesos y mejoramiento vial en las localidades de Bosa y Kennedy de Bogotá, incumplimiento que se atribuye a la entrega tardía de los estudios y diseños para el proyecto por el IDU a la contratista y por su falta al deber de planeación, cuestiones que, junto con la ocurrencia de hechos extraordinarios, sobrevinientes e imprevisibles motivaron que el contrato se prorrogara en varias ocasiones, lo que generó mayor permanencia en obra y la ruptura del equilibrio económico en perjuicio del contratista.”.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / APLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO / ESTABLECIMIENTO PÚBLICO DISTRITAL / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CONCEPTO DE EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / AMPLIACIÓN DEL PLAZO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL INTERÉS PÚBLICO / NORMA DE ORDEN PÚBLICO / APLICACIÓN DE LA NORMA DE ORDEN PÚBLICO / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / RECLAMACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA / CONTRATISTA / RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS / IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS /

SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA PÚBLICA

Problema jurídico 1: *¿En virtud de la prevalencia del interés general, las normas de orden público que regulan el principio del equilibrio económico del contrato estatal, se previeron medidas para lograr el restablecimiento de la ecuación en aquellos eventos en que alguna de las partes se viera afectada?*

Tesis 1: “[E]l contrato (...), que ocupa la atención de la Sala, es un contrato estatal regido por las disposiciones de la Ley 80 de 1993, ya que fue celebrado por el Instituto de Desarrollo Urbano, establecimiento público del orden distrital cuya actividad comercial se gobierna por dicho estatuto. Esta precisión se deja sentada con el fin de aclarar que el estudio del cargo se centrará en el análisis de las disposiciones de ese compendio legal, en cuanto regula la conservación del equilibrio económico del contrato estatal, aserto que igualmente halla su justificación en el mandato del artículo 13 de esa legislación (...). [A] pesar de que ni en la sentencia de primera instancia ni en el recurso de apelación se profundizó acerca de las razones que condujeron a la ampliación del plazo del contrato (...) durante su fase de construcción, ciertamente la Sala encuentra demostrado que su ocurrencia se produjo por distintos factores que bien podrían invadir la órbita de la imprevisión (...). [L]as normas que disciplinan el principio del equilibrio económico del contrato se estructuran sobre la base del bien colectivo que inspira la celebración de los negocios del Estado y que trasciende del terreno de la aspiración de los particulares. (...) Es esta premisa la que justifica el carácter imperativo de las disposiciones que imponen la conservación de la ecuación contractual a lo largo de la vida del acuerdo y al tiempo la que permite considerarlas como normas de orden público. Tal fue el entendimiento del legislador al consagrar los artículos 27, numeral 3 del artículo 4, numeral 1 del artículo 5, el inciso 2 del artículo 14 y el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, normas que grosso modo proyectan las múltiples naturalezas y finalidades que encierra el equilibrio económico del contrato, bajo la comprensión de que funge como un deber de las partes su mantenimiento, un derecho de los contratantes a su restablecimiento, un contrapeso a la implementación de las potestades excepcionales y un criterio hermenéutico para desentrañar el contenido y alcance de las cláusulas contractuales. En igual sentido, la ley se encargó de establecer remedios para aquellas eventualidades en las que en los contratos estatales se introdujeran estipulaciones encaminadas a deshonorar el mantenimiento de la ecuación contractual. Muestra de ello son las previsiones concebidas en el artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal, dirigidas a cristalizar el principio de transparencia. (...) La anotación que antecede es de relevancia en cuanto concierne establecer los efectos vinculantes de las renunciaciones a sobrecostos desencadenados por la mayor permanencia en obra, ora por causas eventualmente configurativas de desequilibrio económico del contrato o por razones que permean la responsabilidad contractual de las partes.”

RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA / IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / SOBRECOSTOS EN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / SOBRECOSTOS EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA PÚBLICA / MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA PÚBLICA / AMPLIACIÓN DEL PLAZO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / ADICIÓN AL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PRÓRROGA DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE PREVISIBILIDAD / CONOCIMIENTO DEL RIESGO EXTRAORDINARIO / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / BUENA FE CONTRACTUAL / APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

Problema jurídico 2: *¿El contratista, en una manifestación de la autonomía privada de la voluntad, puede en un documento de adición, prórroga o suspensión, renunciar a presentar reclamaciones económicas por ruptura del equilibrio financiero del contrato ante los sobrecostos generados por mayor permanencia de la obra?*

Tesis 2: “[U]na situación muy distinta es la que se presenta cuando la renuncia a las reclamaciones derivadas de la mayor permanencia en obra por ampliación del plazo contractual a causa de hechos constitutivos de ruptura del equilibrio financiero del contrato se incorpora en un documento contractual de adición, prórroga o suspensión en el cual se condensan las causas que dan lugar a esa situación, se

advierten las consecuencias requeridas para su mitigación y se asume libremente su contención. En este escenario ya no se está en presencia de un panorama imprevisible e incierto para la parte que expresa libremente su voluntad. De ahí que, ante el advenimiento de la circunstancia ya conocida en su origen y dimensión, los intereses económicos que podrían verse afectados ingresan al campo de la plena libertad de disposición y se tornan transigibles o renunciables. El anterior postulado encuentra su fundamento en el artículo 15 del Código Civil, al tenor del cual “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”. En efecto, en este terreno se desvanecen los supuestos que habrían servido de base fáctica y jurídica de la irrenunciabilidad a las reclamaciones derivadas y que las gravaban con la ineficacia de pleno derecho, toda vez que, ante el conocimiento previo de la situación alteradora y de las secuelas perjudiciales que esto podría comportar, la parte afectada bien podría autorregular su proceder contractual a efectos de que lo que se apresta a convenir no contenga en desfavor suyo una prestación de imposible cumplimiento ni de extensión ilimitada. La premisa expuesta descansa igualmente en los principios de la autonomía de la voluntad de las partes, de la buena fe y rectitud contractual. Es por esto que, en relación con los efectos que se derivan de las renunciaciones expresas a las reclamaciones elevadas en el marco de un contrato estatal, por las extensiones del plazo y la afectación económica que ello pudiera desencadenar, la jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera de esta Corporación ha considerado que tal manifestación constituye la expresión de la autonomía privada de la voluntad y, en tal virtud, resulta obligatoria y vinculante.”

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / ADICIÓN AL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / AMPLIACIÓN DEL PLAZO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PRÓRROGA DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS OBLIGACIONES / CONSENTIMIENTO / CONSENTIMIENTO EXPRESO / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN DE LAS PARTES / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / RECLAMACIÓN ECONÓMICA / RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CONDICIONES DE VALIDEZ DEL CONTRATO ESTATAL

Problema jurídico 3: *¿La renuncia expresa del contratista a presentar reclamaciones derivadas de la prórroga del contrato le impuso la carga de asumir las consecuencias económicas que eventualmente se habrían de presentar durante la extensión del plazo contractual?*

Tesis 3: “[N]o resulta jurídicamente viable que, luego de sentar su anuencia respecto del impacto nocivo que la prolongación del vínculo obligacional pudiera acarrear, la parte de la que emanó la renuncia a la reclamación, cuyo alcance podría asimilarse al de un acto transaccional y dispositivo frente a su derecho patrimonial, pueda apartarse, incumplir y desconocer los términos en que quedó trabada la negociación ínsita en el acta de prórroga libremente concertada. (...) De las circunstancias anotadas surge la fuerza vinculante de la renuncia expresa que no tácita- a las reclamaciones derivadas de la extensión del plazo en las que se traslada al particular la carga de asumir las consecuencias económicas que eventualmente se habrían de presentar durante ese período. Aplicadas las reflexiones que anteceden al caso concreto, ha de decirse que basta con mirar las motivaciones que dieron lugar a las ampliaciones del plazo de que fue objeto el contrato 085, para concluir que en todas ellas se hizo expresa referencia a las causas que dieron lugar a su extensión y al tiempo que se iban a tardar las partes para ponerse al día con las obras pendientes. (...) [L]a contratista, previo a la suscripción de los acuerdos de extensión del plazo conocía no solo el origen, sino las medidas que se adoptarían para mitigar esos retardos y el período en que las prestaciones a su cargo habrían de cumplirse, pese a lo cual en cada de uno de los contratos adicionales libremente prestó su consentimiento para sellar los compromisos allí adquiridos, bajo la prevención de que “la presente prórroga no genera ningún costo para el IDU”, texto que se introdujo de manera idéntica en los contratos adicionales 2, 3 y 5. Por contera, a juicio de esta instancia, no puede considerarse que esas estipulaciones adolecieran de ineficacia, puesto que, por las razones explicadas, no se encuadran en los supuestos normativos de la Ley 80 de 1993 que determinaron esa consecuencia jurídica. Tampoco resulta acertado considerar que las estipulaciones en comento son inexistentes, como lo afirma la recurrente.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la ampliación del plazo para ejecutar el contrato, ver sentencia del 7 de diciembre de 2021, Exp. 65962, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia del 4 de marzo de 2022, Exp. 53376, C.P. José Roberto

Sáchica Méndez, sentencia del 19 de junio de 2020, Exp. 49572, C.P. María Adriana Marín. Sobre la ruptura de la ecuación financiera, ver sentencia del 12 de diciembre de 2019, Exp. 60558, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp. 20524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 23 de noviembre de 2016, Exp. 52161, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sobre la manifestación de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales, ver sentencia del 29 de octubre de 2012, Exp. 21429, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Respecto de la fuerza vinculante de la renuncia expresa a las reclamaciones, ver sentencia de 26 de agosto de 2022, Exp. 58485, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, sentencia del 5 de febrero de 2022, Exp. 45762, C.P. María Adriana Marín. Igualmente ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 8 de septiembre de 2011, Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01, M.P. William Namén Vargas.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 23 de septiembre de 2022; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25000-23-26-000-2011-01389-01 \(68443\)](#)

8. Los hechos que se alegan como causa de ruptura del equilibrio financiero del contrato deben ser posteriores, imprevistos e imprevisibles, no ser imputables a ninguna de las partes, y deben generar una afectación grave, anormal y desproporcionada de las cargas y prestaciones del negocio jurídico.

Síntesis del caso: "El Instituto Nacional de Vías - INVIAS y la sociedad Ingenieros Constructores e Interventores - ICEIN LTDA, actualmente Ingenieros Constructores e Interventores – ICEIN S.A., celebraron el Contrato de obra (...) El demandante afirma que el asfalto es un insumo que se utilizó en la ejecución de cuatro ítems del contrato (...) durante la vigencia del contrato el precio de la tonelada del asfalto se incrementó de manera imprevista, lo que se tradujo en un aumento anormal en el costo de los ítems que incluían este material. Además, aduce que desde el 1° de noviembre de 1999 y según lo dispuesto en la Ley 488 de 1998, el asfalto pasó a ser gravado con el impuesto a las ventas – IVA. Finalmente, manifiesta que en las compras del asfalto requerido para el contrato ECOPETROL le cobró este impuesto, a pesar de que no había lugar a ello en virtud de la exención establecida en el artículo 5° de la Ley 30 de 1982. Con fundamento en lo anterior, solicita que se declare que durante la ejecución del contrato se presentó un desequilibrio económico en contra del contratista, por hechos extraordinarios, imprevistos y ajenos al demandante, que alteraron gravemente la ecuación contractual".

CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CÓDIGO DE COMERCIO / NORMAS DEL CÓDIGO DE COMERCIO / APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / IUS VARIANDI / CARACTERÍSTICAS DEL IUS VARIANDI / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / CONTRATO DE OBRA A PRECIOS UNITARIOS / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS / CONTRATO ESTATAL A PRECIOS UNITARIOS / REAJUSTE DE PRECIOS EN EL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / DERECHO AL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Problema jurídico 1: ¿Cuáles son los presupuestos bajo los cuales procede el restablecimiento del equilibrio económico en los contratos estatales regidos por el derecho privado?

Tesis 1: “[D]ado que se afecta la fuerza vinculante del negocio jurídico, no cualquier trastorno o desbalance de la ecuación financiera constituye un rompimiento de la equivalencia económica o financiera del contrato, comoquiera que existen riesgos inherentes a la actividad contractual que, por tanto, deben ser asumidos por las partes. En este sentido, la jurisprudencia se ha ocupado de precisar que la equivalencia prestacional puede verse afectada en tres eventos: (i) por factores externos a las partes que se enmarquen en la denominada “teoría de la imprevisión”; (ii) por actos de la entidad contratante que, en uso de sus potestades excepcionales, modifiquen las condiciones -“ius variandi”; y (iii) por actos de la administración como Estado en ejercicio legítimo de su posición de autoridad -“teoría del hecho del príncipe”- que afecten indirectamente o de modo reflejo la economía del contrato. (...) [T]ratándose de contratos sujetos al derecho privado, la procedencia de un eventual restablecimiento de las condiciones contractuales frente al desequilibrio económico sobreviniente, no se abre paso desde la perspectiva de las anteriores disposiciones de la Ley 80 de 1993, sino a partir del ámbito de la denominada “teoría de la imprevisión”, siempre que se trate de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato de ejecución sucesiva y ajenas a las partes, que generen una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones o una alteración fundamental en el equilibrio prestacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 868 del Código de Comercio. En efecto, en el derecho privado, que es el régimen sustancial aplicable al negocio sub iudice, lo concerniente a la conmutatividad o equivalencia entre las prestaciones contractuales se encuentra regulado expresamente en el artículo 868 del estatuto mercantil (...) En este sentido, para que se estructure la teoría de la imprevisión, se requiere: (i) que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida; (ii) que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato; (iii) que esas circunstancias alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y (iv) que el acontecimiento sea ajeno a las partes y no corresponda a un riesgo asumido en el contrato. Para la prosperidad de las pretensiones fundadas en la teoría de la imprevisión los anteriores presupuestos, que son concurrentes, deben encontrarse plenamente acreditados, carga probatoria que recae en el demandante, a quien le corresponde demostrar el rompimiento de la equivalencia contractual a causa de un hecho imprevisto e imprevisible, ajeno a las partes y que se produjo con posterioridad a la celebración del contrato, así como probar los sobrecostos extraordinarios derivados del mismo. (...) En conclusión, atendiendo al régimen jurídico que rige el contrato materia de la litis, aun cuando el actor fundamenta sus pretensiones en las disposiciones del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, la Sala no realizará el análisis del caso sub iudice desde la perspectiva del rompimiento de la ecuación financiera en el marco de la Ley 80 de 1993, sino de conformidad con el artículo 868 del Código de Comercio, precisando que, tratándose de contratos celebrados por entidades estatales, sea que se rijan por normas de derecho público o de derecho privado, la jurisprudencia ha concluido que las partes pueden solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato al amparo de la teoría de la imprevisión aun cuando la ejecución del contrato haya finalizado..”

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS / ACTIVIDAD EXENTA DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS / BIEN EXENTO DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS / NORMATIVIDAD DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA / VIGENCIA DE LA NORMA / HECHO SOBREVINIENTE / PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 2: *¿El cobro indebido del impuesto a las ventas hacia el contratista es una circunstancia externa, imprevisible y posterior a la presentación de la oferta que afecta la ecuación económica del contrato?*

Tesis 2: “[L]as modificaciones introducidas por la Ley 488 de 1998 y el alegado cobro ilegal o infundado que, a juicio de la actora, efectuó ECOPETROL en las compras de asfalto que realizó ICEIN durante la ejecución del negocio jurídico, no constituyen un hecho externo, imprevisto e imprevisible y posterior a la presentación de la oferta, por las razones que pasan a exponerse. La Ley 488 de 1998, que de acuerdo con la actora introdujo un cambio en las condiciones tributarias que impactó los costos del asfalto que adquirió el contratista en la ejecución de las obras y, por lo tanto, afectó los precios los ítems que utilizaban este insumo, en lo que guarda relación con la controversia introdujo fundamentalmente tres cambios

normativos: en primer lugar, modificó el artículo 424 del Estatuto Tributario, que consagra los bienes que no causan impuesto a las ventas (IVA); en segundo lugar, en cuanto a la tarifa general del impuesto a las ventas, modificó el artículo 468 del Estatuto Tributario, disponiendo que dicha tarifa era del 16% y que a partir del 1º de noviembre de 1999 pasaría al 15%. (...) la Ley 488 del 24 de diciembre de 1998 fue publicada el 28 de diciembre de 1998[,], fecha en la que entró en vigencia. Esto significa que para la época en la que se adelantó a la licitación pública No. SCT-024-1999, cuya apertura tuvo lugar el 29 de agosto de 1999, y por supuesto para el 17 de septiembre y 22 de diciembre de 1999, fechas en las que ICEIN presentó su propuesta y suscribió el Contrato I.N.V. No. 904, la mencionada disposición se encontraba vigente desde hacía varios meses, de tal manera que las modificaciones introducidas por esta norma en modo alguno constituyen un hecho sobreviniente, posterior a la presentación de la oferta y a la celebración del negocio jurídico. Como se anotó anteriormente, de conformidad con el artículo 868 del Código de Comercio, las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles que generan la desproporción de la operación económica deben ser sobrevinientes, esto es, deben tener ocurrencia con posterioridad a la presentación de la oferta o a la celebración del contrato, según el caso y, lógicamente, antes de su terminación. Por tanto, resulta evidente que la expedición de la Ley 488 de 1988 y los cambios que introdujo y que hubieran podido afectar los costos del contratista no constituyen un hecho imprevisto, imprevisible y posterior al momento en el que ICEIN evaluó y estructuró los precios unitarios que incluyó en su propuesta, para cuya confección debía tener en cuenta la totalidad de factores que pudieran incidir en sus costos, incluida la normatividad tributaria vigente. En este orden, si como ha quedado visto se trata de una norma que entró en vigencia varios meses antes de la presentación de la oferta y siendo deber del contratista informarse acerca del régimen tributario aplicable a las actividades que realizaría, incluido el marco impositivo atinente a la compra de materiales, no es de recibo que, tratándose de una norma que debía ser conocida por el oferente, afirme la actora que de manera sobreviniente e imprevista luego de la presentación de su propuesta”

NOTA DE RELATORÍA: Respecto al cómputo del término de caducidad de la acción de controversias contractuales, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de unificación del 1 de agosto de 2019, rad. 62009 y auto del 24 de abril de 2017, rad. 50602. Acerca del contrato pactado a precios unitarios, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de febrero de 2012, rad.16371, respecto a la exequibilidad del artículo 6 del decreto 195 de 1999, consultar sentencia de la Corte Constitucional, C-218 de 1999 y sobre el contrato de obra, consultar sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 18 de diciembre de 2019, rad. 2011-00101- 01. Respecto al equilibrio económico del contrato y los principios que rigen la relación contractual, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de septiembre de 2021, rad. 44977; del 2 de septiembre de 2004, rad. 14578; del 31 de agosto de 2011, rad. 18080; del 27 de enero de 2016, rad. 38449 y del 22 de noviembre de 2021, rad. 35826; del 15 de julio de 2020, rad. 29794; del 22 de noviembre de 2021, rad. 35826; del 21 de septiembre 2020, rad. 47106 y del 8 de junio de 2021, rad. 64349; del 31 de agosto de 2011, Rad.: 18080. Respecto al equilibrio económico del contrato, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2021, rad. 35826; del 29 de enero de 2018, rad. 52666; del 27 de enero de 2016, rad. 38449; del 8 de mayo de 2020, rad. 39386; del 19 de marzo de 2020, rad. 63572; del 28 de septiembre de 2011, rad. 15476; del 19 de junio de 2020, rad. 44420; 21 de septiembre de 2020, rad. 47106; del 8 de junio de 2021, rad. 64349, entre otras; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 2012, rad. 11001-3103-040-2006-00537-01. En cuanto a la valoración de las pruebas en copia simple, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, rad. 25022, C. P. Enrique Gil Botero. Sobre la objeción al dictamen pericial por error grave, Cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de agosto de 2011, rad.14461 y del 15 de julio de 2020, rad. 28794. Acerca de 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. Acerca de 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. Frente a Acerca de 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. Acerca del ajuste de precios, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de septiembre de 2021, rad. 44977; del 10 de septiembre de 2013, rad. 20524; del 28 de agosto de dos 2014, rad. 17660; del 10 de septiembre de 2021, rad. 44977; del 6 de febrero de 2020, rad. 62123, también sentencias de la Corte Suprema de Justicia, del 21 de febrero de 2012, rad. 11001-3103-040-2006-00537-01; del 17 de marzo de 2020, SC505-2022, rad. 68081-31-03-002-2016-00074-01 y del 18 de diciembre de 2019, rad. 2011-00101- 01. Respecto a la eficacia probatoria del dictamen pericial, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2021, rad. 48436; de 28 de febrero de 2013, rad. 27959; del 21 de marzo de 2012, rad. 24250; del 21 de septiembre de 2020, rad. 47106 y acerca de la carga probatoria sobre la ruptura del equilibrio económico del contrato, consultar sentencia del 29 de julio de 2015, rad. 41008. Acerca del contrato a precios unitarios, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de febrero de 2012, rad. 16371 y del 14 de marzo de 2013, rad. 20524. Respecto al régimen tributario de las mezclas asfálticas, cita: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 147 de 1987; de la Sección Cuarta, sentencia del 13 de marzo de 2003, rad 13145; del 10 de diciembre de 2015, rad. 20866; de la Corte Constitucional, sentencia C-657 de 2015 y C-369 de 2000 y de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de septiembre de 1990 rad. 2111. En cuanto a la valoración del

dictamen pericial por parte del Juez, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de abril de 2007, rad. 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG); del 15 de julio de 2020, rad. 28794. Frente a los deberes del contratista en la etapa precontractual, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 18 de marzo de 2015, rad. 33223; del 28 de enero de 2016, rad. 34454; del 29 de agosto de 2016, rad. 34288 y del 13 de agosto de 2020, rad. 46057.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; auto de 19 de julio de 2022; C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 76001-23-31-000-2003-01974-01 \(53814\)](#)

Aclaración de voto. C.P. Guillermo Sánchez Luque

CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CÓDIGO DE COMERCIO / NORMAS DEL CÓDIGO DE COMERCIO / APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / IUS VARIANDI / CARACTERÍSTICAS DEL IUS VARIANDI / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / CONTRATO DE OBRA A PRECIOS UNITARIOS / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS / CONTRATO ESTATAL A PRECIOS UNITARIOS / REAJUSTE DE PRECIOS EN EL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / DERECHO AL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / INAPLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN

Problema jurídico 1: ¿Cuál es el marco legal aplicable a las controversias contractuales de negocios regidos por el derecho privado?

Tesis 1: Como al caso era aplicable la imprevisión del artículo 868 C.Co porque el régimen jurídico del contrato era el derecho privado, no había lugar a referirse a las normas que regulan la ecuación económica del contrato en la Ley 80 de 1993 ni a los factores que la alteran de acuerdo con este estatuto. Para que proceda el ajuste judicial en virtud de esta norma, además, el contrato debe estar vigente.

CÓMPUTO DEL TERMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CARACTERÍSTICAS DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO

Problema jurídico 2: ¿El cómputo del término de caducidad de la acción de controversias contractuales inicia desde el día siguiente a la liquidación bilateral del contrato?

Tesis 2: Aunque no lo comparto, sigo el criterio unificado de la Sala y reiterado en este fallo frente al término para presentar la demanda cuando las partes liquidan bilateralmente el contrato. Los motivos de mi disidencia están contenidos en el salvamento de voto al auto de 1 de agosto de 2019 (Rad. 62009).

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 19 de julio de 2022; AV Guillermo Sánchez Luque, radicación: 76001-23-31-000-2003-01974-01 \(53814\)](#)

9. Hospital Naval de Cartagena es obligado a indemnizar a usuario que perdió la visión de su ojo derecho

Síntesis del caso: “El 7 de mayo de 2004, el cuerpo médico del Hospital Naval de Cartagena le practicó a [la víctima] una cirugía de cataratas en el ojo derecho, la cual fue suspendida por “no dilatación de la pupila”. Por ello, en fecha indeterminada, el médico tratante del Hospital Naval de Cartagena ordenó remitir al paciente al Hospital Militar de Bogotá. (...) Posteriormente, el 13 de julio de 2004, el personal médico del Hospital Militar de Bogotá le diagnosticó (...) pérdida total de la visión de su ojo derecho. Finalmente, el 14 de julio de 2004, el paciente asistió a una consulta médica en el Hospital Militar de Bogotá y el médico tratante le indicó que no había “alternativa de recuperación funcional y anatómica mediante procedimiento quirúrgico” de la visión en dicho ojo. Los demandantes consideran que el Ministerio de Defensa – Dirección General de Sanidad Militar – Hospital Militar de Cartagena es patrimonialmente responsable por la pérdida de visión del ojo derecho”.

FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / DAÑO ANTIJURÍDICO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

Problema jurídico 1: ¿Es imputable al Hospital Naval de Cartagena falla médica con motivo de la pérdida de visión en el ojo derecho de la víctima producto de un procedimiento quirúrgico?

Tesis 1: En el caso sub examine se tiene que el daño alegado es la pérdida de la visión del ojo derecho de Eduardo Sánchez Barroso. Este daño está debidamente acreditado con la historia clínica 4185737 del Hospital Militar de Bogotá, pues el 13 de julio de 2004, el cuerpo médico de dicho centro médico le diagnosticó al señor Sánchez Barroso la pérdida total de la visión de su ojo derecho (hecho probado 7.1.9.). De hecho, en el resultado de laboratorio de neurofisiología del Hospital Militar de Bogotá realizado el 13 de julio de 2004 se indicó lo siguiente: “Notas: Cirugía catarata ojo derecho, pérdida visual total OD [...]”. Ahora, si bien no se allegó la totalidad de la historia clínica 24024, que da cuenta de la atención brindada en el Hospital Naval de Cartagena, se aportaron algunos folios de ésta y de la historia clínica 4185737, que da cuenta de la atención médica prestada en el Hospital Militar de Bogotá, con la cual se acreditó el daño padecido por el paciente. Así las cosas, el daño está acreditado y tiene el carácter de antijurídico, pues se trata de la afectación de un derecho protegido por el ordenamiento jurídico, cuya lesión no encuentra justificación legal. En efecto, la integridad física y la salud de las personas son derechos inherentes e inalienables y se constituyen en presupuesto esencial para la realización de los demás derechos, de donde la vulneración de tales postulados y los daños que con ello se generen resultan antijurídicos. Además, el artículo 49 de la Constitución Política establece que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (...)”.

AUSENCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA / INDICIO GRAVE / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO

Problema jurídico 2: ¿Es posible declarar la responsabilidad estatal por falla en el servicio médico por indicio grave al establecerse la inexistencia de historia clínica?

Tesis 2: En el presente caso, la falta de este documento no solo limitó la práctica de pruebas, sino que se constituye en un indicio grave en contra del Hospital Naval de Cartagena lo cual es indicativo de la existencia de falencias en la atención que se prestó. Aunado a lo anterior está probado, mediante indicios, que existe una probabilidad preponderante que dicha entidad hubiera incidido en la producción del resultado dañino porque el 24 de marzo de 2004, el señor Sánchez Barroso tenía la retina de su ojo derecho adherida (hecho probado 7.1.5). No obstante, el 7 de mayo de 2004 fue intervenido quirúrgicamente en el mismo ojo (hecho probado 7.1.6) y, posteriormente, el 14 de julio de 2004 fue diagnosticado por los médicos del Hospital Militar de Bogotá con un redespndimiento de la retina de su ojo derecho con pérdida total en su visión (hecho probado 7.1.10). Lo anterior, permite concluir que en el presente caso se

acreditó i) el daño antijurídico, ii) la imputación fáctica demostrada mediante indicios, pues existe una probabilidad preponderante en la producción del resultado dañino, y iii) el hecho indicador del indicio de falla, esto es, que el Hospital Naval de Cartagena incumplió el deber de conservación y custodia de la historia clínica. Por ello, se concluye que el Hospital Naval de Cartagena incurrió en una falla del servicio en la atención que prestó el 7 de mayo de 2004, pues la actitud renuente que se observó para la remisión de la historia clínica es un hecho indicativo de que no se observó una buena praxis médica, lo cual no fue desvirtuado por la parte demandada, pues bajo esa omisión se oculta la realidad de la atención al paciente y solo se evidencia aquello que conviene al centro asistencial tratante, error u omisión de la cual no puede sacar provecho la demandada para descargar el juicio de responsabilidad. Según lo expuesto, se itera, el daño antijurídico es imputable al Hospital Naval de Cartagena, pues ésta entidad infringió el deber de custodia que tenía sobre la historia clínica del paciente y, además, porque con dicho incumplimiento se acreditó un hecho indicativo de la existencia de falencias en la atención médica prestada el 7 de mayo de 2004 a Eduardo Sánchez Barroso (hecho probado 7.1.6.), lo cual no fue desvirtuado por la parte demandada en el presente proceso. En conclusión, se advierte que la falla por omisión en la prestación del servicio médico es imputable a la entidad demandada, pues no se prestó el servicio de salud de forma adecuada y esto comprometió su responsabilidad administrativa, lo que impone declarar su responsabilidad. Por lo demás, se observa que aunque el Tribunal Administrativo de Bolívar consideró que el Hospital Naval de Cartagena incurrió en una falla del servicio, por un “servicio pop tardío-vitrectomía” (hecho probado 7.1.10.), lo cierto es que la Sala no acompaña dicho raciocinio, porque dicha expresión no fue una manifestación de prestación inoportuna del servicio médico, sino una referencia, dentro de la jerga médica, de que la valoración del paciente se hizo después de la cuarta semana de intervención.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 19 de julio de 2022, C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 13001-23-31-000-2006-00610-01\(52191\).](#)

Salvamento de voto Consejero Guillermo Sánchez Luque

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA MÉDICA / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD

Problema Jurídico 1: ¿Es posible declarar la responsabilidad estatal por falla en el servicio médico por indicio grave al establecerse la inexistencia de historia clínica?

Tesis 1: Conforme a las pruebas no se acreditó que la entidad demandada incurrió en falla del servicio, único título de imputación aplicable en los eventos de responsabilidad médica. Tampoco se probó el nexo causal entre la alegada falla del servicio y el daño que sufrió el demandante.

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / AUSENCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA – La ausencia de la historia clínica, por si sola, no acredita la falla del servicio

Tesis: Conforme a las pruebas no se acreditó que la entidad demandada incurrió en falla del servicio, único título de imputación aplicable en los eventos de responsabilidad médica. Tampoco se probó el nexo causal entre la alegada falla del servicio y el daño que sufrió el demandante. (...) Según la mayoría, “la pérdida de la historia clínica constituye un indicio de falla que genera una inversión de la carga probatoria”. No aportar la historia clínica al proceso, o hacerlo de forma incompleta, constituye un indicio de falla del servicio en contra de la entidad demandada, más no una «inversión de la carga de la prueba». Esa afirmación desconoce lo dispuesto por el artículo 177 CPC, aplicable por remisión expresa de los artículos 168 y 267 CCA. Además, la pérdida de la historia clínica –por si sola– no acredita la falla del servicio.

SALVAMENTO DE VOTO / LITERATURA MÉDICA - No puede sustituir la carga probatoria de la parte demandante / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Problema Jurídico 2: ¿Es posible aplicar la doctrina médica como fuente auxiliar del derecho administrativo?

Tesis 2. La mayoría acudió a la “literatura médica” para definir conceptos médicos. No desconozco que la jurisprudencia ha señalado que el juez, en casos excepcionales, puede apelar a la “literatura médica” para aclarar el sentido de las pruebas obrantes en el proceso, dado su carácter técnico. Sin embargo, la «literatura médica» no puede sustituir la carga probatoria de la parte demandante. Bajo ninguna circunstancia, es posible estructurar la responsabilidad del demandado con fundamento exclusivo en la “literatura médica”, pues ello implica desplazar el dictamen pericial como el medio de prueba que previó el legislador para demostrar aspectos técnicos y científicos que escapan del ámbito de conocimiento y competencia del juez (art. 233 CPC). El juez está obligado a fundar todas sus decisiones judiciales en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, como lo impone el artículo 174 CPC.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 19 de julio de 2022, S.V. Guillermo Sánchez Luque, radicación 13001-23-31-000-2006-00610-01\(52191\).](#)

SECCIÓN CUARTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. El auto que tiene por no presentadas las excepciones en el proceso de cobro administrativo coactivo es susceptible de control de legalidad por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Síntesis del caso: Se demandó la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales el municipio de Ibagué decidió tener por no presentado el escrito de excepciones que formuló el municipio de Dolores contra el mandamiento de pago que se le libró por concepto de unas cuotas partes pensionales y contra el acto que ordenó seguir adelante con la ejecución. La Sección Cuarta avocó el estudio del asunto porque consideró ser competente para conocer la controversia sobre este tipo de actos administrativos, por ser un asunto de naturaleza tributaria y versar sobre una contribución parafiscal, en aplicación del artículo 13 del Reglamento de la Corporación (Acuerdo 080 de 2019), análisis del que concluyó que los actos acusados son demandables ante la jurisdicción al tratarse de decisiones de carácter definitivo, en la medida en que con ellos se termina la actuación administrativa y se habilita el cobro de la obligación de pago con cargo a la parte ejecutada.

ACTOS DEMANDABLES EN EL PROCESO DE COBRO ADMINISTRATIVO COACTIVO – Alcance del artículo 835 del Estatuto Tributario. Carácter no taxativo / AUTO QUE TIENE POR NO PRESENTADAS LAS EXCEPCIONES EN EL PROCESO DE COBRO ADMINISTRATIVO COACTIVO - Naturaleza jurídica / ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO - Concepto / RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL ACTO QUE DECIDE LAS EXCEPCIONES EN EL PROCESO DE COBRO ADMINISTRATIVO COACTIVO - Falta de obligatoriedad. Efectos / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO QUE TIENE POR NO PRESENTADAS LAS EXCEPCIONES EN EL PROCESO DE COBRO ADMINISTRATIVO COACTIVO - Procedencia

Problema jurídico: ¿El auto por el cual el municipio de Ibagué decidió tener por no presentado el escrito de excepciones contra el mandamiento de pago, es o no susceptible de control jurisdiccional?

Tesis: “Para el municipio de Ibagué, el auto por el que se tuvo por no presentado el escrito de excepciones contra el mandamiento de pago, objeto de la demanda, no es susceptible de control jurisdiccional, por no estar enlistado en el artículo 835 del ET. Al respecto, se advierte que de conformidad con el artículo 270 del Acuerdo 031 de 2004, norma local, solo serán demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución. En relación con los actos administrativos susceptibles de control judicial en materia de cobro coactivo, esta Corporación ha examinado el artículo 835 del ET, cuya redacción concuerda con la norma local en cita, precisando que además de los actos que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución, son demandables ante esta jurisdicción aquellos que contengan una decisión definitiva que cree, modifique o extingan una situación jurídica. Si bien es cierto, el artículo 833-1 del ET, citado por el municipio demandado, que guarda similitud con el artículo 268 del Acuerdo 031 de 2004, señala que contra los actos de trámite no procede recurso alguno, para la Sala, dicho argumento no resulta suficiente para que se desconozca la naturaleza de acto definitivo del Auto nro. 1034-02-370993 del 20 de abril de 2015, mediante el cual se resolvió tener por no presentado el escrito de excepciones y continuar con la ejecución. Lo anterior, porque conforme al artículo 43 de la Ley 1437 de 2011, se consideran actos administrativos definitivos los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar la actuación. Y si bien, contra dichos actos, por regla general proceden los recursos de reposición o apelación, según sea el caso (art. 74 *ib.*), el hecho que en el *sub examine* no se haya indicado la procedencia de recurso alguno no desvirtúa tal naturaleza, en tanto que lo determinante es el contenido del acto y los efectos que genera. En cuanto al argumento, según el cual, el auto que tuvo por no presentado el escrito de excepciones tenía que ser objeto del recurso de reposición, pese a lo cual el municipio de Dolores no lo hizo, la Sala advierte que fue la misma Administración quien de forma expresa indicó que contra dicha actuación no procedía recurso alguno, por lo que mal puede alegar esa circunstancia en contra de la actora. En todo caso, se destaca que en los términos del artículo 834 del ET, citado por la parte apelante, cuya redacción es similar a la del artículo 269 del Acuerdo 031 de 2004, el recurso de reposición contra la resolución que decide las excepciones formuladas contra el mandamiento de pago no es obligatorio, razón por la cual, no es posible derivar consecuencia alguna en contra de la parte que se abstiene de interponerlo, pues como lo ha indicado la Sala, es facultativo, lo que significa que su utilización es

meramente discrecional por parte del interesado. Si se interpone obliga al funcionario a resolverlo y al sujeto pasivo a estarse a lo resuelto a través de él. No obstante, lo anterior, si en norma especial el legislador lo hace obligatorio debe entenderse que constituye una excepción a la regla indicada. Por lo expuesto, se concluye que, contrario a lo alegado por el municipio de Ibagué, el Auto nro. 1034-02-370993 del 20 de abril de 2015, por el que ese ente territorial resolvió tener por no presentado el escrito de excepciones contra el mandamiento de pago y ordenó continuar la ejecución, corresponde a un acto de carácter definitivo en la medida en que con este se termina la actuación administrativa y se habilita el cobro de la obligación de pago con cargo a la parte ejecutada, por lo tanto, es susceptible de control de legalidad (...).".

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de septiembre de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 73001-23-33-000-2015-00591-01 \(26823\).](#)

2. La presentación de la solicitud de contrato de estabilidad jurídica no implica, per se, su aprobación ni la consecuente suscripción del contrato, sino una mera expectativa sujeta a la evaluación del Comité de Estabilidad Jurídica sobre la conveniencia del negocio y el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley.

Síntesis del caso: Se mantuvo la legalidad de los actos administrativos por los cuales el Comité de Estabilidad Jurídica integrado por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo y por el Departamento Nacional de Planeación, negó la solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica que formuló el banco demandante. Lo anterior, porque la Sala concluyó que los actos acusados fueron debidamente motivados, en la medida en que procedía improbar la referida solicitud, dado que no se cumplieron algunos de los requisitos exigidos para su aceptación, a saber: no se demostró que el proyecto de inversión cumplía con los presupuestos que establece la Ley 963 de 2005 y los documentos CONPES 3366 y 3406 de 2005, pues no se evidencia con claridad los beneficios que generaría la inversión, los empleos indirectos que se otorgarían y el impacto en la economía que fuese favorable al Estado con la celebración del contrato de estabilidad jurídica.

RÉGIMEN DE ESTABILIDAD JURÍDICA - Finalidad y alcance / CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA – Finalidad / REQUISITOS DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA / TRÁMITE DE LA SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA / CRITERIOS TÉCNICOS PARA LA EVALUACIÓN Y APROBACIÓN DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN ANTE EL COMITÉ DE ESTABILIDAD JURÍDICA – Documentos CONPES 3366 y 3406 de 2005 / PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA - Efectos. No implica per se la aprobación ni la suscripción del contrato / COMITÉ DE ESTABILIDAD JURÍDICA – Integración y objeto / IMPROBACIÓN DE LA SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA – Legalidad. Incumplimiento de algunos de los requisitos exigidos para la aceptación de la solicitud / ESTUDIO DE LA SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA - Análisis particular y específico en cada caso concreto / AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD POR IMPROBACIÓN DE LA SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA

Problema jurídico: ¿La decisión de negar la suscripción del contrato de estabilidad jurídica solicitado por el banco demandante, que adoptó el Comité de Estabilidad Jurídica integrado por las entidades demandadas, se ajusta a las disposiciones consagradas en la Ley 963 de 2005 y en los criterios establecidos en los documentos CONPES 3366 y 3406 de 2005?

Tesis: “El contrato de estabilidad jurídica es una figura adoptada por la Ley 963 de 2005 con el objeto de

incentivar a los inversionistas en Colombia, mediante la garantía de que las normas determinantes para realizar su inversión no serán modificadas a cambio del pago de una prima a favor del Estado por parte del inversionista. (...) Los artículos 2, 3 y 4 de la norma en comento prevén los requisitos esenciales que deben contener los contratos de estabilidad jurídica, estableciendo como tales los siguientes: - Las inversiones nuevas o la ampliación de las ya existentes en el territorio nacional, deberán realizarse por un monto igual o superior a 15.000 UVT y podrán comprender las actividades relacionadas con el turismo, la industria, la agricultura, la exportación agroforestal, mineras y de zonas procesadoras de exportación, zonas libres comerciales y de petróleo, telecomunicaciones, construcciones, desarrollos portuarios y férreos, de generación de energía eléctrica, proyectos de irrigación y uso eficiente de recursos hídricos y toda actividad que apruebe el Comité. - En los contratos de estabilidad jurídica deberán indicarse de manera expresa y taxativa las normas y sus interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes de la inversión. - En los contratos deberá establecerse expresamente la obligación del inversionista de realizar una inversión nueva o una de ampliación, se señalará el plazo máximo para efectuar la inversión y se indicará el término de duración del contrato. - En las cláusulas contractuales deberán transcribirse los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos de las normas emitidas por los organismos y entidades determinados en esta ley, así como las interpretaciones administrativas vinculantes, sobre los cuales se asegurará la estabilidad, y se expondrán las razones por las que tales normas e interpretaciones son esenciales en la decisión de invertir. - En los contratos de estabilidad jurídica se deberá fijar el monto de la prima consistente en un pago a favor de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público que se definirá sobre las normas tributarias que el Gobierno Nacional determine que sean sujetas de estabilización. Así mismo, se contemplará la forma de pago y demás características de la misma. Mediante el Decreto 2950 de 2005, que reglamentó parcialmente la Ley 963 del mismo año, se determinó el trámite de la solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica (...) Por su parte, el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) expidió el documento CONPES 3366 del 1 de agosto de 2005, modificado por el documento CONPES 3406 de 2005, por el que se establecieron los criterios técnicos para la evaluación y aprobación de los proyectos de inversión presentados ante el Comité de Estabilidad Jurídica (...) La Sala precisa que, la presentación de la solicitud de contrato de estabilidad jurídica, no implica *per se* la aprobación de esta ni la consecuente suscripción del contrato, sino una mera expectativa sujeta a la evaluación por parte del Comité de Estabilidad Jurídica de la conveniencia de la suscripción de este y del cumplimiento de los requisitos previstos en la ley. Así también lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C-785 de 2012, en la que se advierte que la ley no reconocía al solicitante derechos adquiridos a la estabilidad de las normas por el solo hecho de presentar la solicitud de aprobación del contrato. (...) Al resolver la solicitud, el Comité de Estabilidad Jurídica advirtió que la propuesta está encaminada a satisfacer las necesidades propias de Helm Bank S.A. en desarrollo de su actividad generadora de renta, teniendo en cuenta que su objeto social, según el certificado de existencia y representación legal, es *“la celebración y ejecución de todos los actos, contratos y operaciones permitidos a los bancos comerciales”*. Así mismo, al resolver el recurso de reposición, se precisó que *“el tamaño de la inversión en comparación con el promedio de los activos en los 3 últimos años equivale a 2.2% y al 14.7% en comparación con el patrimonio en el mismo periodo, lo cual no resulta significativo”*. En esa medida, se concluyó que la inversión propuesta por la parte actora era relativamente baja en relación con el volumen de sus activos, lo que resulta concordante con los estándares de comparación realizados por el Departamento Nacional de Planeación, al señalar que el tamaño de la inversión de la sociedad actora no es significativo respecto del promedio de los activos de la entidad financiera versus el patrimonio obtenido en el mismo periodo, razón por la cual *“el proyecto de inversión no representa una adición a la capacidad productiva que pueda diferenciarse de aquellas inversiones que corresponde a la actividad propia del inversionista”*. Por otra parte, el Comité estimó que el proyecto de inversión presentado por la sociedad demandante no demuestra el impacto positivo en la economía y desarrollo del país, pues según el análisis financiero de Fedesarrollo *“al analizar las principales fuentes de financiamiento de las empresas, se encuentra que el leasing financiero mantiene una baja participación frente a esquemas tradicionales como el crédito con proveedores y el crédito bancario para el conjunto de empresas pequeñas y medianas del sector industrial. Por su parte, para las empresas asociadas con el comercio, el leasing financiero no tiene incidencia en el segmento de las pequeñas empresas y es bajo para el conjunto de las empresas medianas. Igualmente que en el sector industrial, el crédito con proveedores y el crédito bancario son las principales fuentes de financiamiento para las empresas dedicadas a la actividad comercial”*. Adicionalmente, en el concepto emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se dijo que no era conveniente celebrar contrato de estabilidad jurídica con base en una propuesta de inversión como la presentada por Helm Bank S.A., en la medida de que la solicitud solo va encaminada a objetivos para el desarrollo económico de la actora dentro del giro ordinario de sus negocios, es decir, no se evidencia con los soportes allegados si con la ampliación de la red de oficinas y el mejoramiento tecnológico se impactaría positivamente en el desarrollo social del país. De otro lado, en la solicitud para la celebración del contrato elevada ante el Comité no se indicó el número de empleos indirectos que se generarían por concepto de la inversión, siendo que estos empleos en un proyecto de inversión deben otorgarse directamente por el inversionista, puesto que es quien resulta favorecido con el contrato de estabilidad jurídica. Por último, el Comité indicó que la inversión debió ser financiada en un mayor

porcentaje con recursos propios por tratarse de una entidad del sector financiero, con fundamento en el Oficio 2-2009-023021 del 14 de agosto de 2009 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La Sala observa que de acuerdo con los planteamientos anteriores, el Comité de Estabilidad Jurídica se enfocó primordialmente en que en la solicitud no se menciona de manera expresa y clara el beneficio social de la inversión que pueda diferenciarse del que se genera por el desarrollo del objeto social de la sociedad demandante. Además, porque no se evidencia el impacto en la economía del país, puesto que los beneficios económicos atribuibles a las operaciones de leasing son generales a esta línea de negocio y no específicas al proyecto presentado por el inversionista, de lo que se infiere que la inversión podría haber sido realizada por la sociedad, independientemente de que se suscribiera el contrato de estabilidad jurídica. De suerte que la presencia de un contrato de estabilidad jurídica no se revela como factor determinante de las inversiones de la demandante, esto es, como condición para su realización, máxime cuando el componente de tecnología e infraestructura no se halla debidamente justificado y carece de incidencia en la economía, por cuanto si bien la inversión tiene proyectado un aumento, la demandante no estableció de qué manera y con cuál mecanismo podría llegar al objetivo pretendido. En suma, no se precisaron el número de contratos indirectos que se generarían por esta clase de inversión, siendo que como lo afirmó el Comité, es una de las obligaciones por parte de quien realiza la inversión. Es de resaltar que la segunda fase de la determinación se centra en las competencias del Comité de Estabilidad Jurídica. En las bases de esta etapa despunta como aspecto principal, la facultad conferida por el legislador al Comité, en la medida que, habiendo dejado plantados unos requisitos normativos y haciendo expresas las finalidades de la decisión, estableció que sería el análisis de diversas variables financieras, técnicas y en general de factibilidad –según el proyecto de inversión presentado– las que, en su conjunto, permitirían concluir si se aprobaba o no la suscripción del citado instrumento contractual. En esa medida, en cada caso en particular se hace un estudio y análisis independiente y específico acerca del cumplimiento de los requisitos para efectos de la aprobación o no de la celebración del contrato de estabilidad jurídica, por lo tanto, no puede pretender la sociedad actora que si a otras entidades financieras se les ha dado la aceptación o el visto bueno para el contrato de estabilidad jurídica y éstas han hecho uso de la deducción prevista en el artículo 158-3 del ET, por esa razón también deba otorgársele una respuesta positiva, toda vez que, se reitera, cada entidad debe cumplir unos parámetros que serán evaluados por el Comité para adoptar la decisión correspondiente. Además, tampoco se demuestra con las pruebas allegadas que la actora se encuentre en las mismas condiciones que las entidades financieras a las que les aprobó el contrato de estabilidad jurídica, para concluir que existe violación al derecho a la igualdad. A partir de lo expuesto anteriormente, para la Sala es claro que la sociedad demandante se contrajo a afirmar que cumplió con los requisitos exigidos para la procedencia del contrato de estabilidad jurídica, pero no demostró que el proyecto de inversión cumplía con los presupuestos que establece la Ley 963 de 2005 y en los documentos CONPES 3366 y 3406 de 2005, pues no se evidencia con claridad los beneficios que generaría la inversión, los empleos indirectos que se otorgarían y el impacto en la economía que sea favorable para el Estado con la celebración del contrato de estabilidad jurídica, por lo que se concluye que no se desvirtúa la legalidad de los actos administrativos acusados, ya que se encuentran debidamente motivados (...).”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de marzo de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2016-00494-01 \(24982\).](#)

Salvamento de voto de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

REQUISITOS DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA - Cumplimiento / SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA – Procedencia / IMPROBACIÓN DE LA SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA – Ilegalidad. Cumplimiento de los requisitos exigidos para la aceptación de la solicitud

Tesis: “Con el debido respeto por la decisión mayoritaria, salvo el voto en la sentencia del proceso en referencia, que negó las pretensiones de la demanda. (...) En mi opinión el demandante sí probó los requisitos exigidos para la aceptación de la solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica, como se pasará a ver. El proyecto de inversión comprendía estos conceptos: i) leasing operativo de vehículos por valor de \$532.385.000.000; ii) leasing habitacional por un monto de \$622.849.000.000 y iii) tecnología e infraestructura en cuantía de \$84.534.000.000. El demandante argumentó que, la inversión representa un valor agregado para la economía y desarrollo del país, ya que el leasing constituye un mecanismo vital para impulsar la política de vivienda del Gobierno Nacional, pues a través del mismo se podrían financiar 3.000 nuevas viviendas y cerca de 6.000 vehículos. Asimismo, que en la solicitud se incluyó un acápite denominado “Efectos económicos y sociales”, donde se señaló de manera detallada, precisa y concreta los beneficios económicos y sociales de la inversión a partir de cada componente, esto

es, del aumento en operaciones de leasing, arrendamiento operativo “optirent” y leasing habitacional, y reforzamiento tecnológico y de infraestructura. Las razones expuestas por el actor, a mi juicio, corresponden a los requerimientos que hace la Ley 963 de 2005, el Decreto 2950 de 2005 y los documentos CONPES 3366 del 1 de agosto de 2005 y 3406 de 2005. En efecto, el proyecto de inversión menciona los objetivos específicos a los que se dirige, el beneficio que reportaría, y que se oriente a líneas de negocio que adelanta no desvirtúa que el mismo tiene un impacto social y económico positivo en sectores significativos para el país, como es el sector vivienda, el automotor y el de tecnología. Además, es un hecho incontrovertible que la política pública de vivienda es un pilar fundamental en el desarrollo económico del país. El proyecto también da claridad sobre la creación de empleos, se expone que por el componente de leasing se generaría mínimo 75 empleos directos y otros indirectos. La indefinición sobre estos últimos no conlleva incumplimiento de requisito alguno, toda vez que se identificaron los de orden directo y no es necesario que coexistan las dos modalidades. Además, como lo expuso el Ministerio Público, para resolver este caso se debió considerar la similitud que existe entre la solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica presentada por HELM BANK S.A. y las de leasing Bancolombia y leasing de Occidente que sí fueron resueltas favorablemente.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de marzo de 2022, S.V. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2016-00494-01 \(24982\).](#)

3. Se anula el aparte del parágrafo 2 del artículo 1.6.1.6.3 del Decreto 1625 de 2016, único reglamentario en materia tributaria, que establecía la ineficacia de las declaraciones de IVA presentadas por el responsable en un periodo gravable distinto del que legalmente le correspondía.

Síntesis del caso: Por exceso de la potestad reglamentaria por parte del gobierno nacional se anuló la frase “Las declaraciones que se hubieren presentado en periodos diferentes a los establecidos por la ley no tienen efecto legal alguno; por lo tanto, los valores efectivamente pagados con dichas declaraciones podrán ser tomados como un abono al saldo a pagar en la declaración del impuesto sobre las ventas del periodo correspondiente” contenida en el parágrafo 2° del artículo 1.6.1.6.3 del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016. Para la Sala, el texto acusado excedió la disposición legal reglamentada, al fijar una consecuencia jurídica de carácter sancionatorio que no fue prevista por el legislador, pues el artículo 600 del Estatuto Tributario se limita a indicar los periodos del impuesto al valor agregado y las condiciones para presentar las declaraciones con periodicidad bimestral o cuatrimestral, así como a establecer que el cambio del periodo se debía informar a la DIAN conforme fuera reglamentado, pero no hace ninguna previsión sobre los efectos de la presentación de las declaraciones en periodos diferentes. Aunado a lo anterior, la Sala señaló que, dado el efecto sancionatorio que ostenta el aparte anulado, este compromete el derecho fundamental al debido proceso, porque nadie puede ser sancionado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, asunto que no puede ser regulado por la administración, ya que es competencia exclusiva del legislador establecer la descripción de las conductas sancionables, así como la manera de castigar las infracciones.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Alcance y límites / EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / PERIODO DE PRESENTACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE IVA / EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA – Violación del principio de legalidad de la potestad reglamentaria / REGULACIÓN DE LOS DEBERES FORMALES TRIBUTARIOS POR EL GOBIERNO NACIONAL - Principio de legalidad / DELEGACIÓN EN EL EJECUTIVO DE LA REGULACIÓN DE TRÁMITES ADMINISTRATIVOS – Procedencia y límites. Procede siempre que sean excepcionales y no se comprometan derechos fundamentales / DELEGACIÓN EN EL EJECUTIVO DE LA ADMINISTRACIÓN Y RECAUDO DE TRIBUTOS – Alcance y límites / INEFICACIA DE LAS DECLARACIONES DE IVA PRESENTADAS EN PERIODO DIFERENTE DEL QUE LEGALMENTE LE CORRESPONDE AL RESPONSABLE – Naturaleza sancionatoria / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL RÉGIMEN SANCIONATORIO /

INEFICACIA DE LAS DECLARACIONES DE IVA PRESENTADAS EN PERIODO DIFERENTE DEL QUE LEGALMENTE LE CORRESPONDE AL RESPONSABLE – Ilegalidad. Nulidad parcial del párrafo 2 del artículo 1.6.1.6.3 del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016

Problema jurídico: *¿El gobierno nacional excedió la potestad reglamentaria al establecer en el párrafo 2° del artículo 1.6.1.6.3 del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016 la consecuencia de dejar sin efectos legales las declaraciones de IVA cuando se presentan en un periodo diferente al que corresponda según la ley?*

Tesis: “El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política dispone que corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes que sean necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Como toda potestad en un Estado de Derecho, el ejercicio de la potestad reglamentaria está sujeta a límites, siendo el primero de los cuales el ámbito material de la misma ley que reglamenta. Por lo tanto, en aras de facilitar el cumplimiento de la ley, el reglamento no puede ir más allá de lo dispuesto por el legislador. (...) El Ejecutivo desborda los límites de su potestad reglamentaria si modifica o altera el contenido de la ley. Ello ocurre si las definiciones establecidas por el propio legislador se ven ampliadas por la norma reglamentaria, de tal manera que aludan a supuestos no contemplados por el legislador. (...) En el presente asunto, en ejercicio de la potestad reglamentaria, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2013, “por el cual se reglamenta la Ley 1607 de 2012 (...)”, invocando los numerales 11 y 20 del artículo 189 de la Constitución. El artículo 24 de este decreto fue compilado en el decreto único reglamentario 1625 de 2016, en el artículo 1.6.1.6.3 estableciendo que las declaraciones de IVA deben presentarse en los periodos gravables que les correspondan a los responsables, según sea bimestral, cuatrimestral o anual conforme al artículo 600 del ET. Adicionalmente, en esta disposición se señaló que las declaraciones presentadas en un periodo diferente al definido no tienen efecto legal alguno y los valores pagados en estas serán tomados como abono al saldo a pagar. De los argumentos expuestos por las partes, el estudio de legalidad se contrae a determinar si el gobierno nacional excedió la potestad reglamentaria, con la inclusión de la consecuencia de dejar sin efectos legales las declaraciones de IVA cuando son presentadas en un periodo diferente al que le corresponda según la ley. Para efectos de establecer si, como lo precisaron los actores, el decreto reglamentario incluyó elementos no establecidos en la ley, resulta necesario comparar con lo dispuesto en la normativa legal invocada como violada: (...) Se observa que el artículo 600 del ET establece que los responsables o contribuyentes del impuesto sobre las ventas, atendiendo a los ingresos percibidos durante el año anterior, deben presentar y pagar la correspondiente declaración de manera bimestral o cuatrimestral según cumpla con las condiciones allí previstas. Además, se dispuso que los responsables del impuesto que inicien actividades durante el ejercicio, el período gravable será bimestral. Y, cuando el contribuyente cambie de periodo gravable de un año a otro, debe informar a la DIAN de acuerdo con la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional. Por su parte, la norma reglamentaria acusada alude a los periodos gravables del impuesto sobre las ventas y la obligación de presentar la declaración por parte de los responsables y contribuyentes en los periodos que les correspondan, pero adiciona una consecuencia: Que la omisión a esta obligación, esto es, la presentación en periodos diferentes, deriva en que las declaraciones no tengan efectos legales, y los pagos efectuados sean abono al saldo a pagar en la declaración del periodo correspondiente. A juicio de la Sala, el texto acusado excede la disposición legal reglamentada, dado que prevé una consecuencia jurídica que no fue prevista por el legislador, pues el artículo 600 del E.T. se limitó a indicar los periodos del impuesto al valor agregado y las condiciones para presentar las declaraciones con periodicidad bimestral o cuatrimestral, pero no hizo ninguna previsión sobre los efectos por la presentación de las declaraciones en periodos diferentes, solo estableció que el cambio del periodo debía ser informado a la DIAN conforme fuera reglamentado. En este caso, el texto demandado del párrafo segundo del artículo 1.6.1.6.3 del Decreto 1625 de 2016, más allá de establecer los nuevos periodos gravables de IVA definidos por el artículo 61 de la Ley 1607 de 2012, dispuso la ineficacia de las declaraciones de IVA presentadas en periodos diferentes a los que corresponda e implícitamente la obligación de presentarla de nuevo con la correspondiente sanción e intereses moratorios a que hubiere lugar, pese a que la figura de dejar sin efectos legales una declaración tributaria solo está contemplada para las declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago total conforme al artículo 580-1 del ET. Como se observa, la previsión del párrafo demandado excede el alcance del artículo 600 del ET, por lo que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público desconoció en este caso el principio de legalidad de la potestad reglamentaria, al fijar una consecuencia jurídica que el legislador no estableció en la ley. En relación con el argumento del Ministerio de Hacienda, el cual comparte en su intervención la Dirección de Impuestos Nacionales DIAN, de que la disposición de dejar sin efectos una declaración tributaria está relacionada con la administración y recaudo del tributo y por tanto es un aspecto vinculado a la ejecución técnica y administrativa que puede ser delegado en la administración; la sala debe advertir que, de acuerdo con la jurisprudencia de la corte constitucional, es viable que el gobierno nacional regule los deberes formales tributarios pero “dentro de los parámetros que hayan sido fijados en la ley”. Así mismo, la corte constitucional ha admitido que la ley delegue en la administración la regulación de trámites administrativos, “siempre que no comprometan derechos

fundamentales y sean excepcionales". En el caso bajo estudio la Ley no le delegó al gobierno nacional regular los efectos de presentar las declaraciones en periodos diferentes a los establecidos en el artículo 600 del Estatuto Tributario, ni en esa u otra norma de rango legal se estableció algún parámetro que permitiera inferir la consecuencia de "no tener efecto legal alguno". La ineficacia de las declaraciones establecida en la norma acusada no es un aspecto que se limite a la administración y recaudo del tributo, pues tiene un indudable efecto sancionatorio, como quiera que implica presentar una nueva declaración incluyendo la sanción por extemporaneidad o, en caso que no lo haga, que la entidad pueda imponer la sanción por no declarar, previstas en los artículos 641 y 643 del Estatuto Tributario. En ese orden de ideas, el aparte demandado compromete el derecho fundamental al debido proceso porque nadie puede ser sancionado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa. Este es un asunto de reserva legal que no puede ser regulado por la administración, ya que es competencia exclusiva del legislador establecer la descripción de las conductas sancionables, así como la manera de castigar las infracciones. Por las razones expuestas, la Sala encuentra que el parágrafo 2 del artículo 1.6.1.6.3 del Decreto 1265 de 2016 en cuanto dispone que "Las declaraciones que se hubieren presentado en periodos diferentes a los establecidos por la ley no tienen efecto legal alguno; por lo tanto, los valores efectivamente pagados con dichas declaraciones podrán ser tomados como un abono al saldo a pagar en la declaración del impuesto sobre las ventas del periodo correspondiente" no se ajusta al ordenamiento jurídico. En consecuencia, se procede a declarar su nulidad."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de noviembre de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2020-00027-00 \(25406\) Acumulados.](#)

4. Se precisan las diferencias entre el crédito mercantil y la prima en colocación de acciones, el tratamiento contable y fiscal de estas figuras, así como el carácter amortizable que tiene el crédito mercantil frente a la prima en colocación de acciones, que carece del mismo.

Síntesis del caso: Mediante los actos administrativos acusados, la DIAN modificó la declaración de renta que cierto contribuyente presentó por el año gravable 2010, en el sentido de desconocer deducciones por amortización de intangibles (crédito mercantil y base de datos «TuCarrera») y por inversión en activos fijos reales productivos, lo que derivó en un incremento de la renta líquida ordinaria que, al ser inferior a la renta presuntiva por la que se determinó el tributo, no afectó la liquidación del impuesto a cargo ni el saldo a favor, por lo que no se impuso sanción por inexactitud. La Sala mantuvo el rechazo de la deducción por amortización del crédito mercantil, pero reconoció las demás deducciones y, en consecuencia, como restablecimiento del derecho, reliquidó el tributo en la forma indicada en la parte motiva de la sentencia. Para adoptar la anterior decisión, la Sala precisó los conceptos del crédito mercantil y de la prima en colocación de acciones, estableció su marco normativo y su dinámica contable y fiscal, así como el alcance jurisprudencial de estas figuras, tras lo cual concluyó que, en el caso, no se configuró un crédito mercantil, sino una prima en colocación de acciones, la cual no es fiscalmente amortizable, razón por la cual no procedía la deducción de un alegado crédito mercantil inexistente.

CRÉDITO MERCANTIL - Concepto y alcance / CRÉDITO MERCANTIL - Tratamiento contable / CRÉDITO MERCANTIL - Tratamiento fiscal / AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO MERCANTIL – Término / CONTRATO DE SOCIEDAD - Concepto y alcance / PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES - Concepto y alcance / PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES - Tratamiento contable / PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES - Tratamiento fiscal / AMORTIZACIÓN DE LA PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES – Improcedencia / FACULTAD DE FISCALIZACIÓN DE LA DIAN – Alcance / CRÉDITO MERCANTIL - Inexistencia / DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE CRÉDITO MERCANTIL INEXISTENTE – Improcedencia / RECHAZO DE DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE CRÉDITO MERCANTIL INEXISTENTE – Legalidad

Problema jurídico: ¿Procede la deducción por amortización del crédito mercantil (intangible)?

Tesis: “Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala partirá de precisar los conceptos discutidos por las partes: el crédito mercantil y la prima en colocación de acciones. El artículo 66 del Decreto 2649 de 1993 clasificó el crédito mercantil como un activo intangible y el artículo 4 del Decreto 2650 de 1993 (normas aplicables en virtud de la remisión del artículo 142 del Estatuto Tributario a la técnica contable), determinó su alcance así: *«Registra el valor adicional pagado en la compra de un ente económico activo, sobre el valor en libros o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados, por reconocimiento de atributos especiales tales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable»*. (énfasis propio). A su vez, determinó para el mismo, la siguiente dinámica contable en la cuenta 1605:

| DEBITOS | CREDITOS |
|---|---|
| a. Por el valor adicional pagado sobre el costo del activo neto al adquirir la unidad productora. | a. Por la pérdida o disminución del valor del crédito mercantil, una vez comprobado técnicamente. |

En esas condiciones, el inversionista que adquiría acciones debía segregar el precio de adquisición en dos activos diferentes. De un lado, el valor propio de las acciones, de acuerdo con la participación adquirida y tomando en consideración el valor en libros de la entidad (valor intrínseco) y, por el otro, el crédito mercantil o intangible. Por su parte, la Circular Conjunta Nro. 4 del 1997 expedida por las Superintendencias de Valores y Sociedades definieron el crédito mercantil adquirido como *«el monto adicional pagado sobre el valor en libros en la compra de acciones o cuotas partes de interés social de un ente económico activo, si el inversionista tiene o adquiere el control sobre el mismo, de acuerdo con los presupuestos establecidos en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, modificados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan»*. Asimismo, esta Sección ha definido el crédito mercantil como *«la reputación de que gozan algunas empresas, lo cual les permite tener ciertas ventajas comerciales sobre sus competidores, en términos financieros se entiende como el valor actual de las futuras actividades en exceso de las ganancias o sea mayores utilidades en promedio de establecimientos de la misma clase, no sólo por el buen trato a los clientes, sino por otros factores intangibles como ubicación, entregas oportunas, servicios, calidad y garantía de los productos»*. En el anterior contexto, la Sala ha precisado: *«Es por esto que en el crédito mercantil se registra el valor adicional pagado por la compra de un ente económico sobre el valor en libros o sobre el valor adicional pagado por los activos netos comprados, así como la pérdida o disminución de su valor, es decir la amortización. Se concluye entonces que las condiciones para que se reconozca el crédito mercantil es el contrato de compra de acciones sobre los que se paga un mayor valor sobre el valor en libros del ente adquirido y en virtud del cual se adquiere el control de la sociedad y que se registren en la cuenta 1605 con su respectiva amortización»*. (Énfasis de la Sala). Ahora bien, respecto del tratamiento fiscal del crédito mercantil, para el año 2010, al ser considerado un activo intangible, eran aplicables los lineamientos previstos en los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario, a cuyo amparo éste era amortizable en un término no menor a 5 años, bajo la regla general. En este punto, es preciso advertir que el crédito mercantil se origina del contrato de compraventa de acciones, en virtud del cual se obtiene el control de una sociedad, que no en una emisión primaria de acciones. En consecuencia, este mayor valor pagado por el inversionista, en ningún caso, ingresa al patrimonio de la compañía cuyo control se adquiere. Precisado lo anterior, la Sala realizará similar trazabilidad respecto de la prima en colocación de acciones: De acuerdo con las reglas previstas en el Código de Comercio la suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad y la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle los títulos correspondientes, el cual se constituye en costo de su inversión. Sin embargo, reconociendo que los valores pagados por los accionistas pueden variar dependiendo la época en que ellos se realicen y para efectos de nivelar las participaciones de los accionistas nuevos y antiguos en la sociedad emisora, las normas contables prevén que los mayores valores pagados sobre el valor nominal se registren dentro del patrimonio de la sociedad, pero en una cuenta separada denominada prima en colocación de acciones. Para la época de los hechos, el artículo 84 del Decreto 2649 de 1993 determinaba que *«La prima en la colocación de aportes representa el mayor valor cancelado sobre el valor nominal o sobre el costo de los aportes, el cual se debe contabilizar por separado dentro del patrimonio»*. (Subraya la Sala). Es así como la prima en colocación de acciones surge, única y exclusivamente, en la emisión de acciones, como una forma de compensar el mayor valor que han adquirido las acciones de una sociedad desde que fue constituida, produciendo así *«el efecto equitativo de nivelar la situación patrimonial de los accionistas nuevos con la de los viejos, que han ido constituyendo reservas en la empresa a costa de reducir los beneficios repartibles en ejercicios anteriores y han corrido, además, los riesgos inherentes a toda la empresa antes de su estabilización tras de un proceso de funcionamiento normal y provechoso»*. (Subraya la Sala). Sobre este particular, ha señalado la Sección: *«la “prima en colocación de acciones” es un sobreprecio que se paga cuando estas son colocadas en el*

mercado por un valor superior al nominal. La "prima" forma parte del patrimonio de la sociedad pero en calidad de "Superávit", no como capital social. La empresa debe registrar como capital las acciones vendidas por su valor nominal que será el porcentaje del accionista que las adquiere y el exceso que corresponde a la prima, será contabilizado como superávit, que no es propiedad del accionista sino de la sociedad». (Énfasis de la Sala). Igualmente, la Sala ha precisado: «al constituirse una sociedad por acciones, el capital social está integrado por la totalidad de las acciones autorizadas, suscritas y pagadas por los accionistas, a las que se les debe asignar un valor inicial o de emisión denominado valor nominal (artículo 110 del Código de Comercio). Sin embargo, con posterioridad, la sociedad puede aprobar la emisión de nuevas acciones para que sean suscritas por los interesados, cuyo precio, en todo caso, no puede ser inferior al nominal (artículo 386 numeral 4 del Código de Comercio). De modo que tendrá que ser igual o superior a este. Este sobreprecio se denomina "prima en colocación de acciones". Aunque la normativa contable exige que el capital social y la prima en colocación de acciones se contabilicen por separado dentro del patrimonio (artículos 83 y 84 del Decreto 2649 de 1993), ello no comporta que el precio pagado por la suscripción de acciones pueda escindirse, toda vez que es único, como lo preceptúan los artículos 384 y 386 del Código de Comercio. Así mismo, aun cuando para la época de los hechos, fiscalmente la prima en colocación de acciones no se consideraba como parte del aporte que el socio o accionista entregaba a la compañía, en materia societaria debían seguirse las reglas que gobiernan el capital social». (Énfasis de la Sala). Para la época, la dinámica contable para reconocer el valor de las acciones para los inversionistas y el valor del capital y la prima en colocación de acciones para la sociedad emisora de las acciones, era la siguiente:

Inversión en acciones (suscriptor)

| CLASE | GRUPO | CUENTA |
|-----------|----------------|---------------|
| 1. Activo | 32 Inversiones | 1205 Acciones |

Descripción

Registra el costo de adquisición de las inversiones realizadas por el ente económico en sociedades por acciones y/o asimiladas, el cual incluye las sumas incurridas directamente en su adquisición.

Sociedad (receptor)

| CLASE | GRUPO | CUENTA |
|--------------|-------------------|--------|
| 3 Patrimonio | 31 Capital social | |

Descripción

Comprende el valor total de los aportes iniciales y los posteriores aumentos o disminuciones que los socios, accionistas o compañías, ponen a disposición del ente económico mediante cuotas, acciones o monto asignado, respectivamente, de acuerdo con escrituras públicas de constitución o reformas, o suscripción de acciones según el tipo de sociedad, con el lleno de los requisitos legales

| CLASE | GRUPO | CUENTA |
|--------------|-------------------------|--|
| 3 Patrimonio | 32 Superávit de capital | 3205 prima en colocación de acciones cuotas o partes de interés social |

Descripción

Registra el valor de la prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés social representados por el mayor importe pagado por el accionista o socio sobre el valor nominal de la acción o aporte.

Obsérvese que el costo de las acciones suscritas por los accionistas se permitía registrarlo en la sociedad, por las razones anotadas, de manera separada en el capital y la prima en colocación de acciones, pero siempre integrando el patrimonio de la sociedad emisora de las acciones. Ahora, en lo que tiene que ver con su tratamiento fiscal, el artículo 36 del Estatuto Tributario establecía: «Artículo 36. La prima por colocación de acciones no constituye renta ni ganancia ocasional si se contabiliza como superávit de capital no susceptible de distribuirse como dividendo. En el año en que se distribuya total o parcialmente este superávit, los valores distribuidos configuran renta gravable para la sociedad, sin perjuicio de las normas aplicables a los dividendos». Todo lo que hasta aquí se ha dicho, pone de presente que la prima en colocación de acciones y el crédito mercantil son figuras completamente diferentes: la prima en colocación de acciones surge de la suscripción de acciones, y corresponde al registro contable del valor del aporte del accionista (costo pagado en la suscripción), mientras que el crédito mercantil se origina en la compra de las acciones -negociación secundaria- para reconocer el mayor valor pagado por las acciones a los antiguos accionistas sobre el patrimonio neto de la compañía y que no se encuentra como contrapartida dentro del patrimonio social. Por tal razón, la prima en colocación de acciones integra el patrimonio de la sociedad, lo que no ocurre con el crédito mercantil, comoquiera que éste es percibido

directamente por los inversionistas de una sociedad que enajenan su participación. Y el único concepto susceptible de ser amortizado, para la época, era el crédito mercantil, dado que en ningún caso podía amortizarse el costo de las acciones. (...) A partir de la valoración del (...) material probatorio, lo primero que debe resaltarse es que la transacción entre Grandes Superficies de Colombia S.A. y Nuevo Mercadefam S.A. se llevó a cabo en un proceso de suscripción de acciones (capitalización). En esa medida, el precio de adquisición pagado por Grandes Superficies de Colombia S.A. fue recibido en su totalidad por Nuevo Mercadefam S.A., y éste fue registrado como capital y a título de prima en colocación de acciones. En consecuencia, el mayor valor pagado por la actora fue registrado en las cuentas del patrimonio de Mercadefam S.A (cuenta 32 superávit de capital), como correspondía. Nótese que, el acta de asamblea extraordinaria de accionistas de Nuevo Mercadefam S.A., da cuenta de que el valor total de colocación de las acciones ascendió a la suma de \$96.500.000.000, de los cuales esta compañía contabilizó \$2.925.000.000 como aumento de capital y \$93.575.000.000 como prima en colocación de acciones. Así las cosas, la colocación de acciones y el movimiento registrado por Nueva Mercadefam S.A. acreditan plenamente que el mayor valor que la contribuyente pagó surgió de una emisión primaria de acciones -suscripción de acciones- y que el mismo integró el patrimonio de la sociedad emisora de las acciones (Nueva Mercadefam S.A.), por lo tanto, la contrapartida en la sociedad inversionista corresponde al costo de la acción o inversión. En esa medida, la Sala considera que la operación objeto de análisis no configuraba un crédito mercantil para la demandante, susceptible de ser amortizado, sino que su naturaleza era la de costo de la acción, y conforme se determinó en el acta de la asamblea general de la sociedad receptora este valor del aporte fue contabilizado como capital y prima dentro del patrimonio social, según consta en el certificado de revisor fiscal, naturaleza que de ninguna manera podía transformarse en otra figura en cabeza del inversionista, como lo pretende la parte actora, ahora apelante. Inclusive, aún de aceptarse la posición de la demandante consistente en que el mayor valor pagado corresponde a un crédito mercantil (que no es el caso), esto quedaría plenamente desacreditado, con la sola confrontación de la razón de ser del crédito mercantil que, como lo ha señalado la Sala, compensa «la reputación de que gozan algunas empresas» o «el valor actual de las futuras actividades en exceso de las ganancias o sea mayores utilidades en promedio de establecimientos de la misma clase», lo que de suyo se descarta en el caso bajo análisis. En efecto, repárese en que la sociedad Nuevo Mercadefam S.A. fue creada por la escisión de Soisan S.A. el 17 de diciembre de 2008 y que la actora suscribió las 2.925.000 acciones el 15 de enero de 2009, es decir, menos de 2 meses después de creada, por ello aún si se considerará que era una compra de acciones para adquirir el control de la entidad no se justificaría que el surgimiento del crédito mercantil en la suma de \$92.092.956.320. Finalmente, debe señalarse que la anterior conclusión no cambia por el hecho de que, mediante Resolución Nro. 341-007948 del 15 de diciembre de 2009, la Superintendencia de Sociedades haya reconocido que el crédito mercantil permanecía en el patrimonio de Grandes Superficies de Colombia S.A. al absorber a Mercadefam S.A. Lo anterior, no sólo porque el crédito mercantil nunca existió, según quedó explicado, sino porque en esa resolución la superintendencia no analizó este aspecto en particular, su estudio se limitó a aprobar el acuerdo de fusión. En todo caso, no puede perderse de vista que la DIAN, en su condición de autoridad en materia tributaria y en ejercicio de sus facultades de fiscalización, estaba legitimada para verificar los hechos económicos que dieron lugar a la amortización del pretendido crédito mercantil y determinar su procedencia fiscal. Así mismo, se pone de presente que, aunque el contribuyente aportó la contabilidad y, certificados de revisor fiscal que informan la composición de la cuenta 516510 «amortización de intangibles» y el registro de ingresos por parte de Cencosud por las tiendas Mercadefam S.A., estos documentos no resultan pertinentes para sustentar la deducción, en la medida en que se desvirtuó la existencia del crédito mercantil. Por lo expuesto, no encuentra la Sala que los actos demandados incurran en falsa motivación por haber determinado que la mayor suma pagada sobre el valor nominal de las acciones corresponde a una prima en colocación de acciones y, que a partir de ello, haya rechazado la amortización. En consecuencia, no prospera el cargo de apelación propuesto por la actora, se mantendrá el rechazo de la deducción por amortización del crédito mercantil.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de noviembre de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2014-00883-01 \(23865\).](#)

Salvamento parcial de voto de los Consejeros Stella Jeannette Carvajal Basto y Milton Chaves García

DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO MERCANTIL - Procedencia / RECHAZO DE LA DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE CRÉDITO MERCANTIL - Ilegalidad

Tesis: “Nuestro disenso parcial con la posición mayoritaria asumida por la Sala radica en la negativa de aceptar la procedencia de la deducción por amortización del crédito mercantil, por las siguientes razones: A diferencia de lo considerado en la providencia de la cual nos apartamos, el objeto de la litis en segunda

instancia, acorde a lo decidido por el *a quo* -quien encontró probada la existencia del crédito mercantil pero estimó que su amortización debía realizarse en el mismo periodo gravable de la fusión (2009)-, y al reparo concreto formulado por la actora en la apelación, según el cual no existe disposición jurídica que obligue amortizar la totalidad del crédito mercantil en el mismo año en que se materialice la fusión, se limitaba a establecer si la amortización del intangible se había efectuado conforme al término previsto en el artículo 143 del ET, sin que los aspectos atinentes a la fusión y a los actos que la precedieron -los cuales fueron objeto de estudio y aprobación por parte de la Superintendencia de Sociedades, autoridad administrativa competente para pronunciarse frente al tema-, hicieran parte del debate sometido al control de la jurisdicción. Conforme al criterio plasmado en la ponencia derrotada, demostrada la existencia y permanencia del crédito mercantil, así como su contribución a la actividad productora de renta, se concluyó la procedencia de la deducción discutida. (...) [E]n nuestro criterio, era procedente la deducción por amortización del crédito mercantil, con lo cual, correspondía modificar la sentencia apelada en el sentido de anular los actos administrativos acusados y declarar la firmeza de la declaración privada presentada por la actora respecto del impuesto sobre la renta del año 2010..”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de noviembre de 2022, S.P.V. Stella Jeannette Carvajal Basto y Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2014-00883-01 \(23865\).](#)

5. Se anula el Oficio 2949 de 2019, en el que la DIAN señalaba que el artículo 90 del Estatuto Tributario se aplica en operaciones de enajenación de activos a título gratuito, como las donaciones, la adjudicación de activos de sociedades liquidadas a sus asociados y el pago de dividendos en especie.

Síntesis del caso: Al estudiar la legalidad del Oficio 2949 del 27 de diciembre de 2019, expedido por la DIAN, la Sala lo anuló porque concluyó que interpretó de forma errada el artículo 90 del Estatuto Tributario al pretender su aplicación a: i) las donaciones, que se caracterizan por su gratuidad y por lo mismo, no generan renta en cabeza del donante; ii) en la entrega de activos a los asociados al momento de la liquidación de una sociedad, porque se consideran dividendos y, iii) en el pago en especie de dividendos, toda vez que el giro de los mismos no genera ingreso ni gastos en las sociedades y porque el artículo 29 del Estatuto Tributario determina las reglas aplicables, que por su especialidad se deben privilegiar. Para la Sala, preservar la interpretación ilegal del acto demandado derivaría en un impacto tributario no previsto por la ley para tales operaciones, por lo que precisó la adecuada hermenéutica de la expresión «enajenación de activos a cualquier título» del artículo 90 *ibídem*.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS – Aplicación del artículo 90 del Estatuto Tributario. Alcance de la expresión enajenación a cualquier título para la determinación de la renta bruta / INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 90 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO – Determinación de la renta bruta en la enajenación de activos y valor comercial en operaciones sobre bienes y servicios / CONCEPTO DE RENTA BRUTA / DETERMINACIÓN DE LA RENTA BRUTA / CONCEPTO DE INGRESOS / DETERMINACIÓN DE LA RENTA BRUTA EN CONTRATOS GRATUITOS Y ONEROSOS / DONACIONES / ASIGNACIÓN DE REMANENTES EN LA LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES / CONCEPTO DE DIVIDENDOS / PAGO DE DIVIDENDOS EN ESPECIE / OFICIO DIAN 2949 DE 2019 – Ilegalidad. Interpretación errónea del artículo 90 del Estatuto Tributario / INEXISTENCIA DE PRECEDENTE JUDICIAL SOBRE LA INTERPRETACIÓN ADECUADA DEL ARTÍCULO 90 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO

Problema jurídico: ¿Se ajusta a la legalidad el Oficio 2949 del 27 de diciembre de 2019, en el que la DIAN sostiene que el artículo 90 del Estatuto Tributario se aplica en operaciones de enajenación de activos a título gratuito, tales como las donaciones, la adjudicación de activos de sociedades liquidadas a sus asociados y el pago de dividendos en especie?

Tesis: “[E]l punto en discusión se encuentra en la expresión *enajenación a cualquier título* (sic), para la actora la misma debe enmarcarse dentro los contratos onerosos y para la DIAN la señalada expresión cobija todo tipo de contratos que supongan un traspaso de dominio incluidos los gratuitos, al respecto precisa la Sala que su alcance debe definirse desde el contenido del artículo 90, la estructura del impuesto de renta y con las normas especiales que consagra el Estatuto Tributario, así: (i) De acuerdo con los supuestos regulados en el artículo 90 del Estatuto Tributario, se observa que cada uno de ellos parte de la existencia de un precio para su aplicación, así: i) *la renta bruta está constituida por la diferencia entre el «precio de enajenación» y el costo del activo*; ii) *que el «precio de enajenación» es el valor comercial realizado en dinero o en especie*; iii) *que el valor comercial corresponde al «precio comercial promedio» de los bienes de la misma especie al momento de su enajenación*; iv) *que, en inmuebles, no se acepta un «precio inferior» al costo, al avalúo catastral o al autoavalúo*; v) *que la DIAN puede fijar un «precio de enajenación acorde» con la naturaleza de los activos*; y vi) *que se entiende que el valor asignado por las partes difiere notoriamente del promedio cuando se aparta en más de un 15% de «los precios establecidos en el comercio»*. Reglas que son incompatibles con los contratos gratuitos pues estos se caracterizan por no tener un precio en sentido estricto (contraprestación), como ocurre en los casos de donaciones o comodatos, entre otros. (ii) El artículo 90 hace parte del Capítulo (sic) III del Título (sic) I Libro I del Estatuto Tributario que reglamenta la renta bruta, la cual es definida por el artículo 26 por la diferencia entre los ingresos netos y los costos imputables a los mismos, y los ingresos son los ordinarios y extraordinarios realizados en el período que **sean susceptibles de producir un incremento en el patrimonio** en el momento de su percepción, esto es que tengan la potencialidad de aumentar la caja, las cuentas por cobrar o los activos de la entidad, situación solo se reputa en los contratos onerosos, y que riñe con los gratuitos porque en estos últimos su característica principal es que en la parte activa lo que se presenta es un detrimento patrimonial por la carencia de contraprestación o precio. (iii) Finalmente es importante precisar que las donaciones, la asignación de remanentes a la liquidación de sociedades y el pago de dividendos en especie tienen reglas especiales en el Estatuto Tributario que precisan ciertos efectos para establecer el ingreso en cabeza del beneficiario, sin embargo, dichas normas no prevén la posibilidad de imputar un precio al donante, la sociedad liquidada o la entidad pagadora del dividendo porque no son vendedores ni obtienen una renta, de acuerdo con lo siguiente: - En las donaciones i) los artículos 302 y 303 del Estatuto Tributario establecen el ingreso en el donatario que recibe el activo y que, por tanto, puede ser gravado por ganancias ocasionales ii) y los artículos 125, 125-2, 255, 256 y 257 determinan el monto de los beneficios tributarios en favor del donante si son efectuadas en favor de ciertas entidades pero se insiste, no es posible establecer un precio en los términos del artículo 90 *ibidem* y, en consecuencia, no es dable aplicar la presunción allí prevista. En realidad, si un contribuyente decide donar sus activos a una sociedad o a cualquier sujeto para el cual no se haya previsto un beneficio tributario, es preciso considerar que el ingreso se configura en cabeza de quien los recibe (donatario), de tal modo que para el donante constituye un gasto que no será deducible fiscalmente. De esta manera, si se asumiera que el donante realiza una venta por la enajenación de sus activos, se llegaría al absurdo de determinar una utilidad teórica, lo que daría lugar a un doble gravamen en cabeza del donante y del donatario. - De acuerdo con los artículos 51 y 301 del Estatuto Tributario, si las sociedades al momento de su liquidación distribuyen bienes o especies a sus socios o accionistas, dicha distribución hasta el monto capital aportado se considera no gravado y los remanentes tienen el tratamiento de dividendos, los cuales por regla general no dan lugar al reconocimiento de ingresos, o gastos en cabeza de las sociedades que los decretan y para los accionistas que los reciben su tratamiento fiscal dependerá de las reglas previstas en los artículos 48 y 49, lo que de suyo descarta la presunción del artículo 90. La anterior previsión se refuerza con el contenido del artículo 30 del Estatuto Tributario, según la modificación de la Ley 1819 de 2016, que considera como dividendos toda distribución de beneficios, en dinero o en especie, con cargo al patrimonio, en favor de los socios, accionistas, comuneros, asociados, suscriptores o similares, excepto por el reembolso de capital y por la prima en colocación de acciones. - En cuanto a los dividendos en especie, la Sala reitera que el decreto de dividendos en favor de los socios o accionistas no genera ingreso ni gasto en las sociedades que los distribuyen, pues no existe un precio de enajenación, por lo que no es un supuesto en el que sea aplicable el artículo 90 del Estatuto Tributario y porque el artículo 29 *ibidem* regula el valor de los ingresos en especie precisando que si en pago de obligaciones pactadas en dinero se dieran especies el valor de estas se determina por el precio fijado en el contrato. Por lo expuesto, la Sala encuentra probado que el concepto acusado interpretó de forma errada el artículo 90 del Estatuto Tributario al pretender su aplicación a: i) las donaciones, que se caracterizan por su gratuidad y por lo mismo, no generan renta en cabeza del donante; ii) en la entrega de activos a los asociados al momento de la liquidación de una sociedad, porque se consideran dividendos; y iii) en el pago en especie de dividendos, toda vez que el giro de los mismos no genera ingreso ni gastos en las sociedades y porque el artículo 29 del Estatuto Tributario determina las reglas aplicables, que por su especialidad deben ser privilegiadas. Así, preservar esa interpretación derivaría en un impacto tributario no previsto por la ley para tales operaciones. La Sala destaca que la demandante solicitó que esta Sección realice un cambio expreso del precedente contenido en las sentencias del 28 de julio de 2011 y del 25 de mayo de 2017. Y, de forma concordante, la DIAN solicitó que se confirmara y aplicara el precedente contenido en esas mismas providencias. Sin embargo, las sentencias invocadas por ambas partes, en realidad, no constituyen un precedente vinculante para este

caso porque no tienen similitud fáctica ni jurídica. Esto es así porque la sentencia del 28 de julio de 2011 resolvió una demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los que se analiza la legalidad de actos administrativos de carácter particular, concretamente en ese caso de una liquidación oficial de revisión y de la resolución que decidió el recurso de reconsideración interpuesto en su contra. En cambio, en el proceso de la referencia, se resuelve una demanda interpuesta en ejercicio del medio de control de simple nulidad, en el que se realiza un control abstracto de legalidad de un acto administrativo de carácter general. Así las cosas, no es posible identificar hechos relevantes comunes que permitan afirmar que se trata de un precedente vinculante. Ahora, respecto de la sentencia del 25 de mayo de 2017, aunque también se resolvió una demanda presentada en ejercicio del medio de control de simple nulidad, la controversia no giró en torno a la interpretación adecuada del artículo 90 del Estatuto Tributario. Es por esto que dicha providencia, a título de *obiter dicta*, se limitó a señalar que «*la donación apareja el concepto de enajenación, tal como lo precisó esta Sección en la sentencia del 28 de julio de 2011, con radicado No. 2005-01028, en la que se analizó el artículo 90 del E.T. sobre determinación de la renta bruta en la enajenación*». En este orden, aunque las sentencias del 28 de julio de 2011 y del 25 de mayo de 2017 pueden constituir un criterio auxiliar del juez, en los términos del artículo 230 de la Constitución, la Sala evidencia que no son un precedente vinculante para este caso. Con todo, aun si se considera que dichas providencias constituyen precedente vinculante para el caso de la donación, la Sala pone de presente que la interpretación que se adopta en esta providencia del artículo 90 del Estatuto Tributario garantiza de mejor manera los derechos de los contribuyentes. Esto es así porque reconoce que, si bien existen contratos a título gratuito que pueden dar lugar a una enajenación de activos, la norma bajo estudio contiene un presupuesto adicional para su aplicación, que consiste en el precio, requisito que solo está presente en los negocios jurídicos a título oneroso. En hilo con lo anterior, se destaca que la interpretación adoptada también surge del estudio de los argumentos formulados por la demandante para este caso, que no desconoce el contenido de las sentencias del 28 de julio de 2011 y del 25 de mayo de 2017, sino que propone una nueva valoración del mandato legal, ante lo cual la DIAN pudo ejercer su derecho de defensa.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de noviembre de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2020-00025-00 \(25400\).](#)

Salvamento de voto de los Consejeros Stella Jeannette Carvajal Basto y Milton Chaves García

OFICIO DIAN 2949 DE 2019 - Legalidad. Correcta interpretación del artículo 90 del Estatuto Tributario / IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS / DETERMINACIÓN DE LA RENTA BRUTA EN LA ENAJENACIÓN DE ACTIVOS A CUALQUIER TÍTULO - Aplicación del artículo 90 del Estatuto Tributario en enajenaciones a título oneroso y gratuito / DONACIONES - Aplicación del artículo 90 del Estatuto Tributario / ASIGNACIÓN DE REMANENTES EN LA LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES - Aplicación del artículo 90 del Estatuto Tributario / PAGO DE DIVIDENDOS EN ESPECIE - Aplicación del artículo 90 del Estatuto Tributario / CONCEPTO DE INGRESOS / DETERMINACIÓN DE LA RENTA LÍQUIDA GRAVABLE / INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 90 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO - Aplicación de las sentencias del 28 de julio de 2011 (radicación 25000-23-27-000-2005-01028-01 (17073) y del 25 de mayo de 2017 (radicación 11001-03-27-000-2013-00025- 00 (20436) de la Sección Cuarta del Consejo de Estado

Tesis: “[C]onsideramos que el oficio acusado se encuentra acorde con el artículo 90 del Estatuto Tributario, debido a que el legislador de forma explícita indicó que aplica para la “enajenación de activos a cualquier título”, es decir, tiene validez en transacciones tanto a título oneroso como gratuito. Si el legislador tuviera la intención de que la norma solo afectara transacciones a título oneroso, no habría hecho dicha precisión. Sobre el particular, esta Sala en sentencia de 28 de julio de 2011 concluyó lo siguiente¹ : “Artículo 90. Determinación de la renta bruta en la enajenación. La renta bruta o la pérdida proveniente de la enajenación de activos a cualquier título está constituida por la diferencia entre el precio de la enajenación y el costo del activo o activos enajenados. (...) El precio de la enajenación es el valor comercial realizado en dinero o en especie. (...)” Cuando la norma transcrita alude a la enajenación, se refiere a la acción de “Pasar o transmitir a alguien el dominio de algo o algún otro derecho sobre ello.”² . Y cuando señala que esa enajenación puede hacerse a cualquier título, es evidente que la norma no excluye ningún negocio jurídico que tenga la connotación de transmitir el dominio de los activos. La donación entre vivos, de conformidad con el artículo 1443 del C.C. “(...) es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta” En esa medida la donación implica “enajenar” y, por lo tanto, está regulada por el artículo 90 del E.T. Ahora bien, como la donación se hace a título gratuito, los

beneficios fiscales que regula el Estatuto Tributario son los que justifican que esa donación pueda arrojar una renta bruta o una pérdida. Por el hecho de que tales beneficios fiscales existen, el legislador reguló las modalidades de la donación y la forma en que se estima el precio de mercado de los títulos valores objeto de donación. Esa regulación le permite a la DIAN ejercer el control sobre el patrimonio del contribuyente y los beneficios fiscales derivados, precisamente, de la enajenación de los activos que conforman ese patrimonio.” (Subrayado fuera del texto) De acuerdo con el criterio expuesto, la expresión “enajenación” contenida en el artículo 90 del Estatuto Tributario no excluye ningún tipo de transacción, exista contraprestación o no, porque desde un principio se fijó que es a cualquier título³. En el mismo sentido se puede establecer que el término “precio de la enajenación”, al que alude la citada norma, no excluye ningún tipo de transacción, toda vez que desde un comienzo se recalcó que es a cualquier título. Por consiguiente, a nuestro juicio no le asiste razón a la demandante al asegurar que en operaciones como las de donación, adjudicación de bienes en la liquidación de una sociedad y el pago de dividendos en especie, no aplica lo estipulado en el artículo 90 del Estatuto Tributario, porque como se aclaró previamente, la norma incluye operaciones tanto a título gratuito como oneroso. Estimamos que no es procedente el análisis del artículo 26 del Estatuto Tributario, porque el efecto que regula el concepto demandado es el valor del costo fiscal de la transacción de la entrega de un bien a título gratuito, por lo que no hay incremento patrimonial del contribuyente que dona un bien, sino detrimento. En consecuencia, el efecto patrimonial de incremento es para quien recibe el bien y no para quien lo transfiere. Lo expuesto, lo corrobora el párrafo 4.68 del “Anexo Técnico Compilatorio y Actualizado 1 - 2019, de las normas de información Financiera NIIF, Grupo 1”, el cual señala: “Ingresos son incrementos en los activos o disminuciones en los pasivos que dan lugar a incrementos en el patrimonio, distintos de los relacionados con aportaciones de los tenedores de derechos sobre el patrimonio”. Es necesario recordar que el artículo 26 del Estatuto Tributario dispone lo siguiente: “La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. [...]”. De acuerdo con la norma trascrita, la renta líquida gravable existe desde que un contribuyente tenga un incremento patrimonial, por lo que advertimos que no le asiste razón a la demandante al señalar que el donante de un bien tiene un incremento patrimonial que genera el impuesto sobre la renta, ya que lo que en realidad ocurre es una disminución del patrimonio. Adicionalmente, el artículo 90 del Estatuto Tributario se ubica en el Libro Primero “impuesto sobre la renta y complementarios”, por lo que, si se efectúa una interpretación sistemática en la determinación de ganancias ocasionales, no se lesiona el objetivo del legislador. Además, el concepto demandado dispone que: “(...) al tratarse de un acto de enajenación mediante el cual se transfiere a título gratuito un bien, la misma se encontrará regulada bajo el artículo 90 del Estatuto Tributario. Lo anterior, sin perjuicio de las reglas especiales para determinar el valor de las donaciones, de conformidad con el artículo 303 del Estatuto Tributario”. De esta forma, se reconoce la aplicación de las normas especiales para determinar el valor de transacciones a cualquier título, por lo que no se contradice lo establecido en el Estatuto Tributario. Ahora, el hecho que el artículo 90 del Estatuto Tributario haga claridad en que la renta bruta se determina de la diferencia entre el valor de enajenación y el costo fiscal, es porque se requiere que efectivamente exista una renta, sin que se pierda de vista que la norma también establece el valor que se debe tener en cuenta para las transacciones a cualquier título⁴. Se advierte que tal como lo señaló el Ministerio Público, en este proceso se cuestiona el artículo 90 del Estatuto Tributario, norma que es susceptible de demanda en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional y no por este medio de control de legalidad. Además, las sentencias del 28 de julio de 20115 y del 25 de mayo de 20176, se deben tener en cuenta en casos como el presente, pues en esos pronunciamientos se indicó que, tratándose de transacciones a título gratuito (donaciones), el artículo 90 del Estatuto Tributario es aplicable. Finalmente, disentimos de la afirmación consignada en la sentencia que nos ocupa, referida a que “garantiza de mejor manera los derechos de los contribuyentes”, porque entendemos que no permitirá que se ajusten los valores de los bienes transados a título gratuito al valor comercial, lo cual impide que se refleje la realidad económica de las transacciones. En suma, consideramos que no procede la declaratoria de nulidad del oficio demandado, en tanto que a nuestro juicio la Administración no incurrió en una interpretación errónea del artículo 90 del Estatuto Tributario. En los anteriores términos dejamos expresadas las razones del salvamento de voto.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de noviembre de 2022, S.V. Stella Jeannette Carvajal Basto y Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2020-00025-00 \(25400\).](#)

6. La retención en la fuente del impuesto unificado de fondo de pobres, azar y espectáculos se debe

practicar cuando se vende la boletería de los eventos gravados sobre el valor total del impuesto a cargo generado sobre las boletas vendidas, tributo cuya tarifa es del 10% del valor de los ingresos de las actividades gravadas.

Síntesis del caso: Mediante liquidación oficial de revisión, la Dirección de Impuestos de Bogotá modificó las declaraciones de retención en la fuente del impuesto unificado de fondo de pobres, azar y espectáculos que la sociedad actora presentó por los meses de enero, febrero, marzo, abril, junio, julio, agosto y septiembre del año 2010 e impuso sanción por inexactitud, decisión que confirmó al resolver el recurso de reconsideración. Al estudiar la legalidad del citado acto liquidatorio y su confirmatorio, la Sala los anuló en forma parcial y, como restablecimiento del derecho, fijó el valor de las retenciones en discusión y de la sanción por inexactitud. Lo anterior, tras concluir que la demandante, en su calidad de operadora encargada de la venta de boletería, debió practicar la retención en la fuente del impuesto unificado de fondo de pobres, azar y espectáculos cuando vendió las boletas de los eventos gravados, no cuando estos se realizaron, y que los recaudos que efectuó con ocasión de la venta de boletería de eventos que se realizaron en meses posteriores al momento de la enajenación también hacen parte de la base de retención del periodo en que ocurrió el recaudo.

IMPUESTO DE AZAR Y ESPECTÁCULOS - Creación y desarrollo normativo / IMPUESTO DE AZAR Y ESPECTÁCULOS - Sujetos activo y pasivo / IMPUESTO DE AZAR Y ESPECTÁCULOS - Hecho generador / IMPUESTO DE AZAR Y ESPECTÁCULOS - Causación / FONDO DE LOS POBRES – Creación / UNIFICACIÓN DE LOS IMPUESTOS DE FONDO DE POBRES Y DE AZAR Y ESPECTÁCULOS / RETENCIÓN EN LA FUENTE DEL IMPUESTO UNIFICADO DE FONDO DE POBRES, AZAR Y ESPECTÁCULOS – Agentes de retención / BASE DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE DEL IMPUESTO UNIFICADO DE FONDO DE POBRES, AZAR Y ESPECTÁCULOS / RETENCIÓN EN LA FUENTE DEL IMPUESTO UNIFICADO DE FONDO DE POBRES, AZAR Y ESPECTÁCULOS – Declaración mensual / RETENCIÓN EN LA FUENTE DEL IMPUESTO UNIFICADO DE FONDO DE POBRES, AZAR Y ESPECTÁCULOS – Momento en que se debe practicar / CAUSACIÓN DEL IMPUESTO UNIFICADO DE FONDO DE POBRES, AZAR Y ESPECTÁCULOS – Se causa en la venta de la boletería de los eventos gravados / HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO UNIFICADO DE FONDO DE POBRES, AZAR Y ESPECTÁCULOS - Aspecto material del elemento objetivo. Es la venta de boletas de los espectáculos públicos gravados / BASE GRAVABLE Y HECHO GENERADOR DEL TRIBUTO – Relación. Reiteración de jurisprudencia

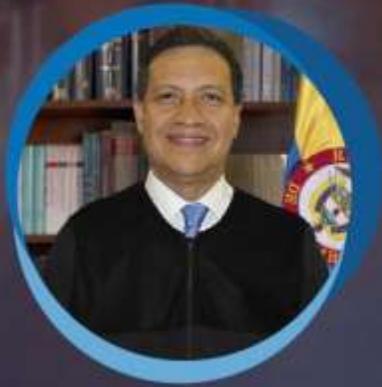
Problema jurídico: ¿La demandante debía practicar la retención en la fuente del impuesto unificado de fondo de pobres, azar y espectáculos al momento de la venta de la boletería o cuando se realizaron los eventos?

*Tesis: “2.1- En lo que concierne al debate planteado, el ordinal 1.º del artículo 7.º de la Ley 12 de 1932 creó un impuesto temporal del 10% sobre el valor de las boletas vendidas para espectáculos públicos, apuestas y sorteos, que adquirió el carácter de permanente mediante el artículo 12 de la Ley 69 de 1946. Luego, el artículo 3.º de la Ley 33 de 1968 determinó que los sujetos activos serían los municipios y el Distrito Capital de Bogotá. Seguidamente, el Decreto 352 de 2002 adoptó el mencionado gravamen bajo la denominación de impuesto de azar y espectáculos (artículo 79), cuyo sujeto pasivo correspondía a la persona que realizaba las actividades gravadas (artículo 89) descritas en el artículo 85 *ibidem*. Además, determinó que su hecho generador consistía en la realización de eventos (artículo 80) y que su causación ocurría al momento de la realización del espectáculo, la apuesta o el sorteo (artículo 87). De otro lado, el Acuerdo 1 de 1918 creó el «fondo de los pobres», constituido, entre otros, por el 10% del valor de las «entradas efectivas» a espectáculos públicos. Posteriormente, el Acuerdo 399 de 2009 unificó el impuesto de azar y espectáculos y el impuesto de fondo de pobres (artículo 1.º) y determinó que los operadores encargados de la venta de boletería debían practicar la retención en la fuente «por el valor total del impuesto a cargo generado sobre las boletas vendidas» (párrafo 1.º del artículo *ibidem*). Por su parte, el Decreto 563 de 2009 estableció que estos operadores debían presentar mensualmente la declaración de retención del tributo referido «en la que se incluyan las retenciones equivalentes al cien por ciento (100%) del impuesto*

generado sobre las boletas vendidas» (artículo 3.º *ibidem*), sumado a que la retención debía practicarse «en el momento de la venta de la boletería al público» (artículo 8.º *eiusdem*). 2.2- Conforme a la normativa expuesta, y a efectos de resolver la litis trabada entre las partes, se destaca que los artículos 80 y 87 del Decreto 352 de 2002 determinaron que el hecho generador del impuesto de azar y espectáculos estaba constituido por la realización de los eventos gravados y que su causación ocurría al momento de la realización del espectáculo. Sin embargo, la Sala precisa que cuando la Ley 12 de 1932 y el Acuerdo 1 de 1918 crearon los tributos, unificados por el Acuerdo 399 de 2009, determinaron que correspondían al 10% del valor de las boletas vendidas de los espectáculos públicos, se evidencia que la configuración del tributo estaba determinada en función de la enajenación de aquellas y, de ese modo, se identifica que el hecho gravado correspondía a la venta de boletería que, a su vez, servía de base para determinar la cuantía del impuesto. Así, el aspecto material (*i.e.* el hecho, acto, negocio jurídico o situación de la realidad que grava el legislador, por ser manifestación de capacidad económica) del elemento objetivo del hecho generador del tributo analizado correspondía a la venta de boletas de los espectáculos públicos gravados, que no a su realización. Sobre el particular, la Sala reitera que «entre la base imponible y el hecho generador existe una estrecha relación» toda vez que la base gravable corresponde a la medida o magnitud de la realización del hecho generador y, por lo tanto, en ella se concretan los supuestos fácticos que dan origen a la obligación tributaria principal (*i.e.* aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible). Así, este particular elemento de cuantificación revela en qué medida se realiza la situación gravada y, de esa forma, aporta elementos adicionales para identificar el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible y qué manifestación de capacidad económica es gravada por el tributo. De ahí que el parágrafo 1.º del artículo 1.º del Acuerdo 399 de 2009 y el artículo 5.º del Decreto 563 de 2009 ordenaron la práctica de la retención respecto a la totalidad del impuesto generado que, de conformidad con lo expuesto, se causaba en la venta de la boletería de los eventos gravados, momento en el cual debía practicarse la retención en la fuente, tal y como lo consagraba expresamente el artículo 8.º del Decreto 563 de 2009. 2.3- Así, de acuerdo con las consideraciones expuestas, la Sala juzga que le asiste la razón a la demandada al señalar que la actora debió practicar la retención en la fuente del impuesto unificado de fondo de pobres, azar y espectáculos cuando vendió las boletas de los eventos gravados. Por tanto, los recaudos que efectuó el extremo activo con ocasión de la venta de boletería de eventos que se realizaron en meses posteriores al momento de la enajenación hacen parte de la base de retención del periodo en que ocurrió el recaudo.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de agosto de 2022, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 25000-23-37-000-2013-0272-01 \(23143\).](#)

SECCIÓN QUINTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se confirmó la decisión que negó la nulidad de la elección de la contralora municipal de Palmira, Valle.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de elección de la contralora municipal de Palmira, Valle, aduciendo que, (i) uno de los candidatos ternados, distinto del elegido, no cumplía con los requisitos exigidos para acceder al cargo; y (ii) que la Mesa Directiva del Concejo Municipal no tenía competencia para conformar la lista de elegibles para el cargo de contralor municipal. Adicionalmente, el recurrente alegó desconocimiento del principio de congruencia en la decisión del a quo, que no fue aceptado por parte de la Sala puesto que del análisis de la demanda, se estableció que en efecto sí se alegó la causal prevista en el artículo 275 numeral 3 del CPACA (documentos electorales con datos contrarios a la verdad o alterados para modificar los resultados). La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, (i) la censura sobre el incumplimiento de los requisitos recayó sobre una de las candidatas, diferente de la elegida; y, (ii) que el órgano de dirección de la Corporación obró dentro de los límites que le permitía la ley.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL CONTRALOR MUNICIPAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / REQUISITOS DE UNO DE LOS INTEGRANTES DE LA TERNA / COMPETENCIA DE LA MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO MUNICIPAL EN LA INTEGRACIÓN DE LA TERNA

Problema jurídico: Corresponde a la Sala determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia del 11 de agosto de 2022, mediante la cual, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda.

Tesis: “La censura contra el ternado no elegido y la certificación de estudios en el marco de la elección. Conviene indicar que la censura que cuestiona la forma y oportunidad de certificar los estudios dentro del marco de la elección del contralor de Palmira recae sobre los requisitos de una de las candidatas ternadas, no de la elegida, comoquiera que en este punto no se controvierten las condiciones de elegibilidad de la accionada (...) sino de la señora (...). Frente a este punto la Sala recuerda que ha sido la jurisprudencia de esta sección la que ha zanjado las discusiones de nulidad electoral cuando se centran en demostrar la existencia de vicios, inhabilidades o diferentes situaciones subjetivas en quienes fueron ternados, pero no elegidos. Al respecto, la sección electoral afirmó sobre este particular que, a través del medio de control se debate la elección del demandado, entendido como aquel que quedó elegido, por lo que de advertirse alguna inconsistencia en los requisitos acreditados por los demás ternados, esta situación no comporta una afectación a la elección. (...). [M]ás allá del no juzgamiento de lo acontecido con la aspirante ternada no elegida, se dirá, a título ilustrativo, que resulta evidente que, bajo los parámetros de la convocatoria específica, el concejo sí contaba con la terna conformada para el momento de la elección, acorde a los parámetros de la selección objetiva determinados para esta elección, dentro de una designación que recayó sobre la señora (...) y no sobre quien el actor enfocó las glosas de acreditación de formación académica. (...). La competencia de la mesa directiva del concejo municipal para conformar la terna de elegibles. (...). En ese orden, a nivel territorial, es decir: i) La elección la debe realizar la corporación. ii) El elegido debe ser integrante de la terna. iii) La terna se conforma luego de una convocatoria pública y de una selección objetiva acorde con los principios de la meritocracia. Ahora bien, de la lectura literal de la regulación prevista en la Ley 1909 de 2018, se evidencia que en la conformación de la lista en el ámbito del contralor general, el legislador diferenció en que sería una instancia distinta al pleno de la corporación. Esta es la razón por la que es dable advertir la intención clara de la ley en mantener tal competencia en una instancia menos robusta que las plenarias y acorde con la agilidad de las distintas etapas del procedimiento meritocrático, todo ello en acatamiento de los principios que plasma la norma superior. (...). De tal suerte que la terna se compuso de los mejores puntajes y, por ende, no se advierte que la mesa directiva hubiera incumplido su rol. (...). El concejo con sus competencias acudió al instituto de la autorización a la mesa directiva para que en su nombre la conformara. Este ejercicio solo fue permitido con fundamento en parámetros objetivos con la estrictez generada por las sumatorias aritméticas de las calificaciones devenidas de las pruebas que exige la convocatoria, lo cual no implica, per se, la vulneración de los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 Constitucional ni la transgresión de las normas aducidas como quebrantadas en el recurso de apelación. Valga recordar que el ejercicio de integrar la terna otorgado por el concejo en pleno a la mesa directiva debe entenderse conforme a la jurisprudencia de esta Sala, no en una delegación de sus funciones propias, sino en el ejercicio de una facultad de autorización que sirvió de sustento para realizar una actividad que no tenía un referente normativo expreso conforme a lo visto, razón que reafirma el hecho de que el órgano de dirección de la

Corporación obró dentro de los límites que le permitía la ley. (...). Por lo tanto, (...) nada impedía que la corporación autorizara a la mesa directiva para la conformación de una terna, que en efecto, surgió de los resultados imparciales obtenidos tanto en las pruebas clasificatorias como del análisis que hizo la Universidad del Valle de antecedentes y estudios, que garantizaron la igualdad de condiciones en la selección lo cual evitó cualquier actividad sesgada de esta.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 3 de noviembre de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 76001-23-33-000-2022-00050-01.](#)

2. Se negó la nulidad del acto de elección de una representante a la Cámara por el departamento de Arauca.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de una representante a la Cámara por el Departamento de Arauca, alegando que la elegida está inhabilitada para ocupar el cargo debido a que tiene doble nacionalidad. La Sala negó las pretensiones de la demanda en la medida que se demostró que la demandada es colombiana por nacimiento, ubicándose por ende dentro de la excepción que contiene la inhabilidad alegada.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / DOBLE NACIONALIDAD / COLOMBIANO POR NACIMIENTO

Problema jurídico: *Se circunscribe a determinar si es nulo o no el acto mediante el cual se declaró la elección de la señora Lina María Garrido Martín, como representante a la Cámara por el departamento de Arauca. Lo anterior, teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en el auto de 18 de julio de 2022, el cual se transcribe de la siguiente forma: “Para tal efecto, resulta necesario determinar si la señora Lina María Garrido Martín tiene doble nacionalidad o no y, si es colombiana por nacimiento. Ello, con el fin de establecer si en el presente caso se materializa la causal de inhabilidad contenida en el artículo 179.7 Superior”*

Tesis: “Como el demandante reprocha que la elegida está inmersa en la causal de inhabilidad contenida en el artículo 179.7 de la Constitución de 1991, será esa normatividad la que en su integridad se utilice para resolver el asunto en concreto y no la de la Carta de 1886, teniendo en cuenta que utilizar esta normatividad sería contrariar el principio antes descrito. Además, si la Sala en gracia de discusión aplicara las disposiciones de la Constitución Política de 1886, es pertinente mencionar que el artículo 9, indica de manera precisa que “la calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturaleza en país extranjero, fijando en él domicilio, y podrá recobrase con arreglo a las leyes”. Teniendo en cuenta el tenor literal de la norma, es claro que prevé los eventos en que una persona pierde la condición de nacional colombiano, no obstante, se advierte que las circunstancias que contiene la disposición no fueron presentadas en los hechos o en el concepto de violación, como tampoco se demostraron. En esa medida, no podía el demandante pretender que la cuestionada hubiera iniciado un trámite para recobrar su nacionalidad de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 43 de 1993, cuando no se probó que ésta la hubiese perdido. Así mismo, en cuanto hace al artículo 16 de la Carta de 1886, la Sala considera que no resultaría aplicable, en la medida en que la disposición versa sobre un tema distinto al que se debate, esto es la pérdida de ciudadanía, cuando el asunto objeto de la controversia tiene que ver con la presunta doble nacionalidad de la elegida. De otra parte, entrando en materia del análisis de la causa endilgada a la demandada, sería del caso estudiar la presunta doble nacionalidad de la elegida, no obstante del material probatorio recaudado por el despacho y aportado, se puede deducir que la [demandada] es colombiana por nacimiento, teniendo en cuenta que se encuentra cobijada por la primera hipótesis previstas en el artículo 96 de la Constitución de 1991, es decir registrada en territorio colombiano, esto es la Notaría Única de Arauca, que permite establecer que se encontraban en el país al momento de su inscripción y es hija de padres naturales o nacionales en Colombia. (...). En efecto, como quedó sentado del marco teórico de la providencia y con las pruebas descritas, se tiene que la demandada se encuentra en el presupuesto de excepción de la causal de inhabilidad del 179.7 Superior, al ser nacional colombiana por nacimiento, derivado del hecho de que es hija de padres colombianos, en ese sentido la Sala negará los reproches de la demanda.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 6 de octubre de 2022; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00068-00.](#)

Aclaración de voto del magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio

DOBLE NACIONALIDAD / OMISIÓN DEL ANÁLISIS DE LA PRUEBA

Tesis: “[Se comparte] la decisión de negar la nulidad de la elección de la demandada, en consideración a que no se encuentra acreditada la inhabilidad prevista en el numeral 7 del artículo 179 de la Constitución Política, esto es, tener doble nacionalidad. En efecto, en el proceso se demostró que la [demandada] es colombiana de nacimiento, lo que la ubicaría en la excepción prevista por dicha norma. No obstante, lo anterior, (...), la Sala debió abordar el problema jurídico tal y como fue planteado. Es decir, en la fijación del litigio se precisó que “resulta necesario determinar si la [demandada] tiene doble nacionalidad o no y, si es colombiana por nacimiento. Ello, con el fin de establecer si en el presente caso se materializa la causal de inhabilidad contenida en el artículo 179.7 Superior”. En ese orden de ideas, lo primero que debía constatarse, para efectos de la inhabilidad invocada, era si la [demandada] ostentaba la doble nacionalidad y si aquello fue debidamente probado en el proceso. Luego, de constatarse que sí tenía la nacionalidad venezolana -junto con la colombiana- debía revisarse si la congresista demandada se encontraba en la excepción que la misma norma constitucional establece: ser colombiana de nacimiento. Sin embargo, al resolverse el caso concreto, no se analizaron las pruebas aportadas para efectos de determinar si la representante a la Cámara acusada tenía la nacionalidad venezolana. De hecho, en la contestación de la demanda, la defensa de la congresista consistió en argumentar que la inhabilidad endilgada, no se encontraba acreditada, precisamente porque ella había renunciado a la nacionalidad del vecino país. Ese análisis no tuvo lugar en la providencia objeto de aclaración, Por el contrario, se partió de la base que la [demandada] ostentaba la doble nacionalidad, pese a que algunas de las pruebas aportadas fueron indebidamente allegadas, pues no se encontraban apostilladas -lo cual resultaba necesario al ser expedidas en el exterior-. De manera que, se extrañó el estudio que, de acuerdo con el problema jurídico planteado, debía darse naturalmente: ¿está acreditada la doble nacionalidad de la demandada? Con todo, en el fallo se concluyó que la congresista demandada se encontraba en la excepción prevista en el numeral 7 del artículo 179 constitucional, en tanto que era colombiana de nacimiento, sin previamente determinar si, en efecto, ostentaba la doble nacionalidad que, finalmente, es el supuesto que daba lugar a la inhabilidad. Así las cosas, considero que metodológicamente el problema jurídico pudo abordarse de una mejor manera, para guardar coherencia con el supuesto normativo de la inhabilidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 6 de octubre de 2022; A.V. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00068-00.](#)

3. Se negó la nulidad del acto de elección de un representante a la Cámara por la Circunscripción Transitoria Especial para la Paz 4.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de un representante a la Cámara por la Circunscripción Transitoria Especial para la Paz 4, alegando que, (i) el demandado se desempeñó como defensor regional de Ocaña y asesor adscrito al despacho del defensor del pueblo dentro del año anterior a la elección; (ii) recibió financiación y apoyo de parte del alcalde de Hacarí; (iii) no realizó la solicitud del anticipo de los recursos para la campaña; y, (iv) incurrió en corrupción al elector puesto que: (a) realizó una donación a la iglesia católica del municipio de Sardinata, corregimiento de la Victoria, en su candidatura, para el arreglo del templo religioso; y (b) el día de las elecciones una persona estaba vestida con publicidad del demandado, presuntamente con su anuencia. La Sala negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, (i) no se configuró la inhabilidad alegada frente al cargo de defensor regional por la renuncia presentada al cargo antes de iniciar el periodo inhabilitante, como tampoco frente al cargo de asesor pues dicho cargo no ejerce autoridad civil, política ni administrativa; (ii) no se acreditó la financiación y apoyo alegados; (iii) no se probó lo relacionado con la solicitud del anticipo de los recursos para la campaña; y, (iv) tampoco se acreditó que el demandado hubiese incurrido en prácticas de corrupción.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR EJERCICIO DE AUTORIDAD / FINANCIACIÓN DE LA CAMPAÑA ELECTORAL / VALORACIÓN DE LA PRUEBA /

ACREDITACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CORRUPCIÓN DE LAS PRÁCTICAS ELECTORALES

Problema jurídico: *La controversia está circunscrita a determinar, de acuerdo con la fijación del litigio, si el acto de elección se encuentra viciado de nulidad por cuanto, presuntamente, el demandado estaba incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución, por haberse desempeñado como defensor regional de Ocaña Código 0060 y asesor grado 22 adscrito al despacho del defensor del Pueblo, dentro de los 12 meses anteriores a la elección. Asimismo, se deberá determinar si el demandado incurrió en violación a las normas sobre financiación de campañas por (i) recibir financiación y apoyo de miembros de partidos políticos tradicionales y organizaciones políticas, concretamente del señor Deyvy Bayona Guerrero, alcalde de Hacarí, y (ii) no haber realizado la solicitud del anticipo de los recursos para la campaña, a pesar de la masiva y excesiva publicidad que realizó. Finalmente, deberá establecerse si el demandado incurrió en corrupción al elector por (i) haber realizado una donación a la iglesia católica del municipio de Sardinata, corregimiento de la Victoria, en su candidatura, para el arreglo del templo religioso. Ello con fundamento en que, a su juicio, el sacerdote con una función social de incidencia como parte de la identidad de la comunidad. Igualmente, por la financiación de algunos materiales para una escuela municipal (ii) porque presuntamente el día de las elecciones una persona estaba vestida con publicidad del demandado, con su anuencia".*

Tesis: "De la inhabilidad endilgada. Según la parte actora, el demandado se encontraba incurso en la inhabilidad prevista en el numeral 2° del artículo 179 de la Constitución Política, que dispone que no podrán ser congresistas quienes hubieren ejercido como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección. (...). Sobre el particular, la Sala encuentra en primer lugar que, respecto del cargo de defensor regional, código 0060, perteneciente al nivel directivo, adscrito a la Defensoría Regional de Ocaña, no se cumple con el elemento temporal de la inhabilidad. Tal y como lo manifestaron el demandado y el Ministerio Público, mediante la Resolución 225 del 12 de febrero de 2021 se aceptó la renuncia presentada por el demandado frente a dicho cargo. De manera que, antes de que iniciaran los doce meses que precedían las elecciones del año 2022 - período que iniciaba el 13 de marzo de 2021- el [demandado] ya no se desempeñaba como defensor regional. (...). En segundo lugar, en lo que concierne al cargo de asesor, código 1030, grado 22, es claro que el elemento temporal de la inhabilidad endilgada, sí se acredita, si se tiene en cuenta que el demandado se desempeñó en dicho empleo hasta el 7 de septiembre de 2021, es decir, dentro de los 12 meses anteriores a las elecciones que tuvieron lugar el 13 de marzo de 2022. Lo propio sucede con el elemento subjetivo de la inhabilidad, puesto que ostentó la calidad de empleado público, pues fue nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción en la Defensoría del Pueblo. Es decir, tenía una vinculación legal y reglamentaria con la mencionada entidad. Sin embargo, el aspecto material u objetivo de la inhabilidad no está acreditado, pues no se evidencia que el demandado haya ejercido autoridad civil o política, en razón a que, de conformidad con las funciones del cargo de asesor grado 22 en la defensoría del Pueblo, no le era posible tomar decisiones sobre sus dependientes y ciudadanos; esto es, que hubiera tenido una posición de poder y de imposición. Tampoco se advierte, tal y como lo precisó el demandado y la agente del Ministerio Público, el ejercicio de autoridad administrativa. (...). De entrada, debe precisarse que el cargo formulado respecto del primer punto señalado [financiación y apoyo de miembros de partidos políticos tradicionales y organizaciones políticas], conforme al sustento de la demanda y la fijación del litigio, se circunscribe al desconocimiento del parágrafo 2° del artículo transitorio 5° del Acto Legislativo 02 de 2021. (...). De manera que, es frente a dicha normativa que la parte actora tenía la carga de probar que el demandado tuvo el aval de partidos o movimientos políticos con representación en el Congreso o con personería jurídica, dentro de los 5 años anteriores a la fecha de inscripción o que hizo parte de la dirección de algún partido durante el último año. (...). [D]el recuento probatorio efectuado, encuentra la Sala que no se demostró de manera efectiva por los demandantes el presunto apoyo del alcalde municipal a la campaña del demandado ni la financiación que dicho mandatario pudo hacer a la campaña del [demandado]. Además, de haberse comprobado, dicha conducta no constituye una causal de nulidad, pues tan solo podría configurar una falta disciplinaria para el alcalde por una indebida participación en política, más no tendría repercusiones en el acto de elección demandado. (...). En lo que corresponde al reparo que efectúan los demandantes, relativos a que, el demandado no realizó la solicitud del anticipo de los recursos para la campaña, a pesar de la masiva y excesiva publicidad que realizó, tampoco se encuentra acreditado y, en todo caso, ello no comporta una causal de nulidad del acto demandado. (...). Asimismo, (...), la solicitud del anticipo de la campaña le corresponde a las organizaciones promotoras de listas y no a los candidatos, como equivocadamente lo indica la parte actora. Igualmente, la supuesta excesiva publicidad a la que hace referencia la parte actora se sustenta en la mera afirmación que hacen los demandantes. Así las cosas, este cargo tampoco se encuentra acreditado por lo que debe negarse. (...). Sobre [los audios aportados como prueba] cabe el mismo análisis que fue considerado en el acápite anterior, y es que, no se acreditó, como lo señaló el apoderado del demandado, que hubiera sido obtenida en forma lícita. En efecto, una conversación de WhatsApp se establece entre 2 usuarios y, en este caso, se desconoce quién fue el receptor del audio que se le atribuye al referido sacerdote y a la señora que hacía parte de la campaña

del candidato y cómo los demandantes tuvieron acceso a él. Además, respecto de una conversación que se surte mediante dicho sistema de mensajería existe una expectativa de privacidad. Tampoco es posible determinar con certeza que se trate de las personas que afirman los demandantes, ni que el demandado ofreció dádivas a cambio de votos en su campaña política, es decir, que haya incurrido en prácticas corruptas que generen la anulación de su elección. (...). [F]rente a las apreciaciones de los demandantes, en el sentido que el demandado incurrió en corrupción al elector debido a que presuntamente el día de las elecciones una persona estaba vestida con publicidad de demandado a pocos metros de un puesto de votación, se aportó un video en el que supuestamente se observa a una persona en un puesto de votación con publicidad política del candidato electo el señor Diógenes Quintero Amaya. Al respecto, se desconoce la fecha en que fue efectuado el video pues la persona lo grabó solo señaló, “Siendo las 9 en punto de la mañana en el centro educativo rural El Tarra en el corregimiento de San José del Tarra...”. No dijo la fecha y tampoco se observa ningún elemento que permita concluir que corresponde al día de las elecciones. Adicionalmente, en el vídeo tampoco se advierte sin lugar a duda, que se estén llevando a cabo actividades que pretendan coartar a los electores, ni tampoco que se les ofrezcan dádivas a quienes depositaran su voto a favor del demandado. De manera que este reparo tampoco se encuentra acreditado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 20 de octubre de 2022; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00115-00.](#)

4. Se negó la solicitud de suspensión provisional del acto de designación del gobernador encargado del departamento del Cesar.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de designación del gobernador encargado del departamento del Cesar, con la cual se acompañó solicitud de suspensión provisional, alegando, que hubo (i) falta de competencia pues el acto de designación fue expedido por el ministro del interior y no por el Presidente de la República; (ii) infracción de norma superior y expedición irregular debido a que la terna enviada al Presidente de la República para proveer el cargo fue remitida únicamente por el partido Cambio Radical, sin tener en cuenta que los partidos Liberal Colombiano y de la U hicieron parte de la coalición que avaló al candidato elegido para el cargo de gobernador del departamento del Cesar y que posteriormente fue suspendido; (iii) desviación de poder, porque el acto demandado se expidió con el único objetivo de impedir que la designación del gobernador encargado se hubiese realizado por quien resultó elegido como presidente de la República para el periodo 2022-2026 y favorecer irregularmente a uno de los partidos que integró la terna. La Sala negó la solicitud de suspensión provisional, teniendo en cuenta que, (i) la delegación mencionada se produjo en cumplimiento de los presupuestos constitucionalmente exigibles; (ii) no se acreditó que la terna se hubiese enviado por uno solo de los partidos mencionados; y (iii) no se acreditó que la designación demandada, se hubiese hecho con una intención diferente a la de proveer el cargo de gobernador del Cesar.*

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / DESIGNACIÓN DE GOBERNADOR ENCARGADO / FALTA DE COMPETENCIA / DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / INEXISTENCIA DE EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ELECCIÓN / INEXISTENCIA DE LA DESVIACIÓN DE PODER

Problema jurídico: *Se contrae a determinar, en relación con la solicitud de suspensión provisional, si en la expedición del acto demandado, se configuraron los vicios de: (i) falta de competencia, porque el acto fue expedido por el ministro del interior y no por el Presidente de la República; (ii) infracción de norma superior y expedición irregular, porque la terna enviada al Presidente de la República fue remitida solamente por el partido Cambio Radical sin tener en cuenta a los otros partidos que integraron la coalición; y, (iii) desviación de poder, porque el acto demandado se expidió con el único objetivo de impedir que la designación del gobernador encargado se hubiese realizado por quien resultó elegido como presidente de la República para el periodo 2022-2026 y favorecer irregularmente a uno de los partidos que integró la terna.*

Tesis: “Falta de competencia. En relación con la primera irregularidad señalada, cabe indicar que la

Constitución Política establece en su artículo 211 que “[l]a ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine”. En desarrollo de tal disposición superior, el artículo 13 de la Ley 489 de 1998 [desarrolló la delegación del ejercicio de funciones presidenciales]. (...). Tales disposiciones refieren al escenario general previsto en la Constitución Política de 1991 para la delegación de las funciones atribuidas al presidente de la República. Sin embargo, el artículo 196 ibídem prevé una circunstancia especial en la que el primer mandatario puede delegar el ejercicio de sus competencias. (...). Conforme lo dispuesto en dicha disposición, el presidente de la República cuenta con la posibilidad de delegar todas aquellas funciones que le son propias y las que ejerce en su condición de jefe de gobierno, siempre que i) estas se deleguen al ministro a quien corresponda ejercerlas en calidad de delegatario, según el orden de precedencia legal; y ii) que deba recibirlas con motivo del traslado del presidente a territorio extranjero. (...). Por lo señalado, cuando el artículo 196 de la Constitución Política hace referencia a aquellas funciones propias del cargo de presidente de la República, se debe entender que son las que ejerce de manera directa y autónoma por atribución del texto superior, en contraposición a aquellas que ejerce de manera articulada con quienes integran el gobierno nacional. El artículo 303 de la Constitución asigna al presidente la función de nombrar gobernadores encargados [bajo algunos parámetros]. (...). Como puede advertirse, la función de nombrar a un gobernador encargado para que funja como primera autoridad de un departamento en aquellos eventos en los que se presente una falta absoluta restando menos de 18 meses para concluir el periodo constitucional correspondiente, se trata de una función propia asignada directamente al presidente de la República por el texto constitucional y que, por lo tanto, puede ser delegada por quien desempeñe dicho cargo, en las condiciones señaladas en el artículo 196 superior. (...). Por lo señalado, se concluye que la delegación funcional objeto de estudio se produjo en cumplimiento de los presupuestos constitucionalmente exigibles, por lo que no hay lugar a aplicar una excepción de inconstitucionalidad sobre ella ni a declarar que el ministro del interior actuó con falta de competencia al momento de expedir el acto demandado. (...). Ahora bien, de las pruebas aportadas hasta esta etapa del proceso, se advierte que, efectivamente, las tres organizaciones políticas antes mencionadas participaron de la integración de la terna remitida al gobierno nacional para la designación de quien habría de ostentar el cargo de gobernador encargado del departamento del Cesar. (...). Conforme lo señalado en los documentos relacionados, es claro que el oficio remitido a quien ostentaba el cargo de presidente de la República por el secretario general del partido Cambio Radical contenía los nombres de tres personas: una candidata integrante de su organización política, una segunda aspirante postulada por el Partido Liberal Colombiano y, finalmente, el aquí demandado, designado para integrar la terna por el Partido de la U. Así como que tales nombres coincidían con aquellos señalados en las comunicaciones elaboradas por estas últimas dos fuerzas políticas. Por lo expuesto, para la sala, al menos hasta esta etapa procesal, no existe soporte probatorio que dé cuenta de las conductas subrepticias denunciadas por la parte demandante, ni de que el envío de la terna para la designación del gobernador encargado del departamento del Cesar se hubiese producido por uno solo de los partidos mencionados, en desmedro de la participación que, de acuerdo con lo señalado en el acuerdo de coalición, les correspondía. Así las cosas, en principio, no se advierte que el acto acusado haya infringido las normas superiores señaladas como vulneradas, o que su expedición haya sido irregular. (...). Cabe indicar que, aun cuando en la comunicación suscrita por el director administrativo del Partido Liberal Colombiano se indica que se habría omitido la convocatoria a las fuerzas políticas integrantes de la coalición «Alianza por el Cesar» para la integración de la terna de la que sería designado el gobernador encargado de dicho departamento, lo cierto es que (...), quien fuera postulada por dicha organización para el efecto en dicha misiva, fue incluida en la referida terna. Por tanto, hasta el presente momento procesal, no se cuenta con ningún elemento probatorio que permita advertir que quien dictó el acto demandado -el entonces ministro del interior- lo haya hecho con una intención diferente a la de proveer el cargo de gobernador del Cesar, ante la ausencia de quien fuera elegido inicialmente para este, y ejercer la competencia contemplada en el artículo 303 superior, recibida por delegación en virtud del Decreto 1177 de 2022. En consecuencia, la sala negará el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional, toda vez que en la presente etapa del proceso no se encuentra acreditada la configuración de ninguno de los vicios alegados por la parte accionante respecto del acto demandado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; auto de 20 de octubre de 2022; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00240-00.](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que la UGPP es la autoridad competente para resolver de fondo las solicitudes presentadas por la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca en relación con las cuotas partes pensionales del extinto Incora.

Síntesis del caso: Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con el fin de establecer la autoridad competente para la administración de cuotas partes pensionales de extrabajadores del extinto Incora.

CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / UGPP / MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL / MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL / FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA / CUOTA PARTE PENSIONAL / ADMINISTRACIÓN DE CUOTA PARTE PENSIONAL / PAGO DE CUOTA PARTE PENSIONAL / CAJANAL / LIQUIDACIÓN DE CAJANAL / OBLIGACIONES DE CAJANAL / UGPP / COMPETENCIA DE LA UGPP / FOPEP / INCORA / LIQUIDACIÓN DEL INCORA / EMPLEADO DEL INCORA / EXTRABAJADOR / AUTORIDAD COMPETENTE

Problema jurídico: ¿La UGPP es la autoridad competente para resolver de fondo la solicitud presentada por la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca, en relación con las cuotas partes pensionales de ocho extrabajadores del extinto Incora, correspondientes al periodo del 1º de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020?

Tesis: “[E]l Decreto 2196 de 2009 dispone que la UGPP es la entidad responsable de asumir las obligaciones de carácter misional que se encontraran en trámite al momento del cierre de la liquidación de Cajanal. Con base en lo anterior, se infiere que tal entidad se encuentra llamada a asumir lo relacionado con las cuotas partes de la entidad liquidada, pues, según acaba de indicarse, dichas cuotas partes constituyen una obligación de naturaleza misional. Esta conclusión no solo encuentra fundamento en lo previsto en el artículo 22 del Decreto 2196 de 2009; también se funda en el propio objeto institucional que el Legislador, al aprobar la Ley 1151 de 2007, le asignó a la UGPP al disponer su creación. Las cuotas partes, en la medida en que tienen una incidencia incontrovertible en el reconocimiento de los derechos pensionales, constituyen una obligación típicamente misional, y tales deberes son, precisamente, los que la ley quiso encomendar a la UGPP. En cualquier caso, es preciso indicar que, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º del Decreto 1222 de 2013, el pago de estas obligaciones debe hacerse con cargo a los recursos del Fopep. (...) En virtud del Decreto 2796 de 2013, la competencia para la administración de las cuotas partes pensionales del extinto Incora corresponden a la UGPP. Se incluyen en esta competencia igualmente las reconocidas con posterioridad al 31 de diciembre de 2007, por expreso mandato del artículo 3 de este Decreto. El pago corresponderá a la cuenta del FOPEP, por expreso mandato del artículo 2º del Decreto 169 de 2008. (...) Ni la Ley 1753 de 2015, ni el Decreto 3056 de 2013 modifican la competencia asignada a la UGPP por el Gobierno nacional en el Decreto 2796 de 2013 (...) Por último, resulta pertinente advertir que aunque la solicitud de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca está dirigida a determinar la autoridad competente para pagar las cuotas partes pensionales adeudadas, la Sala solo se referirá a la entidad que debe concurrir a la administración de dicho pasivo y que debe, igualmente, resolver las peticiones elevadas por la unidad, según las pruebas y el análisis documental del expediente, de conformidad con el artículo 3º del Decreto 2796 de 2013. En mérito de lo expuesto, la UGPP es la autoridad competente para dar respuesta a las solicitudes presentadas por la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca, en relación con las cuotas partes pensionales del extinto Incora, presuntamente adeudadas, en el periodo de 1 de enero de 2019 a 31 de diciembre de 2020”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre cuotas partes pensionales, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 26 de mayo de 2016. Radicación núm. 11001-03-06-000-2016-00003-00(2280); Decisión del 24 de julio de 2018. Radicación núm. 11001-03-06-000-2018-00007-00; Decisión del 15 de diciembre de 2020. Radicación 11001- 03-06-000-2020-00227-00; Decisión del 24 de agosto de 2017. Radicación núm. 11001-03-06-000-2017-00070-00; Decisión del 26 de mayo de 2016. Radicación núm. 11001-03-06-000-2016-00003-00(2280); Corte Constitucional. Sentencia C- 895 de 2009; Sentencia C- 895 de 2009 y Sentencia T-235 de 2002.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la competencia de las entidades estatales para reconocer las cuotas partes pensionales de exempleados del Incora, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 24 de julio de 2018. Radicación núm. 11001-03-06-000-2018-00007-00.

NOTA DE RELATORÍA 3: En la decisión se hace una descripción del régimen jurídico de las cuotas partes pensionales y su tratamiento contable, así como del marco jurídico aplicable a las cuotas partes pensionales adeudadas por el extinto Incora.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 18 de octubre de 2022; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2022-00097-00\(C\)](#)

2. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, es la autoridad competente para para conocer y tramitar una solicitud de inclusión en nómina de pensionados y al pago de una pensión de sobreviviente reconocida por Empresa de Obras Públicas del Cesar - Empocesar Ltda., hoy en liquidación.

Síntesis del caso: Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Empresa de Obras Públicas Sanitarias del César (Empocesar Ltda.) – En liquidación, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP)., con el fin de establecer la autoridad competente para incluir en nómina de pensionados y pagar una pensión de sobreviviente, a la cónyuge de un extrabajador de Empocesar Ltda. a quien en vida le fue reconocida la prestación.

CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / COLPENSIONES / UGPP / EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DEL CESAR / INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL / LIQUIDACIÓN DEL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL / COMPETENCIA PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL / INCLUSIÓN DE NÓMINA DEL PENSIONADO / EXTRABAJADOR / EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS / COLPENSIONES / AUTORIDAD COMPETENTE / PAGO DE LA PENSIÓN / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CÓNYUGE SUPÉRSTITE / EXTRABAJADOR

Problema jurídico 1: ¿La Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones– es la autoridad competente para incluir en nómina y pagar la pensión de sobrevivientes a la cónyuge sobreviviente de un extrabajador de la Empresa de Obras Públicas Sanitarias del César (Empocesar Ltda., en liquidación)?

Tesis: “Es claro que existe una división de competencias para el reconocimiento y pago de las pensiones de los beneficiarios de las EMPOS, pues conforme la regla de competencia prevista en el artículo 149 de la Ley 100 de 1993, corresponde a esas empresas liquidadas o en proceso de liquidación a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley, reconocer las prestaciones de los beneficiarios; y al ISS, hoy Colpensiones, el pago de aquellas prestaciones con cargo al presupuesto nacional. En este sentido, para el reconocimiento pensional solo se requiere de la gestión de la EMPO, y su decisión no está sujeta a la autorización previa, ni a la aprobación posterior del ISS, hoy Colpensiones. Así, la competencia del ISS, hoy Colpensiones, se activa ante la existencia del acto que reconoce el derecho pensional, frente a lo cual, en

ejercicio de sus funciones debe: i) incluir en la nómina de pensionados a los beneficiarios de las EMPOS; ii) gestionar las apropiaciones presupuestales correspondientes; y, iii) efectuar el pago de la prestación, a fin de materializar el derecho concedido. Es de destacar que, los actos administrativos expedidos por las EMPOS se presumen legales, y solamente pueden ser desvirtuados mediante las acciones judiciales dispuestas en el ordenamiento jurídico para controvertir su legalidad, sin perjuicio de que sean revocados directamente por la entidad que los expidió, con el cumplimiento del procedimiento legal previsto para tal efecto. (...) [S]egún lo establece el artículo 149 de la Ley 100 de 1993, una es la autoridad que reconoce el derecho y la cuantía de la pensión (en este caso Empocesar Ltda.), y otra, la autoridad que tiene a su cargo el pago y la inclusión en nómina (en este caso el ISS, hoy Colpensiones). Conforme esa regla de competencia, la autoridad llamada a conocer y tramitar la solicitud de la [beneficiaria], actualmente es Colpensiones, antes el ISS. Si bien el proceso de liquidación de Empocesar Ltda., —de acuerdo con la información del expediente—, no ha concluido, lo cierto es que, conforme lo dispuso el artículo 149 de marras, la competencia relativa al pago de las pensiones a cargo de esta clase de empresas lo asumió la Nación. Por lo tanto, la Sala considera que la indefinición del proceso liquidatorio de Empocesar Ltda., en manera alguna puede aplazar en el tiempo el trámite del pago de la prestación, sumado a que, a dicha entidad en liquidación, no le es dable, por disposición legal, efectuar el pago de ninguna pensión”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el reconocimiento y pago de pensiones de los beneficiarios de las Empresas de Obras Sanitarias –EMPOS–, ver: Corte Constitucional, Sentencia T-323 del 2 de julio de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; Corte Constitucional, Sentencia T-652 del 17 de septiembre de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

NOTA DE RELATORÍA 2: En la decisión se hace un recuento del origen, naturaleza jurídica y posterior desaparición de las Empresas de Obras Sanitarias (EMPOS). También se describe el proceso de creación y liquidación de la Empresa de Obras públicas Sanitarias del César Empocesar Ltda.

INEXISTENCIA DEL CONFLICTO DE COMPETENCIA / REQUISITOS DEL CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / CONFLICTO DE COMPETENCIA INEXISTENTE

Problema jurídico 2: *¿La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado debe abstenerse de pronunciarse sobre la solicitud de declarar de manera general a Colpensiones como la entidad competente para conocer y resolver la solicitud de pago e inclusión en nómina de todas las pensiones reconocidas por parte de Empocesar Ltda. en liquidación, dado que tal cuestión no cumple con el requisito de ser una actuación particular y concreta y, por lo tanto, no constituye un conflicto de competencia administrativa?*

Tesis 2: “En cuanto a la petición de declarar de manera general a Colpensiones como la entidad competente para conocer y resolver la solicitud de inclusión en nómina y pago de todas las pensiones reconocidas por parte de Empocesar Ltda. hoy en liquidación, la Sala advierte que con esta petición se pretende un pronunciamiento general y abstracto sobre un punto de derecho. Ante ello, y tal como lo ha establecido previamente este cuerpo colegiado, no se activa la competencia para resolver conflictos de competencias administrativas, pues no se cumple el requisito señalado en el artículo 39 del CPACA referente a que se trate de una actuación particular y concreta. En consecuencia, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre dicha petición y así lo declarará en la parte resolutive de esta decisión”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 9 de noviembre de 2022; C.P. Maria del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2022-00214-00\(C\)](#)

3. El Presidente de la República es la autoridad competente para adelantar el procedimiento y declarar la vacancia definitiva del empleo por abandono del cargo en el caso de los gobernadores elegidos popularmente o por designación.

Síntesis del caso: *El Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre si el presidente de la República es competente para adelantar el proceso administrativo tendiente a declarar la vacancia del empleo por abandono del cargo de un gobernador elegido popularmente o por designación del propio Presidente.*

CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / CARACTERÍSTICAS DEL ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / CAUSALES DE ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / CAUSALES DE RETIRO DEL SERVIDOR PÚBLICO / VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / DECLARACIÓN DE VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / FALTA GRAVÍSIMA DEL SERVIDOR PÚBLICO

Problema jurídico 1: *¿El abandono del cargo constituye una causa de vacancia absoluta del cargo y, por ende, de retiro definitivo del servicio del funcionario y, por otra, una conducta disciplinable por parte de las autoridades competentes?*

Tesis 1: “El abandono del cargo ha sido consagrado por el legislador como una causal autónoma de retiro del servicio, pero también como un hecho constitutivo de falta disciplinaria cuya investigación puede culminar con la destitución del servidor implicado, en la medida en que tal comportamiento conlleva el incumplimiento total de las funciones asignadas. En efecto, el Decreto Ley 2400 de 1968 (modificado por el Decreto 3074 del mismo año), el Decreto 1950 de 1973 y el Decreto 1083 de 2015 regularon el abandono del cargo como una causal de retiro definitivo del servicio de los empleados de la rama ejecutiva. Por su parte, las Leyes 27 de 1992 y 443 de 1998 establecieron las hipótesis o los eventos en los cuales ocurre el abandono del cargo, la declaratoria de vacancia del empleo, y como consecuencia de ello, el retiro del servicio para los cargos de carrera. Asimismo, la Ley 909 de 2004 consagró las mismas previsiones de las leyes anteriores no solamente para los cargos de carrera, sino también para los empleos de libre nombramiento y remoción. De otro lado, las Leyes 200 de 1995 y 734 de 2002 establecieron expresamente como falta disciplinaria el abandono injustificado del cargo. (...) De todo lo anterior se puede concluir que el acto administrativo que declara la vacancia del empleo por abandono injustificado del mismo es independiente de la eventual sanción disciplinaria a que haya lugar y tiene como finalidad salvaguardar un interés general relacionado con la buena prestación del servicio público. Aquella decisión es eminentemente declarativa y no tiene ningún carácter sancionatorio”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el abandono injustificado del cargo como situación jurídica distinta y autónoma a la regulación relacionada con la función disciplinaria, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencias del 22 de septiembre de 2005, Radicación número: 11001-03-25-000-2003-00244-01(2103-03); del seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007) (Radicación número 2911-05), del ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008) (Radicación número: 2520-05), del dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011) (Radicación número: 0796-09), del treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018) (Radicación número: 4649-15) y del primero (1.º) de julio de dos mil veintiuno (2021) (Radicación número: 4642-19); y Corte Constitucional, sentencia C-1189 de 2005.

ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / CAUSALES DE RETIRO DEL SERVIDOR PÚBLICO / EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / DECLARACIÓN DE VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO PROCEDIMIENTO DE ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / GOBERNADOR / AUSENCIA DEL GOBERNADOR / AUSENCIA ABSOLUTA DEL GOBERNADOR / DESTITUCIÓN DEL GOBERNADOR

Problema jurídico 2: *¿El artículo 127 de la Ley 2200 de 2022 al regular lo relativo al abandono del cargo de un gobernador tiene como objetivo principal establecer el abandono del cargo como uno de los eventos en los que se presenta una falta absoluta del cargo de gobernador y, por ende, una causal de retiro del servicio del funcionario?*

Tesis 2: “[L]a norma relativa al abandono del cargo de un gobernador, prevista en el artículo 127 de la Ley 2200 de 2022, no reguló de manera exclusiva esta figura como conducta disciplinable por parte de la Procuraduría General de la Nación. Por el contrario, el objetivo principal de la norma está dirigido a regular el abandono del cargo como uno de los eventos en los que se presenta una falta absoluta del cargo de gobernador y, por ende, se configura una causal de retiro del servicio del funcionario. Todo lo anterior, aunado al principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, el cual aplica en el evento analizado, pues no habría ninguna razón para dar un tratamiento a los gobernadores, distinto al que se predica de los demás servidores públicos. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala observa que, aun bajo el presupuesto de la segunda interpretación, según la cual el artículo 127 solo regula el abandono del cargo como causal de falta disciplinaria, esta figura mantendría sus efectos como causal autónoma de retiro del cargo, previa realización del proceso administrativo correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto Ley 2400 de 1968, reglamentado actualmente por los artículos 2.2.11.1.1. y 2.2.11.1.9 del Decreto 1083 de 2015, este último modificado por el artículo 2 del Decreto 648 de 2017, disposiciones aplicables a los servidores públicos de manera general”.

NOTA DE RELATORÍA: En el concepto se hace una descripción de la evolución normativa sobre la figura del abandono del cargo y el procedimiento para su declaración.

ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / CAUSALES DE RETIRO DEL SERVIDOR PÚBLICO / VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / DECLARACIÓN DE VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / GOBERNADOR / AUSENCIA DEL GOBERNADOR / AUSENCIA ABSOLUTA DEL GOBERNADOR / DESTITUCIÓN DEL GOBERNADOR / PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / COMPETENCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Problema jurídico 3: *¿El presidente de la República es competente para adelantar el proceso administrativo tendiente a declarar la vacancia del empleo por abandono del cargo de un gobernador elegido popularmente o por designación del propio Presidente?*

Tesis 3: “[L]a Sala considera que le corresponde al presidente de la República adelantar el procedimiento administrativo tendiente a determinar si se produjo el abandono del cargo de gobernador cuando, sin justa causa, por acción u omisión, incurre en las causales previstas en el artículo 127 ejusdem. Esta competencia se predica independientemente del origen de la designación del gobernador, teniendo en cuenta la finalidad aludida, con antelación, en relación con la declaratoria de abandono del cargo, esto es, garantizar la continuidad del servicio mediante la declaratoria de vacancia y que un nuevo servidor público pueda ejercer las funciones asignadas por la Constitución a los gobernadores. Analizado el contenido de la Ley 2200 de 2022, no se encuentra norma expresa que determine la autoridad administrativa que debe declarar la vacancia por abandono del cargo de un gobernador. (...) [T]eniendo en cuenta que al Presidente, en los términos señalados, le corresponde designar al gobernador en ausencia del titular, en los casos determinados por la ley, resulta procedente considerar su competencia para la declaratoria de vacancia por abandono del cargo, de que trata el artículo 127 de la Ley 2200 de 2022. En lo que respecta a los gobernadores elegidos por votación popular, la Sala considera que la competencia para adelantar el procedimiento administrativo dirigido a declarar la vacancia por abandono del cargo recae también en el presidente de la República. No se puede soslayar la importancia de la norma prevista en el Código del Régimen Político y Municipal, enunciada en la consulta, que garantiza una competencia residual del presidente de la República, en todo lo relativo a la administración general del Estado, cuando esta no esté atribuida expresamente a otras autoridades públicas. (...) [E]l artículo 66 de la Ley 4 de 1913 otorga al presidente de la República la competencia para conocer de los asuntos relativos a la Administración que no hayan sido otorgados a otros poderes públicos (...). La interpretación de esta norma determina la necesidad de considerar esta competencia del presidente de la República para efectos de que las importantes labores de la Administración Pública y, en general, del Estado, no queden sin sujeto activo para su ejercicio. Por otra parte, aunque el Presidente no tiene la calidad de nominador de los gobernadores elegidos por voto popular, la ley le ha reconocido en todo caso facultades relevantes frente a la permanencia en el servicio de estos. A manera de ejemplo, el artículo 122 de la Ley 2200 de 2022 establece que la renuncia al cargo de gobernador debe presentarse ante el presidente de la República, quien tendrá un término de treinta días para aceptarla. Refuerza la argumentación expuesta, el hecho indubitable, como se ha analizado, que la declaratoria administrativa de vacancia por abandono del cargo es autónoma y distinta de la función disciplinaria y a una eventual sanción contra el servidor público de elección popular”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2492 del 23 de noviembre de 2022; C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2022-00277-00 \(2492\). Levantamiento de reserva mediante oficio del 2 de diciembre de 2022.](#)

**GÉNERO Y NO
DISCRIMINACIÓN**



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIÓN DE TUTELA

Se otorga la protección de una mujer cabeza de familia desvinculada por un concurso de méritos y se ordena al nominador que sea tenida en cuenta en vacantes futuras.

Síntesis del caso: La actora alegó que se vulneraron sus derechos fundamentales con ocasión del acto administrativo que publicó la lista de elegibles para ocupar el cargo que ella ostenta en provisionalidad como empleada en la Rama Judicial. En primera instancia se declaró improcedente la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. En segunda instancia, se determinó que la demandante es un sujeto de especial protección constitucional, situación que ameritó acceder a las pretensiones de la tutela para ordenar a la autoridad judicial demandada que, en el evento de existir o presentarse vacantes disponibles al momento de la notificación de la providencia, o en caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad, garantice la protección de la actora en su condición de madre cabeza de familia y le dé preferencia a su nombramiento en caso de que no exista alguien con mejor derecho.

ACCIÓN DE TUTELA / IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DEL FALLO IMPUGNADO / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / LISTA DE ELEGIBLES DEL CONCURSO DE MÉRITOS EN LA RAMA JUDICIAL / EMPLEADO JUDICIAL EN PROVISIONALIDAD / ESTABILIDAD RELATIVA DEL EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / MADRE CABEZA DE FAMILIA / ACREDITACIÓN DE LA CALIDAD DE MADRE CABEZA DE FAMILIA / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRES CABEZA DE FAMILIA / PROTECCIÓN A LA MADRE CABEZA DE FAMILIA / AMENAZA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico: ¿El Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, el director Seccional de Administración Judicial de Santa Marta y el titular del Juzgado Promiscuo Municipal del Circuito Judicial de Guamal, vulneraron los derechos constitucionales fundamentales del trabajo, seguridad social, mínimo vital e igualdad presuntamente con ocasión del acto administrativo que publicó la lista de elegibles para ocupar el cargo de citador III grado 00 en ese despacho?

Tesis: “En el caso de la referencia se demandaron por esta vía constitucional las actuaciones del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, el director seccional de Administración Judicial de Santa Marta y el titular del Juzgado Promiscuo Municipal del Circuito Judicial de Guamal con el fin de que se protejan los derechos constitucionales fundamentales del trabajo, seguridad social, mínimo vital e igualdad, presuntamente vulnerados con ocasión del Acuerdo CSJMAA22-59 de 15 de junio de 2022 que formuló la lista de elegibles para proveer el cargo de citador grado III del Juzgado Promiscuo Municipal de Guamal que la actora ocupa en provisionalidad y el oficio no. CSJMAOP22-301 de 30 de junio de 2022 que negó la reclamada permanencia de la actora en ese cargo hasta tanto obtenga los requisitos necesarios para acceder a una pensión de jubilación. En los términos que fue propuesta la controversia la Sala accederá al amparo por las razones que procederán a exponerse: De conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito como instrumento óptimo para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y que constituye uno de los ejes definitorios de la Carta Magna, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 superior. La Ley 270 de 1996, reformada por la Ley 1258 de 2009 estableció que la carrera judicial se funda en el carácter profesional de los servidores, la eficacia de su gestión, la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función pública y en la

consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y promoción en el servicio. El artículo 160 ibidem señaló los requisitos exigidos para ocupar cargos en la carrera judicial, entre ellos el concurso de méritos que permite a aquellos que lo superen formar parte del correspondiente registro de elegibles de los cargos para los que concursaron. Una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, los aspirantes que obtienen el primer puesto adquieren el derecho a ocupar el cargo y la conformación de la lista de elegibles obliga a los nominadores a seleccionar a los mejores concursantes en un término perentorio de 15 días de acuerdo con el artículo 133 de la mencionada Ley 270 de 1996. En atención a las particularidades del caso concreto la Sala destaca que el artículo 43 de la Constitución Política dispuso que es una obligación estatal apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia y en su jurisprudencia, la Corte Constitucional interpretó esa protección a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada para velar por la igualdad real y efectiva de un grupo tradicionalmente discriminado y proteger a personas en circunstancias de debilidad manifiesta. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la estabilidad laboral reforzada de una madre cabeza de familia no es absoluta sino relativa o intermedia, en la medida en que sí pueden ser desvinculadas de la planta de personal de autoridades públicas en aquellos casos en que exista una causa justa para su desvinculación como lo es el hecho de proveer su cargo a través del concurso de méritos. Esa estabilidad relativa se traduce en que el acto administrativo por el cual se efectúa su desvinculación debe contener las razones de la decisión como expresión de la garantía del debido proceso y del principio de publicidad. Ahora bien, pese a que los servidores públicos designados en provisionalidad cuentan con una estabilidad relativa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional precisó que hay medidas que deben adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad como lo es el caso de las madres cabeza de familia. (...) De acuerdo con el criterio jurisprudencial expuesto, la estabilidad de la que gozan los servidores públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, que se encuentran en las situaciones de vulnerabilidad especificadas por la Corte Constitucional, entre quienes se encuentran las madres cabeza de familia, no es absoluta y el ejercicio de la potestad para su desvinculación se materializa en medidas de acción afirmativas, tendientes a que sean los últimos servidores en ser desligados de la administración y que, en la medida de lo posible, sean de nuevo vinculados en un cargo similar o equivalente a aquel que venían ocupando, siempre y cuando exista la vacante y se demuestren las anteriores condiciones tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento. (...) En los términos expuestos, la Sala advierte que solo se materializa una real garantía en favor de la madre cabeza de familia en tanto sujeto de especial protección constitucional cuando el nominador, consciente de esa condición, toma las medidas afirmativas pertinentes, necesarias y suficientes para que, en caso de existir vacantes y tener margen de maniobra, logre reubicar a la empleada que goza de dicha estabilidad laboral, como lo ordenó en una muy reciente decisión esta Corporación en un caso similar al aquí analizado. No obstante, pese a ello en este caso no hay pruebas de que así se haya procedido, por cuanto el nominador no contestó la acción de tutela ni aportó pruebas que permitieran considerar que sí adoptó las medidas pertinentes para conjurar la amenaza que se ciñe sobre la actora ante el inminente nombramiento del empleado que superó el concurso de méritos y se encuentra en el registro de elegibles. Así las cosas, la Sala considera que en este caso debe ordenarse la protección constitucional de esa amenaza pero, con la aclaración de que esta únicamente tendrá lugar en el evento de que existan o se presenten vacantes al momento de la notificación de esta providencia o que, en caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad, se nombre a la [actora] en un cargo igual o equivalente al que ocupaba, siempre y cuando persistan las condiciones para considerar que tiene la condición de madre cabeza de familia y que no haya ningún otro empleado con mejor derecho. Lo anterior, por cuanto en asuntos como el de la referencia no es posible ordenarle al nominador que le dé prevalencia a los derechos de la actora sobre los del empleado que se encuentra en lista de elegibles, pues, primero, la garantía de la estabilidad laboral de las madres cabezas de familia no es absoluta ni le confiere la posibilidad de permanecer indefinidamente en el cargo y, segundo, una decisión en ese sentido conllevaría la vulneración de los derechos fundamentales de la persona que superó el concurso de méritos e implicaría desconocer la jurisprudencia y las normas en la materia que han reconocido a la carrera administrativa como el mecanismo para la provisión de cargos públicos. Como corolario de todo lo expuesto, esta Sala de decisión deberá revocar la decisión proferida por el a quo, quien declaró la improcedencia de la acción de tutela y, en su lugar, se accederá al amparo de los derechos constitucionales fundamentales del trabajo, seguridad social y mínimo vital de la actora, por lo que corresponderá al Juez Promiscuo Municipal de Guamal, en el evento de existir o presentarse vacantes disponibles al momento de la notificación de esta providencia, o en caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad, nombrar a la (accionante), dada su condición de madre cabeza de familia, únicamente en caso de que persistan las condiciones para considerar que mantiene esa calidad y que no haya un empleado con mejor derecho.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 20 de octubre de 2022, C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación 11001-03-15-000-2022-03821-01 \(AC\).](#)