

EDICIÓN ESPECIAL

274

ENERO 2024



CONSEJO DE ESTADO  
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

#MeSuscriboMeActualizo

NORMAS ANULADAS

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN

# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL  
ISSN: 2711-385X

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

**Milton Chaves García**  
Presidente Consejo de Estado

## COMITÉ EDITORIAL

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

## RELATORÍAS

**Sección Primera de lo Contencioso Administrativo**  
Liliana Marcela Becerra Gámez  
**Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo**  
Gloria Cristina Olmos Leguizamón  
Antonio José Sánchez David  
**Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo**  
Jorge Eduardo González Correa  
Natalia Yadira Castilla Caro  
Guillermo León Gómez Moreno  
Nubia Yaneth Pajarito Navarrete  
**Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo**  
María Magaly Santos Murillo  
**Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo**  
Wadith Rodolfo Corredor Villate  
**Sala de Consulta y Servicio Civil**  
Juan Sebastián Solarte Álvarez  
**Sala Plena de lo Contencioso Administrativo**  
Juan Sebastián Solarte Álvarez  
**Acciones Constitucionales**  
Pedro Javier Barrera Varela  
Martha Alexandra Ávila Salas (e)  
Juan Alejandro Suárez Salamanca

## PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.  
Jurisprudencia y Conceptos.  
No. 274, enero de 2024, edición especial  
ISSN: 2711-385X  
www.consejodeestado.gov.co  
Consejo de Estado  
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.  
Palacio de Justicia  
Bogotá D.C. – Colombia

# CONTENIDO

<b>CONTENIDO</b>	<b>3</b>
<b>EDITORIAL</b>	<b>4</b>
<b>I. NORMAS ANULADAS</b>	<b>5</b>
<b>II. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN</b>	<b>11</b>
<i>SECCIÓN PRIMERA</i>	<b>12</b>
<i>SECCIÓN SEGUNDA</i>	<b>17</b>
<i>SECCIÓN TERCERA</i>	<b>37</b>
<b>III. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO</b>	<b>49</b>

# EDITORIAL

*El Consejo de Estado ha impulsado la importante labor de divulgación de la jurisprudencia, conceptos y conflictos de competencias, proferidos en el marco de sus funciones constitucionales y legales, no solo con la intención de preservar su memoria histórica institucional, sino de estar al alcance de todos los habitantes del territorio nacional.*

*Por ello, al interior de la Corporación se ha trabajado en el desarrollo de nuevas tecnologías y sistemas de información que usan lenguajes de indización<sup>1</sup> documental, con el propósito de recuperar contenidos temáticos fácilmente y permitir la búsqueda eficaz de la información.*

*Como resultado de este esfuerzo y en el marco de la transformación digital, en el año 2021 se implementó el nuevo buscador de jurisprudencia Mi Relatoría, integrado al Sistema de Gestión Judicial SAMAI, donde se pueden consultar las decisiones de manera ágil, especializada y eficiente.*

*Igualmente, se debe destacar la publicación mensual del boletín de jurisprudencia y conceptos que, a la fecha de presentación de esta edición, ha entregado a sus lectores 274 números y cuenta en la actualidad con 42.600 suscriptores.*

*Esta edición especial, contiene una compilación de las decisiones proferidas durante el 2023 que, en primer lugar, anularon normas a través de los medios de control; en segundo lugar, las sentencias de unificación emitidas por las distintas Secciones y, por último, las providencias más relevantes en materia de igualdad de género como derecho fundamental y humano, imprescindible para el logro de una sociedad más equitativa y pacífica<sup>2</sup>.*

*Extiendo una cordial invitación a la comunidad jurídica y usuarios de la administración de justicia, a la consulta de este importante documento que desarrolla nuestra misionalidad, como órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

**Milton Chaves García**  
**Presidente**

---

<sup>1</sup> “Un lenguaje de indización o vocabulario controlado, es aquel que ha sido diseñado bajo criterios preestablecidos de normalización y que buscan ofrecer un modelo para el acceso y la recuperación de la información”.

<sup>2</sup> Definición de Igualdad de Género de la ONU.

# I. NORMAS ANULADAS

## SECCIÓN PRIMERA

1. El Acuerdo 02 de 2011, "Por medio del cual se reglamenta la radiodifusión de contenidos en el servicio público de televisión abierta", expedido por la Comisión Nacional de Televisión (CNTV): Los artículos 3 (parcial), 27 (parcial), 31 (parcial) y 48.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 16 de marzo de 2023, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-26-000-2011-00054-00.](#)

2. El Decreto 3168 de 2007, "Por el cual se establece la tasa y se fija la tarifa a favor de la Superintendencia Nacional de Salud para el ejercicio de sus funciones en el año 2007", proferido por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro de la Protección Social: el artículo 1.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de marzo de 2023, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001 03 27 000 2006 00036 00 acumulado con los procesos 11001 03 24 000 2008 00060 00 y 11001 03 24 000 2008 00386.](#)

3. El Acuerdo 08 de 2009, "Por el cual se establece la metodología para el cálculo del valor de las operaciones de estabilización", expedido por el Comité Directivo del Fondo de Estabilización para el Fomento de la Exportación de Carne, Leche y sus Derivados: la expresión "registrado para el momento en que se fije la compensación del producto sujeto de estabilización" contenida en el literal c) del artículo 3.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de marzo de 2023, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2009-00397-00.](#)

4. La Resolución 465 de 2007, "por la cual se autorizan siembras de maíz con la tecnología Yieldgard® (MON 810)", expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario ICA.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de julio de 2023, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2007-00273-00.](#)

5. La Directiva Presidencial 10 de 2013, "Guía para la realización de la Consulta Previa con Comunidades Étnicas": el segundo deber de la etapa 1; el segundo objeto y las actividades 2°, 3°, 4° y 5° del procedimiento para las convocatorias previsto en la etapa 2; el segundo paso y las consecuencias de la inasistencia señaladas en el paso 4 y en el paso 5 de la etapa 3; el paso 1 y los escenarios regulados en los pasos 2 y 3 de la etapa 4 para los eventos en que no existe acuerdo.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 10 de agosto de 2023, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2016-00164-00.](#)

6. La Resolución 7302 de 2005, "Por medio de la cual se revocan las Resoluciones 4105 del 25 de septiembre de 1997 y número 5964 del 9 de diciembre de 1998 y se expiden pautas para la atención integral y el Tratamiento Penitenciario", expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC: las expresiones: "[...] o del 70% de la pena impuesta en el caso de justicia especializada." del numeral 2.1.; y "de un setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, en caso de justicia especializada" del numeral 3.1. del artículo 10.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de septiembre de 2023, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-0324-000-2006 -00277-00.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

1. Apartes contenidos en el artículo 7º del Decreto N.º 4050 de 22 de octubre de 2008, “por medio del cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de mayo de 2023, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-01634-00\(5415-2018\)](#)

2. Resolución N° 002975 de 29 de agosto de 2017, expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC – “Por la cual convoca a proceso de selección para el otorgamiento de la distinción de Dragoneantes a Distinguidos en el Cuerpo de Custodia Penitenciaria y Carcelaria”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 6 de julio de 2023, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-00003-00 \(0003-2018\)](#).

## SECCIÓN TERCERA

1. El Decreto 1073 de 2015, expedido por el Presidente de la República de Colombia “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía”: Los artículos 2.2.3.5.2.2.1.1. (literal f) y 2.2.3.5.2.2.1.4. (literal a).

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2023, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-26-000-2021-00207-00\(67621\)](#).

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

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

3. La Directiva Presidencial No. 08 de 2022, expedida por el Presidente de la República de Colombia “A través de la presente directiva se imparten medidas para fortalecer la racionalización, la probidad y la eficiencia del gasto público, en desarrollo de los principios que rigen la función pública, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política”: Aparte contenido en el inciso 4º del numeral 1.1. “sí tales contratos serán suscritos con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas, lo cual verificarán previamente en la plataforma del SECOP”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 1 de diciembre de 2023, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 11001-03-24-000-2022-00393-00\(69231\)](#).

## SECCIÓN CUARTA

1. El Concepto 100208221-469 del 23 de abril de 2020, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN: en forma parcial.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de febrero de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2020-00010-00 \(25290\)](#).

2. La Ordenanza 00253 del 23 de enero de 2015, expedida por la Asamblea del Departamento del Atlántico: El literal d) del artículo 132, los literales b) y d) del artículo 133, los literales c) y d) del artículo 134,

el inciso 1° del artículo 138, el artículo 139 y la expresión “o a las personas que desempeñan tales funciones en virtud de disposición legal vigente” del artículo 141.

La Ordenanza 00287 del 15 de octubre de 2015, expedida por la Asamblea del Departamento del Atlántico: El artículo 11.

El Acuerdo 00013 del 10 de noviembre de 2015, proferido por el Concejo Distrital de Barranquilla: El artículo 5.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de marzo de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 08001-23-33-000-2017-00913-01 \(26719\)](#)

3. La Resolución SSPD 20191000022815 del 16 de julio de 2019, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios SSPD: El artículo 2 en forma parcial.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de marzo de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2021-00047-00 \(25615\).](#)

4. La Resolución 241 del 31 de diciembre de 2020, expedida por la Comisión Nacional de Regulación de Energía y Gas CREG.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de marzo de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00023-00 \(25531\).](#)

5. 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 artículo 1.2.1.25.6, adicionado por el Decreto 2235 de 2017.

El Oficio 012212 del 10 de mayo de 2018, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, el aparte “De lo dicho se puede predicar que los ingresos por rendimientos financieros se enmarcan dentro de los ingresos que no cumplen con lo establecido en el inciso 1° del citado artículo 1.2.1.25.6, en consecuencia, tal como lo informa el parágrafo 1° se reconocerán en el período gravable en que se realicen”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de febrero de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2020-00018-00 \(25352\).](#)

6. La Circular Instructiva 00022 del 19 de diciembre de 2018, expedida por el Director de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca: el aparte «los dineros por pagos realizados no serían objeto de devolución por parte de la autoridad tributaria departamental en caso que medie solicitud en tal sentido» del numeral 1 del acápite instructivo y el aparte «y no enviados a la Dirección de Ejecuciones Fiscales para su cobro» del numeral 3 del mismo acápite.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 18 de mayo de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 25000-23-37-000-2019-00456-01 \(27001\)](#)

7. El Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, “Por el cual se establece la regulación aduanera”, proferido por el Gobierno Nacional: “la palabra no contenida en el aparte “Dentro de los términos para decidir de fondo no se incluyen los requeridos para efectuar la notificación de dicho acto administrativo” del artículo 588, así como la misma palabra contenida en el siguiente aparte del artículo 607 “Dentro del término para decidir de fondo no se incluye el requerido para efectuar la notificación de dicho acto administrativo”.

El Decreto 1165 del 2 de julio de 2019, “Por el cual se dictan disposiciones relativas al régimen de aduanas en desarrollo de la Ley 1609 de 2013”, proferido por el Gobierno Nacional: del artículo 686 la palabra **no** contenida en el aparte “Dentro de los términos para decidir de fondo no se incluyen los requeridos para efectuar la notificación de dicho acto administrativo”, así como la misma palabra del artículo 705, en el siguiente aparte “Dentro del término para decidir de fondo no se incluye el requerido para efectuar la notificación de dicho acto administrativo”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de mayo de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2020-00015-00 \(25332\)](#)

8. La Ordenanza 397 del 18 de diciembre de 2014, expedida por la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca: Los artículos 410, 411, 412, 414, 415, 416, 417, 418, 419 y 426.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 1 de junio de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 76001-23-33-000-2015-00617-01 \(27121\)](#)

9. La Resolución 067 del 10 de mayo de 2006, "Por la cual se fijan las tarifas para el cobro de los servicios de evaluación y seguimiento de licencias ambientales, permisos, concesiones, autorizaciones y demás instrumentos de control y manejo ambiental" proferida por el Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta DADMA: Del artículo 17, los literales a), b) y c) y del artículo 18 AVISOS Y PENDONES, los literales a), b) y c) y artículo 18 MÓVIL, los literales a) y b).

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 1 de junio de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 47001-23-31-000-2011-00347-01 \(27423\) Acumulados.](#)

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

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

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

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

12. La Ordenanza 397 del 18 de diciembre de 2014, expedida por la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca: El inciso 3 del artículo 37.

La Ordenanza 474 del 22 de diciembre de 2017, expedida por la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca: El inciso 3 del artículo 45.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 6 de julio de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 76001-23-33-000-2019-00065-01 \(26905\).](#)

13. Los Oficios 0935 del 25 de julio de 2018 y 1275 del 31 de julio de 2018, expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, en forma parcial.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de julio de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2022-00041-00 \(26676\)](#)

14. 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: la expresión «propiedad, planta, equipo e inventario» contenida en la definición de inversión del artículo 1.2.1.23.1.1, adicionado por el artículo 2º del Decreto 1650 de 2017.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de julio de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2021-00095-00 \(26243\)](#)

15. La Ordenanza 473 del 21 de diciembre de 2017, expedida por la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca: apartes de los artículos 6 y 7 y el numeral 2 del artículo 10 en forma total.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de agosto de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 76001-23-33-000-2021-](#)

[00264-01 \(27455\)](#)

16. El Oficio 100208221-1118 del 15 de septiembre del 2020, expedido por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 31 de agosto de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00087-00 \(26136\)](#)

17. El Acuerdo 020 del 16 de septiembre de 2016, expedido por el concejo del municipio de Neiva, departamento del Huila: el artículo 11, en el siguiente aparte: «*siempre y cuando el incumplimiento del pago sea del total de la factura del servicio de energía eléctrica por parte de los contribuyentes*».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de agosto de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 41001-23-33-000-2017-00142-01 \(25642\)](#)

18. Los Conceptos 100208221-784 del 2 de julio de 2020 y 100208221-1152 del 28 de julio de 2021, y el numeral II del Concepto 100202208-338 del 24 de septiembre de 2021, expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de agosto de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2022-00008-00 \(26345\)](#)

19. El Acuerdo 041 del 8 de diciembre de 2001, expedido por el concejo del municipio de Rionegro, departamento de Antioquia: los artículos décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 31 de agosto de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 05001-23-31-000-2010-01223-01 \(26044\)](#)

20. El Decreto 4023 del 28 de octubre de 2011, proferido por el Ministerio de la Protección Social: los incisos 4 y 5 del artículo 12.

El Decreto 674 del 2 de abril de 2014, proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social: los incisos 4 y 5 del artículo 1, modificadorio por el artículo 12 del Decreto 4023 de 2011.

El Decreto 780 del 6 de mayo de 2016, proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social: el artículo 2.6.1.1.2.2.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 7 de septiembre de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-24-000-2022-00370-01 \(27103\)](#)

21. La Circular 000013 del 27 de mayo de 2016, expedida por la Secretaría de Hacienda de la Gobernación de Cundinamarca.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 7 de septiembre de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 25000-23-37-000-2016-01853-01 \(26488\)](#)

22. La Ordenanza 077 del 23 de diciembre de 2014, "Por medio de la cual se expide el Estatuto Tributario del Departamento de Santander", proferida por la Asamblea del mismo departamento: El aparte «10 días hábiles» contenido en el numeral 1º del artículo 160, relativo al término para solicitar la devolución de lo pagado en exceso o no debido del impuesto de registro ante el departamento.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de octubre de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2019-00544-01 \(27662\)](#)

23. Los Conceptos 907362 del 26 de julio de 2021 y 90112 del 14 de febrero de 2022, expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de septiembre de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2022-00007-00 \(26344\) Acumulados.](#)

24. El Oficio 1909 [019349] del 5 de agosto de 2019, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de octubre de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2022-00038-00 \(26652\).](#)

25. El Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo", proferido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo: el párrafo 2 del artículo 2.2.2.49.2.10.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de octubre de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-24-000-2020-00460-00 \(26366\).](#)

26. El Oficio 1397 del 29 de octubre de 2020, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 9 de noviembre de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00050-00 \(25631\)](#)

27. 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: la expresión «sin que se requiera acto administrativo que así lo indique» contenida en el párrafo segundo del artículo 1.6.1.29.3, sustituido por el artículo 1 del Decreto 963 de 2020.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 9 de noviembre de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2022-00039-00 \(26662\).](#)

**SENTENCIAS DE  
UNIFICACIÓN**



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

---

**JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS**

# SECCIÓN PRIMERA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

### JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

## **La efectividad de la garantía en los procedimientos administrativos aduaneros constituida mediante póliza de seguro de cumplimiento y la prescripción de la acción del beneficiario contra el asegurador**

**Síntesis del caso:** La sociedad comercial SEGUROS DEL ESTADO S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, con el objeto de que se declare la nulidad de los mediante los cuales se impuso sanción a un declarante en el régimen de importación y se ordenó hacer efectiva la póliza 042110926, por valor de \$2.237.637.237,30.

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / DIAN / OBLIGACIÓN ADUANERA / GARANTÍA ADUANERA / TRIBUTO ADUANERO / SANCIÓN ADUANERA / GARANTÍA EN REEMPLAZO DE LA APREHENSIÓN DE LA MERCANCÍA / COMPAÑÍA DE SEGUROS / CONTRATO DE SEGURO / PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA / PÓLIZA DE SEGURO / INTERÉS ASEGURABLE / RIESGO ASEGURABLE / PRIMA DEL SEGURO / SINIESTRO / CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO / PRESCRIPCIÓN / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN / APLICACIÓN DE LA NORMA / CONTENIDO DE LA NORMA / CONDICIONES DE LA PÓLIZA DE SEGURO**

**Problema jurídico 1:** Determinar: (i) en qué consiste el siniestro en este tipo de pólizas de cumplimiento de obligaciones legales por imposición de sanciones administrativas; (ii) cuándo debe entenderse ocurrido el siniestro, y (iii) cómo debe computarse la prescripción de las acciones de las que dispone la administración pública para reclamar las indemnizaciones frente a las compañías de seguro.

**Tesis 1:** La Sala, una vez expuestas las posiciones asumidas en el interior de la Sección, debe empezar por señalar que, si bien es cierto se muestran contrapuestas, las mismas parten, en general, de presupuestos distintos signados por el contenido de las disposiciones que ordenan constituir las garantías y de las pólizas de seguros mediante las cuales se cumple con tal mandato. [...] La cita de las mencionadas normas [Decretos 2685 de 1999, 2689 de 1999 y la Resolución 4.240 de 2000], permiten evidenciar la existencia de una diversidad de disposiciones que ordenan la constitución de garantías de muy disímil índole, como aquellas requeridas por el ejercicio de cierta actividades en materia aduanera y otras requeridas para determinados regímenes o trámites aduaneros, las cuales, en consecuencia, determinarán, asimismo, el contenido de las pólizas de seguros de cumplimiento de disposiciones legales —en particular los riesgos a cargo del asegurador— que deben constituirse. [...] Nótese que la autonomía de la voluntad de las partes debe verificarse en cada caso concreto para así determinar las condiciones generales de la póliza, esto es, la materia de cobertura, el valor asegurado, las exclusiones, los deducibles, las garantías, entre otros aspectos. Así las cosas, para efectos de establecer cuándo debe entenderse ocurrido el siniestro y qué hecho o situación fáctica lo ocasiona, la Sala unificará su postura, no para acoplarse definitivamente a alguna de ellas desechando la otra, sino, por el contrario, para acoger ambas posiciones cuya aplicación al caso en concreto dependerá de las normas que ordenan la constitución de la garantía y, además, del contenido de la póliza de seguros, en la medida en que aquel documento establece y delimita los riesgos asumidos por el asegurador. A propósito de la delimitación de los riesgos asumidos por el asegurador, no debe olvidarse que el contrato de seguro es de interpretación restrictiva, lo cual implica que: «[...] únicamente podría calificarse como siniestro aquel evento incierto, que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario, y que encaja fielmente con la descripción abstracta de las coberturas que se incluyó en la póliza de seguro [...]». En este orden de ideas, es posible sostener que el siniestro en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales se configura con el incumplimiento, en sí mismo, de las obligaciones aduaneras, el cual debe tener ocurrencia dentro del término de vigencia de la garantía, siempre que así lo establezca la norma que ordena la constitución de la garantía y la póliza de seguros constituida en cumplimiento de tal disposición legal, con lo cual, el acto administrativo que constata tal incumplimiento adquiere una naturaleza declarativa, lo cual significa, precisamente, que la manifestación de voluntad de la administración solo tiene la virtud de acreditar la existencia del hecho o de la situación jurídica ya acaecida. La consecuencia de tal postura, en lo que a la contabilización del término de prescripción se refiere, será que el acto administrativo que declara el incumplimiento de una obligación garantizada debe expedirse dentro de la vigencia de la póliza o dentro de los dos años siguientes a la fecha en que la administración tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la

existencia del riesgo asegurado, para evitar así el acaecimiento del fenómeno de la prescripción regulado en el artículo 1081 del Código de Comercio. Tal postura puede advertirse con claridad en el pronunciamiento contenido en la sentencia de 26 de julio de 2012, citada anteriormente, resaltando que, como lo advirtió la Sala en aquella oportunidad, el riesgo asumido por el asegurador consistió en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de importación temporal para reexportación contenido, para aquella época, en el artículo 42 del Decreto N.º 1909 de 1992, por lo que el siniestro resultó ser, precisamente, el hecho mismo del incumplimiento de aquellas obligaciones, lo que acaeció en vigencia del contrato de seguros. De otra parte, es posible sustentar la posición consistente en que el siniestro en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales se materializa con la expedición de los actos administrativos ejecutoriados y en firme que imponen sanciones, siempre que así lo establezca la norma que ordena la constitución de la garantía y la póliza de seguros constituida en cumplimiento de tal disposición legal; actos administrativos que, en todo caso, deben proferirse dentro del término de vigencia del contrato de seguros. En oposición a la postura anterior, los actos administrativos a los que se ha hecho referencia -aquellos que imponen sanciones- son constitutivos del siniestro, lo cual quiere indicar que son estos los que crean dicha situación jurídica -el siniestro- y no se limitan a acreditar su existencia. La consecuencia de tal postura, en lo que a la contabilización del término de prescripción se refiere, será la inoperancia de aquel término en la medida en que, de manera general, los actos administrativos ejecutoriados y en firme mediante los cuales se imponen las sanciones por parte de la autoridad aduanera, igualmente, ordenan hacer efectiva la respectiva garantía. Tal posición puede ser advertida en la controversia resuelta en la sentencia de 25 de febrero de 2021 puesto que, a diferencia de lo expuesto en la providencia de 26 de julio de 2012, el riesgo asegurado fue el pago de los tributos aduaneros y las sanciones a que hubiera lugar por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades en el ejercicio de la actividad de intermediación aduanera contenidas, para esa época, en el Decreto 2689 de 1999, en el Decreto 1232 de 2001, en el Decreto 3600 de 2005, en la Resolución 4240 de 2000 y en la Resolución 7.002 de 2001, por lo que el siniestro lo constituía, además del impago de los tributos aduaneros, la imposición de sanciones al intermediario aduanero con ocasión del desarrollo de su actividad. Nótese que, en aquella oportunidad, la conducta que dio lugar a la sanción impuesta fue el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, consistente en no dejar a disposición las mercancías a las cuales se les había cancelado el levante. Sin embargo, para garantizar el cumplimiento de tal obligación aduanera no fue constituida una garantía específica, sino que fue presentada la garantía que debe constituir la sociedad de intermediación aduanera para desarrollar su actividad y cuyos riesgos asegurados, entre otros, consistían en las sanciones que le fueran impuestas a dicha entidad por el ejercicio de tal actividad. [...] Por lo anterior, la Sala considera que el establecer cuándo debe entenderse ocurrido el siniestro y qué hecho o situación fáctica lo ocasiona o lo origina, dependerá de las normas que ordenan la constitución de la garantía y, además, del contenido de la póliza de seguros, en la medida en que aquel documento precisa y delimita los riesgos asumidos por el asegurador, que para el caso de las sanciones ocurrirá con el acto administrativo ejecutoriado y en firme que la imponga, como acto constitutivo que es.

## **REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / GARANTÍA ADUANERA / PÓLIZA DE SEGURO / SINIESTRO / CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO / PRESCRIPCIÓN / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN**

**Problema jurídico 2:** *Reglas respecto de siniestro y la prescripción en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales.*

**Tesis 2:** 153.1. El siniestro en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales en materia aduanera, se materializa: 153.1.1. Al momento del incumplimiento de las obligaciones legales aduaneras, caso en el cual el acto administrativo es declarativo y la póliza que ampara el riesgo será la vigente al momento de la ocurrencia del siniestro. 153.1.2. Con la firmeza del acto administrativo que impone la sanción y ordena pagar a la aseguradora la suma correspondiente, caso en el cual el acto administrativo es constitutivo y la póliza que ampara el riesgo será la vigente al momento de la firmeza del acto administrativo. 153.1.3. En todo caso, la materialización del siniestro, conforme con las reglas anteriores, dependerá del contenido del contrato de seguro y de la norma que ordena la constitución de la garantía. 153.2. En el evento en que el siniestro se materialice con el incumplimiento de las obligaciones legales aduaneras, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de cumplimiento de disposiciones legales en materia aduanera empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del siniestro que da lugar a la acción. 153.3. El término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de disposiciones legales no correrá, en el evento en que el siniestro lo constituya la firmeza del acto administrativo que impone la sanción.

## **DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN / DIAN / COMPAÑÍA DE SEGUROS / PÓLIZA DE SEGURO / CERTIFICADO DE ORIGEN / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ADUANERA / SANCIÓN /**

**MULTA / SOCIEDAD DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA EN MATERIA ADUANERA / VIGENCIA DE LA PÓLIZA DEL CONTRATO DE SEGURO / SINIESTRO / CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO / ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / FIRMEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / FALTA DE COMPETENCIA / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**Problema jurídico 3:** [D]eterminar si debe declararse la nulidad de los actos administrativos acusados, esto es, las resoluciones N.º 000495 de 3 de marzo de 2008 y 001454 de 25 de junio de 2008, puesto que se expidieron sin competencia en lo atinente a la declaratoria de incumplimiento y la orden de hacer efectiva la póliza de seguros N.º 42110926.

**Tesis 3:** La Sala, para resolver el cargo formulado, debe poner de relieve que la vigencia de la póliza no es más que la vigencia del contrato de seguro, prevista como uno de los contenidos del mismo en el artículo 1047, numeral 6, del Código de Comercio, y se entiende como el período de tiempo dentro del cual surte sus efectos y en el que los riesgos son asumidos por el asegurador, según las condiciones del contrato y en virtud de la autonomía de la voluntad. Cabe anotar que, para el presente caso, debe aplicarse la posición consistente en que el siniestro en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales en materia aduanera, se materializa con la firmeza del acto administrativo que impone la sanción y ordena pagar a la aseguradora la suma correspondiente, precisamente porque a través de las resoluciones cuestionadas se impuso a «la Sociedad de Intermediación Aduanera UTI ADUANTAS DE COLOMBIA S.A. SIA HOY UTI COLOMBIA S.A. SIA» multa por la suma de \$2.237.637.237,30, firmeza que debe acaecer dentro de la vigencia del contrato de seguros. Con fundamento en las anteriores premisas, se tiene que, mediante las resoluciones N.º 035-064-221-2008-000495 de 3 de marzo de 2008 y 35-072- 001454 de 25 de junio de 2008, se decidió lo siguiente: «[...] ARTÍCULO PRIMERO: Imponer a la Sociedad de Intermediación Aduanera UTI ADUANAS DE COLOMBIA S.A. SIA HOY UTI COLOMBIA S.A. S.I.A con NIT 830.001.161 multa a favor de la UAE-DIAN Administración Especial de Aduanas de Buenaventura por la suma de DOS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONE SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON TREINTA CENTAVOS MCTE (\$2.237.637.237,30.oo.MCTE) de conformidad con lo establecido en el numeral 1.2 del artículo 495 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 42 del Decreto 1232 de 2001, según lo expuesto en la parte motiva del presente Acto Administrativo[...]» — Resolución N.º 035-064-221-2008-000495 de 3 de marzo de 2008—. En dichos actos administrativos se ordenó hacer efectiva la póliza de seguros N.º 421109261, expedida por la Compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., la cual tiene la siguiente cobertura de amparo: «[...] GARANTIZAR EL PAGO DE LOS TRIBUTOS ADUANEROS Y DE LAS SANCIONES A QUE HAYA LUGAR POR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES EN EL OBJETO DE LA ACTIVIDAD DE SOCIEDAD DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA CONTENIDAS EN EL DECRETO 2685 DE 1999 Y RESOLUCIÓN 4240 DE 2000 Y DEMÁS NORMAS QUE LO MODIFIQUEN Y/O ADICIONEN (...) VALOR ASEGURADO (...) 424.404.000.00\$[...]». El artículo 25 del Decreto 2685 de 1999 estableció el régimen de garantías aplicable a las sociedades de intermediación aduanera advirtiendo que aquellas deberían constituir y presentar una garantía bancaria o de compañía de seguros, para garantizar el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades consagradas en el decreto. De esta manera, se entiende ocurrido el siniestro con la expedición y firmeza de las resoluciones N.º 035-064-221-2008-000495 de 3 de marzo de 2008 y 35-072-001454 de 25 de junio de 2008, toda vez que mediante aquellas se sancionó a «[...] UTI ADUANAS DE COLOMBIA S.A. SIA [...]»; eventualidad que se encuentra cubierta por la póliza de seguros N.º 421109261, expedida por la Compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., la cual se constituyó en virtud de lo previsto en el artículo 25 del Decreto 2685 de 1999. Ahora bien, la póliza de seguros N.º 421109261, expedida por la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A. lo fue para la vigencia comprendida entre el 20 de diciembre de 2004 y el 20 de marzo de 2006, razón por la que resulta evidente que las resoluciones acusadas fueron expedidas por fuera de la vigencia de la garantía. La Sala, en este orden de ideas, considera que debe revocarse la sentencia apelada, tal como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia, y, en su lugar, se declarará la nulidad parcial de las resoluciones N.º 035-064-221- 2008-000495 de 3 de marzo de 2008 y 35-072-001454 de 25 de junio de 2008, únicamente, en cuanto ordenaron la efectividad de la garantía en contra de la Compañía Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., lo cual impone, como consecuencia de la anterior declaración, acceder al restablecimiento del derecho solicitado. Lo anterior resulta acorde con la última decisión proferida por esta Sección sobre el particular, la cual está contenida en la sentencia del 25 de febrero de 2021, providencia en la que se concluyó que, en la medida en que lo allí asegurado «fue el pago de sanciones por infracciones aduaneras por infracciones de intermediación aduanera», el riesgo amparado se materializaba con la decisión de sancionarla a través de multa «mediante acto administrativo debidamente ejecutoriado».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 29 de junio de 2023, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 76001-23-31-000-2008-00846-01.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

## **1. La Sección Segunda del Consejo de Estado profirió sentencia de unificación con relación a la pensión mínima del desmovilizado.**

**Síntesis del caso:** La demandante cuenta con más de 62 años de edad y laboró como docente al servicio del Distrito Capital de Bogotá durante el periodo comprendido entre el 2 de febrero de 1970 y el 11 de abril de 1983, esto es durante 13 años, 2 meses y 10 días. Perteneció al grupo armado «Movimiento 19 de abril», del cual se desmovilizó el 31 de octubre de 1990, como resultado de un proceso de paz. El 28 de mayo de 2012 solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación que fue negada por medio de la Resolución 4107 del 19 de julio de 2012, suscrita por el director de talento humano (e) de la Secretaría de Educación de Bogotá, en nombre y representación del FOMAG.

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PENSIÓN DEL DESMOVILIZADO / PROCESO DE PAZ / PRINCIPIO DE IGUALDAD / SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES / PENSIÓN ESPECIAL / RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA / INAPLIACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD**

**Problema jurídico 1:** ¿El artículo 147 de la Ley 100 de 1993 regula un régimen especial de pensiones y, por tanto, fue derogado por el Acto Legislativo 1 de 2005, según lo previsto por el artículo 9 de la Ley 153 de 1887?

**Tesis 1:** “[...] De la interpretación sistemática de la Ley 100 de 1993 junto con su artículo 147, se colige que la garantía de pensión mínima para los desmovilizados hace parte del Sistema General de Pensiones y no constituye un régimen especial. Por el contrario, es otra especie de la pensión de vejez prevista en tal ley que contiene una regla especial al indicar que solo se deben cotizar 500 semanas. Esta particular previsión la convierte en una «pensión de vejez especial» que depende en todo de la estructura normativa del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para su aplicación y, por ende, hace parte de este. De acuerdo con lo anterior, tal prestación no fue derogada con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, por cuanto este solo prohibió y derogó los regímenes exceptuados y especiales de pensiones. La reforma constitucional no dispuso igual medida en relación con las reglas especiales que en materia pensional el legislador puede adoptar dentro del régimen general con el fin de beneficiar a un sector de la población vulnerable, como lo son los desmovilizados. El acto legislativo mencionado también derogó o prohibió que se expidieran este tipo de normas que conllevaría aceptar que no pueden tampoco subsistir otras pensiones especiales como las reguladas en el parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la de labores de alto riesgo y la familiar y, por tanto, desconocer que tal reforma debe ser interpretada también en armonía con el artículo 13 ibidem que exige de un Estado Social de Derecho la adopción de medidas para garantizar la igualdad material de los grupos más vulnerables. Precisamente, esta última razón permite aseverar que el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 tampoco desconoció el mandato de sostenibilidad financiera que adicionó el Acto Legislativo 1 de 2005 (i) porque cuando se trata de poblaciones marginadas y vulnerables como los desmovilizados se debe aplicar en concordancia con los principios de igualdad en sentido material y solidaridad que deben prevalecer a la hora de definir el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones; y (ii) ya que es una norma anterior a la orden dada por la reforma constitucional, pues esta es clara en disponer que son las leyes expedidas con posterioridad a su vigencia las que deben asegurar la sostenibilidad financiera del sistema. De acuerdo con lo anterior, tal prestación no fue derogada con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, por cuanto este solo prohibió y derogó los regímenes exceptuados y especiales de pensiones. La reforma constitucional no dispuso igual medida en relación con las reglas especiales que en materia pensional el legislador puede adoptar dentro del régimen general con el fin de beneficiar a un sector de la población vulnerable, como lo son los desmovilizados. Conclusión y regla de unificación. De acuerdo con lo expuesto, se concluye que el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 establece una pensión especial en favor de quienes se desmovilizaron de manera colectiva como resultado de un proceso de paz celebrado entre el gobierno nacional y un grupo armado ilegal facultado por la ley para realizar este tipo de negociaciones. Esta prestación social hace parte del

Sistema General de Pensiones, específicamente, de la estructura normativa del subsistema denominado Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por tanto, la regulación tampoco desconoce el principio de sostenibilidad financiera, por tratarse de una medida necesaria en favor de un grupo determinado de la población vulnerable y marginado como los desmovilizados, que amerita un trato diferenciado en virtud de los principios de igualdad y solidaridad. De otro modo su derecho a la seguridad social en pensiones se vería comprometido por las características propias de sus condiciones de vida que dificultan su acceso al mercado laboral y, por tanto, al sistema pensional [...]"

### **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PENSIÓN DEL DESMOVILIZADO / DESMOVILIZACIÓN COLECTIVA / PROCESO DE PAZ / PARTICIPANTES EN EL PROCESO DE PAZ / BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN**

**Problema jurídico 2:** *¿Solo son beneficiarios de la pensión mínima los desmovilizados que han sido parte de una desmovilización colectiva en el contexto de un proceso paz, lo que excluya a los inmovilizados individuales?*

**Tesis 2:** [...] El legislador pretendió cumplir el deber impuesto en el preámbulo y los artículos 2 y 22 de la Constitución Política de asegurar y consolidar el valor superior de la paz. En efecto, el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 es una medida legislativa adoptada por parte del Estado en favor de los miembros de los grupos armados ilegales que eligieron abandonar el conflicto armado haciéndose partícipes de un proceso de paz. Por tanto, constituye uno de tantos incentivos económicos que el Estado suele ofrecer a los desmovilizados para facilitar la aplicación de esta clase de acuerdos, su reincorporación a la sociedad y evitar su reincidencia en las actividades irregulares. Ciertamente, la finalidad de la disposición está dirigida a que esta población tenga la real posibilidad de adquirir el derecho a una pensión de vejez tal como la tienen los demás miembros de la sociedad, pese a que, por participar en el conflicto armado, tuvieron una participación limitada del mercado laboral y, por tanto, del Sistema General de Pensiones. Se torna así en una garantía de protección en su favor para acceder a una vida digna en su vejez, de suerte que su mínimo vital en esta etapa de la vida no se afecte por esta última situación que les resta probabilidades de completar los requisitos pensionales generales. Este mandato del artículo 147 encuentra su razón de ser en el derecho que le asiste a los desmovilizados a obtener un trato especial por parte del Estado por su decisión de abandonar la guerra y regresar a la vida civil para ejercer el derecho a la paz. Por tanto, hace parte del paquete de acciones implementadas en el marco de los procesos de paz que se han adoptado en el país a través de las normas de contenido transicional judiciales y extrajudiciales cuyo fin ha sido resolver los problemas de violencia generalizada, endémica y de largo tiempo de nuestra sociedad. Entre estas se encuentran las leyes 418 de 1997 y 1592 de 2012, sus decretos reglamentarios 1391 de 2011 y 3011 de 2013 y en los decretos legislativos 897 y 899 de 2017, ya mencionados en la parte primera de esta providencia. Lo anterior guarda consonancia con el deber que le asiste a un Estado Social de Derecho de proteger a los sectores de la población más vulnerables y marginados. Tal compromiso se desprende del contenido del artículo 13 Constitucional que regló la igualdad como un principio y derecho e impuso la obligación de promoverla de manera real y efectiva a través de la adopción de acciones positivas concretas en favor de estos grupos para lograr su participación en la vida económica y social. Tal es el caso de los desmovilizados quienes por las condiciones de vida específicas que se encuentran dentro de la sociedad a la que se reintegran ameritan que reciban un trato diferente que les posibilite su reincorporación. Ello, por cuanto el entorno en el que vivían cambia en el postconflicto y los ubica en una realidad nueva con situaciones de riesgo o de indefensión que les dificulta la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad con los demás miembros de la sociedad (...) la pensión mínima para desmovilizados reglada en el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 es una medida legislativa adoptada con el objetivo de cumplir con el deber que imponen el preámbulo y los artículos 2 y 22 de la Constitución Política al Estado de buscar la paz y superar el conflicto armado. También encaja dentro del marco de la justicia transicional en favor de los desmovilizados cuyo fin es facilitar las condiciones socioeconómicas de su reincorporación definitiva a la sociedad. Y, por último, es una medida que busca protegerlos como población vulnerable y garantizar su mínimo vital en su etapa de vejez, que puede verse afectado por su ausencia del mercado laboral durante años por su participación en el conflicto armado y, por tanto, por su falta de cotizaciones. (...) el legislador, además de exigir que el beneficiario o

beneficiaria tuviera como nacionalidad la colombiana, fijó cuatro presupuestos para poder tener derecho a la prestación social. (i) El estatus jurídico de desmovilizado. Este requisito implica que quien reclama la prestación social dejó de manera voluntaria de pertenecer a una organización armada y abandonó todas las actividades que esta ejercía (...)(ii) Que la desmovilización hubiese ocurrido en el marco de un proceso de paz antes o con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Este presupuesto permite que se beneficien de la garantía de pensión mínima quienes hubiesen adquirido el estatus jurídico de desmovilizado incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Es así porque el artículo 147 ibidem indica que tienen derecho aquellos que «[...] se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro [...]». De este modo, la normativa otorgó este derecho de manera retroactiva y sin limitaciones en el tiempo. (...) ley colombiana ha regulado de modo distinto las desmovilizaciones en cuatro periodos. En el primero regló las individuales como incentivo para que los miembros de los grupos armados dejaran las armas a cambio de recibir beneficios jurídicos y sin mediar un proceso de paz. En el segundo incluyó las colectivas derivadas de este tipo de diálogos, pero solo para organizaciones rebeldes. En el tercero reglamentó ambas desmovilizaciones y permitió la negociación de paz con agrupaciones armadas ilegales diferentes a las guerrilleras que tuvieran control territorial. Y en el cuarto limitó las negociaciones en procesos de paz con grupos facultados para adelantar diálogos políticos y dispuso que los demás colectivos ilegales solo pueden someterse a la justicia. Así las cosas (i) las desmovilizaciones han sido individuales o colectivas; (ii) algunas veces solo procedían para las guerrillas y en otras también respecto de grupos armados ilegales distintos con control territorial, lo que dependía de la norma vigente al momento de su realización; y (iii) no siempre han tenido como soporte un proceso de paz, pues también han sido utilizadas por el gobierno como estrategia para desmantelar tales organizaciones. Bajo estos parámetros, se deduce que no todos los «desmovilizados» pueden ser beneficiados de la pensión que regula el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, puesto que la norma solo aplica a «[l]os colombianos que acogidos a procesos de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro [...]» (Se resalta). En ese sentido, se descarta que la norma sea aplicable para quienes se desmovilizaron de forma individual, en vigor de cualquiera de las leyes antes referidas, puesto que estas desmovilizaciones no fueron el resultado de un proceso de paz entre el gobierno nacional y la organización armada ilegal (guerrilla o autodefensas). Por el contrario, fue una decisión unilateral de cada integrante y aceptada en virtud de la política del gobierno que buscaba desmontar las estructuras de tales grupos al incentivar su abandono a cambio de beneficios jurídicos. Así las cosas, quienes pueden reclamar el reconocimiento de la prestación social son los desmovilizados cuyo abandono de la organización armada ilegal a la que pertenecían fue la consecuencia de una negociación previa de paz, efectuada entre el gobierno nacional y esta para dar una solución pacífica al conflicto armado. Solo en este contexto se cumple el supuesto que exige el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 [...]"

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PENSIÓN DEL DESMOVILIZADO / PENSIÓN DE VEJEZ / ACREDITACIÓN DE LOS REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE VEJEZ / NACIONALIDAD / PARTICIPANTES EN EL PROCESO DE PAZ / DESMOVILIZACIÓN COLECTIVA**

**Problema jurídico 3:** *¿Para tener derecho al reconocimiento de la pensión mínima de desmovilizado se exige tener nacionalidad colombiana y opera para aquellos que hayan participado en un proceso de paz anterior o posterior a la expedición de la Ley 100 de 1993, o lo hagan en el futuro?*

**Tesis 3:** "[...] el legislador, además de exigir que el beneficiario o beneficiaria tuviera como nacionalidad la colombiana, fijó cuatro presupuestos para poder tener derecho a la prestación social. (i) El estatus jurídico de desmovilizado. Este requisito implica que quien reclama la prestación social dejó de manera voluntaria de pertenecer a una organización armada y abandonó todas las actividades que esta ejercía (...); (ii) Que la desmovilización hubiese ocurrido en el marco de un proceso de paz antes o con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Este presupuesto permite que se beneficien de la garantía de pensión mínima quienes hubiesen adquirido el estatus jurídico de desmovilizado incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Es así porque el artículo 147 ibidem indica que tienen derecho aquellos que «[...] se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro [...]». De este modo, la normativa otorgó este derecho de manera retroactiva y sin limitaciones en el tiempo. (...) ley colombiana ha regulado de modo distinto las desmovilizaciones en cuatro periodos. En el primero regló las individuales como incentivo para que los miembros de los grupos armados dejaran las armas a cambio de recibir

beneficios jurídicos y sin mediar un proceso de paz. En el segundo incluyó las colectivas derivadas de este tipo de diálogos, pero solo para organizaciones rebeldes. En el tercero reglamentó ambas desmovilizaciones y permitió la negociación de paz con agrupaciones armadas ilegales diferentes a las guerrilleras que tuvieran control territorial. Y en el cuarto limitó las negociaciones en procesos de paz con grupos facultados para adelantar diálogos políticos y dispuso que los demás colectivos ilegales solo pueden someterse a la justicia. Así las cosas (i) las desmovilizaciones han sido individuales o colectivas; (ii) algunas veces solo procedían para las guerrillas y en otras también respecto de grupos armados ilegales distintos con control territorial, lo que dependía de la norma vigente al momento de su realización; y (iii) no siempre han tenido como soporte un proceso de paz, pues también han sido utilizadas por el gobierno como estrategia para dismantelar tales organizaciones. Bajo estos parámetros, se deduce que no todos los «desmovilizados» pueden ser beneficiados de la pensión que regula el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, puesto que la norma solo aplica a «[l]os colombianos que acogidos a procesos de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro [...]» (Se resalta). En ese sentido, se descarta que la norma sea aplicable para quienes se desmovilizaron de forma individual, en vigor de cualquiera de las leyes antes referidas, puesto que estas desmovilizaciones no fueron el resultado de un proceso de paz entre el gobierno nacional y la organización armada ilegal (guerrilla o autodefensas). Por el contrario, fue una decisión unilateral de cada integrante y aceptada en virtud de la política del gobierno que buscaba desmontar las estructuras de tales grupos al incentivar su abandono a cambio de beneficios jurídicos. Así las cosas, quienes pueden reclamar el reconocimiento de la prestación social son los desmovilizados cuyo abandono de la organización armada ilegal a la que pertenecían fue la consecuencia de una negociación previa de paz, efectuada entre el gobierno nacional y esta para dar una solución pacífica al conflicto armado. Solo en este contexto se cumple el supuesto que exige el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 [...] “

**Problema jurídico 4:** *¿Existen diferentes autoridades que acreditan la condición de desmovilizado para efecto de la reclamación del reconocimiento de la pensión mínima?*

**Tesis 4:** [...] comoquiera que ha sido diferente la normativa que ha regulado los procesos de desmovilización colectiva en Colombia, la prueba para acreditar la condición de desmovilizado que exige el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 difiere en cada caso. Para tal efecto, se deberá revisar el marco jurídico bajo el cual se efectuó el proceso de desmovilización, puesto que cada uno otorgó a distintas entidades la función de llevar los registros de las desmovilizaciones. Ello se evidencia en el siguiente análisis: La Ley 77 de 1989 no señaló cuál entidad era la encargada de recopilar los datos de las personas que se desmovilizaban en el marco del proceso de paz. Sin embargo, su Decreto Reglamentario 206 de 1990 estableció que los beneficios de indulto y amnistía para los desmovilizados de manera individual y colectiva debían adelantarse ante el Ministerio de Justicia. Para los segundos la norma dispuso que este ministerio entregaría a los distintos tribunales la lista de las personas integrantes del grupo guerrillero. Esa información la recopilaba el Ministerio del Interior con fundamento en la suministrada por el vocero de la organización rebelde. En esas condiciones, ambos ministerios poseían los datos y eran usados para efectos de aplicar los beneficios del proceso de paz. Por tanto, a falta de una entidad con la función de certificar el estatus de desmovilizado colectivo cualquiera de las dos entidades puede hacerlo al contar con los registros entregados por los voceros de las agrupaciones armadas. En consecuencia, sirve la certificación que emita uno u otro para demostrar la condición de desmovilizado en el marco del proceso de paz regido por la Ley 77 de 1989. En cuanto al proceso de desmovilización de que trata la Ley 104 de 1993, el artículo 14 ordenó al Ministerio del Interior y a la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, en conjunto elaborar las listas de los guerrilleros reubicados para su desmovilización de acuerdo con la certificación emitida por los voceros del respectivo grupo. A su vez, en su artículo 50 indicó que ese ministerio elaboraría la lista de los rebeldes indultados. Por ende, ambas dependencias pueden certificar si una persona se encuentra en las listas de desmovilizados que regresaron a la vida civil en el marco del acuerdo de paz que regula la norma citada. En vigencia de las leyes 418 de 1997 y 782 de 2002 y las demás que las prorrogaron y modificaron, incluida la Ley 2272 de 2022, corresponde certificar la calidad de desmovilizado colectivo al Alto Comisionado para la Paz, de acuerdo con la lista suministrada por los voceros o miembros representantes de la organización ilegal desmovilizada. Así lo disponen los artículos 8, párrafo 5, y 53 de la primera ley 127 (Ley 418 de 1997) y el Decreto 1081 de 2015128 así como el artículo 2 del Decreto 899 de 2017129 en el caso de los

desmovilizados de las FARC. El primer decreto (Decreto 1081 de 2015) señaló que la lista la debe recibir ese funcionario quien deberá aceptarla mediante acto administrativo que constituye la prueba de la pertenencia al grupo armado y su desmovilización. Es esta lista la que «[...] habilita al desmovilizado para acceder, previa dejación de las armas, al proceso de reincorporación social, política y económica y al tratamiento jurídico especial que se acuerde». El Alto Comisionado para la Paz también es el encargado de certificar la condición de desmovilizado para quienes lo hicieron en rigor de la Ley 975 de 2005. Así lo regula su Decreto reglamentario 3011 de 2013 indicar que las listas de los desmovilizados colectivos solo se integran «[...] con los nombres e identidades de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado colectivamente de conformidad con la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifican y prorrogan». Por ende, se remite a la aplicación del Decreto 1081 de 2015 que reglamentó esta última ley y al que se hizo alusión en el párrafo precedente.

### **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PENSIÓN DEL DESMOVILIZADO/ ACREDITACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ / EDAD / SEMANAS DE COTIZACIÓN**

**Problema jurídico 5:** *¿Se exige el cumplimiento de determinada edad y semanas de cotización para reconocer la pensión mínima a los desmovilizados?*

**Tesis 5:** “[...] El artículo 147 ibidem [Ley 100 de 1993] dispone que la pensión se adquirirá cuando la persona desmovilizada alcance «[...] las edades establecidas en la presente Ley». Prescribe entonces que para obtenerla debe cumplir la edad fijada en el artículo 33 ibidem del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no señaló esta como un requisito para acceder al derecho. Es así, además, porque por disposición de la normativa prestacional el monto pensional es el reglado en el artículo 35 ejusdem del RPM para la pensión mínima no inferior al salario mínimo al ordenar que se debe reconocer «[...] con garantía de pensión mínima en el régimen de Prima Media con Prestación Definida». Por tanto, se descarta la aplicación de la edad fijada para la pensión mínima el RAIS. En consecuencia, por virtud del artículo 147 de la Ley 100 de 1993 el desmovilizado o desmovilizada debe acreditar la edad exigida por el artículo 33 ibidem de 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre si completó los requisitos antes del 1 de enero de 2014. (iv) La cotización de mínimo 500 semanas. Este requisito varía en relación con el exigido para la pensión de vejez en el RPM y en el RAIS y es más benéfico para los desmovilizados. Su razón de ser, tal como se expuso en el capítulo precedente, obedece a las condiciones de vida particulares de estos y a la obligación que le asiste al Estado de establecer medidas legislativas para lograr su reincorporación a la sociedad y consolidar la paz una vez suscritos los acuerdos de paz. Así las cosas, quienes cumplan con los requisitos explicados en vigencia del artículo 147 de la Ley 100 de 1993 pueden reclamar el reconocimiento de la garantía de pensión mínima para desmovilizados [...]”

### **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PENSIÓN DEL DESMOVILIZADO / ENTIDAD AL PAGO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN**

**Problema jurídico 6:** *¿Es en principio Colpensiones la entidad encargada del reconocimiento de la pensión mínima de los desmovilizados?*

**Tesis 6:** “[...] Por regla general la entidad que debe reconocer la prestación social aludida es la Administradora Colombiana de Pensiones por ser la principal administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al asumir esta función por virtud del artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el artículo 3 del Decreto 2011 de 2012 luego de la liquidación del Instituto de los Seguros Sociales, entidad a la que le correspondía esta labor por mandato del artículo 52 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, se debe tener en cuenta que esta última norma también permitió la administración del RPM a otras cajas o fondos que persisten, por lo que no siempre corresponde a la primera entidad enunciada. A lo anterior, se suma que la jurisprudencia ha señalado que la caja de previsión social responsable del reconocimiento y pago de la pensión es la última a la que estuvo afiliado quien la solicita. Ello se previó desde que se creó la figura de las cuotas partes pensionales en las leyes 6 de 1945, 72 de 1947, 33 de 1985 y 71 de 1988, así como en los decretos 2921 de 1948 y 1848 de 1969. En virtud de esta, la última entidad de previsión social que reconoce y paga la pensión puede reclamar a las demás entidades que recibieron aportes en otras épocas la proporción que le corresponde a prorrata de lo recaudado o el tiempo de servicio. La Ley 100 de 1993 conservó en sus artículos 121, 122, 124 y 127.159 la aplicación de esta medida al incluir los bonos pensionales y las cuotas partes, con las precisiones establecidas en los incisos 4 y 5 del artículo 4 de la Ley 490 de 1998. Así las cosas, la entidad

encargada del reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima para desmovilizados es, en principio, Colpensiones; sin embargo, si fue a otra entidad de previsión social a la que el beneficiario estuvo afiliado y realizó los aportes por última vez, será esta la que deba asumir la obligación [...]"

### **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PENSIÓN DEL DESMOVILIZADO / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN/ APLICACIÓN RETROSPECTIVA DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN**

**Problema jurídico 7:** *¿La sentencia de unificación en relación con la pensión mínima del desmovilizado tiene efectos retrospectivos?*

**Tesis 7:** “[...] Los efectos de las sentencias de unificación por regla general son «retrospectivos», es decir, se aplica de manera inmediata a todos los procesos que se encuentren en curso y en los que se pretenda la aplicación de la normativa que fue objeto de interpretación. La excepción son los efectos «prospectivos» en virtud del cual el nuevo criterio jurisprudencial solo es aplicable en casos posteriores. Este último solo aplica en casos específicos en los que «[...] i) las partes en un litigio hayan fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción; ii) lo bien fundado de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iii) el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no sólo sorprendería a las partes sino que, de facto y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas[...]». En el presente caso, no se da la ocurrencia de alguno de estos supuestos al no existir una línea jurisprudencial de parte de esta corporación en la que la demanda se haya fundado de forma exclusiva. Tampoco se advierte que con la aplicación de la pauta de unificación fijada se afecte el debido proceso o el principio de la seguridad jurídica en los casos que están por resolverse de modo que amerite otorgar unos efectos distintos. Por tanto, se acoge la disposición general de los efectos de las sentencias de unificación. En tal virtud, las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con la garantía de pensión mínima para los desmovilizados son vinculantes en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos. No obstante, conviene precisar que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada resultan inmodificables, en virtud del principio de seguridad jurídica. [...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación 28 de septiembre de 2023, C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación: 25000-23-42-000-2013-00545-01 \(1798-20145\) SUJ-031-CE-S2-2023.](#)

## **2. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación establece la incompatibilidad de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con el sistema de liquidación de cesantías administrado por el FOMAG.**

**Síntesis del caso:** *Un docente nombrado en propiedad, se posesionó el 15 de marzo de 2006, fecha en la que fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El 16 de julio de 2021 le solicitó a la Secretaría de Educación de Dosquebradas (Risaralda), el reconocimiento de la sanción derivada de la mora en la consignación de las cesantías del 2020 y de la indemnización ocasionada por el pago tardío de los intereses de ese año. Mediante oficio del 17 de agosto de 2021, el coordinador de prestaciones sociales de la Secretaría de Educación del municipio, negó la petición del docente por considerar que, la sanción moratoria no está prevista para el régimen excepcional del FOMAG y que es distinto de los fondos privados creados por la Ley 50 de 1990. Decisión que fue confirmada por la vicepresidencia de FOMAG.*

## **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / AUXILIO DE CESANTÍAS / REGÍMENES DE LAS CESANTÍAS / RÉGIMEN RETROACTIVO/RÉGIMEN ANUALIZADO/CESANTÍAS DEL DOCENTE / CESANTÍAS DEL SERVIDOR PÚBLICO TERRITORIAL**

**Problema jurídico 1:** *¿Existen diferencias entre los sistemas anualizados de cesantías de la Ley 50 de 1990 y el de los docentes de la Ley 91 de 1989?*

**Tesis 1:** “[...]la delimitación de un régimen de cesantías parte de un elemento en común e imprescindible en todos los casos, esto es la forma de liquidación. De ello se desprende que, en el caso colombiano existen dos regímenes, el retroactivo y el anualizado. En cuanto a las particularidades que llevan a un tratamiento normativo especial, es posible determinar que aquellas están definidas en función del sistema de administración al que están sometidos los recursos y su relación con el régimen es la de especie a género. (...) las características de cada uno de los sistemas dentro del régimen de liquidación anual permiten identificar los aspectos disímiles entre ellos. En primer lugar, todos comparten elementos tales como una entidad administradora, la cuantía y fecha en la que se debe liquidar el auxilio, así como una regulación sobre el traslado de los recursos al fondo administrador (...). En segundo lugar, además del valor del auxilio de las cesantías, cada sistema prevé sumas adicionales por concepto de intereses, rendimientos o protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, intereses sobre las cesantías (...) En tercer lugar, se observa que en cada caso están reguladas las condiciones y oportunidades de pago de la prestación, los mecanismos dispuestos para asegurar los recursos, así como las consecuencias del incumplimiento de los plazos legales, y su efectividad (...). Se destacan las siguientes diferencias relevantes entre los sistemas objeto de análisis [sistemas anualizados de liquidación de la Ley 50 de 1990 y el de los docentes oficiales previsto en la Ley 91 de 1989]. La Ley 50 de 1990 prevé un mecanismo para administrar las cesantías de los trabajadores por medio de instituciones financieras con el fin de promover una racional y amplia distribución de portafolios de inversiones a corto y largo plazo. Su objeto es asegurar una rentabilidad mínima determinada por la Superintendencia Financiera con base en el comportamiento del mercado público de valores. Por el contrario, el sistema especial de administración y pago de las cesantías docentes desde 1989 se constituyó por la Ley 91 con la creación del FOMAG como la entidad encargada de pagar el auxilio a sus afiliados, dentro de un sistema en el que se incentiva el ahorro por medio del cálculo de los intereses sobre el saldo anual o histórico de las cesantías con el fin de proveer los recursos para atender las prestaciones sociales que se causen en cada mes. En ese orden, los fondos de cesantía y el FOMAG son disímiles en cuanto a la naturaleza, el objeto, las disposiciones aplicables, los afiliados, las fuentes de financiación, las inversiones autorizadas y prohibiciones, así como las obligaciones frente al empleador, tal como se expuso en el cuadro anterior. Liquidación y manejo de las cesantías: en el modelo previsto por la Ley 50 de 1990, el valor correspondiente a la liquidación definitiva que se efectúe a 31 de diciembre de la respectiva anualidad o fracción deberá ser consignado por el empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. Por otra parte, los recursos que administra el FOMAG, por concepto de cesantías de sus afiliados, se financia con cargo a los recursos del SGP con destinación específica de educación. Estos se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen por doceavas para la prestación del servicio y pueden hacer uso del principio de unidad de caja con el fin de cubrir las prestaciones que se causen en cada período. Así, los recursos que gira el Ministerio de Educación (SGP) y la entidad territorial (con recursos propios por concepto de deuda) ingresan al FOMAG a cubrir todas las obligaciones exigibles de conformidad con el principio de unidad de caja. Ello significa que, el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos consolidados en un único instrumento o documento y, a su vez, se desagregan en una única caja o tesorería y así los pagos se realizan con los fondos de aquella. En suma, no existen cuentas individuales para la consignación del auxilio de cada docente. Los intereses a las cesantías: el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador debe pagar por concepto de intereses legales «el 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Ahora, los afiliados al FOMAG reciben un interés anual equivalente a la tasa «comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período» sobre el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad, en los términos del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Así las cosas, entre mayor sea el ahorro que el docente oficial tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que la teleología de la norma está dirigida a que exista una reciprocidad financiera, esto es desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo. Esto propende al equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y Congreso en el proyecto de ley 159 de 19891. (...) Con el fin de constatar con claridad la diferencia real entre la liquidación de intereses anuales de las cesantías en cada sistema de administración e incluso teniendo en cuenta la variación porcentual de la inflación y el DTF efectivo anual, se realiza una comparación entre aquellas, por los años reclamados por el demandante (...) una afiliación al FOMAG le reporta un total de \$4.795.362 por concepto de intereses sobre las cesantías, aun cuando realizó retiros por concepto de cesantías parciales acumuladas hasta 2010 y 2017. Por otro lado, en el escenario en que ostentara la calidad de servidor público del nivel territorial habría devengado la suma de \$3.906.792, es decir, con una diferencia de \$888.570, respecto del anterior. Esto sin calcular el valor de la comisión por anticipos que descuentan los fondos privados por ese movimiento. Los resultados se deben a que en este último escenario los intereses se calculan sobre el valor anual de cesantías, a diferencia del FOMAG, en el que

se aplica la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificada por la Superintendencia Financiera sobre todo el saldo acumulado por causa de la prestación social. Por lo tanto, este componente conlleva un mayor beneficio del segundo sistema, pues también se constata el beneficio frente a la tasa que se ha reconocido por el FOMAG, respecto de los demás indicadores económicos confrontados. Esto obedece además a que los empleos al servicio del Estado por regla general son de carrera administrativa según el artículo 125 Superior, de tal forma que el ingreso a los cargos docentes, así como el ascenso se realiza a través de la selección objetiva de un concurso de méritos, que a su vez le garantiza al empleado público la permanencia en el servicio docente. Esa estabilidad laboral es acorde con la administración de sus cesantías encaminada a incentivar el ahorro a cambio del beneficio señalado con respecto al cálculo de sus intereses. A partir de la comparación de ambos escenarios, es posible concluir que la ventaja del sistema regulado por la Ley 91 de 1989 se deriva esencialmente de la forma en la que se liquidan y pagan los intereses. Ciertamente, la tasa certificada por la Superintendencia Financiera aplicada al saldo acumulado por el docente oficial reporta a mediano y largo plazo un mayor beneficio sin el riesgo y comisiones por administración que deben asumir los afiliados a una AFP (Ley 50 de 1990). En relación con los rendimientos financieros, se observa que se obtienen tanto en el sistema de la Ley 50 de 1990 como en el de la Ley 91 de 1989. La diferencia radica en su destino final, pues el FOMAG reinvierte los rendimientos y utilidades como una fuente de financiación del fondo común, según el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, como una expresión del principio de solidaridad, con el fin de cubrir las obligaciones que deba atender en cada vigencia, entre ellas, los retiros parciales de cesantías o las que se causen con ocasión del retiro del servicio. A diferencia de ello, la rentabilidad de los portafolios de corto o largo plazo en el sistema de la Ley 50 de 1990, como se expuso, afecta los respectivos patrimonios autónomos constituidos por las cuentas individuales de las AFP a cambio de una comisión pagada por cada afiliado cuando esta sea superior a la prevista por la Superintendencia Financiera. Por lo tanto, se trata de un riesgo controlado únicamente por la rentabilidad mínima exigida por la mencionada superintendencia que, como se expuso, puede ser positiva o incluso negativa, de acuerdo con la volatilidad financiera en cada período, de modo que aun cuando existe una obligación de resultado frente a sus afiliados, esta no siempre es óptima a sus intereses en términos de rendimientos. [...]"

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CESANTÍAS DEL DOCENTE / AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / CESANTÍAS ANUALIZADAS / RÉGIMEN ANUALIZADO / APLICACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA / SANCIÓN MORATORIA POR FALTA DE CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS ANUALIZADAS / IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA**

**Problema jurídico 2:** *¿Los docentes al servicio del Estado no son destinatarios de la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías anualizadas prevista en el artículo 99 (numeral 3) de la Ley 50 de 1990 cuando no se encuentran afiliados al FOMAG, pero si es aplicable a los no afiliados a dicho fondo prestacional?*

**Tesis 2:** [...] Incompatibilidad de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con el sistema de liquidación de cesantías administrado por el FOMAG (...), los mecanismos con los que cuenta cada sistema para asegurar la disponibilidad de los recursos para el pago de las cesantías de los afiliados. Así, en el caso del FOMAG, está asegurada desde la etapa de planeación del presupuesto, en la que se incorporan los gastos que representa el pago de sus obligaciones durante el respectivo período, y se garantiza la disponibilidad permanente para el pago de las cesantías que se reclamen, así como de las demás prestaciones económicas que se hagan exigibles en cada anualidad, bajo el principio de unidad de caja. En efecto, en este caso, los recursos destinados a la prestación del servicio educativo y, dentro de estos, los gastos del personal docente (nómina y prestaciones sociales) son transferidos sin situación de fondos para atender el pago de las prestaciones sociales que se hagan exigibles cada mes, según disponibilidad de caja. En este sistema se incentiva a los afiliados a mantener las sumas abonadas por concepto de cesantías y a cambio de ello, los intereses se liquidarán anualmente sobre el saldo total de la prestación social. Este elemento se garantiza de otra forma en la Ley 50 de 1990. Desde un principio, era necesario asegurar que los empleadores del sector privado cumplieran con la consignación en el respectivo fondo «antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija». De ahí que la desatención a dicho plazo le genera al empleador responsable del depósito la consecuencia descrita en el numeral 3 del artículo 99 ibidem por lo que «deberá pagar un día de salario por cada retardo». Ahora bien, en el 2003 el presidente de la República expidió el Decreto 3752, el cual prevé en el artículo 1 el deber de afiliación de los docentes del servicio público educativo vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales, pues su incumplimiento conlleva la responsabilidad por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar (parágrafo 1). En consecuencia, la entidad territorial es responsable de las prestaciones de los docentes en el evento en que las respectivas secretarías de educación no los hubiese afiliado al FOMAG. En este caso se cumpliría el presupuesto señalado en el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, atinente a que el régimen de liquidación de los servidores públicos de este nivel -territorial-, que se afilien a fondos privados, será el señalado en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990 o el del artículo 5 de la Ley 432

de 1998, en caso de que su afiliación haya ocurrido ante el FNA. Asimismo, la omisión de afiliación a cualquier fondo no puede conllevar el desconocimiento de las garantías mínimas fundamentales del servidor. Por ende, en ese caso, es necesaria la protección que ofrece el régimen del que gozan la generalidad de los servidores públicos, que, en materia de cesantías, es el contenido en la Ley 50 de 1990. Tal aplicación implica la observancia del principio de inescindibilidad, de manera que se deben conceder todos los componentes de dicha normativa, dentro de los cuales se incluye la sanción moratoria, si el auxilio no se consigna en la oportunidad legal.(...) Ahora bien, por medio de la sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional declaró improcedente las acciones de tutela interpuestas contra fallos del Consejo de Estado sobre este asunto e indicó que la regla jurisprudencial fijada por medio de la sentencia SU-098 de 2018, citada en precedencia, solo constituye precedente en el evento en que se omita la afiliación del docente al FOMAG, de modo que en aquellos casos en que se pretende la sanción por la falta de consignación de las cesantías a los beneficiarios del señalado fondo, no existe una providencia de unificación con efectos vinculantes que pueda aplicarse a las situaciones con similitud fáctica y jurídica. Según las anteriores precisiones, el sistema especial de administración de cesantías de los docentes afiliados al FOMAG es incompatible con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. En este sentido, se advierte que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 amplió la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad, de que ello es «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989». Esto se traduce en que lo allí dispuesto no incluyó al personal docente, a esta misma conclusión llegó la Corte Constitucional en la sentencia C-928 de 2006, en la cual estudió la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Asimismo, el Decreto 1582 de 1998 no extendió la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 a los docentes oficiales, como tampoco lo hizo el Decreto 1252 de 2000 al disponer que los empleados públicos tienen derecho «al pago de las cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso», aun cuando exista un «régimen especial» que los regule. Lo anterior, por cuanto este último contiene la precisa referencia al pago de la prestación, que es tan solo uno de los elementos que integran el régimen anualizado, lo cual, en efecto se cumple, pues los eventos en los que hay lugar a aquel son comunes en cada uno de los sistemas especiales cuyo rigor se mantiene, de acuerdo con el inciso señalado. Además, del contenido normativo previsto en el mencionado Decreto 1252 de 2000, se deduce que su intención fue la de precisar que todos los empleados públicos quedaran sometidos al régimen anualizado de cesantías, que por regla general es el regulado por la Ley 50 de 1990, sin que ello implicara que todos quedaran cobijados por dicho sistema de administración. Esta conclusión es coherente con la mención de la Ley 432 de 1998, cuyos destinatarios conservaron las reglas a las que se encontraban sometidos y no a la Ley 50 de 1990. En consecuencia, la falta de precisión frente a la Ley 91 de 1989 en modo alguno podía conllevar la modificación de la normativa que los gobernaba, sino que se acompasa con la disposición del 2000, puesto que el personal docente ya estaba regulado por un régimen anualizado de cesantías.(...) Pues bien, frente al pago de las cesantías parciales y definitivas, ambos regímenes sí están amparados por la misma garantía que representa la sanción moratoria prevista en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. Esta penalidad aplica tanto para los destinatarios de la Ley 50 de 1990 como para el personal afiliado al FOMAG, tal y como se constata con la regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación SU CE-SUJ2-012-18 proferida por esta Corporación. En esta última providencia, el Consejo de Estado también sentó jurisprudencia en cuanto al cómputo de los términos para la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y definitivas, en consecuencia, inaplicó por ilegal el Decreto 2831 de 2005, e instó a los entes territoriales y al FOMAG a que las solicitudes de reconocimiento de cesantías promovidas por los docentes fueran tramitadas en atención a esas disposiciones legales. En este punto, se destaca que la sanción moratoria hace parte del sistema de administración de cesantías y no del régimen anualizado. Se trata de un instrumento dentro de uno de sus componentes que tiene el propósito de asegurar que se trasladen los recursos necesarios para garantizar la disponibilidad el pago del auxilio de cesantías, en los eventos que la ley lo autoriza. (...) Regla jurisprudencial De acuerdo con todo lo expuesto en precedencia, se establece que las leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, así como sus decretos reglamentarios no extendieron la sanción moratoria causada por la falta de consignación del auxilio de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG y regulados por la Ley 91 de 1989 y, en todo caso, es incompatible con el sistema que prevé la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio en las AFP, comoquiera que se trata de un sistema especial que establece unas normas acordes con su funcionamiento. Sin embargo, en el evento en que la entidad territorial haya omitido afiliarlo al FOMAG, el docente estatal no se beneficiaría de aquellas, entre ellas, el reconocimiento de los intereses a las cesantías sobre el saldo total, en la medida en que este no existiría, de modo que le reportaría mayor utilidad las garantías de la Ley 50 de 1990 con fundamento en el cual tendría derecho a la sanción moratoria derivada del incumplimiento del empleador. En ese sentido, la regla de unificación jurisprudencial es la siguiente: Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal. En definitiva, la afiliación del docente oficial será el factor determinante para establecer si hay lugar o no a la

aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que a los no afiliados se les debe garantizar una mínima derivada del sistema general de liquidación anualizada de la prestación económica [...]”.

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CESANTÍAS DEL DOCENTE / AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / CESANTÍAS ANUALIZADAS / INDEMNIZACIÓN POR MORA EN EL PAGO DE LOS INTERESES DE LAS CESANTÍAS.**

**Problema jurídico 3:** *¿El demandante tiene derecho a una indemnización moratoria en relación con los intereses a las cesantías pagados en marzo de 2021?*

**Tesis 3:** “[...] el actor pidió el reconocimiento de la indemnización prevista en la Ley 52 de 1975, por el pago tardío de los intereses sobre las cesantías. La sentencia de primera instancia accedió a la pretensión y ordenó al FOMAG que reconociera al docente la indemnización equivalente un día de salario por cada día de mora, por 40 días, pues el a quo consideró que el fondo debía cancelar los intereses el 14 de febrero de 2021 pero solo giró la suma hasta el 27 de marzo del mismo año. El FOMAG apeló la anterior decisión y adujo que tal indemnización no se encuentra regulada en la Ley 50 de 1990, sino en el ordinal 3, artículo 1 de la Ley 52 de 1975, de la que son destinatarios los trabajadores particulares y no los docentes estatales. (...) se pone de presente que, la Ley 91 de 1989 dispone que el FOMAG reconoce y paga un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año a los docentes oficiales afiliados. Este procedimiento se encuentra regulado en el Acuerdo 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del fondo (...) el término para el pago oportuno de los intereses a las cesantías es en el mes de marzo del año siguiente a su liquidación, en la cuenta de nómina reportada por la secretaría de educación a la cual se encuentre adscrito el docente y en caso de que no se haya registrado ninguna, se programa su entrega por ventanilla. De igual forma, el parágrafo 2 del artículo 4 ibidem, prevé que es responsabilidad del ente territorial reportar oportunamente la información requerida para el pago de los intereses a las cesantías. Con todo, pese a que la Ley 91 de 1989 no prevé una sanción moratoria por el pago tardío de intereses, el fondo de cesantías no puede evadir las fechas dispuestas en la norma que regulan el respectivo sistema de administración. Por otra parte, es necesario señalar que para 1975, se encontraba vigente el Código Sustantivo del Trabajo adoptado por medio del Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950, que preveía en el artículo 249 la liquidación de la prestación con destino a los trabajadores particulares y oficiales, gobernados por el Código Sustantivo del Trabajo. La Ley 52 de 1975 integrada por tres artículos, estipuló el reconocimiento de intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares a partir del 1 de enero de 1976. Su cuantía es del 12% anual sobre los saldos que tenga a su favor a 31 de diciembre de cada año, o a la fecha de retiro de aquel o de la liquidación parcial de dicha prestación social (artículo 1, numeral 1). Este porcentaje fue el mismo que acogió el artículo 99, numeral 3, de la Ley 50 de 1990 para sus beneficiarios, así como el plazo para su pago, según el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 1176 de 1991, que reglamentó la anterior. La consecuencia derivada del incumplimiento de esta obligación por parte del empleador es la de pagar una «suma adicional igual a dichos intereses» a título de indemnización por cada vez que incumpla, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes (artículo 5 del Decreto 116 de 1976). Sobre la sanción en mención y su extensión al sector público, el Consejo de Estado sostuvo que «[...] por expreso mandato del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, solo son beneficiarios los trabajadores a quienes se apliquen las normas del Código Sustantivo de Trabajo relacionadas con el auxilio de cesantías». Ahora bien, en el caso específico de los docentes oficiales, la Corte Constitucional en la sentencia C-928 de 2006 determinó que la divergencia en cuanto al manejo de los intereses a las cesantías y específicamente, el que no se haya señalado esa consecuencia pecuniaria, se ajusta a la Constitución Política, en atención a que el sistema de cesantías del sector privado es diferente del de los educadores estatales regulado por la Ley 91 de 1989.(...) En definitiva, concluyó que no es posible comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial que comprende asuntos prestacionales y de seguridad social, basado en sus propias reglas, principios e instituciones. En esas condiciones, es razonable concluir que a los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho al reconocimiento de la indemnización estipulada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías. Ahora bien, en la sentencia de primera instancia se condenó al FOMAG al pago de la sanción de un día de salario por cada día de retardo, en los términos de la Ley 50 de 1990, que corresponde a la que se genera por el incumplimiento de la consignación oportuna del auxilio. Es decir, tampoco se refirió a la penalidad de la Ley 52 de 1975 pretendida por el demandante equivalente al doble del valor de los intereses. Sin embargo, no existe fundamento jurídico alguno que sustente esa condena, de manera que tampoco es procedente [...]”.

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CESANTÍAS DEL DOCENTE / CESANTÍAS ANUALIZADAS**

**Problema jurídico 4:** *¿En necesario dar efectos prospectivos a la sentencia de unificación en relación a la sanción moratoria por falta de consignación de las cesantías anualizadas de los docentes?*

Tesis 4: “[...] La Sala no pasa por alto que en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se han emitido distintos pronunciamientos en los que se han definido litigios relativos a las reclamaciones de docentes afiliados al FOMAG, para obtener el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en los cuales se interpretó que el precedente vinculante para estos casos era el contenido en la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional. En relación con tales providencias, se considera que se debe dar prevalencia a la institución jurídica de la cosa juzgada, en atención a las garantías de estabilidad, razonabilidad y seguridad jurídica que aquella representa. Por lo anterior, en esta oportunidad, no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos a la presente decisión, toda vez que no restringe el acceso a la administración de justicia ni afecta los derechos adquiridos o fundamentales de las partes y se adopta el mismo criterio de aplicación retrospectiva. En ese orden, la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables. [...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena Contenciosa de la Sección Segunda, sentencia de unificación 11 de octubre de 2023, radicación: 66001-33-33-001-2022-00016-01 \(5746-2022\) SUJ-032-CE-S2-2023](#)

### **3. Sección Segunda profirió Sentencia de Unificación fijando reglas jurisprudenciales sobre la causación, exigibilidad y prescripción de la sanción moratoria por pago tardío o no pago de cesantías definitivas.**

**Síntesis del caso:** *La parte demandada interpuso recurso de apelación, en el que expresó que la demandante estuvo vinculada a la entidad en dos períodos que debían diferenciarse, el primero, mediante la contratación a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado, COTRASER y, el segundo, como prestadora de servicios directamente del SENA. Que la vinculación a través de cooperativa finalizó el 3 de julio de 2011; sin embargo, no elevó ninguna solicitud encaminada a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, dentro de los tres años siguientes a la finalización de la prestación, razón por la cual debe declararse la prescripción extintiva de esos derechos salariales, esto es, según dice: «de aquellos que pudieran emanar de esa primera etapa de contratación».*

**CESANTÍAS / AHORRO DE CESANTÍAS / AUXILIO DE CESANTÍAS / AUXILIO DEFINITIVO DE CESANTÍAS / AUXILIO PARCIAL DE CESANTÍAS / TÉRMINO PARA EL PAGO DE LAS CESANTÍAS / SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS**

**Problema jurídico 1:** *¿Hasta qué momento es exigible de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías?*

**Tesis 1:** «El legislador instituyó la sanción moratoria como una penalidad al empleador que incumple la obligación de liquidar y pagar en forma oportuna las cesantías a los empleados o trabajadores, siendo esta la sanción económica más severa de cuantas existen en el ordenamiento jurídico colombiano. La sanción moratoria se encuentra en íntima consonancia con el derecho de los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial y prestacional. Precisamente la necesidad de garantizar el derecho al pago oportuno de las prestaciones sociales de los servidores públicos propició en el ordenamiento jurídico colombiano la promulgación de la Ley 244 de 1995, dado que la protección del pago oportuno de las acreencias laborales no sólo se restringe al ámbito de la ejecución de la relación laboral, sino que también se extiende a los actos posteriores a su finalización, esto por cuanto una vez finalizada la relación laboral, se entiende que el individuo queda en una situación de vulnerabilidad, derivada de la carencia de recursos económicos para garantizar su subsistencia futura. [...] En el ordenamiento jurídico colombiano esta penalidad se encuentra establecida en el parágrafo de los artículos 2 y 5 de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, respectivamente, según los cuales corresponde al empleador reconocer y pagar con sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de la prestación. Frente al salario base para calcular el monto de la sanción por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías definitivas, esta Sección precisó en la sentencia de unificación CE-SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, que estará constituido por lo devengado por el empleado o trabajador a la fecha

de finalización de la relación laboral, por ser ese el momento en el cual se hace exigible la prestación, como se señaló en la sentencia de unificación CE-SUJ2 004 de 2016. Es del caso destacar que sobre el particular no se ha evidenciado la existencia de contradicciones interpretativas por parte de los jueces y magistrados que componen los tres niveles de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. [...] la exigibilidad de la sanción moratoria se refiere a la capacidad o prerrogativa que tienen los empleados o trabajadores de reclamar la penalidad por incumplimiento por parte del empleador en el pago de las cesantías. En ese orden de ideas, el derecho a reclamar la penalidad aludida se hace exigible al día siguiente en el que vence el plazo del que dispone el empleador para sufragar las cesantías definitivas. A partir de ese momento, el trabajador puede reclamar el pago de la sanción moratoria correspondiente. En la sentencia de unificación CE-SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, este colectivo jurisdiccional se refirió a los distintos eventos en los que puede presentarse una variación del plazo para la exigibilidad de la sanción moratoria, por el pago tardío o no pago de las cesantías parciales y definitivas, estableciendo las siguientes reglas: i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 [o 65] días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto [si la petición se presentó en vigencia del CPACA, y 5 días si la petición se presentó en vigencia del CCA]; y iii) 45 días para efectuar el pago. ii) El acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA. Una vez se verifica la notificación, se inicia el cómputo del término de ejecutoria. Si el acto no fue notificado, para determinar cuándo empieza a correr la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intente notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste el interesado. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para la sanción moratoria. iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto. Dicho lo anterior, es importante destacar que sobre la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío o no pago de las cesantías parciales o definitivas, no existe controversia al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y tampoco se considera necesario aclarar aspectos en torno a ello. Por lo tanto, deben observarse las reglas fijadas en la mencionada sentencia de unificación CE-SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018».

### **SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / CÓMPUTO DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS**

**Problema jurídico 2:** *¿Desde cuándo se empieza a contabilizar la prescripción extintiva de la sanción moratoria por el pago tardío o no pago de las cesantías definitivas?*

**Tesis 2:** «[...] la sanción moratoria no se causa de manera indefinida y, por ello, el legislador en el párrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, dispuso que «En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas [...]». Esta norma se hizo extensiva en el párrafo del artículo 5.° de la Ley 1071 de 2006 para cesantías definitivas y parciales. [...] como la sanción moratoria se genera como consecuencia del incumplimiento del pago oportuno de las cesantías definitivas por parte del empleador y siendo el propósito de dicha penalidad sancionar el retraso injustificado en la cancelación de esta prestación laboral, la sanción se extingue automáticamente y de manera correlativa al momento en que se realiza el pago de las cesantías definitivas correspondientes. [...] si bien en las sentencias de unificación CE SUJ2 004 del 2016 y CE-SUJ-SII-022 del 6 de agosto de 2020, se concluyó que la sanción moratoria de que trata la Ley 50 de 1990, no es accesoria a la prestación social a pesar de que se origina en torno a ella, pues la causación de la penalidad es totalmente independiente de la de las cesantías, al punto de generarse por ministerio de la ley, en un momento único que no requiere ni siquiera de un acto de reconocimiento; lo cierto es que la sanción moratoria por pago tardío o no pago de las cesantías definitivas, prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, difiere de las particularidades de la penalidad contemplada en la aludida Ley 50 de 1990. [...] toda vez que la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, depende de la exigibilidad de las cesantías, de manera que es relevante que exista el reconocimiento oficioso de la prestación o que se reclame el pago de esta, ante el empleador, es decir, que no opera por ministerio de la ley, como ocurre con la sanción de que trata la Ley 50 de 1990 que dispone expresamente a partir de qué momento es exigible la sanción por pago tardío o no pago de las cesantías, esto es, desde el 15 de febrero del respectivo año. En ese orden de ideas, la causación de la sanción moratoria de que tratan las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, depende de que el derecho al auxilio de cesantía sea exigible, entendiéndose que este derecho pueda ser reclamado tanto en sede administrativa como judicial, toda vez que si el

interesado pierde la oportunidad de reclamar el reconocimiento y pago de la prestación social por su inactividad, mal podría comprenderse que continúa abierta la posibilidad de conminar el pago de la sanción moratoria, puesto que esta penalidad nace a la vida jurídica con el único propósito de garantizar el pago oportuno de la prestación, de tal suerte que el trabajador pueda aliviar la contingencia de encontrarse cesante laboralmente. Por consiguiente, si el auxilio no se reclama en tiempo y expira la oportunidad de solicitarlo, también se pierde la posibilidad de reclamar el reconocimiento y pago de la sanción. De acuerdo con ello, en el evento en el que el empleador reconozca las cesantías definitivas después de extinguido el derecho, esa circunstancia no revive la oportunidad para reclamar la sanción moratoria. [...] el derecho a reclamar la sanción moratoria radica en que no haya fenecido la posibilidad de exigir la ejecución o la declaración del reconocimiento de esta penalidad, con lo cual se impone considerar que será un deber del beneficiario el actuar proactivamente para que esta penalidad no se pierda. [...] el interesado disipa la posibilidad de obtener el reconocimiento y pago de la sanción cuando reclama ante la administración de forma extemporánea o acude tardíamente a la administración de justicia, escenario que acarrea la ocurrencia del fenómeno de la prescripción extintiva, tal como se expondrá a continuación. En suma, la sanción moratoria se extingue automáticamente con el pago de las cesantías definitivas; con la pérdida de exigibilidad de la prestación social y cuando el interesado reclama la penalidad después de estar afectada por prescripción. [...] la prescripción extintiva, que se analiza en este asunto, es un modo de extinguir derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular, dejando salvas las personas. suspensiones determinadas por la ley en favor de ciertas Esta figura surge de la necesidad de establecer un límite temporal para el ejercicio de los derechos, con el fin de proporcionar un nivel mínimo de certeza y seguridad jurídica a las relaciones interpersonales y se relaciona con el deber que tiene cada persona de reclamar en tiempo sus derechos, bajo el riesgo de perder la oportunidad de ejercerlos. [...] la sanción moratoria por el pago tardío o no pago de las cesantías, que está sometida al fenómeno de prescripción trienal, pues por tratarse de una pena no puede considerarse como un derecho imprescriptible. [...] la sanción moratoria por pago tardío u omisión en la consignación de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990, está sujeta a prescripción y el término aplicable es el regulado en el artículo 151 del CPTSS [...] el criterio reinante en la jurisprudencia de la Sección Segunda es el de aplicar para efectos de la sanción moratoria, el término de prescripción extintiva de tres años consagrado en el artículo 151 del CPTSS. [...] en el presente caso se debe acoger la regla de interpretación según la cual el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por el incumplimiento en el pago de las cesantías definitivas prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, está supeditado a la observancia del término de prescripción consagrado en el mencionado artículo 151 del CPTSS. [...]»

### **PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / RECLAMACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA / LÍMITES DE LA SANCIÓN MORATORIA / TÉRMINO DE LA SANCIÓN MORATORIA**

**Problema jurídico 3:** *¿Una vez se ha hecho exigible la sanción moratoria y su reclamación se presenta después de haber transcurrido los tres años de la prescripción, dicho fenómeno extintivo afecta tan solo los valores causados y no reclamados hasta ese momento (prescripción parcial) o se extiende además a la totalidad de los que se reclamen con posterioridad a esa fecha (prescripción total)?*

**Tesis 3:** «[...] la contabilización del término trienal de la prescripción de la sanción moratoria inicia desde cuando esta se hace exigible, al vencer el plazo establecido en la ley para el pago de las cesantías definitivas. Si bien la sanción se causa y acumula diariamente, no puede ser considerada como una prestación periódica por tratarse de una penalidad indivisible de ejecución instantánea, por tanto, está sujeta a un plazo de prescripción establecido por la ley. En otras palabras, aunque la penalidad acrecienta con el tiempo, esta acumulación no la convierte en una obligación sin restricciones, ya que el término de prescripción define un límite claro hasta cuándo se puede reclamar. [...] la prescripción opera en aquellos casos en los cuales el reclamo de la penalidad se haya efectuado después de los tres años contados desde la exigibilidad de la sanción y el efecto extintivo se proyecta a todas las sumas causadas y no reclamadas oportunamente por la inacción del interesado (prescripción total), sin que resulte procedente reconocer la sanción moratoria de manera parcial o fraccionada tomando como fecha los tres años anteriores a la reclamación (prescripción parcial). En consecuencia, no resulta admisible que el interesado alegue a su favor su propia negligencia en la reclamación oportuna y pretenda que se extienda en el tiempo la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la penalidad, inobservando que la prescripción trienal de la sanción moratoria derivada del pago tardío o no pago de las cesantías definitivas, comienza a contabilizarse una vez la penalidad esté lista para ser reclamada, esto es, desde que aquella obligación se hace exigible».

### **PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / INTERRUPTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN**

**Problema jurídico 4: ¿Cómo opera la interrupción de la prescripción de la sanción moratoria y cuáles son sus efectos?**

**Tesis 4:** «[...] ni la Ley 244 de 1995 ni la Ley 1071 de 2006 imponen al empleado expresamente la obligación de presentar una solicitud para obtener el reconocimiento y cancelación de la sanción moratoria por el pago tardío o el no pago de las cesantías definitivas. Sin embargo, resulta imprescindible que el interesado agote la reclamación administrativa ante su empleador de manera específica sobre la sanción, una vez este incurra en el pago extemporáneo o el no pago de la prestación social. [...] Esto se debe a que el medio de control de restablecimiento nulidad y del derecho exige la existencia de un pronunciamiento previo por parte de la administración, que resuelva de fondo sobre la solicitud de reconocimiento y pago de la penalidad, pues no basta con que ella esté prevista en la ley, requiriéndose, por lo tanto, el agotamiento de ese procedimiento administrativo. Por consiguiente, para reclamar judicialmente el pago de la penalidad aludida, se requiere de la existencia de un acto expreso o presunto que decida sobre esa pretensión en particular, susceptible de control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En aquellos casos en los cuales el empleador ha emitido un acto expreso y el interesado pretenda cuestionarlo en sede judicial a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, aquel deberá acudir en el término de cuatro (4) meses contados a partir de su notificación, conforme con el artículo 164 del CPACA, so pena de verse afectado por el fenómeno de la caducidad de la acción, lo cual daría lugar al rechazo de la demanda, de acuerdo con el artículo 169 ejusdem. Cuando ha operado el fenómeno del silencio administrativo negativo, la demanda puede interponerse en cualquier tiempo, por mandato del numeral 1°, literal d) del artículo 164 del CPACA. No obstante, es fundamental recordar que la prescripción extintiva sigue siendo aplicable [...] Aunado a lo anterior, el segundo contenido del artículo 151 del CPTSS, señala que «El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.» Así entonces, la reclamación tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción, siempre que el interesado reclame ante la administración el reconocimiento y pago de la sanción moratoria dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, evento en el cual la prescripción se interrumpe, por una sola vez y por un lapso igual, en el cual, el beneficiario de la sanción deberá reclamarla judicialmente. La Sala estima necesario aclarar el alcance que tiene el aparte normativo que prevé la posibilidad de interrumpir la prescripción por un lapso igual, que no puede ser entendido como un término que habilita al beneficiario para presentar una nueva solicitud, sin que opere la prescripción».

**PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN / REESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS DE LA ENTIDAD TERRITORIAL / ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS / EFECTOS DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS / SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN**

**Problema jurídico 5: ¿La negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración de pasivos en aplicación de la Ley 550 de 1999 suspende el término de la prescripción?**

**Tesis 5:** «[...] La Organización Internacional del Trabajo - OIT- a través del Convenio C-173 de 1972, se refirió a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, en virtud de lo cual, en su artículo 5° señaló que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda. De igual manera el artículo 6° consagró que el privilegio deberá cubrir, al menos, los créditos laborales correspondientes a: "d) a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo. Posteriormente, la OIT a través de "La Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992" en su parte II, letra E, estableció que la protección conferida por un privilegio debería cubrir entre otros, las indemnizaciones por fin de servicios, las indemnizaciones por despido injustificado y otras sumas adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo. Adicionalmente dispuso que cuando, en virtud de la legislación nacional, se autorice la continuación de las actividades de una empresa que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, los créditos laborales correspondientes al trabajo efectuado a partir de la fecha en que se decidió esa continuación deberían quedar excluidos del procedimiento y saldarse a sus vencimientos respectivos con los fondos disponibles. En el ámbito nacional la Ley 550 de 1999 estableció algunos instrumentos de intervención del Estado, de conformidad con lo previsto por los artículos 334 y 335 de la Constitución Política [...] la sanción moratoria, dado que no remunera directamente la labor del trabajador, no corresponde a un derecho cierto e irrenunciable, sino que puede ser objeto de acuerdo entre las partes comoquiera que corresponde a una penalidad, que se impone al empleador moroso en el pago de las cesantías definitivas, y es susceptible de ser objeto de negociación en el marco de los citados acuerdos de reestructuración. [...] la norma en cita estableció en los artículos 13, 14 y 58 (numeral 13), una

regla según la cual, durante la negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración, se suspende el término de prescripción y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial, y no habrá lugar a la iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad. para que opere la citada suspensión debe probarse que la entidad se encontraba en proceso de reestructuración de pasivos; que la acreencia del beneficiario fue incluida dentro de ese proceso y, finalmente, se deberá certificar cuándo se inició la etapa de negociación del acuerdo, en los términos del artículo 11 de la Ley 550 de 1999, así como el plazo de ejecución del acuerdo. De conformidad con los artículos 13, 14 y 58 numeral 13 de la Ley 550 de 1999, para que opere la cláusula de suspensión de la prescripción y de la caducidad allí establecida frente a los procesos judiciales de reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas, debe probarse que la entidad se encontraba en proceso de reestructuración de pasivos; que la acreencia del beneficiario fue incluida dentro de ese trámite; y deberá certificarse cuándo se inició la etapa de negociación del Acuerdo, en los términos del artículo 11 de la Ley 550 de 1999, así como el plazo de ejecución del Acuerdo».

### **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**

**Problema jurídico 6:** *Considerando el auto de 7 de febrero de 2019, ¿cuáles fueron las reglas jurisprudenciales de unificación establecidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con la causación, exigibilidad y prescripción de la sanción moratoria por pago tardío o no pago de cesantías definitivas?*

**Tesis 6:** «[...] (i) El plazo trienal de la prescripción de la sanción moratoria por el incumplimiento en el pago de las cesantías definitivas, regulado por el artículo 151 del CPTSS, se inicia a contabilizar desde que la penalidad se hace exigible, esto es, al vencimiento del plazo legal para el pago de la prestación social. Si el reclamo de la sanción se presenta después de los tres años contados desde su exigibilidad, se configura la prescripción total. (ii) El término de la prescripción extintiva de la sanción moratoria derivada del pago tardío o no pago de las cesantías definitivas se interrumpe por una sola vez con la reclamación oportuna, y por un lapso igual de tres años, que no puede ser entendido como un término que habilita al beneficiario para presentar múltiples solicitudes, sin que opere la prescripción. (iii) Si la administración reconoce y/o paga las cesantías después de extinguido el derecho por prescripción, esa circunstancia no revive la oportunidad para reclamar la sanción moratoria. [...] Las reglas de unificación fijadas en esta sentencia son aplicables retrospectivamente a todos los asuntos que se encuentren en trámite en sede administrativa o judicial y no podrán ser aplicadas retroactivamente a aquellos casos cobijados por el fenómeno de la cosa juzgada».

### **SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / CÓMPUTO DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS**

**Problema jurídico 7:** *¿Es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías definitivas, cuando la solicitud de la misma se realiza con posterioridad al término de tres años de haber surgido el derecho al auxilio de las cesantías definitivas?*

**Tesis 7:** «Una vez vence el plazo para pagar las cesantías sin que el empleador lo efectúe, incurre en mora, al tenor de los parágrafos de los artículos 2 de la Ley 244 de 1995 y 5 de la Ley 1071 de 2006. De manera que, como en el caso concreto la administración no pagó el auxilio de cesantías definitivas reconocido mediante Resolución 0987 del 22 de diciembre de 2003 dentro del plazo previsto en la ley, a partir del día siguiente al vencimiento del término, esto es, a partir del 14 de abril de 2004, se inició la causación de la sanción por la mora. [...] es imprescindible que el interesado reclame ante su empleador la sanción moratoria por el pago tardío o no pago de las cesantías definitivas dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad de la penalidad. Significa lo anterior que en este caso concreto la reclamación debió presentarse entre el 14 de abril de 2004 y el 14 de abril de 2007. [...] sólo hasta el 11 de mayo de 2012 el actor reclamó ante el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y la Contraloría Distrital de Barranquilla, el pago de las cesantías definitivas y la sanción moratoria consagrada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 (fls. 14- 15), petición que fue negada mediante acto administrativo ficto y a través del Oficio SG-012-001-0439-12 del 30 de mayo de 2012 (f. 16), respectivamente. [...] aunque la administración omitió pagar la prestación dentro del término indicado en la ley, en el asunto bajo revisión, el demandante no acudió oportunamente a reclamar la sanción moratoria, toda vez que se observa que reclamó el pago del auxilio de cesantías y la sanción moratoria, el 11 de mayo de 2012, es decir, después de 8 años desde su causación, cuando ya estaba afectada por el fenómeno de prescripción extintiva, sin que se hubiese interrumpido con la reclamación, ya que ésta se presentó de manera extemporánea, es decir, fuera del plazo de los 3 años previsto en el artículo 151 del CPT. [...] en el sub lite resulta aplicable la primera regla de unificación fijada en esta sentencia, por lo que se dispondrá que, comoquiera que el

reclamo de la sanción moratoria se presentó después de los tres años contados desde su exigibilidad, aproximadamente cuando habían transcurrido más de 8 años, se configuró la prescripción total de la penalidad. [...] aunque a la fecha de la presentación de la reclamación en sede administrativa no se había acreditado el pago de las cesantías definitivas, ello no habilita al interesado a inobservar el término prescriptivo previsto en el artículo 151 del CPTSS, que claramente dispone que dicho fenómeno se contabiliza desde que la obligación se hace exigible. [...] en cuanto al argumento de que el término de prescripción se suspendió durante la negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración de pasivos, se observa que el demandante desatendió la carga probatoria prevista en el artículo 167 del CGP, que le correspondía, es decir, no trajo al proceso los documentos con los cuales se pudiera establecer la existencia del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos del Distrito de Barranquilla, su duración y la inclusión de su crédito dentro del inventario de pasivos, y tampoco solicitó la práctica de prueba alguna con tal objeto, por lo tanto, no demostró los supuestos normativos de la suspensión de la prescripción. [...] concluye la Sala que la sanción moratoria de las cesantías definitivas pretendida por el demandante se encuentra afectada por el fenómeno de prescripción extintiva. Bajo estas consideraciones se debe REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 21 de febrero de 2014, y en su lugar, declarar probada la excepción de prescripción extintiva, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación Jurisprudencial de dos \(2\) de noviembre de dos mil veintitrés \(2023\), radicación: 08001-23-33-000-2012-00200-02\(2459-2014\) SUJ-034-CE-S2-2023](#)

## **4. Sección Segunda profirió Sentencia de Unificación fijando regla jurisprudencial sobre la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de los Tribunales Administrativos.**

**Síntesis del caso:** *El actor demandó a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, inaplicar por “inconstitucional” el artículo 1.º del Acuerdo PSAA 11-8346 del 29 de julio de 2011, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto asignó el “grado 23” al cargo de “abogado asesor” creado en cada despacho de los magistrados del Tribunal Administrativo del Atlántico; consecuencia de lo anterior, declarar la nulidad del Oficio DESAJBA017-1931 del 28 de junio de 2017, proferido por el director seccional de Administración Judicial de Barranquilla, que le negó el reconocimiento y pago del salario establecido para el cargo de abogado asesor del Tribunal Administrativo del Atlántico, en los términos de los Decretos expedidos por el gobierno nacional.*

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / COMPETENCIA DE LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / CAMBIO DE DENOMINACIÓN DE CARGO PÚBLICO / RÉGIMEN SALARIAL DE LA RAMA JUDICIAL / COMPETENCIA PARA LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL SERVIDOR PÚBLICO / COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL / CONFIGURACIÓN DE LA NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA /**

**Problema jurídico 1:** *¿El Consejo Superior de la Judicatura desbordó sus facultades legales, al fijarle el grado 23 al cargo de “abogado asesor” de Tribunal Administrativo y asignarle una remuneración salarial y prestacional diferente a la establecida por el Gobierno Nacional en el artículo 4.º numeral 2.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014 y demás decretos salariales proferidos por el Gobierno Nacional frente a la Rama Judicial?*

**Tesis 1:** «[...] la entidad demandada entró en claro desconocimiento de: (i) Las facultades dadas al presidente de la República en la Ley 4ª de 1992, al agregarle el aparte “grado 23” al cargo denominado “abogado asesor”, toda vez que su consecuencia directa e inmediata fue afectar negativamente la remuneración salarial y prestacional del demandante al ignorar las pautas dadas en los Decretos presidenciales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, que ya habían señalado cómo debían remunerarse los cargos de “abogado asesor”. (ii) El límite competencial del Consejo Superior de la Judicatura dado en el artículo 257 de la Ley 270 de 1996. (iii) Los derechos salariales y prestacionales del demandante, al desconocer el salario que le correspondía al tenor de los decretos anuales expedidos por el presidente de la República, el cual, como se vio en los acápites anteriores, constituye un elemento esencial del derecho al trabajo y a percibir. [...] la Corte Constitucional en sentencia SU-539 de 2012 se

refirió al principio de interpretación conforme a la Constitución, según el cual, los jueces están llamados a interpretar la ley en atención a los valores, derechos y libertades definidas por el constituyente, a efectos de dar eficacia y sentido al artículo 4.º constitucional y sobre el particular, en la sentencia T-191 de 2009, explicó que “[...] el principio de interpretación conforme encuentra su fundamento en la supremacía y jerarquía normativa máxima de la Constitución Nacional, a partir de cuya premisa se deriva que toda interpretación jurídica debe arrojar un resultado que no solo no debe ser contrario, ni solamente permitido, sino más allá debe estar ajustado a la Constitución Nacional”. [...] no puede mantenerse la legalidad de los actos demandados aceptando la interpretación dada por el Consejo Superior de la Judicatura, según la cual, al agregar “grado 23” al cargo de “abogado asesor” creó una categoría especial de empleo no regulada por el artículo 4.º de los decretos salariales anuales, con lo cual, debía remunerar ese empleo con la escala del artículo 6.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, y 194 de 2014. Ese razonamiento desconoció que el cargo ya se encontraba dentro del listado de los nominados en los Decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, lo que generó que la labor del accionante, fuese remunerada con un salario inferior al que realmente le corresponde, situación que desconoce los cánones constitucionales y legales que regulan las competencias otorgadas al presidente de la República para determinar el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, así como las mismas competencias del Consejo Superior de la Judicatura y, por ende, los derechos salariales y prestacionales del señor [demandante] [...] se concluye que si bien el Consejo Superior de la Judicatura cuenta con la facultad para crear cargos en la Rama Judicial en atención al artículo 257 de la Ley 270 de 1996, no obstante, no puede desconocer las facultades dadas al presidente de la República en la Ley 4ª de 1992 y con ello las pautas dadas en los Decretos presidenciales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, que ya habían señalado cómo debían remunerarse los cargos de “abogado asesor”. En este entendido, la remuneración de los cargos cuya denominación se encuentre expresamente establecida en los decretos anuales que fijan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, debe atender a las escalas salariales allí señaladas. Frente a los mismos es ilegal, tanto asignarles grados o códigos adicionales, como establecerles otro tipo de remuneración diferente, toda vez que ello va en contra del artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política que autorizó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, siempre y cuando se sujetara a los objetivos y criterios establecidos por el legislativo, que en este caso corresponde a la Ley 4 de 1992, a través de la cual se fijaron los criterios a los que debe ceñirse el Gobierno Nacional al determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, entre ellos, a los de la Rama Judicial. Por tanto, la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de Tribunales Administrativos, se encuentra dentro del listado de los cargos nominados en los Decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, por lo que su labor debe remunerarse de acuerdo con el artículo 4.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, sin que sea aceptable que el Consejo Superior de la Judicatura pueda variar la denominación contemplada en el artículo 3.º, numeral 2.º del Decreto 57 de 1993, lo cual resulta ilegal e inconstitucional, pues al agregar el “grado 23” al cargo denominado “abogado asesor”, afectó negativamente la remuneración salarial y prestacional del mismo. partir del escenario expuesto se extrae la regla de unificación consistente en: “El Consejo Superior de la Judicatura carece de competencia para asignarle a los cargos nominados, grados, códigos y remuneración diferente a lo regulado en el Decreto 57 de 1993 y demás decretos anuales expedidos por el Gobierno Nacional, mediante los cuales se determine el régimen salarial y prestacional de los empleados de la rama judicial. Esta potestad corresponde al presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992. En consecuencia, la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de los Tribunales Administrativos, es la fijada para el «abogado asesor» en los decretos anuales expedidos por el gobierno nacional sobre la materia».

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / CAMBIO DE DENOMINACIÓN DE CARGO PÚBLICO / FALTA DE COMPETENCIA / RÉGIMEN SALARIAL DE LA RAMA JUDICIAL / COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD / INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD / PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LOS DERECHOS LABORALES / IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS APORTES AL FONDO DE PENSIONES**

**Problema jurídico 2:** *¿Al modificarse a través del Acuerdo PCSJA22-11968 de 2022 la denominación del cargo de “abogado asesor grado 23”, se afectó también la determinación del salario y prestaciones sociales que le correspondían frente al cargo de “abogado asesor” de Tribunal Administrativo?*

**Tesis 2:** «[...] el Consejo Superior de la Judicatura no podía abrogarse una competencia para establecer una remuneración al cargo de “abogado asesor” de Tribunal, que se encontraba dentro del listado de los cargos nominados en los decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, por lo que tampoco podía asignarle grados, códigos adicionales, o determinarle otro tipo de remuneración diferente. [...] los abogados asesores grado 23 de tribunal

administrativo deben remunerarse con el salario del cargo de abogado asesor nominado en los términos de los decretos expedidos anualmente por el Ejecutivo. [...] Una de las consecuencias de la especial protección que el Estado debe brindar al trabajo, es la exigencia legal y judicial del respeto por la dignidad y la justicia en la relación laboral (C.P. art. 25); directamente ligada con lo anterior se encuentra la obligación de proporcionar una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo (C.P. art. 53), puesto que el salario es “la causa o el motivo, desde el punto de vista de quien se emplea, para establecer la vinculación laboral”. [...] En el sub lite, no se dan ninguna de las condiciones (...) que permitan concluir que existe un parámetro objetivo, discernible y razonable que justifique la medida adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura [...] quienes venían desempeñándose como abogados asesores grado 23 de Tribunal Administrativo deben continuar siendo remunerados como abogado asesor nominado de Tribunal, al advertirse que siguen desempeñando las mismas funciones, se les exigen los mismos requisitos, continúan en sus mismos lugares de trabajo y bajo órdenes del mismo empleador, sin que exista una razón objetiva y justificable para que se asuma que cambiaron a un cargo diferente con grado 23 y que merecen ser remunerados de acuerdo con la escala salarial de ese grado. [...] En virtud de lo anterior, se concluye que a partir del 1.º de julio de 2022, el servidor que venía en el cargo de “abogado asesor grado 23”, y que pasó a llamarse profesional especializado grado 23 debe ser remunerado como abogado asesor nominado de Tribunal de acuerdo con los decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, es decir, atendiendo al artículo 4.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014 y siguientes que expida el gobierno nacional. Ese reconocimiento, implica atender a los términos de prescripción establecidos en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador. En razón a que las citadas diferencias salariales y prestacionales se producen mes a mes se aplicará el fenómeno de la prescripción, para lo cual los funcionarios judiciales atenderán a la fecha en que se realizó la solicitud ante la administración, tanto si la relación laboral y desempeño en el citado cargo se encuentra vigente, como si presentó interrupciones o ya finalizó. Situación diferente ocurrirá frente a las diferencias generadas sobre los aportes para pensión a cargo del empleador, que podrán ser reclamadas en cualquier tiempo, dada su clara relación sobre un futuro reconocimiento pensional y en tal sentido pueden solicitarse en cualquier época.»

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / COMPETENCIA DE LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / FALTA DE COMPETENCIA / COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL / CAMBIO DE DENOMINACIÓN DE CARGO PÚBLICO / RÉGIMEN SALARIAL DE LA RAMA JUDICIAL / RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LA RAMA JUDICIAL / DIFERENCIA SALARIAL**

**Problema jurídico 3:** *¿El señor [demandante] tiene derecho al reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales por concepto de la aplicación de la escala salarial señalada en el artículo 4.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014 y demás decretos salariales y, de acuerdo con ello, debe continuar su remuneración como abogado asesor de tribunal a partir del 1º de julio de 2022?*

**Tesis 3:** «[...] la pauta de unificación vertida en esta providencia, consiste en que la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de Tribunales Administrativos, se encuentra dentro del listado de los cargos nominados en los Decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, por lo que su labor debe remunerarse de acuerdo con el artículo 4.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, sin que sea aceptable que el Consejo Superior de la Judicatura pueda variar la denominación contemplada en el artículo 3.º, numeral 2.º del Decreto 57 de 1993. De acuerdo con ella, en el caso del señor [demandante] se advierte que el salario que se le canceló como “Abogado Asesor Grado 23” fue inferior al establecido anualmente por el presidente de la República para el cargo de “abogado asesor” de Tribunal Judicial, situación que imponía acceder a las pretensiones de la demanda, como en efecto lo hizo el a quo, es decir, con la inaplicación del Acuerdo PSAA11-8419 del 1.º de agosto de 2011, la nulidad de los actos demandados y ordenando a la entidad pagarle las diferencias de sueldo que corresponden a “abogado asesor de Tribunal”, desde la fecha en que ingresó a tal cargo y en lo sucesivo mientras se desempeñe en el mismo, y la respectiva reliquidación de todas las prestaciones sociales devengadas, causadas y que se llegaren a causar, con base en el salario que le corresponda al cargo de abogado asesor de tribunal. Es de precisar que en este caso no ocurrió el fenómeno de la prescripción comoquiera que la primera vinculación del demandante como “abogado asesor grado 23” ocurrió desde el 30 de mayo de 2014 hasta el 31 de diciembre de ese mismo año y la petición ante la administración se realizó el 30 de mayo de 2017. [...] según el análisis de la Sala, los servidores que venían desempeñándose como “abogados asesores grado 23” de Tribunal Administrativo deben continuar siendo remunerados, a partir del 1.º de julio de 2022 como abogados asesores nominados de Tribunal. Esto de acuerdo con el artículo 4.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013

y 194 de 2014 expedidos por el presidente de la República, en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992. Para ello, debe inaplicarse por inconstitucional el Acuerdo PCSJA22-11968 de 2022. En este caso, como el señor [demandante] continúa vinculado a la Rama Judicial en el citado cargo, se impone que, a partir del 1.º de julio de 2022 y mientras permanezca en el mismo, su labor debe continuar siendo remunerada como abogado asesor nominado de Tribunal de acuerdo con los decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, es decir, atendiendo al artículo 4.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014 y siguientes que expida el gobierno nacional. [...]»

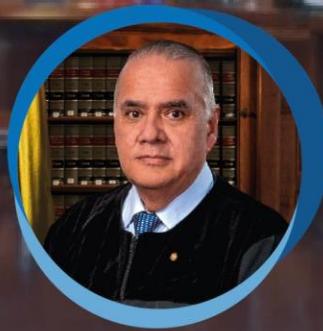
### **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**

**Problema jurídico 4:** *¿Cuál es la regla jurisprudencial de unificación establecida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, y sus efectos, en relación con la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de los Tribunales Administrativos?*

**Tesis 4:** «El Consejo Superior de la Judicatura carece de competencia para asignar a los cargos nominados, grados, códigos y remuneración diferentes a los previstos en el Decreto 57 de 1993 y demás decretos anuales expedidos por el Gobierno Nacional en los que se regule el régimen salarial y prestacional de los empleados de la rama judicial. Esta potestad corresponde al presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992. En consecuencia, la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de los Tribunales Administrativos, es la fijada para el «abogado asesor» en los decretos anuales expedidos por el gobierno nacional sobre la materia”. [...] ADVERTIR a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación constituye precedente vinculante en los términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos. Los casos en los que haya operado la cosa juzgada serán inmodificables».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación Jurisprudencial de dos \(2\) de noviembre de dos mil veintitrés \(2023\), radicación: 08001-23-33-000-2018-00529-01 \(3071-2019\) SUJ-033-CE-S2-2023](#)

## SECCIÓN TERCERA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. La acción procedente para solicitar la responsabilidad de los daños derivados de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga, frente a las solicitudes de recobro por servicios de salud no incluidos en el POS, es la nulidad y restablecimiento del derecho.

*Síntesis del caso:* La Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. presentó 108 solicitudes de recobro por la provisión de «terapias ABA» ante el Consorcio Fidufosyga 2005. El Consorcio Fidufosyga 2005 no aprobó el pago de las solicitudes de recobro al considerar que esos servicios estaban incluidos en el POS y eran remunerados a través de la Unidad de Pago por Capitación –UPC–.

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / PROCEDIMIENTO DE RECOBRO AL FOSYGA / RECOBRO AL FOSYGA / SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS / MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL MODALIDADES DE RECOBRO AL FOSYGA / RECOBRO DE MEDICAMENTO**

*Problema jurídico:* ¿La acción de reparación directa es idónea para solicitar la reparación de los daños derivados de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga frente a las solicitudes de recobro por servicios de salud no incluidos en el POS?

*Tesis:* “[L]a Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de señalar que la decisión definitiva del administrador del Fosyga –sobre las solicitudes de recobro por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS, autorizados por el Comité Técnico Científico o por fallos de tutela– es un acto administrativo. [...] [L]a acción procedente para solicitar la responsabilidad de los daños derivados de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga, frente a las solicitudes de recobro por servicios de salud no incluidos en el POS es la nulidad y restablecimiento del derecho. Esta sentencia busca garantizar la unidad de interpretación respecto de la acción procedente para solicitar la responsabilidad derivada de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga. Por ello, será referente para resolver todas las controversias en curso a las que les aplique el régimen legal que fue estudiado en el fallo.”

*NOTA DE RELATORÍA:* Sobre la procedencia de la acción de reparación directa para obtener la indemnización de perjuicios causados por un acto administrativo, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2009, rad. 27422, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 13 de mayo de 2009, rad. 15652, C. P. Myriam Guerrero De Escobar; y sentencia del 13 de septiembre de 2021, rad. 55608, C. P. Guillermo Sánchez Luque.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

**Salvamento de voto del consejero Nicolás Yepes Corrales**

**SALVAMENTO DE VOTO / RECOBRO AL FOSYGA / ACTO ADMINISTRATIVO / CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / FUNCIONES DEL FOSYGA / CONTRATO DE FIDUCIA PÚBLICA / MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL / REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

*Tesis:* “[E]n la providencia de la cual me aparto [pareció entenderse no solo que el debate sobre el tema ya había sido definitivamente zanjado por la Corte Constitucional sino que la existencia de ese solitario pronunciamiento relevaba al juez de lo contencioso administrativo del deber de analizar si realmente el Consorcio ejercía o no función administrativa, discusión que, a mi juicio, habría llevado a la conclusión de que la formulación de glosas a las solicitudes de recobro no podía ser considerada como una

manifestación de una función de esa naturaleza. Lo anterior, no solo por la potísima razón de que no existe norma legal, reglamentaria, acto de delegación o afín del cual pudiera derivarse el ejercicio de una tarea que, como particular que era, no tenía por derecho propio, sino porque las operaciones y demás actuaciones del Consorcio Fidufosyga se guiaban por las reglas propias del encargo fiduciario previstas en el numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1992 y bajo las precisas y estrictas instrucciones que le fijaba el fideicomitente, sin que tampoco pudiera entenderse que, amparado en tal relación contractual, el Consorcio era una especie de representante o de mandatario del Ministerio de Salud. [...] En ese sentido, la vía judicial adecuada para plantear esa reclamación, a mi juicio, es la del medio de control de reparación directa, pues, desde la teoría de las obligaciones, la falta de pago se erige como un crédito en favor de las empresas prestadoras de servicios de salud. Se trata de una típica situación de enriquecimiento sin causa, en la que se presta un servicio por el que no se recibe contraprestación y que, por tanto, genera el derecho a que se le reconozca el valor que se tuvo que asumir por tal situación. Finalmente, debo precisar que este análisis se relaciona con aquellas solicitudes de recobro que fueron generadas antes de la creación y entrada en funcionamiento del ADRES, entidad que claramente es de naturaleza pública y cuyas decisiones sobre aprobación o no de pagos, como lo señaló la Corte Constitucional en Auto 389 del 22 de julio de 2021, constituyen verdaderos actos administrativos que pueden ser, ellos sí, controvertidos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, S. V. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

**Salvamento de voto del consejero José Roberto Sáchica Méndez**

**SALVAMENTO DE VOTO / RECOBRO AL FOSYGA / ACTO ADMINISTRATIVO / CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / FUNCIONES DEL FOSYGA / CONTRATO DE FIDUCIA PÚBLICA / MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL / REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**Tesis:** “He considerado apartarme de la decisión mayoritaria de la Sala, porque considero que las comunicaciones en materia de recobros que realizaba el FOSYGA no constituyen actos administrativos; en mi entender, esos oficios y/o comunicaciones no comportan una manifestación unilateral de voluntad de la Administración, por manera que la acción precedente era la de reparación directa. [...] Los actos contenidos en los oficios expedidos por el consorcio administrador del Fosyga no constituyen actos administrativos, dado que ninguna norma superior le asignó al referido consorcio una prerrogativa de poder público que le permita el ejercicio de una función administrativa de carácter definitorio, amén de que no es una autoridad administrativa -en tanto sus competencias se limitan a ejecutar el contrato de fiducia referido bajo las estrictas instrucciones del Ministerio de Salud y de la Protección Social-. [...] Así, se resalta que, en tanto no se satisfacen los requisitos indispensables para la existencia de un acto administrativo, los actos jurídicos mediante los cuales se negó el reembolso de los recobros presentados por la EPS Sanitas expedidos por el Consorcio Fidufosyga 2005, no tenían tal condición, de ahí que frente a los mismos no resultaba procedente ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. [...] En suma, se concluye que tratándose de actos contenidos en oficios expedidos por el consorcio administrador del Fosyga relativos a las solicitudes de recobro por servicios y/o medicamentos NO POS, los mismos no constituyen actos administrativos y, por tanto, la acción precedente era la de reparación directa.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el ejercicio de una función administrativa en casos de recobros ante el Fosyga, cita: Corte Constitucional, sentencia del 25 de mayo de 2004, C-510/04, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, S. V. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

**Salvamento de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico**

**SALVAMENTO DE VOTO / PROCEDIMIENTO DE RECOBRO AL FOSYGA / SOLICITUD DE RECOBRO AL FOSYGA / ALCANCE DE LA NORMA / OBJETO DEL LITIGIO / FUNCIONES DEL FOSYGA / RECOBRO AL FOSYGA / AUSENCIA DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / DESARROLLO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / AUTORIZACIÓN LEGAL / REGLAMENTO LEGAL / ORDEN JUDICIAL / CONCEPTO DEL COMITÉ TÉCNICO**

## **CIENTÍFICO / INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / MODALIDADES DE RECOBRO AL FOSYGA / SUJETO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / FALTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

**Tesis:** “[E]l alcance del [...] artículo 13 en la versión inicial del Decreto Ley 1281 de 2002 no podía entenderse extensivo a los cobros No POS, que son a los que se refiere la controversia objeto de la sentencia aprobada por la Sala, circunstancia que impide sostener que las actuaciones del administrador del FOSYGA tienen el carácter de función administrativa, la cual, para reputarse como tal, debe tener sustento en una competencia legal y no en ordenes de jueces o de Comités Técnico Científicos. [P]ara el momento de los hechos de la controversia, en ausencia de una función administrativa en el plano legal, no había ninguna posibilidad de que dichos reconocimientos materializaran un acto administrativo, ni los trámites de cobros No POS previstos inicialmente por el Ministerio de Salud y Protección Social podían considerarse como procedimientos administrativos que culminaran con un acto administrativo”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, S. V. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

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

## **ACLARACIÓN DE VOTO / SOLICITUD DE RECOBRO AL FOSYGA / PROCEDIMIENTO DE RECOBRO AL FOSYGA / AGENTE FIDUCIARIO / ENCARGO FIDUCIARIO / RECOBRO ANTE LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / ACTO ADMINISTRATIVO APORTADO POR ENTIDAD PÚBLICA / ACTO ADMINISTRATIVO DECISORIO / EXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO JURÍDICO UNILATERAL / REPRESENTACIÓN DEL ESTADO / PROCEDENCIA DEL RECOBRO AL FOSYGA / PAGO DEL RECOBRO AL FOSYGA / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / REEMBOLSO DE SUMA DE DINERO POR SERVICIO DE SALUD / ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO EN CUMPLIMIENTO DEL FALLO DE TUTELA / CONCEPTO DEL COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO**

**Tesis:** “[A]ntes con el Consorcio [fiduciario] y hoy en día con la ADRES, no cabe duda que las decisiones adoptadas en materia de cobros constituyen verdaderos actos administrativos debido a que son manifestaciones unilaterales de la voluntad proferidas por entidades públicas o por unas fiduciarias en representación del Estado con miras a definir una situación jurídica, esto es, la procedencia del reconocimiento de unos pagos por la prestación de servicios no incluidos en el POS (plan obligatorio de salud) o en el PBS (plan básico de salud) en virtud de decisiones judiciales proferidas en acciones de tutela o por conclusiones de los comités técnico-científicos. [...] No es necesario que la ley o el reglamento hubieran catalogado la decisión de la glosa como acto administrativo, pues, finalmente el acto administrativo está determinado por la manifestación unilateral de la voluntad de la administración directamente encaminada a producir, modificar o extinguir una situación jurídica, tal como ocurre en este tipo de supuestos. No se puede pretender que la ley en cada caso concreto denomine qué actos jurídicos son o no actos administrativos lo cual reduciría la tesis del acto administrativo a un absurdo porque el legislador tendría que intervenir en todos los eventos para definir si una entidad profiere o no actos administrativos y en qué eventos lo haría. Queda claro que en este tipo de casos el Consorcio [fiduciario] actúa en representación del “Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga”, que es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia (artículo 1º del Decreto 1283 de 1996, compilado en el Decreto 780 de 2016), por manera que en los términos del numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio [...], queda claro que el Consorcio [fiduciario] actuaba en nombre y representación del Fosyga y, por lo tanto, era quien en su nombre y representación tenía que adelantar el procedimiento administrativo de cobro para determinar si era procedente el reconocimiento o, por el contrario, si debía glosarse o rechazarse la solicitud, decisión que no cabe duda de que es un acto administrativo en tanto pone fin a una actuación o procedimiento administrativo, tal como ocurre con el FOMAG, pues, una fiduciaria lleva a cabo su representación y vocería.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, A. V. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

### **Aclaración de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas**

## ACLARACIÓN DE VOTO / SOLICITUD DE RECOBRO AL FOSYGA / PROCEDIMIENTO DE RECOBRO AL FOSYGA / AGENTE FIDUCIARIO / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA / DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

**Tesis:** “Con el debido respeto, me separo de las consideraciones expuestas en la decisión en relación con la caducidad de la acción, las que, a mi juicio constituyen un obiter dicta, ya que, al ser inepta la demanda, no se configura la relación jurídica procesal, y se torna innecesario adentrarse en el análisis de otro de los presupuestos para que se trabé tal relación. Adicionalmente, considero que la declaración de caducidad no

es procedente, ya que implica un pronunciamiento sobre una pretensión que no fue planteada, que lo sería la solicitud de declaración de nulidad de los actos administrativos en los que fueron negadas las solicitudes de recobro.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, A. V. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

### Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

## ACLARACIÓN DE VOTO / VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACTO ADMINISTRATIVO QUE NIEGA SOLICITUD / SOLICITUD DE RECOBRO AL FOSYGA / PARTICULAR EN EJERCICIO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / ORDENADOR DEL GASTO / FUNCIÓN DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL / COMUNICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PUBLICIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**Tesis:** “Acompañé la [...] decisión, porque, en efecto, existe un acto administrativo con presunción de validez, que debe ser demandado mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, considero que se incurrió en un error al concluir que el autor del acto administrativo de negativa frente a las solicitudes de recobro era el particular contratista que administraba el Fosyga, en este caso, el consorcio Fidufosyga 2005. [...] [A]firmar que un particular ejerce función administrativa, porque administra recursos públicos (regla de dudosa corrección) no significa, por sí solo, que ese particular expida actos administrativos. Aunque la Corte Constitucional sostuvo que se trataba de un procedimiento administrativo, no afirmó que el acto administrativo definitivo lo adoptaba el particular contratista, como sí lo concluyó la presente sentencia, frente a la cual aclaro mi voto. [...] [E]l ordenador del gasto, a través de la expedición de los actos administrativos que aceptaban o negaban los recobros, era el Ministerio de Salud y Protección Social. [...] Al ser la comunicación el medio de publicidad del acto administrativo, acertó la sentencia en concluir que desde allí se debía contar el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero erró al concluir que la comunicación de lo decidido era el acto mismo.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la función administrativa que ejerce el particular que administra recursos públicos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cita: Corte Constitucional, sentencia del 25 de mayo de 2004, C-510/04, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de abril de 2023, A. V. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01\(55085\).](#)

## **2. Unificación de jurisprudencia sobre los efectos que produce la ausencia de salvedades cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes.**

**Síntesis del caso:** “El 22 de abril de 1997, Construcciones Vélez y Asociados SA-Convel SA y el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA celebraron el contrato n.º 00007 para la construcción de la estructura de concreto de la torre norte de la sede principal en Medellín, que fue

*prorrogado en dos oportunidades. Reclamó los perjuicios por el trabajo en horario extendido de sus empleados, la mayor permanencia en obra y los intereses moratorios por el pago tardío de unas actas”.*

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / DEBERES DEL JUEZ / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ADICIÓN AL CONTRATO / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / REGLAS DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / NORMATIVA DEL CONTRATO / BUENA FE CONTRACTUAL / CONDICIONES DEL CONTRATO / ACUERDO DE VOLUNTADES / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

**Problema jurídico 1:** *¿Es deber del juez estudiar las pretensiones, desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos?*

**Tesis 1:** “Unificación de jurisprudencia sobre los efectos de la ausencia de «salvedades». Cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución de un contrato, el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos. El deber del juez será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, las normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato. Conforme a dichas reglas, establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Con relación a los efectos de la ausencia de salvedades en las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual u otrosíes, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, rad. 13356, M.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 31 de agosto de 2011, rad. 18080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 14 de septiembre de 2022, rad. 67712, M.P. Guillermo Sánchez Luque; sentencia de 10 de septiembre de 2014, rad. 27648, M.P. Enrique Gil Botero; sentencia de 20 de octubre de 2014, rad. 24809, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 28 de mayo de 2015, rad. 35625, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 1 de julio de 2015, rad. 37613, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 29 de julio de 2015, rad. 37170, M.P. Olga Mélida Valle de La Hoz; sentencia de 9 de julio de 2021, rad. 61234, M.P. Alberto Montaña Plata; sentencia de 18 de noviembre de 2021, rad. 48815, M.P. Fredy Ibarra Martínez; sentencia de 26 de enero de 2022, rad. 64897, M.P. Alberto Montaña Plata; sentencia de 10 de junio de 2022, rad. 61168, M.P. Alberto Montaña Plata; sentencia de 26 de noviembre de 2015, rad. 54563, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 25 de febrero de 2016, rad. 41901, M.P. Olga Mélida Valle de La Hoz; sentencia de 24 de abril de 2017, rad. 55836, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 23 de octubre de 2017, rad. 55855, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 29 de enero de 2018, rad. 52666, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 8 de mayo de 2020, rad. 64701, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia de 13 de agosto de 2020, rad. 51833, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; sentencia de 23 de octubre de 2020, rad. 45190, M.P. José Roberto Sáchica Méndez; sentencia de 20 de noviembre de 2020, rad. 38097, M.P. Guillermo Sánchez Luque; sentencia de 5 de febrero de 2021, rad. 46726, M.P. José Roberto Sáchica Méndez; sentencia de 19 de febrero de 2021, rad. 65277, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia de 7 de mayo de 2021, rad. 43055, M.P. María Adriana Marín; sentencia de 4 de septiembre de 2021, rad. 54004, M.P. José Roberto Sáchica Méndez; sentencia de 24 de septiembre de 2021, rad. 52577, M.P. María Adriana Marín; sentencia de 22 de noviembre de 2021, rad. 52430, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; sentencia de 4 de febrero de 2022, rad. 45762, M.P. María Adriana Marín; sentencia de 5 de mayo de 2020, rad. 42962, M.P. Marín Bermúdez Muñoz.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / FINALIDAD DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / TEORÍA DEL RESPETO DEL ACTO PROPIO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / DEBERES DEL JUEZ / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ACUERDO DE VOLUNTADES**

**Tesis 1:** “No comparto la forma en la cual se delimitó el asunto materia de unificación, porque, se parte de un supuesto no del todo preciso, consistente en que existe algún sector de la jurisprudencia que se ha abstenido de decidir de fondo las controversias contractuales por suerte de la creación de un “presupuesto procesal” que carece de respaldo legal, lo cual restringe indebidamente el acceso a la administración de justicia del contratista por “implantar exigencias generales y abstractas, no establecidas en la ley que impiden estudiar de fondo los conflictos sobre la ejecución del contrato” (...). Este aserto es impreciso y reduccionista de la multiplicidad de problemáticas sometidas a la decisión del juez del contrato estatal y, particularmente, desatiende la existencia de distintos regímenes jurídicos de responsabilidad contractual del Estado. (...) [L]a conclusión de la sentencia del proceso de la referencia, según la cual se ha establecido o creado, fácticamente, un presupuesto procesal o requisito para la prosperidad de las pretensiones no está debidamente soportada, no corresponde a la realidad de los hechos y a la línea de decisión judicial trazada sobre la materia, pues, en realidad, el juez ha buscado precisar el verdadero contenido de los actos de modificación y prórroga de los contratos en cada caso que ha sido sometido a su consideración y decisión, sobre la base de determinar si con ellos las partes definieron y cerraron las dificultades que presentaba la ejecución del contrato y las diferencias surgidas entre ellas. Por otra parte, encuentro acertado que la sentencia de unificación terminó por privilegiar, aunque, sin referirse de manera expresa a ella, la teoría de los actos propios, utilizada históricamente por la Corporación para decidir este tipo de controversias, por considerar, finalmente, que el contratista no podía desconocer el ofrecimiento de un mayor plazo contractual sin adición de precio ni su conducta durante la formación de los modificatorios acordados, lo cual comparto plenamente; la aplicación de esta doctrina nunca implicó un requisito jurisprudencial para la prosperidad de las demandadas ni la imposición de un presupuesto procesal no regulado en la ley, sino que, permitió reconocer, como ahora lo hace la Sala Plena de la Sección Tercera, que los acuerdos logrados por las partes para sortear las diferencias surgidas entre ellas las obligan y no pueden ser desconocidos por estas ni por el juez al momento de resolver los litigios, esto último en aplicación y eficacia del principio de autonomía de la voluntad que rige los contratos (art. 1602 del Código Civil y art. 40 de la Ley 80 de 1993).”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el alcance de las modificaciones contractuales acordadas, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 19 de octubre de 2022, rad. 65256, M.P. Fredy Hernando Ibarra Martínez; sentencia de 14 de septiembre de 2022, rad. 62694, M.P. Fredy Hernando Ibarra Martínez.

**ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS / APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / ACUERDO DE VOLUNTADES / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / DECLARACIÓN DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE PACTA SUNT SERVANDA / PRINCIPIO DE RESPETO DEL ACTO PROPIO / PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO**

**Tesis 2:** “La sentencia de unificación, tal como en forma clara e inequívoca lo anuncia, no otorgó valor al silencio del contratista al momento de suscribir los modificatorios ni lo interpretó como renuncia a derechos; el análisis de la conducta previa a la suscripción de dichos acuerdos permitió concluir, puntualmente y sin hesitación alguna, que el demandante ofreció terminar las obras en un plazo adicional sin aumentar la remuneración acordada o, disyuntivamente, un plan de contingencia para acelerar la ejecución el cual “sería medido y facturado posteriormente” (...). En esa dirección, las partes privilegiaron la primera opción, acuerdo que no podían desconocer válidamente porque, precisamente, fue aceptado de buena fe por ambas con el fin de solucionar un conflicto surgido durante la ejecución del contrato; en estas condiciones, en la sentencia se reconoce que no es válidamente admisible reclamar en contravía de lo expresa, autónoma y voluntariamente acordado; esta circunstancia permite advertir, fácilmente, que no se trata de que so pretexto de la buena fe se esté creando un “requisito para la prosperidad de las

pretensiones" (...), sino, de analizar el alcance real de lo acordado, lo cual es ley para los contratantes. Como se aprecia, la sentencia de unificación se sustenta, concretamente, en la imposibilidad del contratista de desconocer su propia conducta negocial y los acuerdos finalmente suscritos, lo cual comparto plenamente por no ser producto del silencio sino de la interpretación integral de lo acordado con su contraparte contractual."

**ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / CRITERIO PARA PROFERIR LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CONTROVERSIA CONTRACTUALES / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / DEBERES DEL JUEZ / ACUERDO DE VOLUNTADES / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / IUS VARIANDI / ASPECTOS FÁCTICOS**

**Tesis 3:** "[C]omo lo puse de presente en la redacción final de la regla de unificación del caso concreto no soluciona el tema que se pretende unificar ni es útil para resolver todos los eventos de responsabilidad que pueden presentarse durante la ejecución de los contratos; disponer que el juez está obligado a desentrañar el acuerdo de voluntades resulta tautológico, pues, este es precisamente y en todos los casos la labor del juez del contrato, para cuyo debido cumplimiento no se requería unificación jurisprudencial. Estimo que la regla de unificación fijada por la Sección no entrega respuesta expresa y certera al problema jurídico (...). Determinar el alcance de los acuerdos entre las partes e interpretarlos para que se cumplan de buena fe es lo que de tiempo atrás ha tenido lugar en la jurisprudencia de la Corporación en aplicación de la doctrina de los actos propios, según la cual no resulta admisible que en sede judicial se reclame en contra de lo expresamente pactado; sin embargo, este solo ejercicio no aporta la totalidad de elementos ni la certeza necesaria para controversias como las derivadas de la teoría de la imprevisión o del ejercicio del ius variandi que, no solo dependen de los acuerdos de las partes sino de la ocurrencia, prueba y apreciación de situaciones fácticas, externas o generadas por las partes que impactan la ejecución del contrato y, a lo sumo, permite determinar si en estos acuerdos quedaron zanjadas las diferencias surgidas con ocasión de estos otros supuestos de responsabilidad contractual. Por lo anterior comparto la segunda parte de la regla de unificación en la cual se precisa que, luego de analizado el alcance de los acuerdos entre las partes, el juez "establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado" (...); ciertamente, lo relevante para la decisión de cada caso concreto es establecer si los acuerdos de las partes regulan los aspectos sometidos a control judicial, para efectos de determinar su alcance en cada evento objeto de análisis y decisión, no obstante, estimo que para ello no era indispensable una decisión de unificación jurisprudencial, pues, la necesidad de la prueba y el deber de apreciación de esta por parte del juez están regulados en forma expresa e inequívoca en la ley."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, A. V. Fredy Hernando Ibarra Martínez, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

**Salvamento de voto del consejero José Roberto Sáchica Méndez**

**SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / CRITERIO PARA PROFERIR LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / EXPEDICIÓN DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FINALIDAD DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / REQUISITOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ACUERDO DE VOLUNTADES / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / DEBERES DEL JUEZ / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / EXAMEN DE FONDO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / IMPROCEDENCIA DEL FALLO INHIBITORIO / APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DEL JUEZ / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / OBLIGACIONES DEL JUEZ**

**Tesis 1:** "Sin desconocer en manera alguna la importancia del pronunciamiento que a título de unificación

hizo la Sala mayoritaria, soy del criterio de que este caso no reúne las características de las que están llamadas a ser sentencias de unificación, por las razones que paso a exponer. El texto que se acogió a título de unificación puede ser analizado en dos partes: a) “Cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución de un contrato, el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos”. Resulta pertinente mencionar que, a mi juicio, la sentencia es imprecisa al señalar que en algún momento la jurisprudencia de esta Corporación indicara que la ausencia de salvedades impidiera adoptar decisiones de fondo, pues lo cierto es que, aun cuando en algunos eventos se utilizaron expresiones que pudieron conducir a esa confusión, en ninguna de ellas se emitió un fallo inhibitorio. En algunos casos se negaron las pretensiones de la demanda con base en razonamientos soportados en el análisis de la conducta contractual de las partes al amparo del principio de buena fe y, en otros, sobre la base del principio de normatividad de los contratos, al concluir, en desarrollo de una labor de interpretación judicial que, al no hacer una manifestación contraria, los asuntos asociados a las pretensiones quedaron cobijados por un acuerdo al que se vinculó el demandante en el marco de su autonomía de la voluntad y que, por tanto, no podía ser desconocido por el juez. (...) Ahora, es posible que, dada la confusión que pudo haber surgido a partir de la inexacta terminología que se utilizó en algunas providencias, se hiciera necesario que la Sala Plena de la Sección Tercera hiciera las precisiones del caso; no obstante, y sin restar importancia a la materia, ello no corresponde propiamente a una sentencia de unificación. b) “El deber del juez será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, las normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato. Conforme a dichas reglas, establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado”. A mi juicio este aparte del texto no contiene una regla de unificación, sino que describe la labor que, de conformidad con la ley, le corresponde desarrollar al juez y de la cual, reitero, no se ha apartado. (...) [C]omparto que no se puede adoptar como principio inmutable que el hecho de no dejar salvedades en los otrosíes impida que se acceda a las pretensiones de la demanda por contrariar el principio de buena fe que rige también la conducta contractual (...), sino que lo que corresponde es estudiar el asunto de cara a sus particularidades y, asimismo, resolverlo según su propia singularidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, S. V. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

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

### **ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / OBITER DICTA / REQUISITOS DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

**Tesis 1:** “[M]e aparto de un extenso obiter contenido en diversos apartes porque suscita otras controversias que, además de que no resultaban necesarias para la solución del caso, pueden dar lugar a un nuevo camino de interpretaciones conflictivas. Como primera medida, advierto que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado había identificado los aspectos más problemáticos del “criterio jurisprudencial” del que finalmente se tomó distancia en la SU. (...) Las diferencias frente a la llamada posición restrictiva, que llevó a que las salvedades en los acuerdos bilaterales llegaran a ser concebidas como un presupuesto procesal o un “requisito de la acción contractual”, fueron anticipadas por todas las subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, incluida la Subsección de la que hago parte. De allí que, lo cardinal para la decisión unificada fuera adoptar, como en efecto se hizo, una providencia en la que se precisara que (se transcribe): “el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos”. Hasta aquí los rasgos más característicos de los acuerdos. Las consideraciones de las que me aparto tienen como elemento común la prescindible referencia a una diversidad de principios, categorías e instituciones jurídicas propias de los contratos entre privados, en general, y estatales, en particular, así como de instituciones procesales, que no eran objeto de la decisión de unificación y cuya referencia resultaba innecesaria y, en ocasiones, problemática para la solución del

caso.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las barreras para el acceso a la administración de justicia y las exigencias normativas y jurisprudenciales, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 10 de junio de 2022, rad. 61168, M.P. Alberto Montaña Plata. Con relación a las salvedades en los acuerdos bilaterales como requisito de la acción contractual, cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, rad. 17322, M.P. Enrique Gil Botero; sentencia de 20 de octubre de 2014, rad. 27777, M.P. Enrique Gil Botero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, A. V. Alberto Montaña Plata, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

#### **Aclaración de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas**

**ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PRÓRROGA DEL CONTRATO / CLÁUSULA DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD / MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA PÚBLICA / ADICIÓN DEL VALOR DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / RESTRICCIONES AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / FALTA DE PRUEBA / FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL**

Tesis 1: “Si bien, acompañé con mi voto las reglas de unificación adoptadas, así como la revocación de la sentencia parcialmente estimatoria proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 19 de marzo de 2010, para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, creo conveniente aclarar que, al suscribir la segunda prórroga del contrato, las partes no consintieron, expresa ni implícitamente, en la exclusión o exoneración de responsabilidad de la entidad por los posibles efectos derivados de tal prórroga, que implicó una mayor permanencia en obra. En esta segunda prórroga, el contratante no ofreció alternativas de convenio modificadorio, ni consiguientemente hubo lugar a optar por una de ellas, como sí ocurrió en la primera prórroga. No está clara, siquiera, la razón por la que fue suscrita la segunda prórroga, ni las circunstancias que dieron lugar a que se pactara una adición de valor del contrato. No cabe pues inferir, a partir de un contexto oscuro, una verdadera exclusión de responsabilidad sobre los efectos económicos de la segunda prórroga, por tratarse de un pacto que tiene una interpretación restrictiva. Secundé, sin embargo, la revocación de la sentencia recurrida, porque, como se afirma en la providencia que es objeto de esta aclaración, el actor no acreditó que hubiera incurrido en sobrecostos con la segunda prórroga.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la interpretación restrictiva de los contratos, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de agosto de 2021, rad. 45004, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, A. V. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / DERECHO RENUNCIABLE / DERECHOS DEL CONTRATISTA / INTERPRETACIÓN DE LA LEY / SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / DEBERES DEL JUEZ / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ADICIÓN AL CONTRATO / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO / PAZ Y SALVO EN LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / TRANSACCIÓN / EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN / COSA JUZGADA / INTERPRETACIÓN DEL JUEZ / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / CONTENIDO DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / CONTROL JUDICIAL DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL**

**Tesis 1:** “No estoy de acuerdo con que en el fallo se infieran renunciaciones de las modificaciones porque dejar abierta la posibilidad de que tales inferencias se deduzcan sin que exista siquiera pacto expreso nos hace caer en el mismo error que estamos tratando de superar con la modificación a la jurisprudencia vigente. De otra parte, creo que la unificación implica un avance importante en relación con la jurisprudencia actual, en la que se vienen negando sistemáticamente los derechos de los contratistas a través de una exigencia “inventada” por los jueces y “prohibida por la ley” Pero considero también que la regla podría haberse enunciado de forma más contundente y precisa, si se hubiese deducido de una interpretación distinta de las disposiciones legales aplicables. (...) Al establecer jurisprudencialmente que el juez no debe estudiar todas las reclamaciones del contratista que fueron incluidas como salvedad en la liquidación del contrato, porque no se hicieron en una convención modificatoria anterior (otrosí), se está violando el derecho a dejar salvedades en la liquidación bilateral, reconocido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. (...) La regla general es que, suscrita la liquidación, no se pueden presentar con posterioridad reclamaciones judiciales del contratista porque al suscribirla se hizo el ajuste definitivo de las cuentas del contrato. Esa liquidación tiene efectos de transacción y, por ende, de cosa juzgada frente a los conflictos existentes en ese momento. (...) Con la expedición de esta norma, el legislador consagró la posibilidad de acordar liquidaciones parciales en las cuales se pueden reconocer determinadas reclamaciones del contratista y negarle otras, o se pueden hacer reconocimientos parciales de lo pedido. En ese caso se le otorga al contratista el derecho a dejar salvedades al acta para reclamar posteriormente su reconocimiento ante el juez del contrato. (...) [L]as salvedades se establecieron por la ley como un derecho del contratista, con la consecuencia lógica de que podía reclamar por los asuntos incluidos en las salvedades, porque frente a lo demás la liquidación tenía efectos de transacción. (...) No solo no existe fundamento legal para exigirle al contratista salvedades en los acuerdos modificatorios, sino que hacerlo viola su derecho—con base en la norma citada— a reclamar por todos los asuntos que incluyó en las salvedades de la liquidación. (...) Lo lógico es que pueda reclamar y se estudie todo, incluyendo la modificación para estudiar si lo pactado fue suficiente, no solo para inferir si renunció tácitamente a reclamar. La interpretación que el juez hace de la liquidación bilateral del contrato, teniendo en cuenta su objeto y el momento cuando ella se pacta, determina cuáles fueron las reclamaciones que el contratista advirtió que iba a formular posteriormente. Como bien lo indica la sentencia, cuando se pacta la liquidación ya se terminó el contrato. Cuando se pacta la modificación, el contrato se está ejecutando y la ley prohíbe condicionar esa modificación a renunciaciones futuras.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, A. V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CRITERIO PARA PROFERIR LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / EXAMEN DE FONDO / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONTRATISTA / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PARTE RECURRENTE / ENTIDAD ESTATAL**

**Tesis 1:** “[L]a sentencia justifica el estudio del tema sobre la ausencia de salvedades en la suscripción de suspensiones, adiciones o prórrogas al contrato, en el hecho de que, dado que en el pasado una de las posturas de la jurisprudencia fue revisar la existencia o no de dichas salvedades con independencia de si ello fue motivo de excepción o apelación, debía entonces en esta oportunidad estudiarse dicho tema con fines de unificación. Sin perjuicio de que algunas subsecciones de la Sección Tercera han procedido en el pasado tal y como la sentencia expuso en los términos del párrafo precedente, me parece que, al margen de que comparto las consideraciones de fondo frente al tema en cuestión, en este caso se pasó por alto que la recurrente en apelación fue la entidad estatal, respecto de quien en primera instancia se había declarado su incumplimiento del contrato y condenado al pago de una suma por concepto de costos de administración por mayor permanencia en obra (...). En ese contexto, solo se justificaba abordar el estudio del referido tema en la hipótesis de que fuera el contratista el damnificado por una sentencia denegatoria de sus pretensiones con fundamento en que aquel no expresó ninguna salvedad frente a las modificaciones del contrato. (...) Sin embargo, entiendo que la intención de la Sala fue la de reevaluar una regla jurisprudencial que había venido siendo aplicada por algunas subsecciones de la Sección Tercera, la cual impidió que en muchos casos se decidieran de fondo las pretensiones de los contratistas porque no habían plasmado salvedades a las modificaciones del contrato suscritas entre las partes.”

**ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / ACUERDO DE VOLUNTADES / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / FINALIDAD DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN**

**Tesis 2:** “[C]oincido con que el juez del contrato no puede concluir que un contratista renuncia a sus derechos solo porque guardó silencio cuando suscribió con la entidad estatal contratante una modificación de aquel, sin perjuicio de lo cual observo que ese entendimiento apenas impide que la contratante condicione la adición o modificación de contratos a la renuncia tácita del contratista, pero no resuelve un problema del que poco se ha hecho eco en la jurisprudencia, y es cuál es el alcance o cómo se deben valorar jurídicamente las renunciaciones expresas del contratista en el marco de esas mismas modificaciones, frente a la previsión del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993. De acuerdo con la sentencia materia de esta aclaración, tendrá que estar probado que la intención de las partes, expresa, en el texto de los acuerdos, adiciones o modificaciones, entre otros, posteriores, o desentrañada de acuerdo con las reglas previstas por la ley, fue zanjar la diferencia que ahora se reclama en la demanda, planteamiento que me lleva a reconocer la dificultad de establecer si una renuncia expresa del contratista no está implícitamente condicionada por el hecho de que, si aquel no la consigna, la modificación no la realiza la entidad estatal contratante. De hecho, bien puede suceder que en la adición de recursos o la concesión de mayores plazos, incorporados en las modificaciones del contrato y que se requieran para su culminación, se deje expresamente consignado en la parte considerativa o inclusive en el clausulado de las respectivas modificaciones, que dichas medidas se justifican en función de solicitudes o de dificultades expresadas por el propio contratista durante la ejecución contractual, caso en el cual surge la duda de si la suscripción de aquellas se encuentran o no implícitamente condicionadas. Sobre esto último, considero que la sentencia no hizo ningún avance ni estableció ninguna regla jurídica, razón por la cual su alcance de unificación se limita únicamente frente a los efectos de la ausencia de salvedades.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, A. V. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

**GÉNERO Y NO  
DISCRIMINACIÓN**



# **BOLETÍN**

**DEL CONSEJO DE ESTADO**

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# SECCIÓN SEGUNDA

## 1. Perspectiva de género en las sentencias judiciales. Reconocimiento de la licencia de maternidad a las mujeres vinculadas por contrato de prestación de servicios.

**Síntesis del caso:** *La accionante, actuando por conducto de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, demandó a la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales correspondientes, reconocer y pagar la licencia de maternidad en la forma prevista en la ley y la indemnización de que trata el artículo 239 del C.S.T.*

**PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS SENTENCIAS JUDICIALES / RECONOCIMIENTO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD A LAS MUJERES VINCULADAS POR CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS HONORARIOS PACTADOS DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA / DISCRIMINACIÓN LABORAL EN RAZÓN DEL GÉNERO / INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO DISCRIMINATORIO**

**Problema jurídico:** «¿La demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo le reconozca y pague la licencia de maternidad y la indemnización prevista en el artículo 239 del C.S.T.?»

**Tesis:** «[...] La perspectiva de género, en términos de LEGARDE, «no es una ideología más, ni un análisis endosable a las concepciones previas. Si somos personas conservadoras, pone en crisis toda nuestra concepción del mundo, nuestros valores, nuestros modos de vida, y la legitimidad del mundo patriarcal. En cambio, si somos mujeres y hombres en transición, democráticos y alternativos, encontramos en esta perspectiva los argumentos y los conocimientos para convalidar discrepancias y alternativas, y además para aprender. Las acciones y las propuestas que hoy sintetiza la perspectiva de género han hecho que biografías y etnografías no vuelvan a ser las mismas debido a su metodología deconstructiva y creativa.» Particularmente en Iberoamérica, la perspectiva de género en la administración de justicia encuentra sustento, por ejemplo, en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, aprobadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008, en las que se reconoció como sujetos en condición de vulnerabilidad y beneficiarios de esas reglas «aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.» En esa oportunidad, se identificó a las mujeres como personas vulnerables por los obstáculos sociales para materializar el disfrute de sus derechos ante el sistema de justicia y se recomendó a los Estados «el impulso de las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.» [...] En ese sentido, es deber de todos los funcionarios judiciales aplicar la perspectiva de género en los asuntos puestos en su conocimiento a fin de llegar a una decisión justa que reconozca las desigualdades sociales a las que se han visto sometidas, en este caso, las mujeres en el ámbito laboral, sobre todo, por su condición de maternidad. [...] la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio sobre la protección a la maternidad con el objeto de salvaguardar a las trabajadoras durante el embarazo y después del parto [...] Congruente con lo anterior, el artículo 13 de la Constitución Política dispone que el Estado tiene el deber de proteger «especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta» y debe sancionar «los abusos o maltratos que contra ellos se cometan». En ese mismo sentido, el artículo 43 ibídem, dispone que la mujer embarazada y en estado de lactancia «gozará de especial asistencia y protección del Estado». [...] De acuerdo con el criterio constitucional recientemente adoptado por la Corte Constitucional en sentencia T-329 de 2022 y que en esta oportunidad acoge esta Sala de Decisión, según el cual para acceder al

reconocimiento de la licencia de maternidad y la indemnización del 239 del C.S.T. no es necesario que la mujer vinculada por contrato de prestación de servicios demuestre la existencia de una relación laboral subyacente, a fin de resolver el presente problema jurídico se verificará a continuación si en el sub examine (i) el contratante conocía el estado de embarazo de la contratista, (ii) subsistía la causa del contrato y (iii) no contaba con permiso del inspector del trabajo para terminar el vínculo contractual. En ese sentido, sobre el primer elemento se encuentra acreditado en el expediente que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo conocía del estado de embarazo de la demandante como se desprende del informe que esta presentó a su supervisor durante la ejecución del contrato 064 del 25 de febrero de 2013 - cuyo plazo comprendía desde el 25 de febrero de 2013 al 31 de diciembre de 2013 –en el que se advierte que le comunicó que el 15 de noviembre de 2013 iniciaría su licencia de maternidad. Por otra parte, en relación con la subsistencia de la causa del contrato se tiene que, antes del embarazo y el parto, la demandante había suscrito tres contratos de prestación de servicio con la entidad demandada en el periodo comprendido entre 31 de agosto de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 y se encontraba ejecutando el cuarto contrato cuyo objeto era «acompañar a la Dirección de Regulación en la elaboración de una propuesta para la implementación de una nueva metodología para el control de precios de medicamentos y la formulación de nuevos mecanismos jurídicos que peritan la aplicación de las decisiones de la comisión nacional de precios de medicamentos y dispositivos médicos», sin embargo, terminado este contrato, durante el cual quedó en estado de embarazo, la entidad no volvió a contratarla nuevamente sin siquiera demostrar que dicho objeto desapareció y sin contar con la autorización del inspector del trabajo. [...] para el 31 de diciembre de 2013, fecha de finalización del contrato 064 del 25 de febrero de 2013, la demandante solo tenía un mes desde el nacimiento de su hijo, el 25 de noviembre de 2013, según consta en folio 32 del expediente. En ese orden de ideas, la no contratación de la demandante se constituye en un hecho discriminatorio, en razón del género, teniendo en cuenta que antes de su embarazo había sido contratada sucesivamente por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y pese a conocer de su situación, la entidad, al cumplir el plazo del contrato, no probó la terminación del vínculo por la desaparición del objeto contractual, ni buscó y mucho menos contó con la autorización del inspector del trabajo. [...] toda vez que en el sub examine el periodo de lactancia terminó, pues el día del parto fue el 25 de noviembre de 2013, como medida de protección se ordenará en favor de la señora (...) el pago de los honorarios dejados de percibir desde la fecha de no renovación del contrato, el 1 de enero de 2014, hasta por el término del periodo de lactancia [...] teniendo en cuenta que de las pruebas aportadas al expediente se observa que la señora (...) no disfrutó de su licencia de maternidad (...) la Sala de Decisión ordenará su reconocimiento y pago a la demandante hasta el periodo de lactancia, es decir, seis meses después del parto conforme el artículo 238 del C.S.T., la cual se liquidará con sustento en los honorarios pactados. [...] en lo relacionado con la indemnización por despido discriminatorio prevista en el numeral 3 del artículo 239 del C.S.T.65, la Sala de Subsección considera en que hay lugar a esta [...] se condenará a la entidad demandada al pago de la indemnización de que trata el numeral 3 del artículo 239 del C.S.T., es decir, al pago de 60 días de trabajo para lo cual se deberán tener en cuenta los honorarios pactados. Finalmente, no se ordenará el reconocimiento de las prestaciones sociales en salud, por cuanto a la contratista le correspondía asumir esta obligación según lo previsto en el Decreto 780 de 2016, además, porque se ordenará el pago de los honorarios dejados de devengar por la demandante, de tal manera que hacerlo constituiría un doble pago a su favor. [...] la Sala de Decisión rechaza cualquier acto discriminatorio contra las mujeres por su condición de maternidad de tal manera que se conminará a la entidad demandada para que en un término no mayor a 30 días siguientes a la notificación de la presente providencia, capacite a sus colaboradores sobre los derechos que le asisten a las mujeres embarazadas y en condición de maternidad, especialmente a quienes están vinculadas por contrato de prestación de servicios, a fin que la conducta objeto de reproche en el asunto de la referencia, no vuelva a ocurrir. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de veintiséis \(26\) de enero de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000 23 42 000 2015 01265 01 \(4620-2017\)](#)

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

**Síntesis del caso:** El demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de quien fuera su compañero permanente la cual le fue reconocida por la UGPP. Posteriormente,

*un hermano del causante solicitó se excluyera al beneficiario de la nómina de pensionado por existir decisión judicial del juez de Familia, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, que no reconoce la calidad de compañero permanente para el reconocimiento prestacional. Como consecuencia, la entidad previsional consideró que en razón de no cumplir con los requisitos legales era necesario adelantar el trámite de revocatoria directa de la pensión.*

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

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

**Tesis 1:** “[...]La Sala dirá en primer lugar, que ha de tenerse presente que la Administración de Justicia es función pública y que sus decisiones son independientes, al tiempo que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en los términos de los artículos 228 y 230 de la Constitución Política. Siendo así, no se puede perder de vista que el enfoque y análisis efectuado por los operadores judiciales depende del material probatorio arrimado en cada proceso y por contera, del punto de vista o arista del derecho en discusión. Siendo así el juez contencioso al efectuar el control de legalidad de los actos administrativos acusados de nulidad, deberá apreciar y otorgar el valor probatorio al acopio arrimado al proceso, entre ellos a los precedentes judiciales proferidos por otras jurisdicciones, con el fin de adquirir los elementos de juicio suficientes que le sirvan para formarse su convencimiento en aras de emitir la decisión que en derecho corresponda. Por lo anterior, es dable el distanciamiento frente a dichos pronunciamientos, con fundamento en la libre apreciación probatoria a la luz de la sana crítica que la conforman la lógica y la experiencia. (...)Es así como en el sub judice, mientras en sede administrativa la Resolución RDP 050444 del 30 de octubre de 2013 reconoció la pensión de sobrevivientes a (...) como una prestación social del Sistema de Seguridad Social, por haber cumplido el requisito de la convivencia durante los cinco años anteriores al fallecimiento de(...), la jurisdicción de familia analizó el incumplimiento de las exigencias para declarar la unión marital de hecho a la luz de la Ley 54 de 1990, es decir, desde el punto de vista del acuerdo de voluntades cuyo fin primordial es el de la elección de una pareja para vivir juntos, conformar una familia y consolidar un régimen patrimonial. (...)De allí que para la resolución del caso sub judice, la Sala partirá del presupuesto según el cual la respetable determinación adoptada por la jurisdicción de familia que negó la existencia de la unión marital de hecho no ata ni se constituye en camisa de fuerza -en el caso bajo estudio-, para declarar la ilegalidad de la resolución que reconoció la pensión de sobrevivientes al demandado como lo reclama la UGPP. Lo anterior, en vista de las diferencias de perspectivas y enfoques que están en discusión, pues no se puede perder de vista que mientras el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se debe analizar desde la óptica de la seguridad social en los términos del artículo 48 superior, cuyas implicaciones afectan sin duda el erario público, el reconocimiento de la declaratoria de la unión marital de hecho debe mirarse desde el punto de vista del ámbito particular o privado de la pareja, en el que los intereses públicos o de la comunidad en general no se ven afectados. Ello, porque la unión marital de hecho es producto del derecho libre y voluntario de una pareja, que ha optado por convivir sin que medie el matrimonio, con el fin de compartir su vida, conformar una familia y acrecentar el patrimonio económico. De allí que pueda afirmarse, que la declaratoria de la unión marital de hecho afecta los intereses patrimoniales netamente de la pareja, pero no los del Sistema de Seguridad Social en Salud, contraria a la pensión de sobrevivientes por tratarse de una prestación que será pagada por el Estado, con recursos que previamente le fueron descontados al pensionado. Por lo mismo, el concepto de la convivencia entre la pareja, no obstante tener como presupuesto el mismo supuesto fáctico relativo al requisito de la cohabitación en términos de tiempo al exigir que no puede ser inferior a cinco años, lo cierto es que para dicho reconocimiento se deben cumplir también otros requisitos que deberán ser valorados como el de la solidaridad entre la pareja y el de su permanencia en el tiempo, con el fin de excluir las relaciones pasajeras o esporádicas. Siendo así, para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes el legislador exigió que el beneficiario acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y, que haya convivido con el fallecido no menos de 5 años con anterioridad a su muerte, con el fin de evitar reclamaciones ilegítimas evitando a toda costa que sean concedidas de manera ilegal, fraudulenta e injustificada, al no acreditarse una convivencia permanente con compromiso

real de vida en pareja. (...)En primer lugar, la Sala destaca que la divergencia de criterios incluso judiciales, no se constituye en causal de nulidad de un acto administrativo en los términos del artículo 137 CPACA.

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

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

**Tesis 2:** “[...] se ha considerado que no se puede tratar con el mismo rigor las exigencias probatorias para demostrar la convivencia en parejas heterosexuales frente a las del mismo sexo, por cuanto resulta incuestionable que en las más de las veces estas parejas mantienen sus relaciones de manera oculta dado el veto social, laboral e incluso familiar al que han sido sometidas. (...). Por tanto, resulta insoslayable que la UGPP en la Resolución 44515 del 25 de septiembre de 2013, revocada con acierto a través de la Resolución RDP 050444 del 30 de octubre de 2013 (acto objeto de la presente acción de lesividad), le hubiera negado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al señor (...) con el argumento de que no hacía parte del grupo familiar del causante y que ello desvirtuaba la convivencia con (...), ya que dicha postura resulta obtusa al desconocer la realidad acerca de las prevenciones y cuestionamientos de los que aún siguen siendo objeto las parejas del mismo sexo. No se puede desconocer, que estas relaciones hasta época reciente, es que han comenzado a reclamar sus derechos jurídicamente ante las distintas autoridades públicas y privadas, razón ésta que seguramente incidió para que el señor (...) no hubiera ingresado en su momento a su pareja, como beneficiaria del sistema de seguridad social integral. Por otra parte, de acuerdo con la regulación legal que reglamenta la pensión de sobrevivientes y de la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, sí se encuentra acreditada la convivencia por más de cinco años contados entre el periodo 2008 al 2013 sostenida entre el demandado señor (...) y el causante (...) antes de su fallecimiento. Lo anterior, por cuanto como ya se ha puesto de presente tanto en las declaraciones extra juicio como en los testimonios rendidos por dos de las declarantes dentro del trámite contencioso, las cuales sin duda alguna aportan mayor credibilidad al rendir sus dichos de forma directa y personal ante el juez de primera instancia bajo el apremio de la gravedad del juramento, fueron contestes todos los declarantes en coincidir acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrolló la convivencia entre la pareja, al comportarse como cualquiera otra de sexos distintos, que compartieron el mismo techo de manera singular, al declarar que lo hacían de manera conjunta en las dos viviendas a donde compartían lecho y mesa. Resulta innegable entonces que, en el caso bajo examen, se está ante una relación sui generis pero que no se opone a los estándares del concepto de familia que debe evolucionar y ser dinámico, por tener que ajustarse a las necesidades de las parejas de cara a los vetos sociales, esto por cuanto al tratarse de la convivencia de personas del mismo sexo es probable que voluntariamente la pareja conformada por los señores (...) y (...), hubiese adoptado el anterior esquema de cohabitación. Por tanto, a juicio de esta Sala, el término “bajo el mismo techo familiar” no debe mirarse en términos absolutos en cuanto a un único hogar en una sola vivienda, como quiera que dicho esquema ha sido superado en vista de que los modelos de hogar han cambiado, lo que no deslegitima la estabilidad de su permanencia en la relación de pareja que en el presente caso mantuvieron por décadas los señores (...) contraria a la apreciación de la demandante, la Sala vislumbra que entre la pareja existió una verdadera intención de conformar una familia sui generis, al punto que se acreditó que tanto el causante(...) como el demandado (...), no conformaron cada uno por aparte hogares distintos ni procrearon hijos, lo que evidencia que su proyecto fue de vida en común, se insiste no obstante la peculiar forma de convivencia adoptada por la pareja al no habitar bajo un solo y único domicilio sino en el de los dos. (...)Finalmente, la Sala no puede pasar inadvertidas las consecuencias que acarrearía la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, dadas las particularidades que tiene el demandado debido a su condición física -como persona en situación de discapacidad por su limitación auditiva y verbal- además de contar con 64 años de edad a la fecha de la presente decisión judicial, factores que sin duda alguna le restringen -mas no impiden- su manutención por sus propios medios. De tal manera que no se accederá a las pretensiones de nulidad deprecadas, por cuanto en primer lugar, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes efectuado en su momento por la UGPP se ajustó a los requisitos legales según se analizó en el acápite 2.5.2. ut supra y, en segundo término, porque la mesada percibida por el demandado hace parte de su mínimo vital, de allí que al revocársela se le estarían vulnerando derechos fundamentales superiores como el de la salud y seguridad social entre otros, aspecto frente al cual no puede ser ciego el juez de lo contencioso administrativo. [...]

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

# SECCIÓN TERCERA

## 1. Condena el Estado por falla del servicio médico ginecobstétrico del Hospital de Yopal al ocasionar lesiones a recién nacida durante el parto.

**Síntesis del caso:** “Según la parte actora, las entidades demandadas son responsables por las graves secuelas padecidas por la bebé (...) causadas al momento de su nacimiento, debido a que no le prestaron la correcta atención médica a su madre durante el parto. Específicamente, en el Hospital de Tauramena no se realizó la remisión oportuna de la madre a un centro de mayor complejidad a pesar de que se presentó prolongación del primero y segundo período de parto y en el Hospital de Yopal porque se desconoció el protocolo médico referente al parto por cesárea, adicional a la omisión de su remisión a un tercer nivel para atender el delicado estado de salud de la bebé.”

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / FALLA MÉDICA / FALLA DEL SERVICIO / AUSENCIA DE FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA DEL SERVICIO HOSPITALARIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO / ATENCIÓN AL PACIENTE / PACIENTE / MENOR DE EDAD / LESIONES FÍSICAS / MEDIOS DE PRUEBA / PARTO / ESTADO DE EMBARAZO / HOSPITAL / RESPONSABILIDAD HOSPITALARIA / RESPONSABILIDAD MÉDICA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / ACTO MÉDICO / DAÑO CAUSADO POR SERVICIO MÉDICO DE GINECOBSTETRICIA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO DE GINECOBSTETRICIA / SERVICIO MÉDICO DE GINECOBSTETRICIA / LEX ARTIS / RECIÉN NACIDO

**Problema jurídico 1:** ¿Existe responsabilidad patrimonial del hospital de Taurema a título de falla del servicio médico, frente a la atención que se brindó a la demandante en el parto de su hija, considerando que se trataba de un embarazo de bajo riesgo, y que, al momento de detectar una complicación por presencia de meconio, se activaron los protocolos que procedían en dichos casos, remitiendo a la paciente a un hospital de segundo nivel?

**Tesis 1:** “Según la parte actora, las entidades demandadas son responsables por las graves secuelas padecidas por la bebé (...) causadas al momento de su nacimiento, debido a que no le prestaron la correcta atención médica a su madre durante el parto. Específicamente, en el Hospital de Tauramena no se realizó la remisión oportuna de la madre a un centro de mayor complejidad a pesar de que se presentó prolongación del primero y segundo período de parto (...). Análisis sobre la atención brindada a la paciente en el primer nivel Hospital de Tauramena (...). [C]onsidera la Sala que, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, la atención brindada a la madre en el parto de su hija fue adecuada y oportuna, porque se trataba de un embarazo de bajo riesgo, y al momento de detectar una complicación, por la presencia de meconio, activó la ruta de atención correcta, la cual correspondió a la remisión de la paciente para que fuera atendida por médicos especialistas del segundo nivel. (...) [S]e probó que la paciente fue tratada en el primer nivel en cumplimiento de la lex artis, puesto que, inmediatamente la médica tratante detectó esa situación durante el trabajo de parto, ordenó su remisión para ser tratada como una urgencia vital. En síntesis, se exonerará de responsabilidad al Hospital de Tauramena, comoquiera que los medios probatorios dan cuenta de que los actos médicos adelantados fueron adecuados para la atención de la paciente, y que la remisión ocurrió en el momento oportuno, en vista de que el referido centro médico no contaba con los medios tecnológicos y humanos adecuados para continuar con su tratamiento y tomando en cuenta la evolución del trabajo de parto de la señora (...) [demandante].”

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / SERVICIO MÉDICO DE GINECOBSTERICIA / DAÑO CAUSADO POR SERVICIO MÉDICO DE GINECOBSTERICIA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO DE GINECOBSTERICIA / FALLA MÉDICA / FALLA DEL SERVICIO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / ACREDITACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / EXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO HOSPITALARIO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / PRUEBA DE LA FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / PARTO / ESTADO DE EMBARAZO / LESIONES FÍSICAS / MENOR DE EDAD / HOSPITAL / RESPONSABILIDAD HOSPITALARIA / RESPONSABILIDAD MÉDICA / RESPONSABILIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO HOSPITALARIO / ATENCIÓN AL PACIENTE / ATENCIÓN HOSPITALARIA / HISTORIA CLÍNICA / DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / ERROR EN DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / MÉDICO / MÉDICO ESPECIALISTA / MÉDICO TRATANTE / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / RECIÉN NACIDO / MEDIOS DE PRUEBA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PERSPECTIVA DE GÉNERO / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

*Problema jurídico 2: ¿Debe declararse la responsabilidad patrimonial del hospital de Yopal, en cuanto se acreditó la existencia de fallas en la prestación del servicio médico de ginecología por parte del personal que atendió a la paciente demandante, pues, dada la presencia de meconio en el líquido amniótico y la desproporción cefalopélvica, la conducta médica adecuada no era la de esperar a que el parto se produjera por vía vaginal, sino proceder a practicar de inmediato una cesárea?*

**Tesis 2:** “Según la parte actora, las entidades demandadas son responsables por las graves secuelas padecidas por la bebé (...) causadas al momento de su nacimiento, debido a que no le prestaron la correcta atención médica a su madre durante el parto. Específicamente, (...) en el Hospital de Yopal porque se desconoció el protocolo médico referente al parto por cesárea, adicional a la omisión de su remisión a un tercer nivel para atender el delicado estado de salud de la bebé (...). Análisis sobre la atención brindada en el Hospital de Yopal. Para la Sala el punto álgido de debate radica en establecer si desde el punto de vista médico y clínico fue adecuada la conducción del trabajo de parto por vía vaginal y si la decisión de no realizar cesárea inmediatamente se recibió a la paciente se adoptó conforme a la *lex artis*. (...) [P]ara la Sala resulta probado que era necesaria una evaluación integral de los diferentes factores y, sobre todo, de la presencia del meconio grado dos, por parte de los médicos que la trataron a la paciente en el segundo nivel, como indicativo claro de que existía un alto riesgo de la complicación en el parto y un sufrimiento fetal. (...) [L]a Sala evidencia irregularidades en la atención brindada en el centro médico, comoquiera que el grave riesgo de la presencia del meconio en el líquido amniótico, detectado en el primer nivel, motivó en forma determinante no sólo su remisión a un centro de mayor nivel sino que es indicativo de que la cesárea se le practicó en forma tardía, tal como lo manifestó el médico ginecólogo en su declaración, que fue la causa directa de la asfixia de la menor y que este fue un riesgo que se advirtió en el Hospital de Tauramena, desde la remisión de la paciente, que se hizo a las 3:45 p.m. del 11 de septiembre, lo cual fue ignorado por el personal médico que la recibió en el Hospital de Yopal, el cual con su conducta negligente para con el estado de salud de la madre y la bebé, permitió la concreción del mismo, generándole daños irreversibles a la menor. La Sala también advierte otra falla del personal médico que atendió el parto de la señora (...) [demandante]. Se trata de la decisión de continuar la asistencia del parto vaginal, a pesar de que se trató de un caso de desproporción cefalopélvica, circunstancia que agravó el riesgo de la menor (...) de padecer un daño, puesto que con el antecedente de la presencia del meconio grado dos en el líquido amniótico de la madre, el cual se probó que era indicativo de sufrimiento fetal y que existía el riesgo de la aspiración del mismo, no pudo descender por el canal de parto por la desarmonía detectada finalmente al momento tardío de decidir realizar la cesárea.(...) [L]as notas de la cesárea en la historia [clínica] de la menor y la declaración del médico (...), fueron coincidentes en concluir que el motivo por el cual se requirió la intervención quirúrgica de la paciente, fue la verificación de la desproporción cefalopélvica entre la madre y la bebé. En este punto es importante manifestar que el médico especialista calificó esta situación como una causa absoluta para la realización de la cirugía, de manera que el médico que determinó al ingreso de la paciente que era apta para cursar un parto por vía vaginal, erró gravemente en su diagnóstico, lo que generó un retardo en la atención de la madre y la menor a la cual se sometió a la espera de que ocurriera

un evento que no iba suceder, como lo era un parto vía vaginal, cuando desde el momento de su llegada al hospital se debió detectar que ello era imposible, todo lo cual es razón suficiente para establecer la responsabilidad de la entidad demandada por el craso error en que incurrió. No entiende esta Sala por qué, a pesar de que el médico que realizó la cesárea decidió desembarazar a la paciente porque la pelvis de la madre no era adecuada para el paso de la bebé, según lo manifestó en su testimonio, el médico ginecólogo que la recibió llegó a una conclusión diametralmente opuesta, esto es, que su pelvis era ginecoide, y con ese diagnóstico dio la orden de hospitalizar a la señora (...) [demandante] para someterla a un parto vaginal. Ese error injustificado del diagnóstico impidió la práctica oportuna de la cesárea. Todo ello, con el agravante de que ya había un indicativo de sufrimiento fetal por la presencia del meconio, el cual fue aspirado por la criatura y fue la causa de su hipoxia cerebral, que desencadenó en graves secuelas. (...) Cabe advertir que no está probado en el expediente que fuera exigible al centro hospitalario de primer nivel, que atendió, el proceso de gestación, hacer el diagnóstico de la desproporción cefalopélvica (...). En suma, las pruebas recaudadas en el expediente acreditan la existencia de fallas en la prestación del servicio ginecoobstétrico (sic), por parte del personal que atendió a la paciente en el Hospital de Yopal, porque la conducta médica adecuada no era la de esperar a que el parto se produjera por vía vaginal, sino proceder a practicar de inmediato una cesárea, dada la presencia de meconio en el líquido amniótico y la desproporción cefalopélvica. Por lo tanto, la Sala concluye que la entidad demandada – Hospital de Yopal comprometió su responsabilidad patrimonial, lo que en consecuencia conlleva a la modificación de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda respecto de ésta."

**REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / SERVICIO MÉDICO DE GINECOBSTETRICIA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO DE GINECOBSTETRICIA / DAÑO CAUSADO POR SERVICIO MÉDICO DE GINECOBSTETRICIA / FALLA MÉDICA / FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO / EXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / ACREDITACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / PERJUICIO MORAL / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / BENEFICIARIO DEL PERJUICIO MORAL / APLICACIÓN DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / ACREDITACIÓN DE LA RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / CÁLCULO DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / DEMOSTRACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / DETERMINACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PARÁMETROS PARA LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PRESUNCIÓN DE PERJUICIO MORAL / PROCEDENCIA DEL PERJUICIO MORAL / PRUEBA DEL PERJUICIO MORAL / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL / RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / RECIÉN NACIDO / PERJUICIO MORAL POR LESIONES CORPORALES / LESIONES / LESIONES FÍSICAS / GRADO DE PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL**

**Problema jurídico 3:** *¿Procede la indemnización de perjuicios morales por la incapacidad laboral del 99% que sufrió la menor de edad debido a las lesiones permanentes causadas al momento de su nacimiento, como consecuencia de las fallas en la prestación del servicio ginecoobstétrico por parte del personal médico que atendió a su madre en el momento del parto?*

**Tesis 3:** "Perjuicios morales. Con sustento en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado el a quo condenó a la entidad demandada al pago de la indemnización en la forma indicada en el acápite de la sentencia de primera instancia. La Sala confirmará la decisión, comoquiera que está plenamente probado que la menor (...) padece una incapacidad laboral del 99% conforme a la Junta Regional de Invalidez de Bogotá. Sin embargo, en la providencia se realizó la liquidación sobre el monto de ese valor para la fecha en la que se profirió el fallo, de manera que la decisión se mantendrá sobre la cantidad de salarios reconocidos, pero no en su equivalencia en pesos, porque esta debe fijarse al momento de ejecutoria de esta sentencia. En ese sentido, la indemnización por 100 salarios mínimos mensuales legales para la víctima resulta correcta, debido a que su incapacidad superó el 50%. De la misma manera, se probó la relación de parentesco entre la menor (...) y sus padres, los señores (...), así como sus abuelos, los señores (...) a quienes se les reconocieron los montos amparados por la sentencia de unificación mencionada previamente."

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al asunto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

**REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / LESIONES / LESIONES FÍSICAS / LUCRO CESANTE / CÁLCULO DEL LUCRO CESANTE / DETERMINACIÓN DEL LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / LUCRO CESANTE A FAVOR DE MENOR DE EDAD / PARÁMETROS DE LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / PRESUNCIÓN DEL LUCRO CESANTE / PRUEBA DEL LUCRO CESANTE / RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE / TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE / ESTADO DE EMBARAZO / PARTO / DAÑO CAUSADO POR SERVICIO MÉDICO DE GINECOBSTERICIA / MENOR DE EDAD / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO DE GINECOBSTERICIA / SERVICIO MÉDICO DE GINECOBSTERICIA / FALLA MÉDICA / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA DEL SERVICIO HOSPITALARIO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / SALARIO MÍNIMO LEGAL / PRESTACIONES SOCIALES / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / VÍCTIMA MENOR DE EDAD / RECIÉN NACIDO / INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL**

*Problema jurídico 4: ¿Procede la indemnización por lucro cesante a favor de la menor de edad víctima de las lesiones causadas al momento de su nacimiento, a partir de que ésta cumpla la mayoría de edad y hasta que fallezca, teniendo en cuenta el salario mínimo mensual vigente, las respectivas prestaciones sociales y la pérdida de la capacidad laboral?*

**Tesis 4:** "Lucro Cesante. La Sección Tercera de esta Corporación, estableció la regla jurisprudencial en virtud de la cual es viable reconocer el lucro cesante causado a un menor de edad a partir de que este cumpla la mayoría de edad, según el salario mínimo de ese momento, las respectivas prestaciones sociales y, en dado caso, la pérdida de la capacidad laboral. En estos asuntos se ha apelado a la equidad como criterio para la tasación de los perjuicios y es precisamente con base en este criterio que se establece la presunción según la cual se presume que el afectado devengará al menos un salario mínimo legal mensual vigente. Dado que el a quo acogió esta regla jurisprudencial en su providencia de primera instancia, puesto que reconoció a favor de la menor (...) por este rubro la suma de un salario mínimo mensual legal vigente, desde que cumpla la mayoría de edad hasta que fallezca, se confirmará la decisión comoquiera que se acomoda a los parámetros que sobre el tema ha desarrollado esta Corporación."

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, providencia del 13 de septiembre de 2021, exp. 11001-03-15-000-2021-02681-01(AC), C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

**GARANTÍA DE NO REPETICIÓN / MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / PROCEDIBILIDAD DE LA MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / MODALIDADES DE MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / CONDENA NO PECUNIARIA / DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA / REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO / REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD / PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL / MEDIDA DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO / REPARACIÓN INTEGRAL DE PERJUICIOS / REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL / MEDIDAS DE SATISFACCIÓN / GARANTÍA DE SATISFACCIÓN / DISCULPA PÚBLICA / SERVICIO MÉDICO DE GINECOBSTERICIA / DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA / PERSPECTIVA DE GÉNERO / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / DERECHO A LA SALUD DE LA MUJER EMBARAZADA / DERECHO DE LA MUJER A LA SALUD / SALUD DE LA MUJER EMBARAZADA / ATENCIÓN EN SALUD / EXHORTO / HOSPITAL / ATENCIÓN HOSPITALARIA / SERVICIO MÉDICO HOSPITALARIO / PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA**

*Problema jurídico 5: ¿Procede la adopción de medidas no pecuniarias de satisfacción y la garantía de no repetición consistente en la presentación de disculpas públicas, así como el exhorto a que se adopte por parte de la entidad condenada, un protocolo para reforzar el respeto de la mujer en el marco de la atención ginecobstétrica?*

**Tesis 5:** "Medidas de reparación integral. (...) Debido a que en el presente asunto se condenó al cumplimiento de medidas no pecuniarias de satisfacción y garantía de no repetición consistentes en la presentación de disculpas públicas, y se exhortó a que se adoptara un protocolo para reforzar el respeto de la mujer en el marco de la atención ginecobstétrica, así como el de su integridad física, esta Sala considera correcto la adopción de estas, puesto que se acomodan a la jurisprudencia de esta Corporación que ha desarrollado el tema. Por lo tanto, se condenará a la demandada al cumplimiento de ellas."

**NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre del 2007, exp. 16010, C.P. Enrique Gil Botero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 24 de abril de 2023, C.P. María Adriana Marín, radicación: 85001-23-33-000-2015-00330-01\(60187\)](#)

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

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

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

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

**Tesis 1:** La Sala confirmará la sentencia consultada, habida cuenta de que se halla probada la falla del servicio por omisión de la demandada respecto de sus deberes de protección de la víctima de violencia intrafamiliar, la cual estuvo directamente relacionada con su muerte, tal como lo concluyó el a quo. (...) En relación con las obligaciones de la Fiscalía en este tipo de delitos relativos a la violencia intrafamiliar y contra la mujer, en el artículo 250 de la Constitución Política, y en los artículos 114 y 136 del Código de Procedimiento Penal, se estableció que la Fiscalía General de la Nación además de las atribuciones investigativas y la iniciativa para promover la acusación de los autores de delitos que suponen violencia intrafamiliar, se le confirió unas obligaciones especiales respecto de la víctima, que se recogen en el artículo 133 del Código de Procedimiento Penal (...). También resulta importante precisar que el deber del Estado de garantizar la protección de las mujeres de hechos de violencia doméstica es predicable respecto de todas las autoridades que tengan conocimiento de la situación de riesgo y la Ley 1257 de 2008 "[p]or la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones", dispone en su artículo 8 como un derecho de las víctimas, el de recibir orientación, asesoramiento jurídico y asistencia técnica legal, inmediato y especializado desde el momento en que el hecho constitutivo de violencia se ponga en conocimiento de la autoridad. El anterior recuento normativo expone un amplio catálogo de deberes que obliga a las autoridades, especialmente, a la Fiscalía General de la Nación, a adoptar medidas positivas tendientes al logro de la protección efectiva de las víctimas de violencia intrafamiliar, especialmente contra las mujeres. De ahí que, tanto los fiscales como los jueces están compelidos al estudio de las pruebas en el marco de estas circunstancias, especialmente cuando existan indicios de que la lesión a los derechos de las mujeres provenga de sus parejas o exparejas o se soporte en antecedentes de violencia intrafamiliar, entre las que se comprende tanto la violencia física como la psicológica. Asimismo, el artículo 229 del Código Penal, al tipificar el delito de violencia intrafamiliar, dispone que el que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá en prisión de 4 a 8 años, siempre y cuando la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor y que la pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga en una mujer. De modo que, la pena mínima para el tipo penal de violencia intrafamiliar correspondía a 4 años y, al ser una mujer la víctima de la conducta, la pena aumentaría hasta en un mínimo de 6 años, razón por la cual, en aplicación del artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, el fiscal bien pudo haber solicitado una

medida de aseguramiento para el señor Manuel Ibarra Serrano, ello, al margen del estudio de que el indiciado podía constituir un peligro para la víctima (artículo 311 C.P.P.), máxime los hechos narrados en la denuncia, en la que puso de presente la amenaza contra su vida con un arma de fuego en repetidas ocasiones. Contrario a los deberes referidos, la Fiscalía 18 Local de Cartagena se limitó a citar a una audiencia de conciliación al agresor para el 18 de septiembre siguiente, a la cual no asistió, absteniéndose de manera injustificada de adoptar medidas de protección para garantizar la vida e integridad personal de la denunciante y su hijo menor. Para la Sala, la omisión referida se sitúa en la causa estructurante de la antijuridicidad del daño, representada en la muerte ocasionada a la señora Rosa Rubiela Reinel Minota, pues si bien su compañero permanente fue el autor material de la misma, tal omisión facilitó la comisión de este ilícito. (...) Debe resaltarse que el conocimiento previo de la autoridad pública demandada sobre el riesgo por violencia intrafamiliar y de género que afrontaba la denunciante está probado. Ante este conocimiento, la Fiscalía no podía soslayar su deber de protección inmediata más aun cuando -por el relato de los hechos- se trataba de una ciudadana que por su condición económica, social y cultural se encontraba en manifiesta situación de vulnerabilidad y debilidad. (...) la Sala infiere que en el presente caso se encuentra acreditada la falla del servicio por omisión de los deberes constitucionales, convencionales y legales por parte de la Fiscalía General de la Nación de adoptar medidas de protección efectivas que pudieron evitar la consumación de las amenazas contra la denunciante de violencia intrafamiliar por su compañero permanente, las cuales finalmente se concretaron con la muerte de la señora Rosa Rubiela Reinel Minota el 20 de septiembre de 2008.

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

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

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

**NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la referida disposición, el Consejo Superior de la Judicatura en Sala Jurisdiccional Disciplinaria, ha precisado lo siguiente: "El numeral atacado en este proceso impide que un abogado adquiera de su cliente parte del interés de éste en la causa, salvo en lo que corresponda a la equitativa retribución de sus servicios y de los gastos en que incurrió durante el proceso. La norma no es en modo alguno extraña a la realidad cotidiana dentro de la cual operan la función de representación judicial y el manejo que de los bienes e intereses de sus patrocinados adelantan estos profesionales y guarda relación estrecha con la posición en que se encuentra quien, habiendo sido apoderado dentro de un determinado juicio o actuación, conoce a cabalidad las circunstancias

específicas de su cliente tanto desde el punto de vista personal como patrimonial y está en capacidad previa de maniobrar, so pretexto de la gestión que le ha sido encomendada, para obtener provecho de las situaciones jurídicas y fácticas que en desarrollo del proceso se han ido planteando. No se trata, desde luego, de una presunción general de mala fe de los abogados –lo cual chocaría abiertamente con el artículo 83 de la Constitución Política- sino de una elemental precaución concebida en defensa del cliente y en guarda de la ética y autonomía que deben presidir el desempeño de la esencial función que compete al abogado respecto a la administración de justicia o en lo referente a la gestión de los intereses de quienes a sus conocimientos y experiencia se confían. Por lo que hace al amparo del cliente, la disposición está inspirada en un imperativo de justicia según el cual, si bien es obligatorio remunerar los servicios recibidos, esa retribución debe ser proporcional a ella, razonable y equitativa, pues, como lo expresara el aforismo latino, ‘nemo debe lucrari ex alieno damno’ (‘nadie debe lucrarse con daño ajeno’). (...). Es que no se puede utilizar la profesión para engañar a los ciudadanos carentes de conocimientos jurídicos, cuando se depositó en el investigado su confianza con miras a solucionar sus conflictos con terceros, de tal modo que, una vez adelantadas las respectivas gestiones no deben verse ahora sometidos a actuaciones judiciales para que su propio representante, en contubernio con otro profesional, adquiera más de lo que por ley les corresponde, pues por este camino, lejos de cumplir su papel de colaboradores para la administración de justicia, se convierten en otro factor de incertidumbre y generador de conflictos, contrariando la razón de ser del ejercicio de esta noble profesión”. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 6 de octubre de 2010. Radicación No. 76001110200020050030701.

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

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

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

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

**Tesis:** La Subsección concluyó que al abogado al que los actores le cedieron el 15% de sus derechos litigiosos no le asistía un interés “legítimo” para actuar en este asunto, por haber sido apoderado de los cedentes en la primera etapa del proceso, lo que daba cuenta de una eventual falta disciplinaria, razonamiento que no comparto, por lo siguiente. En primer lugar, la parte actora, a pesar de ser procedente, no apeló la decisión de primera instancia que admitió al cesionario como su litisconsorte, lo que plantea interrogantes frente a la competencia de la Sala para abordar ese punto. En segundo lugar, la determinación de primera instancia tuvo como fundamento el contrato suscrito para tal fin y el cumplimiento de la normativa que regula la cesión de derechos litigiosos, en concreto, los artículos 1969 del Código Civil y 60 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala que “[e]l adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular”. A su vez, en esta instancia, la Subsección consideró que el abogado que, inicialmente, fue apoderado de los actores, al aceptar una cesión del 15% de los derechos litigiosos “como contraprestación por los servicios jurídicos prestados”, “pudo haber desatendido los linderos del código de la abogacía”, en concreto, las normas que impiden que un abogado adquiera de su cliente parte su interés en la causa, salvo en lo que corresponda a la equitativa retribución de sus servicios y de los gastos en que incurrió durante el proceso. Así las cosas, la decisión de la Sala de no aceptar al cesionario como litisconsorte no se sustentó en el incumplimiento de alguna de las reglas establecidas en las normas sustanciales y procesales que rigen el asunto y que fueron el sustento de la decisión de primera instancia, sino por una eventual falta del abogado, aspecto que no le corresponde determinar a la jurisdicción contencioso administrativo, sino a las autoridades disciplinarias pertinentes, quienes son las facultadas para investigar y sancionar tales conductas. De otro lado, al cesionario se le reprocha por haber “abandonando, sin explicación conocida, el interés de quienes lo contrataron y remuneraron con la aludida cesión”, afirmación que tampoco se comparte, pues la cesión y la renuncia del entonces apoderado estuvieron precedidas de su nombramiento como servidor público de carrera administrativa en la Contraloría General de la República, según resolución del 23 de julio de 2013, acto administrativo anterior a la sentencia de primera instancia, que fue proferida el 16 de abril de 2015. En los anteriores términos explico las razones por las cuales me aparto en el punto analizado de las consideraciones de la Sala, sin perjuicio de compartir la declaratoria de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación.

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

### **3. Puede reducirse la condena en repetición, al servidor público que, obró con dolo, bajo estado de ira, o alteración emocional, al haber sido víctima de acoso por su condición sexual.**

**Síntesis del caso:** *"Se tiene que el 9 de octubre de 2007 los soldados Jhon Alexander Guerra Osorio, Andrés Pulgarín García, Luis Fernando Saldarriaga y Duber Leison Otálvaro, entre otros, se encontraban desarrollando operaciones de registro y control en la Comuna 13 de Medellín, cuando el primero de ellos disparó su arma de dotación oficial en repetidas oportunidades causando la muerte de varios soldados y lesiones de los últimos tres mencionados".*

MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN / RESPONSABILIDAD EN EL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN / PAGO DE LA CONDENA EN EL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN / LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA / FALLO CONDENATORIO / SENTENCIA CONDENATORIA / VALOR DE LA CONDENA / DOLO / CONFIGURACIÓN DEL DOLO / DEMOSTRACIÓN DEL DOLO / PRUEBA DEL DOLO / DELITO DOLOSO / IRA E INTENSO DOLOR / ELEMENTOS DE LA IRA E INTENSO DOLOR / CONFIGURACIÓN DE LA IRA E INTENSO DOLOR / REDUCCIÓN DE LA CONDENA / ACOSO LABORAL / CONDUCTA DE ACOSO LABORAL / DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO / DERECHO A LA ESCOGENCIA DE ORIENTACIÓN SEXUAL / PERSPECTIVA DE GÉNERO / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / VIOLENCIA CONTRA MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / FALTAS DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / MIEMBROS DEL EJÉRCITO NACIONAL / IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE INTERÉS MORATORIO / IMPROCEDENCIA DEL INTERÉS MORATORIO / ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA

**Problema jurídico 1:** *¿Hay lugar a reducir el monto de la condena en repetición, dadas las especiales circunstancias del caso, esto es, el actuar impulsado por un estado de ira, motivado por el matoneo padecido por el agente demandado en el Ejército, en razón a su condición sexual?*

**Tesis 1:** "[Definida la responsabilidad patrimonial del exagente (...), le corresponde a la Sala determinar el monto a reintegrar al Estado por parte del exservidor público demandado, adoptando las previsiones respectivas para que la condena de repetición no se convierta en una decisión que, en razón de su desproporción, vulnere los derechos fundamentales por resultar una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas. (...) Una condena patrimonial en sede de repetición cuyo sustento se halla en una conducta gravemente culpable debe ser valorada de manera diferencial de aquella que es desplegada de manera dolosa; ambas no pueden equipararse en la medida que en el dolo media "la intención dirigida por el Agente del Estado a realizar la actividad generadora del daño", acción y determinación que no solo aleja por completo al agente estatal de los fines y deberes propios de su investidura sino que, además se acompaña con la determinación deliberada de causar un daño, asunto que trasciende del campo de la antijuridicidad a la legalidad, erosionando con ello las mismas bases de la legitimidad política del poder público, elemento fúndante del Estado. (...) De igual forma, en sentir de la Sala, cuando la conducta calificada como dolosa haya sido reconocida como atenuada en sede penal, atendiendo a las particularidades del caso, el juez de la repetición puede valorarla igualmente de manera diferencial para efectos de establecer el alcance del aspecto volitivo desplegado por el agente o ex agente estatal. Esto, por cuanto si bien el dolo implica la voluntad deliberada de cometer un delito, también debe tenerse en cuenta que cuando éste se lleva a cabo en estado de ira y/o intenso dolor causado por un comportamiento ajeno grave e injustificado, es dable evaluar y tener en cuenta que se realizó como consecuencia de un impulso violento y provocado. (...) Así, para que se configure la ira, la conducta debe ser causada por un impulso violento y provocada por un acto grave e injusto. (...) En el caso que nos ocupa, se trata de un dragoneante que disparó contra sus compañeros en estado de ira, porque era víctima de bullying dada su condición sexual y, si bien no se tiene certeza de ello, porque en el acervo probatorio no obra el expediente penal ni un dictamen que acredite el estado de ira del exagente, lo cierto es que la pena fue reducida en atención al estado anímico y mental que lo condujo a cometer el delito. Dicha situación,

además, no puede ser pasada por alto, si se tiene en cuenta que precisamente fue la base para tener por demostrada la presunción de dolo que aquí le alegó. (...) Así, no sería razonablemente, ni justo, cargar de la misma forma y valor con una obligación de pago a un sujeto que ha actuado prevalido de una intención positiva de causar un menoscabo a otro, a aquél que lo ha causado bajo la una alteración emocional. Hacerlo implicaría otorgar un trato igual a supuestos de hecho desiguales y, por ende, devendría en una violación de los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y buena fe y, de contera, a los derechos del agente. (...) Como viene de verse, la condena penal impuesta al encartado fue rebajada en un porcentaje, habida consideración del atenuante que le fue reconocido por cometer el delito en estado de ira, aquel atenuante si bien no altera la calificación de la conducta como tal, sí puede significar una rebaja en la condena del caso concreto. En ese sentido, la reducción de la pena puede acompasarse con la reducción de la condena de la repetición. (...) Con fundamento en la anterior premisa, resulta razonable inferir que en las actuaciones de los funcionarios públicos desplegadas con dolo y que se les haya reconocido un atenuante como la ira, la condena puede corresponder al 80% de lo pagado por la entidad pública, como indemnización. (...) Adicionalmente, la Sala tendrá en cuenta que del monto pagado por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, ha de descontarse el rubro correspondiente a los intereses, pues estos le corresponden asumirlos al ente administrativo condenado y no pueden ser imputados como obra del actuar doloso del demandado (...). De todas maneras, se dispondrá que el valor indicado se actualice para la fecha de esta sentencia, determinación que solo corresponde al reconocimiento del valor nominal del pago cuya repetición se persigue, entre la fecha que se hizo el pago y el momento de la presente providencia.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la condena en repetición, consultar providencia de 31 de enero de 2019, Exp. 49591, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; de 10 de noviembre de 2016. Exp. 57008, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: sentencia de 09 de agosto de 2023, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 05001-23-33-000-2014-01645-02\(69467\)](#)

## **4. Privación injusta de la libertad de mujer cabeza de familia y en estado de lactancia**

**Síntesis del caso:** *Se discute la privación injusta de la libertad de tres personas, entre ellas una mujer cabeza de familia madre de dos menores de edad, uno de 14 años y el otro de 10 meses, por la medida de aseguramiento decretada en su contra en el proceso penal adelantado por los delitos de estafa y fraude procesal por hechos relacionados con el incumplimiento de un contrato de compraventa de un bien inmueble, la investigación penal culminó con decisión de preclusión por atipicidad de la conducta, porque las pruebas recaudadas lo que advertían era un incumplimiento contractual entre las partes y no una conducta que pudiera ser catalogada como delito.*

**AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PERJUICIO INMATERIAL / DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / DAÑO A MENOR DE EDAD / RELACIÓN PADRE E HIJO / SEPARACIÓN DE LOS PADRES / PRESUNCIÓN DE INDEFENSIÓN DEL MENOR DE EDAD / DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA / DEBER DEL ESTADO DE GARANTIZAR PROTECCIÓN DE LA FAMILIA / MUJER LACTANTE / PERSPECTIVA DE GÉNERO / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / DERECHOS DE LA MADRE / DERECHOS DE LOS NIÑOS / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER / MODALIDADES DE MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / MECANISMOS DE COMPENSACIÓN / REPARACIÓN INTEGRAL DE PERJUICIOS / MEDIDA DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**

**Problema jurídico 1:** *¿La privación injusta de la libertad que sufrió una de las demandantes, afectó los bienes constitucionalmente protegidos como los derechos de los menores y de la mujer cabeza de familia en estado de lactancia?*

**Tesis 1:** “[L]a Sala precisa que, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales, en este caso particular, además de haberse afectado el núcleo familiar por la privación injusta de la libertad (...), la Sala encuentra

acreditada la afectación de los derechos fundamentales de los menores -artículo 44 de la Constitución Política-, dado que esta disposición prohíbe expresamente que los niños sean separados de sus familias, cosa que en el presente caso ocurrió, pues los menores de 14 años y 10 meses se vieron afectados por desprenderse de sus padres, en especial de su progenitora (...). Resulta del caso destacar la edad de indefensión en la que se encontraban dos de los hijos (14 años y 10 meses), adicionándose el hecho gravoso de que una de ellas aún dependía de leche materna, situación de la cual es posible inferir la afectación de los bienes constitucionalmente protegidos de la familia y de los niños. (...) En esa misma línea, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en pronunciamientos reiterados, ha adoptado un criterio de protección al género femenino, con fundamento en el artículo 43 de la Carta Política, toda vez que la mujer -bien sea en estado de embarazo o bien sea en estado de lactancia- debe gozar de protección especial por parte del Estado, por su relación inescindible con la constitución de la familia y, como resulta apenas natural, por su relación inherente como promotora de vida y de desarrollo en su rol de madre. (...) [R]esulta imperativo destacar la importancia del papel de la mujer en la sociedad y la tarea constitucional del Estado para protegerla en su integridad, de ahí que en múltiples decisiones se haga el análisis de la perspectiva de género, criterio que debe acogerse. En el caso concreto concurren ciertas circunstancias que conducen a hacer el análisis desde la perspectiva de género, en tanto que, según las declaraciones rendidas, la demandante, pese a ser una mujer cabeza de familia (...), fue separada de sus hijos, especial situación que fue desconocida por la entidad demandada al privarla de su libertad, así como también se ignoró el rol de madre que desempeñaba esa mujer y, en particular, su estado de lactancia, lo cual, como resulta apenas natural, repercutió negativamente en su hija, quien dependía de la leche materna. Así las cosas, además de la transgresión evidente de los derechos de la mujer -artículo 43 de la Carta Política-, resulta incuestionable la afectación de los bienes constitucionalmente protegidos -artículos 42 y 44 de la Constitución Política-. Por esas razones, si bien para el reconocimiento de perjuicios por afectación de bienes constitucionalmente protegidos se ha privilegiado la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias, lo cierto es que por las circunstancias particulares descritas hasta aquí, la Sala advierte que esas medidas no son suficientes ni efectivas para garantizar la reparación integral de los bienes afectados -derecho a la familia y derechos de los niños-, aunado al análisis de la perspectiva de género, de ahí que, como consecuencia, se reconocerá, además de las medidas no pecuniarias, una indemnización pecuniaria a favor de la víctima directa (...), en aras de garantizar el principio de reparación integral. (...) [D]ebido a las particularidades y al carácter excepcional de este caso, aunado al criterio proteccionista de la perspectiva de género acogido en esta sentencia, la Sala reconocerá indemnización por afectación de bienes constitucionalmente protegidos la suma equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la señora (...)."

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los perjuicios sufridos por la familia con la privación injusta de uno de sus integrantes, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de octubre de 2013, rad. 26919, C. P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 11 de marzo de 2010, rad. 32651, C. P. Enrique Gil Botero; sentencia de 26 de mayo de 2016, rad. 37866, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sobre la perspectiva de género y el rol de madre, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2016, rad. 47570, C. P. Hernán Andrade Rincón. Corte Constitucional, sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

**MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / PROCEDIBILIDAD DE LA MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / MODALIDADES DE MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / FINALIDAD DE LA MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / PUBLICACIÓN EN PRENSA / CAPACITACIÓN DEL EMPLEADO PÚBLICO / ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / OBSERVATORIO DE ASUNTOS DE GÉNERO / PERSPECTIVA DE GÉNERO / PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / REMISIÓN DE LA COPIA DEL FALLO A AUTORIDADES PÚBLICAS**

**Problema jurídico 2:** *¿Procede la adopción de medidas de reparación no pecuniarias por parte de la Fiscalía, a favor de los menores y su madre?*

**Tesis 2:** "De conformidad con lo probado en el presente caso y teniendo en cuenta los bienes constitucionalmente protegidos que se vieron afectados, como el de la familia y el de los niños -artículos 42 y 44 de la Constitución Política-, además de la vulneración palmaria de los derechos de la mujer, la Sala adoptará las siguientes medidas: La Fiscalía General de la Nación deberá publicar, en un periódico de amplia circulación local en el departamento de Boyacá (especialmente en el municipio de Chiquinquirá), una nota de prensa con base en las consideraciones de esta sentencia (...). La Fiscalía General de la Nación deberá brindar capacitaciones dirigidas al cuerpo de fiscales, con el propósito de que, cuando sea el caso, se analice desde la perspectiva de género lo atinente a la necesidad de solicitar, en el marco de la Ley 906 de 2004, la imposición de medidas de aseguramiento, a fin de evitar situaciones como la vivida por la

señora (...) y su grupo familiar. Se remitirá copia de esta providencia a la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, con el propósito de que se incluya en el observatorio de política de perspectiva de género. Asimismo, se remitirá copia de esta providencia con destino a la Procuraduría General de la Nación para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 262 de 2000, vigile el cumplimiento de lo resuelto”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 22 de agosto de 2023, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 15001-23-31-000-2011-00491-02\(62178\).](#)

# SECCIÓN QUINTA

## 1. Se declaró la nulidad del nombramiento de Alberto Carrasquilla Barrera como miembro de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República.

*Síntesis del caso:* Se demandó la nulidad del nombramiento de Alberto Carrasquilla Barrera como miembro de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República, aduciendo que dicho nombramiento desconoció la cuota de género prevista en la ley 581 de 2000, que dispone que el 30% de los cargos del máximo nivel decisorio deben ser desempeñados por mujeres. La Sala declaró la nulidad del nombramiento acusado al constatar que hubo incumplimiento en la cuota de género, teniendo en cuenta que, de los cinco miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República, solamente uno de ellos estaba ocupado por una mujer, siendo necesaria la presencia de 2 para dar cumplimiento a la norma en cita.

**BANCO DE LA REPÚBLICA / MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO / PARTICIPACIÓN DE LA MUJER EN LOS NIVELES DECISORIOS / DETERMINACIÓN DE LA CUOTA DE GÉNERO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE NOMBRAMIENTO**

*Problema jurídico:* ¿Se debe decretar la nulidad del acto de nombramiento del señor Alberto Carrasquilla Barrera, como miembro de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República, por infracción del artículo 4 literal b) de la Ley 472 de 1998? Lo anterior por cuanto los demandantes estiman que con este nombramiento se desconoció el derecho a la participación femenina en los cargos de máximo nivel decisorio, ordenados por la Ley 581 de 2000, en una proporción no inferior al 30%.

**Tesis:** “[L]a autonomía que goza el Banco de la República y su Junta Directiva, se refiere al ejercicio de sus competencias y funciones señaladas en la legislación; a la forma de su organización, relacionada con la estructura y organización interna en razón de sus funciones; técnica, relacionada directa y específicamente con las materias a su cargo; y, la facultad de administrar su patrimonio, preservándolo de injerencias indebidas por parte de otros órganos públicos. En este orden de ideas, la aplicación de la Ley 581 de 2000 y la consecuente exigencia de cumplir con la cuota de género en el órgano de máximo nivel decisorio, en manera alguna limita la autonomía del Banco de la República, muchos menos de su Junta Directiva, toda vez que no se están imponiendo restricciones al ejercicio de sus funciones, no se establece una orientación específica en las políticas que debe adoptar en su calidad de autoridad cambiaria, monetaria y crediticia, no se está interfiriendo, reduciendo o anulando la iniciativa de la Junta Directiva de la Banca Central, ni cambia la organización interna, ni su estructura definida en los estatutos y en la Ley 31 de 1992, motivo por el cual, la autonomía de esa entidad no riñe con que se tenga en cuenta la cuota de género contemplada en artículo 4° de la ibídem [Ley 581 de 2000], máxime cuando se trata de dar aplicación material a postulados constitucionales y convencionales, como el derecho a la igualdad. (...) Constatación del cumplimiento de la cuota de género. (...). Como se ha reiterado, son cinco los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República, frente a los cuales el 30% corresponde a 1,5, por lo cual la cuota de género se cumple con el nombramiento de dos mujeres. (...). Como se ve, de los cinco miembros tan solo una pertenece al género femenino, de lo anterior se deriva el incumplimiento de la cuota de género en el sub iudice, es decir, que se debió proveer tal dignidad con la inclusión de una dama, puesto que era menester dar cumplimiento a los postulados constitucionales, convencionales y legales de equidad e inclusión de la mujer en los cargos de máximo nivel decisorio, lo que garantiza que estos axiomas tan importantes no solo sean consagrados como derechos, sino que tengan aplicación real y material razón por la cual se declarará la nulidad del acto enjuiciado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 24 de noviembre de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2021-00057-00.](#)

## 2. Se negó la nulidad del acto de elección de representantes a la Cámara por el Departamento de Putumayo.

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del acto de elección de dos representantes a la Cámara por el Departamento de Putumayo, aduciendo que está viciado de nulidad por haber desconocido el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, relativo a la cuota de género que deben cumplir las listas de candidatos que aspiran a corporaciones públicas. La Sala negó las pretensiones de la demanda luego de concluir que la exigencia a las colectividades políticas en la presentación de listas con la composición de los dos géneros en la proporción mínima de 30% por mujeres solo aplica en aquellas circunscripciones que elijan 5 o más curules en las corporaciones de elección popular, dentro de las cuales no se encuentra la circunscripción de Putumayo pues cuenta solamente con dos curules.

### MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / CUOTA DE GÉNERO / DERECHO DE LA MUJER A LA PARTICIPACIÓN EN LA VIDA POLÍTICA Y PÚBLICA / LISTA DE CANDIDATOS EN COALICIÓN / LISTA DE CANDIDATOS A CORPORACIÓN PÚBLICA DE ELECCIÓN POPULAR

**Problema jurídico:** La controversia en este proceso está circunscrita a determinar si el acto de elección se encuentra viciado de nulidad por haber desconocido el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, relativo a la cuota de género que deben cumplir las listas de candidatos que aspiran a corporaciones públicas.

**Tesis:** “[E]l artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 consagró una obligación clara para los partidos, movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos, consistente en que en la integración de sus listas a corporaciones públicas se debería respetar un porcentaje mínimo del 30% de participación de cualquiera de los géneros (...). Ahora bien, esta Sección ha precisado que la cuota de género es un concepto que tiene como finalidad equiparar la representación de los hombres y las mujeres en las corporaciones públicas de elección popular (...). En ese orden, se ha precisado por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala de Decisión, que las acciones afirmativas tendientes a garantizar la equidad de género, no vulneran la autonomía que gozan los partidos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, de ceñirse a los límites que les imponga el legislador, sino que buscan garantizar la participación igualitaria de ambos géneros en la conformación del poder público, en especial, al femenino que históricamente ha sido menoscabado, en cuanto al ejercicio y conformación del poder. (...). [L]as listas constituidas por las organizaciones políticas que aspiran a corporaciones públicas se deben conformar por mínimo un 30% de uno de los géneros, con el propósito de promover el respeto por la diversidad y de garantizar la participación de los ciudadanos en la vida política del país - hombres y/o mujeres-. Asimismo, los partidos, movimientos políticos y grupos de ciudadanos significativos deben conformar e inscribir listas con una cuota mínima de participación femenina del 30%, siempre y cuando se deban elegir 5 o más curules y no se sobrepase el aspecto cuantitativo fijado en el artículo 262 constitucional – máximo de curules a distribuir dentro de la correspondiente circunscripción-, conforme lo prevé el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011. Sobre el particular, esta Sala de decisión ha precisado que de la referida norma es claro que el legislador al incluir el mínimo de 30% del género femenino, se refirió a este porcentaje en relación con la conformación de las listas de candidatos y, de ninguna manera, se observa que haya considerado que el referido valor debería calcularse respecto del número de curules a proveer. Así mismo dicho porcentaje, tiene aplicación cuando se deban elegir 5 o más curules, teniendo en cuenta la limitación que de acuerdo con el contenido del artículo 262 de la Constitución Política, dispone que la lista no puede sobrepasar la cantidad de los escaños a proveer, a menos que se trate de una situación en la que se deban proveer como máximo 2, caso en el cual, las colectividades podrán inscribir hasta 3 aspirantes. (...) [Conforme a lo dispuesto en el artículo 262 superior] significa que las colectividades, tienen la facultad de inscribir un número menor de candidatos, sin embargo, se deberá respetar el tope máximo que corresponde al número de curules a proveer. En ese sentido, debe concluirse que la lista de candidatos a corporaciones públicas que inscriban las agrupaciones políticas puede estar conformada por un número inferior a las curules a proveer, pero no mayor a ésta, salvo cuando se deban elegir máximo dos escaños. Adicionalmente, la Sección frente a casos similares ha considerado que entender que el 30% de la cuota de género se determina con relación al número de curules a proveer, podría en algunos eventos llegar a menoscabar la inclusión masculina y desatender la participación y conformación igualitaria del poder público. En consecuencia, i) le corresponde a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, previa inscripción de sus candidatos, verificar que éstos cumplan a cabalidad las calidades y requisitos exigidos y, la ausencia de inhabilidades o incompatibilidades y; ii) tratándose de listas donde se

elijan cinco o más curules para corporaciones de elección popular es obligatorio que se conformen por el 30% de uno de los géneros. En este asunto, los demandantes en el proceso 2022-00038-00 consideran que la coalición Pacto Histórico y el Partido Liberal Colombiano desconocieron los parámetros de participación igualitaria de la mujer en la votación popular para elegir a los representantes de la Cámara por el departamento del Putumayo, al no incluir en las listas a una mujer. (...). Como en este asunto la circunscripción de Putumayo obedece solo a 2 curules, las colectividades políticas cuestionadas estaban habilitadas por la ley para presentar listas sin la composición de los dos géneros en la proporción mínima de 30% por mujeres, pues el legislador dispuso que solo resulta imperativa en las circunscripciones en las que se elijan 5 o más curules en las corporaciones de elección popular.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 24 de noviembre de 2022; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00038-00.](#)

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

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

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

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

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

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

#### **4. Se negó la nulidad del representante a la Cámara por el departamento del Guainía, en tanto no administró tributos o contribuciones parafiscales desde su condición de gobernador del resguardo indígena, el Paujil.**

*Síntesis del caso:* Se demandó la nulidad de la elección representante a la Cámara por el departamento del Guainía, alegando, entre otras cosas, que en su condición de gobernador del resguardo indígena el Paujil, administró tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de las elecciones, configurándose con ello la inhabilidad prevista en el ordinal 3º del artículo 179 de la C.P. la Sala negó las pretensiones de la demanda y en punto del cargo de nulidad en mención, concluyó que los resguardos indígenas no tienen el carácter de entidades estatales y no gozan de la prerrogativa de ser representadas legalmente por una persona, de tal manera que, no puede incurrir en la causal de nulidad alegada.

**NULIDAD ELECTORAL / INHABILIDAD DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR EJERCICIO COMO REPRESENTANTE LEGAL DE ENTIDAD QUE ADMINISTRA TRIBUTOS Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES / RESGUARDO INDÍGENA / REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA PERSONA JURÍDICA / ADMINISTRACIÓN DEL TRIBUTO**

*Problema jurídico:* Corresponde a la Sala determinar si el demandado, en su condición de gobernador del resguardo Indígena el Paujil, administró tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de las elecciones (13 de marzo de 2022) y, de haberlo hecho, si dicha actividad configura la inhabilidad establecida en el ordinal 3º del artículo 179 de la Constitución Política.

*Tesis:* “El artículo 179.3 – tercer supuesto – señala que no podrán ser congresistas quienes hayan sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección. Los elementos normativos de dicho aparte sugieren que dicha inhabilidad se aplique a los representantes legales de las entidades del Estado las cuales incluyen las del orden nacional y territorial, así se desprende de la interpretación gramatical de la norma constitucional, conforme con el artículo 27 del Código Civil. Previo a determinar si el demandado ejerció la representación legal de una entidad del Estado, la Sala considera indispensable verificar si el resguardo el «Paujil-Limonar» es una «entidad» dentro de la estructura de la Constitución de 1991, con la salvedad de que el análisis se sujetará a un criterio territorial, pues el texto constitucional los enuncia en el capítulo 4 del Título XI – organización territorial -, específicamente en los artículos 329 y 356. Aunado a lo anterior, se constatará si en el mismo escenario territorial tiene el atributo de ser representada legalmente por una persona, en los mismos términos del supuesto previstos en el mencionado aparte del artículo 179.3 constitucional. La respuesta para ambos interrogantes es negativa. En efecto, la Sala encuentra que los resguardos indígenas no tienen el carácter de entidades estatales. Asimismo, no gozan de la prerrogativa de ser representadas legalmente por una persona, como si lo gozan las entidades territoriales, por ejemplo, las alcaldías y gobernaciones -. Por ende, la Sala considera que el accionado no podía incurrir en la inhabilidad que se debate en este aparte de la providencia. (...). En conclusión, la Sala encuentra que la inhabilidad prevista en el evento tercero del artículo 179.3 de la Constitución no se configuró en el presente caso, toda vez que i) el resguardo indígena «Paujil-Limonar» no es una entidad estatal, por ende, no es un sujeto de derecho público para efecto de lo preceptuado en la referida inhabilidad y, en consecuencia, se tiene que ii) el demandado no ostentaba la representación legal de la misma y que, en el marco de tal investidura tuviera la administración de tributos o contribuciones parafiscales, en los términos definidos por esta Sección.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 26 de enero de 2023, C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00030-00 \(acumulado\).](#)

#### **5. Se negó la nulidad de la elección de los representantes a la Cámara por el departamento de**

## Antioquia, en tanto no se irrespetó la alternancia de género en el trámite de inscripción de la lista.

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad de la elección de los señores David Alejandro Toro Ramírez, Susana Gómez Castaño y Luz María Múnera Medina como representantes a la Cámara por el departamento de Antioquia para el período constitucional 2022-2026, alegando entre otras cosas, un desconocimiento de lo firmado en el acuerdo de coalición, dado que al momento de inscribir la lista del Pacto Histórico se desconoció el voto paritario -participación igualitaria de género en orden intercalado, alternancia de género o lista cremallera-, por cuanto en los renglones 102, 103, 112 y 113 de forma consecutiva se ubicaron dos mujeres y dos hombres, respectivamente. La Sala negó las pretensiones de la demanda y frente al cargo alegado, concluyó que el reparo de ilegalidad no implica una irregularidad que afecte la declaratoria de elección cuestionada, en tanto que en el acuerdo de coalición figuran las mismas personas que fueron registradas en el formulario E-6 suscrito ante la Registraduría Nacional del Estado Civil.

### NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / ACUERDO DE COALICIÓN / INSCRIPCIÓN DE LISTA DE CANDIDATOS / ALTERNANCIA DE GÉNERO / LISTA CREMALLERA

**Problema jurídico:** Corresponde a la Sala determinar si al momento de inscribir la lista del Pacto Histórico en la mencionada circunscripción, se desconoció el voto paritario -participación igualitaria de género en orden intercalado o lista cremallera-, por cuanto en los renglones 102, 103, 112 y 113 de forma consecutiva se encuentran dos mujeres y dos hombres, respectivamente.

**Tesis:** “Para la Sala, aunque de entrada pareciera que los demandantes tienen razón en sus reparos de ilegalidad, lo cierto es que las circunstancias descritas, por sí solas, no implican una irregularidad en la inscripción de los aspirantes de la mencionada coalición, que afecte la declaratoria de elección aquí cuestionada, pues como pasa a exponerse a continuación, es claro que en todo momento se respetó el acuerdo suscrito para dichos efectos. Como bien lo presentan los demandantes, dicho documento tiene un carácter vinculante, y como lo precisa esta providencia, aquello se predica, no solamente respecto de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que lo suscriben, sino también frente a la organización electoral ante la cual se registra el mismo para efectos de los diferentes trámites de la etapa pre-electoral. Bajo esta consideración, si se observa el contenido de la cláusula tercera del denominado “ACUERDO DE COALICIÓN PROGRAMÁTICA Y POLÍTICA ENTRE LOS PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLO DEMOCRÁTICO ALTERNATIVO -PDA-, ALIANZA DEMOCRÁTICA AMPLIA-ADA-, MOVIMIENTO POLÍTICO COLOMBIA HUMANA, EL MOVIMIENTO ALTERNATIVO INDÍGENA Y SOCIAL -MAIS-, LA UNIÓN PATRIÓTICA -UP- Y EL PARTIDO COMUNISTA COLOMBIANO -PCC PARA INSCRIBIR LISTA DE CANDIDATOS/AS A LA CÁMARA DE REPRESENTANTES POR LA CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL DE ANTIOQUIA PARA LAS ELECCIONES DEL 13 DE MARZO DE 2022 PERÍODO CONSTITUCIONAL 2022-2026”, se tiene una total correspondencia entre las personas allí señaladas y aquellas que inicialmente fueron registradas en el formulario E-6 suscrito ante la Registraduría Nacional del Estado Civil. (...). Por ello, se concluye que el acuerdo fue respetado (...). [L]as colectividades integrantes del Pacto Histórico en Antioquia, acudieron a un mecanismo de democracia reflejado en el consenso político entre todos, a través del cual se adoptó la determinación referente a la composición de la lista de candidatos, la que a su vez es respaldada con la firma de quienes obraron como representantes legales de los partidos y movimientos políticos, así como con la posterior expedición del aval en coalición, ambos aspectos que fueron debidamente acreditados al interior del expediente. Para la Sala, dicho aspecto es relevante, toda vez que pone de presente que, respecto del orden de aspirantes, el mismo deviene del resultado de los acuerdos a los que llegaron quienes, de forma coaligada, tenían una intención política clara reflejada en la obtención de curules y representación en una determinada corporación pública. Ahora bien, aunque está demostrado que el acuerdo de coalición en su cláusula primera dispone que la lista a inscribir será paritaria y con alternancia de género, lo cierto es que dicha circunstancia no conlleva a la configuración de la irregularidad alegada por los demandantes. Ello, en la medida en que aquella intención de los partidos cedió frente al resultado de las negociaciones en la conformación de las obligaciones derivadas del acuerdo de coalición, el cual, finalmente, es aquel que representa la voluntad expresada por cada uno de sus integrantes. Así las cosas, esta judicatura entiende que la forma consensuada en que se compuso la lista de aspirantes representa la voluntad política de los partidos y movimientos políticos agrupados bajo la coalición Pacto Histórico y el entendimiento que aquellas dieron a los criterios en postulación de candidatos. (...). Se concluye entonces que el trámite de inscripción de la lista respetó el acuerdo de coalición y por lo tanto

no se puede derivar de la situación descrita en forma precedente, un desconocimiento de su carácter vinculante o de otras normas de orden legal o constitucional.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 10 de agosto de 2023, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00165-00 \(principal\).](#)

## **6. Se negó la nulidad de la elección del representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Comunidades Afrodescendientes.**

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad de la elección del señor Miguel Abraham Polo Polo como representante la Cámara por la Circunscripción Especial Afrodescendiente, periodo 2022-2026, alegando que: (i) incumplió el requisito previsto en el artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 de 2020, esto es «ser o haber integrado alguna de las instituciones de participación de las comunidades negras, afrocolombianas raizales y palenqueras»; (ii) al momento de la inscripción de su candidatura a la Circunscripción Especial Afrodescendiente pertenecía a la comunidad indígena Isla Gallinazo; y, (iii) que estaba incurso en la prohibición de doble militancia teniendo en cuenta que un ciudadano perteneciente a una comunidad indígena o un partido (Colombia Justa y Libre), inscriba su candidatura a la Cámara de Representantes por la circunscripción afrodescendiente. La Sala negó las pretensiones de la demanda, luego de concluir que: (i) no era necesario que el demandado tuviera que pertenecer a una de las instancias de participación de su respectiva comunidad puesto que el requisito previsto en la norma mencionada, no aplica para los casos en que un miembro de la comunidad afro postule una candidatura a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial, (ii) se demostró que para la fecha en que el señor Miguel Abraham Polo Polo se inscribió como candidato por el consejo comunitario Fernando Ríos Hidalgo, no se presentaba la simultaneidad alegada, pues ya se encontraba retirado de la comunidad indígena Isla Gallinazo; y, (iii) las normas que regulan la prohibición de la doble militancia aplican a los partidos o movimientos políticos, con o sin personería jurídica y a los grupos significativos de ciudadanos, pero no a las comunidades étnicas y sus organizaciones representativas.

**NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL DE AFRODESCENDIENTES / REQUISITOS PARA SER REPRESENTANTE A LA CÁMARA / OTORGAMIENTO DE AVAL ELECTORAL / PERTENENCIA A COMUNIDAD ÉTNICA / PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA POLÍTICA / DIFERENCIA ENTRE PARTIDO POLÍTICO Y MOVIMIENTO POLÍTICO / GRUPO SIGNIFICATIVO DE CIUDADANOS / RENUNCIA A PARTIDO POLÍTICO**

**Problema jurídico:** Corresponde a la Sala establecer, si en el marco de los requisitos para acceder a una curul por la circunscripción especial afrodescendiente: A) Al demandado se le otorgó aval para su candidatura al Congreso de la República 2022-2026, sin el requisito previsto en el artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 de 2020, esto es «ser o haber integrado alguna de las instituciones de participación de las comunidades negras, afrocolombianas raizales y palenqueras» B) En caso de que la respuesta del interrogante antes señalado sea afirmativa, deberá establecerse si esa circunstancia equivale a considerar que el demandado no acreditó los derroteros para ser elegido como representante a la Cámara por la circunscripción afrodescendiente. C) Además, deberá dilucidarse si el demandado al momento de la inscripción de su candidatura, pertenecía o no a la comunidad indígena Isla Gallinazo y en caso de estar acreditada dicha simultaneidad, si ello constituía un impedimento para que el consejo comunitario Fernando Ríos Hidalgo lo avalara como representante a la Cámara por la circunscripción afrodescendiente. D) Por último, de encontrarse demostrada la anterior circunstancia, se estudiará si resulta aplicable la prohibición de doble militancia, por el hecho de que un ciudadano perteneciente a una comunidad indígena o un partido (Colombia Justa y Libre), inscriba su candidatura a la Cámara de Representantes por la circunscripción afrodescendiente.

**Tesis:** “[L]os accionantes reprochan que el demandado, al presentar su candidatura, no cumplía con el presupuesto previsto en el numeral 3 del artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 de 2020, que prevé entre otros requisitos, «ser o haber integrado alguna de las instituciones de participación de las comunidades negras,

afrocolombianas raizales y palenqueras». Esto teniendo en cuenta que se adujo que el señor Polo Polo no hizo parte de las referidas instancias. (...). Sobre el particular, es procedente mencionar que la Sección el 28 de julio de 2022 en el marco del medio de control de nulidad y en sentencia del 24 de agosto de 2023, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el artículo antes señalado en el sentido de indicar que el Decreto 1640 de 2020 tiene como finalidad desarrollar los parámetros establecidos en artículo 45 de Ley 70 de 1993, que hace referencia a la conformación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, cuyo propósito principal es el de ser una instancia de interlocución entre las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras y el gobierno nacional, en punto de la aplicación de referida ley. Ahora, en el mencionado fallo se señaló que quienes aspiren a representar a las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras en la Comisión Consultiva de Alto Nivel del artículo 45 de la Ley 70 de 1993, como aquellos que procuren representarlas en la Cámara de Representantes, deben ser avalados previamente por el Consejo Comunitario o por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio de Interior. No obstante, en el caso de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, así como para las consultivas departamentales, el Decreto 1640 del 14 de diciembre de 2020 determinó que, para la obtención de dicho aval se debía cumplir con el requisito de «ser o haber integrado alguna de las instituciones de participación de las comunidades negras, afrocolombianas raizales y palenqueras». Es decir, la exigencia mencionada se contempló, únicamente, para obtener el aval en relación con el ejercicio de los derechos de participación desarrollados en la Ley 70 de 1993, más no para regular los requisitos exigidos para obtener el aval establecido en el artículo 3 de la Ley 649 de 2001, lo que se corrobora de la lectura de la norma que contiene el requisito que extraña la parte demandante. En ese sentido, se refirió que el capítulo 6º del Decreto 1640 de 2020, esto es, el artículo 2.5.1.6.2, el Gobierno Nacional optó por hacer referencia a los espacios de participación en los cuales se requiere del aval allí regulado. En concreto, indicó que dicho aval es un requisito para el ejercicio de los derechos de representación y participación de las comunidades étnicas «de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto», es decir, en el marco de lo regulado en el Decreto 1640 de 2020. En otras palabras, el Gobierno Nacional indicó expresamente, que el aval, con los requisitos expuestos en los numerales 1 a 3 de la disposición, deviene en una exigencia para el ejercicio de los derechos de representación y participación regulados en el Decreto 1640 de 2020, acto administrativo que desarrolla el artículo 45 de la Ley 70 de 1993. Así las cosas, se señaló que resulta evidente que esta disposición se ocupa de desarrollar el aval otorgado por el respectivo Consejo Comunitario para el ejercicio de los derechos de participación en el marco de la reglamentación de la Ley 70 de 1993, por lo que, el requisito establecido en el numeral 3 del artículo al que se viene haciendo referencia, no puede hacerse extensivo a quienes aspiran a ser candidatos a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de las comunidades negras, afrodescendiente, raizales y palenqueras, regulada en el artículo 3 de la Ley 649 de 2001. Lo anterior pone en evidencia la inviabilidad del planteamiento elevado por la parte actora, derivada del hecho de que a la disposición se le imputa un contenido normativo y un alcance que no tiene (...). Si bien, la disposición señalada se refiere al aval requerido en el marco del ejercicio del derecho a elegir y ser elegido del cual son titulares los miembros de estas comunidades en virtud de la Ley 70 de 1993 y sus dos primeros presupuestos coinciden con aquellos establecidos en el artículo 3 de la Ley 649 de 2001, lo cierto es que, por este solo hecho, no se puede concluir razonablemente que el Gobierno Nacional hubiere querido añadir un nuevo requisito a la referida norma (art. 3 ibidem), máxime si se tiene en cuenta que ni en el encabezado ni en las motivaciones del acto administrativo se hizo mención a esa disposición legal. En ese sentido, para la Sala no era necesario que el demandado tuviera que pertenecer a una de las instancias de participación de su respectiva comunidad, pues se insiste que el artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 de 2020 derivó de la disposición legal 45 de la Ley 70 de 1993, que creó la Comisión Consultiva de Alto Nivel de las Comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, como mecanismo para la protección y desarrollo de los derechos y de la identidad de esos grupos y que le ordenó al Gobierno Nacional su conformación. En ese sentido, teniendo claro que dicho requisito no aplica para los casos en que un miembro de la comunidad afro postule una candidatura a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial, no hay lugar a predicar que el aval del demandado fue otorgado de manera irregular. (...). [2] Sobre la pertenencia del demandado a la comunidad indígena Isla Gallinazo al momento de las inscripciones de su candidatura. Uno de los reproches de las demandas, se dirigen a cuestionar que el señor Miguel Polo Polo, al momento de su inscripción como candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial afro, pertenecía a la comunidad indígena Isla Gallinazo, lo que en criterio de la parte accionante es un impedimento para que el consejo comunitario Fernando Ríos Hidalgo lo avalara. (...). En este punto se recuerda que, para definir la pertenencia de una persona a una comunidad étnica, son éstas las que, en ejercicio de su autogobierno y autorreconocimiento, tienen la potestad de definir los criterios para establecer quiénes son sus miembros. (...). En ese orden de ideas, reiterando la autodeterminación y autogobierno de los pueblos indígenas, la Sala concluye que está demostrado que para la fecha en que el señor Miguel Abraham Polo Polo se inscribió como candidato por el consejo comunitario Fernando Ríos Hidalgo, esto es el 13 de diciembre de 2021, no se presentaba la simultaneidad alegada, debido a que ya se encontraba retirado de la comunidad indígena Isla Gallinazo. (...). [3] Sobre la aplicación de la prohibición de la doble militancia. En el caso particular, los demandantes reprochan la

aplicabilidad de la prohibición de doble militancia, por el hecho de que un ciudadano perteneciente a una comunidad indígena, inscriba su candidatura a la Cámara de Representantes por la circunscripción afrodescendiente, con el aval de esta última minoría. (...). [L]a diferencia que existe entre partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos se encuentra en los fines fundantes de los mismos, en cuanto son completamente diferentes entre sí. En el caso de los partidos políticos, estos buscan acceder al poder, a los cargos de elección popular e influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación; mientras que los movimientos políticos buscan incidir en la formación de la voluntad política o participar en las elecciones; por su parte los grupos significativos de ciudadanos recogen una manifestación política coyuntural. [L]a regulación de la doble militancia política, se limita a la actividad proselitista que se desempeña por las colectividades que tradicionalmente participan en los comicios electorales. (...). De lo anterior, resulta pertinente señalar que las normas que regulan la prohibición de doble militancia, contemplaron como presupuesto para su configuración a los partidos o movimientos políticos, con o sin personería jurídica y a los grupos significativos de ciudadanos, pero no las comunidades étnicas y sus organizaciones representativas. Así las cosas, teniendo en cuenta lo anterior, no es posible predicar la configuración de la doble militancia, por pertenecer a dos comunidades étnicas dado que estas no encajan en las categorías dispuesta en la Constitución y por la Ley 1475 del 2011, pues se reitera, solo contemplaron a los partidos y movimientos políticos con o sin personería jurídica y a los grupos significativos de ciudadanos.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 30 de agosto de 2023, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00187-00 \(principal\).](#)

## **7. Se negó la nulidad de la elección del representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Comunidades Afrodescendientes.**

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad de la elección de la señora Ana Rogelia Monsalve Álvarez como representante a la Cámara por la Circunscripción Especial Afrodescendientes, periodo 2022-2026, alegando que: (i) la demandada carece de requisitos e incurrió en irregularidades durante el proceso de inscripción; (ii) fue miembro de la comunidad indígena Mokana y luego fue reconocida como miembro de la Comunidad Negra Afrocolombiana Raizal y Palenquera del municipio de Galapa de la vereda Las Trecientas; (iii) está incurso en la inhabilidad prevista en el artículo 179.5 de la Carta Política por tener parentesco con el alcalde de Malambo (Atlántico), y, (iv) realizó actos de corrupción electoral al exigir y ejercer presión psicológica a los funcionarios y contratistas de la alcaldía del mismo municipio. La Sala negó las pretensiones de la demanda, luego de concluir que: (i) la demandada demostró ser miembro activo de una Comunidad Negra, Afrocolombiana, Raizal y Palenquera desde el 29 de octubre de 2020 y no le es exigible la aplicación del artículo 2.5.1.6.2. del Decreto 1640 de 2001 en su numeral 3º, esto es, que la demandada haya integrado alguna de las instituciones de participación de dichas comunidades; (ii) no pertenece a la comunidad indígena Mokana desde el 28 de noviembre de 2019 y que fue reconocida como miembro de la una comunidad afrodescendiente desde el 29 de noviembre de 2020; (iii) no se cumple con el requisito de la coincidencia de las circunscripciones previsto en la inhabilidad del artículo 179.5 de la Constitución Política puesto que el hermano ejerce autoridad como alcalde en la circunscripción territorial mientras que la demandada fue elegida en la circunscripción nacional; y, (iv) no se demostró que la demandada desplegó las acciones requeridas para la configuración de la corrupción electoral.

**NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL DE AFRODESCENDIENTES / REQUISITOS PARA SER REPRESENTANTE A LA CÁMARA / MIEMBROS DE LA COMUNIDAD INDÍGENA / INHABILIDAD DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR PARENTESCO CON PERSONA QUE EJERZA AUTORIDAD / CORRUPCIÓN DE LAS PRÁCTICAS ELECTORALES**

**Problema jurídico:** Corresponde a la Sala determinar si la elección de Ana Rogelia Monsalve Álvarez, como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial Afrodescendientes, debe ser anulada porque incurrió en la vulneración de los artículos 1, 2, 6, 7, 40, 70, 171, 176, 258, 329 y 330 de la Constitución Política; 2 y 66 de la Ley 70 de 1993; 1 y 3 de la Ley 649 de 2001 y 2.5.1.6.2. del Decreto 1640 de 2020, y se configuran las causales de anulación contenidas en los artículos 137 inciso segundo, 139 y 275 numerales 1, 3 y 5 de la Ley 1437 de 2011. Para la resolución del interrogante planteado, se establecerá lo siguiente: a. ¿La demandada carece de requisitos e incurrió en irregularidades durante el

*proceso de inscripción, como candidata en representación de las minorías afrodescendientes, por no cumplir lo establecido en el artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 de 2020? b. ¿Se debe anular la elección de Ana Rogelia Monsalve Álvarez como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial Afrodescendiente porque fue miembro de la comunidad indígena Mokana y, posteriormente, reconocida como miembro de la Comunidad Negra Afrocolombiana Raizal y Palenquera del municipio de Galapa de la vereda Las Trescientas? c. ¿Se encuentra incurso la demandada en la causal de inhabilidad contenida en el artículo 179.5 de la Constitución Política por tener parentesco de consanguineidad con el alcalde del municipio de Malambo (Atlántico) que ejerció autoridad? d. ¿La demandada realizó actos de corrupción electoral al exigir y ejercer presión psicológica a los funcionarios y contratistas de la alcaldía de Malambo (Atlántico)?*

**Tesis:** “[1] [P]ara esta Sala la demostración de la condición de integrante de la comunidad se debe dar a partir de la identidad cultural del sujeto que manifiesta su pertenencia a determinada comunidad y la aceptación por parte del colectivo respecto a dicha manifestación. (...). De conformidad con el análisis realizado frente a la potestad de autogobierno y autorreconocimiento y de las pruebas aportadas al expediente, se puede concluir que la [demandada], demostró ser miembro de una Comunidad Negra, Afrocolombiana, Raizal y Palenquera desde el 29 de octubre de 2020. Adicionalmente, se tiene que el representante legal del Consejo Comunitario de Comunidades Negras Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del municipio de Galapa «Palenque de la Vereda las Trescientas y el Municipio de Galapa» acreditó, el 20 de abril de 2023, que la demandada es miembro activo de dicha comunidad, atendiendo al principio de autogobierno y autorreconocimiento que comprende a estos pueblos, y dado que son ellos los únicos facultados para manifestar si se es o no integrante. (...). En este orden, debe concluirse que se encuentra plenamente acreditado el cumplimiento del primer requisito exigido por el artículo 3º de la Ley 649 de 2001, es decir, la [demandada] es miembro de la respectiva comunidad afrodescendiente. [B]asado en los documentos obrantes en el expediente, es dable concluir que se encuentra acreditado y debidamente certificado por el Ministerio del Interior que, el «Consejo Comunitario de Comunidades Negras Afrocolombianas Raizales y Palenqueras del Municipio de Galapa “Palenque de la Vereda Las Trescientas y del Municipio de Galapa», al cual pertenece la demandada, está inscrito ante «la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior», por lo cual, se encuentra facultado para otorgar el aval requerido por el artículo 3º de la Ley 649 de 2001. [S]e concluye que los requisitos para aspirar a la Cámara de Representantes de la accionada se circunscriben al cumplimiento de lo fijado en los artículos 177 de la Constitución Política y el artículo 3º de la Ley 649 de 2001. En tal sentido, no hay lugar a abordar el análisis del planteamiento de la parte actora relacionado con el incumplimiento de los requisitos fijados por el artículo 2.5.1.6.2. del Decreto 1640 de 2001, numeral 3º, por parte de la [demandada], toda vez que esta disposición normativa reglamentó la participación en la Comisión Consultiva de Alto Nivel de las comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras; es decir, no resulta exigible que la demandada haya integrado alguna de las instituciones de participación de dichas comunidades, a su aspiración a la Cámara de Representantes. [2] En conclusión, es dable afirmar que la demandada no pertenece a la comunidad indígena Mokana desde el 28 de noviembre de 2019. Asimismo, se evidencia que el 29 de noviembre de 2020 fue reconocida como miembro de la una comunidad afrodescendiente, tal y como lo certificó el Ministerio del Interior. Así pues, contrario a lo planteado por el extremo accionante, de los hechos hasta el momento corroborados, no es posible establecer la presunta simultaneidad de la demandada a los dos grupos étnicos. Ahora bien, como ya se indicó, no hay previsión normativa que impida la pertenencia a una comunidad afrodescendiente por hacer o haber hecho parte de una etnia indígena. [3] En consecuencia, tal y como ha sido expuesto, la circunscripción especial afrodescendiente es del orden nacional, y dado que para ser elegido en esta se deben computar los votos obtenidos en todo el territorio nacional, no es posible establecer coincidencia de circunscripciones con las alcaldías, al ser estas últimas del orden territorial. Por tanto, de conformidad con lo expuesto y los fundamentos jurisprudenciales citados, es evidente, que en el caso concreto, si bien concurren los demás elementos que conforman la inhabilidad consagrada en el artículo 179 numeral 5º, lo cierto es que no se cumple con este último requisito, consistente en que la autoridad se haya ejercido en la circunscripción en donde debía realizarse la elección respectiva, pues el hermano de la demandada, como alcalde, ejerce autoridad en la circunscripción territorial y [la demandada] fue elegida en la circunscripción nacional, que es la que corresponde a la representación afro que ostenta. [4] [U]na vez revisado el acervo probatorio no fue posible establecer ningún medio de convicción, más allá del dicho de los accionantes, según el cual, la demandada desplegó las acciones requeridas para la configuración de la corrupción electoral. En consecuencia, dado que los elementos anunciados no fueron debidamente acreditados en el caso de estudio, no es posible advertir la configuración de la causal de nulidad de comisión de práctica corruptas, ni la participación directa o indirecta de la [demandada].”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 24 de agosto de 2023, C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00232-00 \(principal\).](#)

## **8. Inexistencia de violación de la cuota de género por lista de candidatos conformada por una sola persona.**

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad de la elección de la señora Mary Anne Andrea Perdomo Gutiérrez como representante a la Cámara por la circunscripción del departamento de Santander, avalada por el movimiento «Colombia Humana», para el período 2022-2026, aduciendo, entre otras cosas, que hubo vulneración de la cuota de género porque la lista de candidatos inscritos por la coalición “Pacto Histórico”, se desintegró y quedó finalmente conformada por una sola persona, en este caso, una mujer. La Sala declaró parcialmente probada la excepción de cosa juzgada, ordenando estarse a lo resuelto en la sentencia del 11 de mayo de 2023 y negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la lista, que inicialmente estaba conformada por 7 personas, finalmente quedó conformada por una sola, sin que ello hubiese sido objeto de reparo por los coaligados a pesar de tener la posibilidad de modificarla.

### **NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / LISTA DE CANDIDATOS A CORPORACIÓN PÚBLICA DE ELECCIÓN POPULAR / CUOTA DE GÉNERO**

**Problema jurídico:** Corresponde a la Sala, en punto de la cuota de género, determinar si al haber permanecido en esa lista una sola persona se vulneró la participación política y si al ser una sola mujer su integrante se vulneró la cuota de género.

**Tesis:** “La norma sub examine que está contenida en el inciso primero del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, dispone que las listas inscritas a corporaciones públicas de elección popular, donde se elijan cinco (5) o más curules o las que se sometan a consulta, «deberán conformarse por mínimo un 30% de uno de los géneros». En este orden, se advierte que no se refirió el legislador estatutario, a si el 30% de que trata la norma, se calcula en relación con el número de personas inscritas en las listas o respecto de las curules a proveer, o lo que es lo mismo, el número de integrantes de la respectiva corporación de elección popular. (...). [E]l demandante basó su inconformidad en que la lista del «Pacto Histórico» se conformó por una sola persona del género femenino por lo que se vulneró la cuota de género, prevista en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011. (...). La Sala encuentra que no existe fundamento suficiente para declarar la prosperidad del cargo, puesto que, como quedó visto, en la jurisprudencia de esta Corporación, en armonía con el análisis de constitucionalidad efectuado por el alto tribunal constitucional en la sentencia C-490 de 2011, se estableció que se debe incluir un mínimo del 30% del género femenino en el número de candidatos inscritos en la lista y se itera no en relación con el número de curules a proveer. [L]a coalición «Pacto Histórico» inscribió 7 candidatos, de los cuales 5 renunciaron y 1 no aceptó, por lo que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 1475 de 2011 la misma podía modificarse; sin embargo, los coaligados decidieron no hacer uso de esa prerrogativa y, por esta razón, la lista efectivamente quedó conformada por una sola persona. (...). En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que los argumentos de la demanda se dirigieron a controvertir la base sobre la cual debió calcularse la cuota de género, lo cual quedó ampliamente explicado en precedencia, la Sala concluye con base en la normativa aplicable y la jurisprudencia tanto constitucional como contencioso electoral, que el recurrente no logró demostrar el cargo de censura expuesto en el recurso de alzada.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 24 de agosto de 2023, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00097-00 \(principal\).](#)

# ACCIÓN DE TUTELA

## 1. El pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a favor de la mujer embarazada y lactante se debe extender durante todo el periodo de la licencia de maternidad.

*Síntesis del caso:* La demandante consideró que se vulneraron sus derechos fundamentales del debido proceso, acceso a la administración de justicia, seguridad social, salud, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada con ocasión de su desvinculación del cargo que desempeñaba en provisionalidad en el Juzgado Primero Civil Municipal de Neiva, ante el reintegro de la persona que ostentaba su titularidad, pese a que se encontraba en estado de embarazo. Esta Corporación, en segunda instancia, confirmó la decisión impugnada en relación con el amparo de los derechos invocados y modificó la orden de pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, que deben efectuarse durante todo el periodo de la licencia de maternidad y hasta que culmine.

**IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LA MUJER EMBARAZADA / ESTABILIDAD RELATIVA DEL EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / REINTEGRO DEL EMPLEADO DE CARRERA JUDICIAL / MEDIDAS DE PROTECCIÓN / PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL / SALUD / PERIODO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD / LICENCIA DE MATERNIDAD**

*Problema jurídico:* ¿Hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 27 de enero de 2023 dentro de la presente acción de tutela, mediante la cual se ampararon los derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia, seguridad social, salud, mínimo vital y estabilidad laboral de la tutelante, habida cuenta que la orden que se impartió en la providencia mencionada, consistente en que la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial del Huila efectúe el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, debe hacerse hasta que la tutelante adquiriera el derecho a la licencia de maternidad?

**Tesis:** “[E]sta Sala modificará la orden consignada en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia con el fin de que se entienda que el empleador, en caso de que la señora [P.V.L.] quede desvinculada del juzgado con ocasión del reintegro definitivo de su titular, debe hacer los aportes a la seguridad social en su favor durante todo el periodo de la licencia de maternidad y hasta que culmine, y no solamente hasta que adquiera el derecho a ella, como lo consignó en la parte resolutive de la providencia impugnada. (...) Adicional a lo anterior, la demandante en la impugnación solicitó que se extendiera el amparo concedido y, por consiguiente, se le reubicara en un cargo de igual o similar categoría al que desempeñaba, pues, si bien en la actualidad se encontraba ocupando el de asistente judicial en provisionalidad en el Juzgado Primero Civil Municipal de Neiva su permanencia seguía sujeta a la licencia por incapacidad otorgada a la titular del cargo, lo cual ponía en riesgo sus derechos fundamentales y los de su hijo. (...) No obstante, para Sala no es procedente acceder a dicha pretensión, pues, tal como ya se dijo, la Corte Constitucional en sentencia SU-070 de 2013 dispuso que la medida de protección que procede en estos casos consiste en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad de la mujer embarazada, pues esta clase de funcionarios gozan de una estabilidad relativa que debe ceder frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos. (...) Lo anterior no obsta para que el nominador, consciente de esa condición, pueda tomar las medidas afirmativas pertinentes, necesarias y suficientes para que, en caso tener margen de maniobra, logre que la empleada que goza de dicha estabilidad laboral sea la última en ser retirada o pueda ser reubicada en otro cargo de dicha dependencia.”

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 13 de febrero de 2023, C.P.: Fredy Ibarra Martínez, radicación: 41001-23-33-000-2023-00008-01 (AC).

## **2. La providencia acusada incurrió en exceso ritual manifiesto al no decretar prueba de oficio para resolver la duda sobre el parentesco de la accionante con la víctima, tratándose de un sujeto de especial protección constitucional en su condición de indígena y analfabeta.**

*Síntesis del caso:* El 25 de junio de 2011 en el municipio de Cumaribo (Vichada), [J.H.G.Ch.] murió como consecuencia de una granada lanzada por un soldado profesional del Ejército Nacional. El 25 de abril de 2013 el grupo familiar de la víctima interpuso demanda de reparación directa en contra del Ejército Nacional, con el fin de que se le indemnizaran los perjuicios materiales e inmateriales causados con la muerte del señor [J.H.G.Ch.]. En primera instancia, el Juzgado Segundo Administrativo de Villavicencio, mediante sentencia del 6 de diciembre de 2019, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Se declaró la responsabilidad de la entidad demandada al encontrar que la muerte de [J.H.G.Ch.] fue causada con un arma de dotación oficial por parte de un agente del Estado y, en consecuencia, la condenó al pago de una indemnización por los perjuicios morales causados a los progenitores y a los hermanos del fallecido. No obstante, se negaron los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, ya que la víctima asistía al colegio y no se acreditó que ejerciera una actividad productiva, así como tampoco se acreditó la dependencia económica de la madre, única demandante a favor de quien se pidió esa indemnización. La parte demandante presentó recurso de apelación en el para que se reconocieran los perjuicios materiales por lucro cesante, al considerar que debía aplicarse la presunción de que la víctima, por ser mayor de edad, devengaba un salario mínimo y contribuía al sostenimiento de su familia. En segunda instancia, el Tribunal Administrativo del Meta en sentencia el 21 de octubre de 2021, modificó la decisión del a quo al encontrar que no estaba probado el parentesco de [M.Ch.F.] con el fallecido, por lo que la demandante carecía de legitimación en la causa para demandar, de manera que reconoció la indemnización por perjuicios morales al padre y hermanos, pero negó la indemnización por lucro cesante a la madre de la víctima.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / DEFECTO PROCEDIMENTAL / CLASES DE DEFECTO PROCEDIMENTAL / PRUEBA DE OFICIO / NECESIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO / OMISIÓN DEL DECRETO DE PRUEBA DE OFICIO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / EXCESO RITUAL MANIFIESTO / ENFOQUE DIFERENCIAL ÉTNICO / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / INDÍGENA / MIEMBROS DE LA COMUNIDAD INDÍGENA / INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL / INSCRIPCIÓN TARDÍA EN EL REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO / IRREGULARIDADES EN EL REGISTRO CIVIL / PARENTESCO CON LA VÍCTIMA / PRUEBA DE PARENTESCO / FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRUEBA / TÉCNICA DE ADN PARA ESTABLECER MATERNIDAD Y PATERNIDAD / PRUEBA DE ADN / PRÁCTICA DE PRUEBA DE ADN / SENTENCIA DE REEMPLAZO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

*Problema jurídico 1:* ¿La providencia acusada incurrió en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto al no decretar pruebas de oficio para constatar el parentesco de la accionante con la víctima del proceso ordinario, cuando el registro civil obrante en el proceso mostró irregularidades, y de que se trataba de una indígena y analfabeta?

**Tesis 1:** “[L]a Sala analizará si en el caso bajo estudio tiene lugar el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, el que, a pesar de no haberse denunciado, de los argumentos de la impugnación puede colegirse en tanto aquellos se centran en que no se tuvo en cuenta la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas por parte del convocado a la hora de definir la legitimación en la causa por activa de la accionante. La Corte Constitucional ha señalado que el defecto procedimental se causa por un error en la aplicación de las normas que rigen el procedimiento establecido para la resolución de una controversia judicial o por un apego irrestricto a las reglas procesales, de manera que se obstaculiza la materialización de los derechos sustanciales. Así, se ha identificado que la autoridad judicial puede incurrir en este defecto bajo dos modalidades: (i) defecto procedimental absoluto y (ii) defecto procedimental por exceso ritual manifiesto. En relación con el tema probatorio, específicamente, frente a los deberes de los jueces como directores del proceso, la jurisprudencia constitucional ha determinado que se configura el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto “cuando existiendo incertidumbre sobre unos determinados hechos que se estiman definitivos para la decisión judicial y cuya ocurrencia se infiere razonablemente del acervo probatorio, omite[n] decretar, de forma oficiosa, las pruebas que podrían conducir a su demostración”. En tales términos, si se omite el decreto oficioso de pruebas, se pasa por alto una actuación procesal imprescindible para despejar puntos oscuros de la controversia y se instrumentalizan las ritualidades propias de cada juicio de una forma contraria al derecho al acceso a la administración de justicia, tiene lugar el vicio analizado. (...) En el caso sub examine, esta Sala encuentra acreditado el exceso ritual manifiesto por dos razones. Por un lado, el Tribunal Administrativo del Meta omitió dar aplicación al artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, referente a la facultad del magistrado ponente de decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad, teniendo en cuenta que había dudas sobre la legitimación en la causa por activa. Por el otro lado, omitió ponderar la exigencia del registro civil de nacimiento en tratándose de miembros de una comunidad indígena y sujetos de especial protección constitucional. (...) En el caso concreto, la parte interesada allegó registro civil de nacimiento de la víctima con fecha del 30 de marzo de 1991, en el cual aparece como madre la [accionante], únicamente con un apellido y con identificación indocumentada. También se evidencia que la fecha de inscripción es del 24 de diciembre de 1991, mientras que la cédula de ciudadanía de la señora se expidió el 31 de octubre de 1994, lo que muestra que la tutelante tardó varios años en tramitar este documento. Asimismo, en la cédula de ciudadanía de la tutelante, aparece “NO FIRMA”, lo que refleja que en efecto la señora no sabe leer ni escribir. También se encontró que la víctima pertenecía a la comunidad étnica Sikuaní, nativo de la comunidad Villa Monforth del resguardo indígena San Luis del Tomo del municipio de Cumaribo (Vichada) y que su madre nació en la comunidad Jajaraba en el corregimiento de Cumaribo (Vichada). A parte de eso, con ocasión de la prueba de oficio decretada en primera instancia, la Registraduría Nacional del Estado Civil reportó información sobre el registro civil de nacimiento de dos señoras: [M.Ch.F.] y [M.Ch.L.]. De lo anterior se tiene que, la tutelante cumplió con su carga de allegar el registro civil de nacimiento, pero, es claro que existe un punto oscuro referente a si la demandante [M.Ch. F.] es la madre de la víctima y la legitimada para recibir la indemnización por los perjuicios ocasionados. De ahí que, la autoridad judicial demandada renunció de forma consciente a la verdad jurídica, pese a que tenía la facultad de decretar una prueba de oficio para esclarecer este punto. (...) [E]l Tribunal debió decretar una prueba de oficio porque (i) existía la necesidad de precisar un punto oscuro de la controversia, (ii) el artículo 213 del CPACA consagra que para el esclarecimiento de la verdad se pueden decretar pruebas de oficio y (iii) su inactividad aparta por completo a la señora [M.Ch.] de la posibilidad de tener una justicia material. (...) En tratándose de miembros de comunidades indígenas, conforme lo señalado en la sentencia T-107 de 2019, el juez debe permitir la presentación de mecanismos alternativos para probar de manera certera el parentesco, como la prueba de ADN, que incluso puede ser decretada de oficio, siempre y cuando los demandantes expliquen y prueben durante el proceso, al menos sumariamente, la razón por la cual se encuentran en imposibilidad de aportar la prueba formal del registro civil. Si bien en el proceso objeto de estudio sí se aportó el registro civil de nacimiento de la interesada, que es la prueba idónea para demostrar el parentesco con el fallecido, tal documento no lo aclaró, por lo que lo procedente era decretar de oficio la prueba de ADN, pues estaba acreditado en el proceso que los sujetos en cuestión son miembros de una comunidad indígena, que la tutelante no sabe leer ni escribir y que estaba en imposibilidad de conocer las divergencias entre el registro civil de nacimiento de la víctima y su cédula de ciudadanía. De ahí que, la inexactitud del registro civil de nacimiento aportado no puede ser argumento suficiente para concluir que no existe parentesco, dado que se desconoce que este asunto reviste otro tipo de problemas jurídico-constitucionales de mayor envergadura, relacionados con derechos y principios constitucionales fundamentales, como la diversidad étnica y cultural (art. 7º C.P.), el pluralismo (art. 1º C.P.) y pretender una reparación de perjuicios. (...) Así las cosas, resulta palmario que la autoridad judicial accionada incurrió en el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, toda vez que para solucionar el caso en concreto no tuvo en cuenta las circunstancias especiales de la demandante ni la facultad de decretar de oficio la prueba de ADN para esclarecer el parentesco y, así, alcanzar la verdad material. Por ende, esta Subsección revocará la decisión de primera instancia para conceder el amparo de los derechos fundamentales y, en consecuencia, dejará sin efectos la sentencia del 21 de octubre de 2021 del Tribunal Administrativo del Meta y le ordenará que

decrete de oficio la prueba de ADN, según los requerimientos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, (...) y que, posteriormente, profiera una nueva sentencia.”

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / DEFECTO FÁCTICO / PARENTESCO CON LA VÍCTIMA / VALOR PROBATORIO DEL REGISTRO CIVIL / ADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Problema jurídico 2:** *La providencia acusada proferida en segunda instancia incurrió en defecto fáctico al no tener por acreditado el parentesco de la accionante con la víctima con las pruebas obrante en el proceso ordinario?*

**Tesis 2:** “La Corte Constitucional ha considerado que el defecto fáctico se configura cuando el juez carece del apoyo probatorio que le permite la aplicación del supuesto legal en el que fundó su decisión. Este, además, debe ser flagrante, ostensible, manifiesto y con incidencia directa en el sentido de la sentencia, de manera que para su existencia es necesario que de las pruebas que obren en el expediente no sea posible, de forma objetiva y razonable, alcanzar la conclusión a la que llegó el funcionario o que el apoyo probatorio en que se basó resulte absolutamente inadecuado para el caso. Así, la parte actora sustentó este defecto en que el Tribunal no tuvo por acreditado el parentesco de la madre de la víctima, a pesar de que con la demanda se aportó el registro civil de nacimiento de [J.H.G.Ch.], en el cual consta que su progenitora es “[M.Ch.]”, que registra como “indocumentada” y que pertenece a la comunidad indígena “Sikuani” del municipio de Cumaribo. Explicó que en el documento consta solo uno de los apellidos de la demandante, porque quien suscribió el certificado así lo anotó, sin que se conociera esa situación, pues la tutelante no sabe leer ni escribir y para la época la Registraduría Nacional del Estado Civil no había implementado programas de enfoque diferencial. Al efecto, advierte la Sala que no están dados los presupuestos para encontrar configurado el defecto fáctico, comoquiera que la sentencia enjuiciada no resulta arbitraria ni caprichosa, en tanto analizó en detalle el material probatorio obrante en el expediente y guarda coherencia con los supuestos fácticos del caso sub examine. Lo anterior da cuenta de que la autoridad judicial accionada sí valoró el material probatorio que obraba en el expediente y del análisis efectuado encontró que la parte actora no cumplió con la carga demostrativa sobre el parentesco, por lo que se trata de una decisión razonable para el caso.”

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / DEFECTO SUSTANTIVO / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / APELANTE ÚNICO / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Problema jurídico 3:** *¿La providencia acusada proferida en segunda instancia que declaró la falta de legitimación en la causa por activa a la accionante, incurrió en defecto sustantivo por el presunto desconocimiento del principio de la no reformatio in pejus?*

**Tesis 3:** “Con relación a este defecto, la Corte Constitucional ha explicado que se presenta en aquellos casos en que la autoridad judicial emplea una norma que no corresponde al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es; u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica; o cuando la autoridad judicial se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical–, sin justificación suficiente, pues este es obligatorio. (...) Para el caso bajo estudio, la tutelante aduce que la autoridad judicial accionada incurrió en este defecto porque desconoció el principio de *non reformatio in pejus* previsto en el artículo 31 de la Constitución Política, según el cual el juez de segunda instancia no puede analizar aspectos no propuestos en el recurso de apelación, así como tampoco puede desmejorar la situación del apelante único. Inconforme con el reconocimiento de los perjuicios, la parte demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que se reconocieran los perjuicios materiales por lucro cesante, al considerar que debía aplicarse la presunción de que la víctima, por ser mayor de edad, devengaba un salario mínimo y contribuía al sostenimiento de su familia. En todo lo demás, solicitó que se confirmara la providencia. En segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aplicó la sentencia de unificación del 6 abril de 2018, Radicado núm. 46005, conforme a la cual modificó la decisión para declarar la falta de legitimación en la causa por activa de la [accionante], en tanto no acreditó la calidad de madre del difunto, argumento que no fue invocado dentro del recurso de apelación. En esa medida, la tutelante aduce que el Tribunal empeoró su posición porque revocó el reconocimiento de los perjuicios morales y confirmó la negatoria del reconocimiento del lucro cesante. la Sala comparte la

postura del a quo constitucional, en el sentido de que las sentencias de unificación de esta Corporación sobre la aplicación del principio de la *non reformatio in pejus* y el estudio de los aspectos comprendidos en el recurso de apelación por parte del juez de segunda instancia, concluyen que se faculta al juez para pronunciarse de forma oficiosa sobre unos temas, a pesar de no haber sido propuestos en el recurso de alzada. (...) En esa medida, esta Sala considera que la autoridad judicial accionada no incurrió en el defecto alegado, pues su interpretación no se avista arbitraria y se fundó en derecho, facultada especialmente por las sentencias de unificación, pues a pesar de no haberse propuesto en el recurso de apelación, se trata de un asunto sobre el cual el juez se puede pronunciar de oficio.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 27 de enero de 2023, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 11001-03-15-000-2022-02485-01\(AC\).](#)

**Salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque, referido en la sentencia de 21 de febrero de 2019, radicado 68001-23-33-000-2018-00940-01.**

**SALVAMENTO DE VOTO / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD - Decreto 2591 de 1991 / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Inconstitucional / INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA - Sentencia C-543 de 1992 / DERECHO LEGISLADO - Artículo 230 Constitución Política / VIOLACIÓN DE LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedente por vía jurisprudencial sentencia C-590 de 2005 / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL**

**Problema jurídico:** *¿La acción de tutela contra providencia judicial, de creación jurisprudencial, es procedente en un sistema de derecho legislado?*

**Tesis:** “Como la tutela contra providencia judicial es excepcional y solo procede frente a decisiones arbitrarias y groseras de los jueces, a mi juicio, en este asunto no se cumplieron esos presupuestos para acceder al amparo. [De otra parte], la Corte Constitucional, en sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos del Decreto 2591 de 1991 que establecían que la acción de tutela procedía contra providencia judicial. Sin embargo, en fallos posteriores de tutela y luego en la sentencia de constitucionalidad C-590 de 2005 esa Corporación cambió su criterio y, en su lugar, admitió el amparo contra las decisiones de los jueces y estableció unos requisitos generales y especiales de procedibilidad. A mi juicio, (...) la sentencia C-543 de 1992 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, el criterio contenido en esa decisión era inmodificable, incluso para la misma Corte Constitucional de conformidad con el artículo 243 CN. (...) La procedibilidad de la tutela contra providencia judicial se fundamenta en un “precedente judicial”. (...) [C]onsidero que, sin desconocer la importancia de la jurisprudencia como fuente auxiliar del derecho (art. 230 CN), no es posible trasplantar figuras del [*common law*] a un sistema de derecho legislado”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 27 de enero de 2023, S.V. Guillermo Sánchez Luque, radicación 11001-03-15-000-2022-02485-01\(AC\).](#)