

EDICIÓN  
**279**

JUNIO 2024



#MeSuscriboMeActualizo

# 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  
Jorge Edison Portocarrero Banguera  
Luis Eduardo Mesa Nieves  
Jaime Enrique Rodríguez Navas  
Nicolas Yepes Corrales  
William Barrera Muñoz  
Myriam Stella Gutiérrez Argüello  
Wilson Ramos Girón  
Ana María Charry Gaitán  
John Jairo Morales Álzate  
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**  
María del Pilar Pimentel Triviño  
**Sala Plena de lo Contencioso Administrativo**  
María del Pilar Pimentel Triviño  
**Acciones Constitucionales**  
Pedro Javier Barrera Varela  
Ingrid Catherine Viasús Quintero  
Juan Alejandro Suárez Salamanca

## PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.  
Jurisprudencia y Conceptos.  
No. 279, junio de 2024  
ISSN: 2711-385X  
www.consejodeestado.gov.co  
Consejo de Estado  
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.  
Palacio de Justicia  
Bogotá D.C. – Colombia

# CONTENIDO

<b>CONTENIDO</b>	<b>3</b>
<b>EDITORIAL</b>	<b>5</b>
<b>I. NORMAS ANULADAS, SUSPENDIDAS Y EXHORTOS</b>	<b>6</b>
➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2014-00194-00.	
➤ C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2010-00558-00.	
➤ C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 15001-23-31-001-2010-01537-01.	
➤ C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-01376-00 (4576-2016).	
➤ C.P. Jorge Edison Portocarrero Banguera, radicación: 11001-03-25-000-2015-00364-00 (738-2015).	
➤ C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 11001-03-26-000-2022-00018-00(67929).	
➤ C.P. Wilson Ramos Girón, radicación: 13001-23-33-000-2012-00218-03 (26933).	
➤ C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 11001-03-26-000-2023-00071-00(69860).	
➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 13001-23-33-000-2024-00004-01.	
➤ C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 25000-23-41-000-2023-01717-01.	
➤ C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 25000-23-41-000-2024-00085-01.	
➤ C.P. Gloria María Gómez Montoya, radicación 27001-23-33-000-2023-00118-01.	
➤ C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 27001-23-33-000-2023-00137-01.	
<b>II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES</b>	<b>10</b>
➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 11001-03-15-000-2024-00642-01 (AC).	
➤ C.P. María Adriana Marín, radicación 11001-03-15-000-2023-05020-01 (AC).	
➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 63001-23-33-000-2020-00407-01(AP).	
➤ C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 73001-23-33-000-2016-00558-01 (AP).	
<b>III. SALA PLENA DEL CONTENCIOSO</b>	<b>21</b>
➤ C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2023-02956-00(PI).	
➤ C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 08001-23-31-000-2010-00291-01(REAG).	
<b>IV. SECCIÓN PRIMERA</b>	<b>26</b>
➤ C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2010-00558-00.	
➤ C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 15-001-23-31-001-2010-01537-01.	
<b>V. SECCIÓN SEGUNDA</b>	<b>31</b>
➤ C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación: 25000-23-42--000-2020 -00549-01 (3118-2023).	
➤ C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-01376-00 (4576-2016).	
➤ C.P. Jorge Edison Portocarrero Banguera, radicación: 11001-03-25-000-2015-00364-00 (738-2015).	
<b>VI. SECCIÓN TERCERA</b>	<b>37</b>
➤ C. P. William Barrera Muñoz, radicación: 15001-23-33-000-2022-00137-01(70640).	
➤ C.P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación 44001-23-40000-2010-00066-03(68042).	
➤ C. P. María Adriana Marín, radicación: 05001-23-31-000-2010-01327-01(61297).	
➤ C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 54001-23-31-000-2010-00353-02(57471)	
➤ C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 23001-23-31-000-2009-00137-01(48706).	

## VII. SECCIÓN CUARTA

51

- C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2023-00014-00 (27616).
- C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2016-01484-01 (27618).
- C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 13001-23-33-000-2012-00218-03 (26933).

## VIII. SECCIÓN QUINTA

68

- C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 25000-23-41-000-2023-00375-02.
- C.P. Omar Joaquín Barreto Suárez, radicación: 11001-03-28-000-2023-00065-00.
- C.P. Gloria María Gómez Montoya, radicación: 11001-03-28-000-2023-00038-00.
- C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2023-00075-01.

## IX. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

76

- C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2022-00281-00(2493)
- C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2020-00120-00 (2444).
- C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00743-00(C)
- C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2023-00573-00(C)

## X. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

84

- C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 76001-23-31-000-2006-03320-03(53962)

## XI. GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN

101

- C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 25000-23-42-000-2015-03335-01 (3526-2019)
- C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 15001-23-31-000-2007-00161-01(54302)
- C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2023-07142-00 (AC).

# EDITORIAL

*Extendemos un cordial saludo a nuestros lectores, quienes desde el año 2017 nos han seguido en cada una de las ediciones del boletín de jurisprudencia. A la fecha, hemos logrado la publicación de 279 volúmenes, así como más de 46.000 suscriptores, quienes reciben mensualmente la herramienta para su consulta.*

*Es por ello que, la Presidencia de la Corporación a través de su Comisión de Relatoría ha trabajado arduamente en la transformación de este producto que, de la mano del uso de las tecnologías de la información y del uso de un lenguaje claro, espera cumplir con el firme propósito de comunicar eficazmente las decisiones que profiere la corporación.*

*En esta oportunidad, resaltamos una providencia proferida en el marco de una acción de tutela, mediante el cual se amparó el derecho de atención a la salud integral de una menor de edad que pertenece a una comunidad indígena y que ha sido víctima de desplazamiento y, ordenó, que se preste el servicio de salud integral y se adopten las medidas necesarias para evitar que se presenten barreras administrativas frente al paciente indígena.*

*En asuntos de competencia de la Sección Tercera, dentro del desarrollo de un proceso ejercido a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se determinó que los mecanismos procesales ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo solo están previstos para impugnar los actos administrativos que definen el fondo de una situación jurídica.*

*La misma Sección, en referencia a la caducidad de la acción de reparación directa, aplicó el criterio de flexibilización frente este fenómeno y condenó al Ejército Nacional, por un caso de ejecución extrajudicial de un campesino bajo el título de imputación de falla del servicio por incumplir con los deberes constitucionales y legales.*

*De igual manera, en otro proceso, unificó la naturaleza de los actos unilaterales que emite una entidad estatal en desarrollo de contratos regidos por el derecho privado, como los proferidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, al señalar que, corresponden a la categoría de actos contractuales y no a la de los actos administrativos.*

*Por su parte, la Sección Segunda en una decisión con perspectiva de género, enfatizó que la violencia doméstica no es un asunto familiar privado ajeno al Estado o a sus autoridades, puesto que a estos les asiste la obligación de tomar medidas preventivas conducentes a preservar y garantizar el adecuado ejercicio de los derechos en las relaciones entre individuos, en cumplimiento a los compromisos internacionales para enfrentar las diversas formas de violencia contra la mujer.*

*Los invitamos a consultar estas y otras decisiones a través del buscador de jurisprudencia de Samai Mi Relatoría, en el siguiente link:*

<https://samai.consejodeestado.gov.co/TitulacionRelatoria/BuscadorProvidenciasTituladas.aspx>

# I. NORMAS ANULADAS, SUSPENDIDAS Y EXHORTOS

## ANULADAS

### SECCIÓN PRIMERA

1. El Decreto 3035 de 2013, “Por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto” expedido por el Gobierno Nacional: El literal b del artículo 1.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 9 de mayo de 2024; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2014-00194-00.](#)

2. La Circular Conjunta Externa de 2010 expedida por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República y el Auditor General de la República.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 9 de mayo de 2024; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2010-00558-00.](#)

3. El Acuerdo 014 de 2010, “Por medio del cual se autoriza al señor alcalde del municipio de Ramiriquí para adquirir obligaciones financieras y de leasing y comprometer recursos que afecten los presupuestos de vigencias futuras del sistema general de participaciones en los sectores de vivienda de interés social, equipamiento municipal e infraestructura vial; con el fin de garantizar la ejecución de proyectos declarados de importancia estratégica para el municipio y que se encuentran incluido en el plan de desarrollo 2008-2011”, expedido por el Concejo Municipal de Ramiriquí, Boyacá.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de abril de 2024; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 15001-23-31-001-2010-01537-01.](#)

### SECCIÓN SEGUNDA

1. Numeral 6° y el inciso final del párrafo del artículo 8° del Acuerdo N° 001 de 24 de enero de 2018, expedido por la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación “Por el cual se adopta el reglamento de la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 27 de octubre de 2023, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-01376-00 \(4576-2016\).](#)

2. Artículo 4 (numeral 10) de la Resolución 661 de 2014, expedida por la Junta Nacional de Bomberos de Colombia y la Dirección Nacional de Bomberos, por la cual se establece el «Reglamento Administrativo, Operativo, Técnico y Académico de los Bomberos de Colombia».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 14 de marzo de 2024, C.P. Jorge Edison Portocarrero Banguera, radicación: 11001-03-25-000-2015-00364-00 \(738-2015\).](#)

### SECCIÓN TERCERA

Directiva No. 1 de 2020, proferida por la Agencia Nacional de Tierras: Declara nulos los siguientes apartes: “Las dependencias que participan en la implementación de la compra de predios rurales con fines de reforma agraria deberán abstenerse de realizar la adquisición de inmuebles con conflictos por invasiones u ocupaciones de

hecho. (...) En los casos de procesos de compra directa de predios que se encuentra en curso que hayan sido puestos en oferta por sus propietarios, que hayan sido objeto de invasiones u otras de las vías de hecho mencionadas en el apartado anterior, se suspenderán tales procesos, y no se procederá con los respectivos estudios técnicos que viabilizan la compra.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 20 de mayo de 2024, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación: 11001-03-26-000-2022-00018-00\(67929\).](#)

## SECCIÓN CUARTA

La Ordenanza 26 del 26 de julio de 2012, “Por medio de la cual se reglamenta la Estampilla Universidad de Cartagena siempre a la altura de los tiempos y se dictan otras disposiciones”, expedida por la Asamblea del Departamento de Bolívar: El ordinal 2 del artículo cuarto.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 6 de junio de 2024, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 13001-23-33-000-2012-00218-03 \(26933\)](#)

## SUSPENDIDAS

## SECCIÓN TERCERA

Decreto 1082 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 Planeación Nacional”. Decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado y modificado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto de 28 de mayo de 2024, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación: 11001-03-26-000-2023-00071-00\(69860\).](#)

## EXHORTOS

### SECCIÓN QUINTA

**1. La Sección Quinta exhortó al Tribunal Administrativo de Bolívar para que en lo sucesivo se ciña a las reglas propias que gobiernan la decisión y los recursos de la solicitud de suspensión provisional para el proceso electoral.**

Sobre el particular dispuso en la parte resolutive lo siguiente: "EXHORTAR al Tribunal Administrativo de Bolívar para que, en lo sucesivo, aplique la regla especial prevista para el proceso electoral en el inciso final del artículo 277 del CPACA, a efectos de resolver sobre la admisión de la demanda, la solicitud de suspensión provisional del acto acusado y el recurso procedente."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 18 de abril de 2024, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 13001-23-33-000-2024-00004-01.](#)

**2. La Sección Quinta instó a la Subsección "A", Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que en lo sucesivo provea sobre la admisión de la demanda ante el cumplimiento de los requisitos legales.**

Sobre el particular dispuso en la parte considerativa lo siguiente: "Finalmente, la Sala advierte que, en punto de la regla jurisprudencial que aquí se reitera, es posición pacífica de la Corporación permitir que en la etapa de subsanación de la demanda el extremo accionado remita esta y sus anexos al demandado, y no únicamente de manera concomitante a la presentación de la demanda. Por ello, se insta a la Subsección "A", Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que, en lo sucesivo, provea sobre la admisión de la demanda cuando se acredite el cumplimiento del requisito previsto en el ordinal 8 del artículo 162 del CPACA de forma posterior a la radicación de aquella."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto del 14 de marzo de 2024, C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 25000-23-41-000-2023-01717-01.](#)

**3. La Sección Quinta instó a la Subsección "A", Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que en lo sucesivo provea sobre la admisión de la demanda ante el cumplimiento de los requisitos legales.**

Sobre el particular dispuso en la parte considerativa lo siguiente: "Finalmente, la Sala advierte que, como quedó ampliamente explicado, no se puede exigir al extremo accionante remita copia de la demanda y de sus anexos al demandado cuando exista solicitud cautelar procedente en el medio de control de nulidad electoral. Por ello, se insta a la Subsección "A", Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que, en lo sucesivo, provea sobre la admisión de la demanda cuando se evidencie la configuración de las excepciones previstas en el ordinal 8 del artículo 162 del CPACA."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 11 de abril de 2024, C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 25000-23-41-000-2024-00085-01.](#)

#### **4. La Sección Quinta exhortó al Tribunal Administrativo del Chocó para que tenga en cuenta y aplique la normativa que rige el proceso especial de nulidad electoral, en específico las reglas de trámite de las medidas cautelares.**

Sobre el particular dispuso en la parte considerativa lo siguiente: “De otra parte, es pertinente indicar que el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, también enuncia que contra el auto que decide sobre la suspensión provisional «solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación», norma que fue aplicada por el a quo en debida forma, pues si bien adecuó el medio de impugnación, decidió en auto del 5 de marzo de 2024 no reponer la providencia objeto de estudio cuando el único recurso procedente era el de apelación en los procesos que le correspondía estudiar en primera instancia. Así las cosas, se invitará al juzgador de primer grado para que, en lo sucesivo tenga en cuenta y aplique la normativa que rige el proceso especial de nulidad electoral.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 18 de abril de 2024, C.P. Gloria María Gómez Montoya, radicación 27001-23-33-000-2023-00118-01.](#)

#### **5. La Sección Quinta exhortó al Tribunal Administrativo del Chocó para que tenga en cuenta y aplique la normativa que rige el proceso especial de nulidad electoral, en específico las reglas de trámite de las medidas cautelares.**

Sobre el particular dispuso en la parte considerativa lo siguiente: “La Sala pone de presente un aspecto procesal de relevancia en este caso. Del trámite de la primera instancia, se observa que tanto la magistrada ponente como la Sala de Decisión que emitió la providencia ahora apelada, pasaron por alto lo establecido en el último párrafo del artículo 277 del CPACA. Según dicha disposición, «si se ha solicitado la suspensión provisional del acto impugnado, la cual debe solicitarse en la demanda, se resolverá en la misma resolución admisorio [...]», pero como se plasmó en los antecedentes, el auto admisorio de la demanda y el que resolvió la medida cautelar, se profirieron de forma independiente. Por lo tanto, se exhortará al Tribunal Administrativo del Chocó a que, en futuras ocasiones, decida sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional en la misma providencia, tal como lo estipula el artículo 277 del CPACA.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 25 de abril de 2024, C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 27001-23-33-000-2023-00137-01.](#)

**ASUNTOS  
CONSTITUCIONALES**



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

---

**JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS**

# ACCIÓN DE TUTELA

**1. Se ordena a la Asociación Indígena del Cauca que preste el servicio de salud integral y adopte las medidas necesarias y suficientes para evitar que se presenten barreras administrativas frente a una paciente que es adolescente indígena.**

*Síntesis del caso:* Se amparó el derecho de atención a la salud integral de una menor de edad que pertenece a una comunidad indígena y ha sido víctima del desplazamiento armado. El juez constitucional de segunda instancia, además ordenó que se adopten las medidas necesarias y suficientes para evitar que se presenten nuevas barreras administrativas para la adecuada atención de la adolescente. En este caso se analizó el contexto familiar de la tutelante, que padecían una condición de vulnerabilidad, pues sus padres tienen varias afectaciones de salud, se encuentran en una situación económica apremiante y su hermana sufre de depresión y requiere acompañamiento de sus padres. Por último, se ordenó a la UARIV que aborde el estudio de desplazamiento del grupo familiar de la accionante bajo un enfoque diferencial y priorice su resolución.

ACCIÓN DE TUTELA / MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / ADICIÓN DE LA PROVIDENCIA JUDICIAL / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / TRATAMIENTO INTEGRAL DEL PACIENTE / PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE / PROTECCIÓN DEL ADOLESCENTE / CONDICIÓN DE DESPLAZADO / MIEMBROS DE LA COMUNIDAD INDÍGENA / DERECHO A LA VIDA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

*Problema jurídico 1:* [Corresponde a la Sala determinar si (...) la decisión de primera instancia de 21 de marzo de 2024, a través de la cual la Sección Cuarta amparó los derechos fundamentales de la actora [es razonable, teniendo en cuenta que la adolescente [M] solicitó que se den órdenes para evitar que se sigan afectando sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, esto debido a una enfermedad que no ha sido atendida correctamente por parte de la [Asociación Indígena del Cauca] AIC].

**Tesis 1:** “[En lo narrado por [M], su solicitud de amparo se debe a que, aunque los médicos de la Fundación Clínica Infantil Club Noel ordenaron que debía ser remitida para la realización de procedimientos, la [Asociación Indígena del Cauca] AIC no ha cumplido con ese requerimiento. La Sección Cuarta del Consejo de Estado consideró que no había motivos para entender que existía negligencia en la prestación del servicio de salud por parte de la asociación, aun así, en atención a que la demandante es adolescente, desplazada y miembro de una comunidad indígena, ordenó a la [Asociación Indígena del Cauca] AIC el tratamiento integral. (...) Para la [Asociación Indígena del Cauca] AIC, la orden de la Sección Cuarta no debió darse, porque en la sentencia se dijo que no existía negligencia, por lo que solicitó que se declarara la carencia actual de objeto por hecho superado. Para esta Sala, la orden de tratamiento integral no solo debe mantenerse sino ampliarse (...) [H]ay que tener en cuenta 2 circunstancias: (i) en este caso, la [Asociación Indígena del Cauca] AIC no informó qué centro médico se negó a recibir a la paciente o cuál fue el problema que impidió su remisión cuando esta fue ordenada, lo cual lleva a la Sala al segundo punto que consiste en que (ii) es deber de las EPS «garantizar a los pacientes el acceso efectivo a los servicios de salud». (...) Como puede observarse, [M], como afiliada de la [Asociación Indígena del Cauca] AIC, que es su EPS, tiene derecho a que su tratamiento médico no se vea interrumpido ni demorado por conflictos administrativos con otras entidades. Ya que en este caso la EPS no desvirtuó el señalamiento que hizo la demandante y que se sustentó en las pruebas que la actora pudo recopilar, relativo a la tardanza en cumplir con el traslado por inconvenientes para encontrar un cupo para su atención en salud, la Sala concuerda con la Sección Cuarta en que es necesario que se profiera una orden de amparo que prevenga que estos hechos se presenten nuevamente. Siendo así, se confirmará lo resuelto por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, pero se incluirá en la orden que el AIC deberá adoptar las medidas suficientes y necesarias para evitar que se presenten obstáculos administrativos en el caso de [M]. Adicionalmente, se enviará copia del

expediente a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Secretaría de Salud Distrital de Santiago de Cali, para que en el ejercicio de sus funciones realicen acompañamiento a este caso y, de considerarlo procedente, inicien las acciones a las que haya lugar.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 44

## **ACCIÓN DE TUTELA / UNIDAD DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS / INDEMNIZACIÓN ADMINISTRATIVA / FECHA DE PAGO DE INDEMNIZACIÓN ADMINISTRATIVA / LISTA DE PRIORIZACIÓN DE INDEMNIZACIÓN ADMINISTRATIVA / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO**

*Problema jurídico 2: [Corresponde a la Sala, establecer si la UARIV debe informar a la accionante y su grupo familiar las formas y medios en que pueden actualizar sus datos y ampliar la información sobre sus padecimientos ante esa entidad, informando de manera detallada las opciones con la que se puede priorizar el pago de su indemnización administrativa, además, si se debe ordenar a dicha entidad que cuando aborde el caso del grupo familiar de [M] en el instrumento técnico de priorización, lo haga desde un enfoque diferencial, teniendo en cuenta la precaria situación en la que se encuentran]*

**Tesis 2:** “[Para la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la UARIV debe informar un plazo aproximado en la que se hará el pago de la indemnización administrativa. Ahora bien, al respecto, esta Sala observa que, en la historia clínica de [M], se mencionan afecciones a su salud, en especial en su órbita mental. Igualmente, se resalta que la demandante narra situaciones excepcionales que vive su hermana. Por otra parte, se tiene que el método técnico de priorización de la UARIV se está haciendo para el grupo familiar de [M] desde el 2020, cuando se reconoció la indemnización administrativa, sin que exista prueba de que haya actualización de su información, especialmente si se tiene en cuenta que su historia clínica contiene afecciones mentales, desde 2022. En tercer lugar, la UARIV, en su respuesta, invitó a la demandante a informarle sobre sus padecimientos, a fin de estudiar una posible priorización. Con estos elementos, la Sala considera que, antes de ordenar a la UARIV que resuelva la solicitud de [M] y que informe sobre plazos aproximados, es necesario que el grupo familiar de la actora dé a conocer de su situación actual a la entidad, con el fin de que el mecanismo técnico sea llevado a cabo teniendo en cuenta un enfoque diferencial que abarque todas las particularidades de este caso. Ahora bien (...) mientras que a esta corporación la UARIV le suministró información detallada sobre el trámite con el cual se puede lograr la priorización de la indemnización administrativa, a [M] se le entrega una lacónica respuesta donde solo se mencionan dos resoluciones sin más información sobre el particular. En ese sentido, la Sala considera necesario modificar lo ordenado por la Sección Cuarta y amparar los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y de petición de [M] pero en el sentido de ordenar a la UARIV que, dentro de un término de 2 días, explique a la actora y su grupo familiar las formas y medios en que pueden actualizar sus datos y ampliar la información sobre sus padecimientos ante esa entidad, informando de manera detallada las opciones con la que se puede priorizar el pago de su indemnización administrativa y los canales a través de los cuales deben radicar los documentos respectivos. Adicionalmente, se ordenará a la UARIV que cuando aborde el caso del grupo familiar de [M] en el instrumento técnico de priorización, lo haga desde un enfoque diferencial atendiendo a las particularidades del caso, como son la violencia sexual presuntamente padecida por su hermana, la edad de sus padres, las enfermedades tanto físicas como psicológicas que padecen, la condición de menores de edad, y el hecho de que [M] se encuentra cercana a cumplir la mayoría de edad y entrar al mercado laboral sin que haya podido terminar sus estudios, entre otras que sean evidenciadas”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 16 de mayo de 2024, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 11001-03-15-000-2024-00642-01 \(AC\).](#)

**2. Se vulneran los derechos fundamentales en el marco de un proceso de reparación directa, por privación injusta de la libertad, por la no aplicación del régimen objetivo de responsabilidad ante la hipótesis de atipicidad de la conducta.**

**Síntesis del caso:** *Se ampararon los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad de la parte actora a quien se le negaron las pretensiones dentro del proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad. El juez constitucional de segunda instancia que revocó la decisión del ad quo, que había declarado improcedente la tutela, consideró que se desconoció la sentencia SU-072 de 2018 de la Corte Constitucional y los diferentes pronunciamientos de la Sección Tercera de la Corporación en los que se ha dejado sentado que cuando la absolución de la persona privada de la libertad se funda en la inexistencia del hecho o atipicidad de la conducta, deberá aplicarse el régimen objetivo de responsabilidad.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ABSOLUCIÓN EN EL PROCESO PENAL / ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CORTE CONSTITUCIONAL / INAPLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL / SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO / INDEBIDA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / PROCEDENCIA DEL AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Problema jurídico:** *[La Sala analizará si ¿las autoridades judiciales demandadas incurrieron en los defectos fáctico y por desconocimiento del precedente judicial, a la luz de lo establecido en la sentencia SU-072 de 2018, proferida por la Corte Constitucional y los pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, relacionados con la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad, en los eventos en que la absolución de la persona privada de la libertad se funda en la inexistencia del hecho o la atipicidad de la conducta punible?]*

**Tesis:** “La Sala considera que el Juzgado y el Tribunal no podían basarse exclusivamente en las decisiones penales previas y su razonabilidad, como si se tratara de un juicio exclusivo de error judicial o de responsabilidad por falla del servicio. En efecto, luego de analizar el marco jurisprudencial referente a la privación injusta de la libertad, en el cual hizo referencia a la sentencia SU-072 de 2018, concluyó que “siendo únicamente plausible predicar objetivamente la responsabilidad de la administración en dos eventos, cuando el hecho no existió o cuando la conducta era objetivamente atípica, situación que no es aplicable en el sub lite, dado que el imputado fue absuelto porque no fue posible por parte del ente acusador demostrar la materialidad y responsabilidad del delito de rebelión”. Sin embargo, contrario a la conclusión del Tribunal, la Sala advierte que el Juzgado Segundo Penal de Conocimiento de Ibagué absolvió al señor [T.G.M.] por atipicidad de la conducta imputada a los procesados, pues textualmente el juez penal afirmó que “ni siquiera se pudo demostrar por parte de la Fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaron claramente al delito de rebelión”. El Tribunal debió cuestionarse sobre la posible atipicidad de la conducta de rebelión y, a partir de ello, considerar si era factible o no examinar la responsabilidad estatal bajo el régimen objetivo —como lo autoriza la Corte Constitucional—. Pero en la providencia cuestionada se pasó por alto dicha situación y, aunque se hizo referencia a la sentencia SU-072 de 2018, descartó de plano que lo concluido por el juez penal encajara en las hipótesis de inexistencia del hecho o atipicidad de la conducta, al sostener que la absolución tuvo como fundamento la imposibilidad de demostrar la materialidad y responsabilidad de los procesados en el delito de rebelión. Se observa que el Tribunal Administrativo del Tolima abordó el asunto como si el mismo debiera definirse exclusivamente con base en la falla del servicio. En suma, la elección de un título de imputación exclusivo para definir la controversia no fue suficientemente motivada, circunstancia que, de cara a la incidencia que sobre ella habría tenido la decisión penal y la falta de análisis del otro régimen de responsabilidad, la convierte en arbitraria por la deficiente motivación en ese aspecto. (...) En estas circunstancias, aun cuando la medida de aseguramiento pudo estar precedida de un acertado examen de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, no se puede perder de vista que la decisión posterior consideró la atipicidad de la conducta respecto del demandante; todo ello, incluso, a pesar del acierto de la medida de aseguramiento. Por consiguiente, la privación podría tornarse injusta en virtud de decisiones posteriores a las legales, razonables y proporcionales que restringieron la libertad, razón por la cual era necesaria la valoración integral y ponderada de todas las decisiones, y no solo de la medida de aseguramiento. En el caso bajo examen, el hecho de que la medida de aseguramiento se hubiera ajustado a derecho, no podía dar lugar a omitir el análisis de la responsabilidad objetiva, pues sería tanto como petrificar el régimen de daños por privación injusta de la libertad y encasillarse en aquellos casos derivados de una falla del servicio. (...) Ciertamente, [las autoridades judiciales accionadas] (...) no tuvieron en cuenta la sentencia penal absolutoria, decisión que incluso fue citada por esta última autoridad judicial, que indicó

que la absolución por parte del juez penal fue por la imposibilidad de demostración por parte de la Fiscalía de la materialidad y responsabilidad de los procesados en el delito de rebelión, sin realizar un análisis detallado y puntual sobre las consideraciones que estaban contenidas en la providencia absolutoria, y que daban cuenta de que la absolución se dio por atipicidad de la conducta del señor [T.G.M.]. En el asunto analizado, hacer referencia a la decisión absolutoria penal, en desconexión de las particularidades del caso, y no examinar en detalle su contenido, constituiría también un defecto fáctico, que indefectiblemente desemboca en el desconocimiento del precedente, porque, como consecuencia de ello, bien podría surgir la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad objetivo, de conformidad con la sentencia SU-072 de 2018. Como corolario, conviene anotar que el juez no debe descartar de plano el régimen objetivo, por el simple hecho de considerar que la absolución se dio porque no se logró demostrar la materialidad y responsabilidad en el delito de rebelión, sin tener en cuenta las consideraciones contenidas en la decisión penal absolutoria, como ocurrió en este caso. Entonces, al haberse demostrado el desconocimiento del precedente alegado —y, de paso, un defecto fáctico—, se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la parte accionante”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 06 de mayo de 2024, C.P. María Adriana Marín, radicación 11001-03-15-000-2023-05020-01 \(AC\).](#)

# ACCIONES POPULARES

## 1. Deficiencias en el servicio de alcantarillado que se presta en la Vereda El Laurel del municipio de Quimbaya, Quindío, vulneran derechos colectivos

**Síntesis del caso:** Desde el año 2004, la comunidad que habita en la Vereda el Laurel del municipio de Quimbaya carece de un sistema adecuado de acueducto y alcantarillado, configurándose una evidente amenaza para la salud de sus habitantes por la falta de acceso al agua potable y por el mal manejo de las aguas residuales, que ocasionan inundaciones y olores desagradables.

**MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ALCANTARILLADO / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO / COMPETENCIA DEL MUNICIPIO / FACULTADES DEL MUNICIPIO**

**Problema jurídico 1:** ¿[L]a empresa de servicios públicos EPQ vulneró los derechos colectivos invocados por la accionante, por la ausencia de prestación del servicio de alcantarillado en el área rural del Municipio de Quimbaya, específicamente en la Vereda El Laurel?

**Tesis 1:** [E]s claro que a la EPQ no puede atribuirse vulneración alguna, toda vez que no existe un deber a su cargo en la prestación del servicio público de alcantarillado en la Vereda El Laurel del Municipio de Quimbaya – Quindío y por ende no estaba obligada a proporcionar la infraestructura necesaria para extender el alcantarillado a esa vereda, ni mucho menos tenía facultades para cobrar una tarifa por esas obras, como lo indicó el Tribunal en la sentencia que se recurre. (...) siendo que EPQ es un prestador de servicios públicos domiciliarios, no obstante que su capital es ciento por ciento (100%) del Estado, no podría ser obligada por el juez a extender redes o a intervenir en un perímetro en el que no propuso la prestación del alcantarillado, y su participación tendría que ser concebida en el marco de las reglas ya descritas de la libertad económica y el logro de los fines esenciales del Estado colombiano, pues fue así como se concibió desde la Carta de 1991. Si ello es así, sobre la zona objeto de controversia, esto es, la Vereda El Laurel del Municipio de Quimbaya, la misma EPQ u otra persona jurídica interesada, podría prestar el servicio de alcantarillado en los términos que prevé el orden jurídico, para lo cual debe tener en cuenta que su participación requiere eficiencia económica y suficiencia financiera. Ahora, y como quiera que en el sector en controversia no hay prestador y que corresponde al municipio garantizar la prestación, la participación de EPQ quedaría enmarcada para el caso en lo previsto en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994, (...) En esa medida, la Sala es del criterio que la anotada empresa de servicios públicos no es responsable de la vulneración de los derechos colectivos en el presente asunto, ni podía impartírsele órdenes para la superación de esa circunstancia.

**MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / FACULTADES DEL DEPARTAMENTO / SISTEMA DE INVERSIONES EN AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO / CUBRIMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE AGUA POTABLE / SUMINISTRO DE AGUA POTABLE / SERVICIO PÚBLICO DE SANEAMIENTO BÁSICO / MANEJO DE AGUA RESIDUAL / CONSTRUCCIÓN DE RED DE ALCANTARILLADO / PRESTACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ALCANTARILLADO / RED DE ALCANTARILLADO**

**Problema jurídico 2:** ¿[E]l Departamento del Quindío vulneró los derechos colectivos invocados por la parte actora por las deficiencias del servicio de alcantarillado que se presentan en el área rural del Municipio de Quimbaya, específicamente en la Vereda El Laurel?

**Tesis 2:** [S]e advierte que el Departamento del Quindío no es responsable por la vulneración de los derechos

colectivos en el asunto de la referencia, en la medida en que, como se vio, en la Vereda El Laurel del Departamento del Quindío no existe prestador del servicio de alcantarillado y por ende será a través de los mecanismos de participación en ese mercado que una empresa privada, EPQ o el mismo Municipio de Quimbaya acometan la actividad de acuerdo a los lineamientos ya expuestos. (...) No obstante, la Sala considera que, en virtud de los principios de coordinación y complementariedad, el Departamento del Quindío sí debe ser vinculado como parte de la solución a la problemática que ocupa la atención de la Sala y, por consiguiente, en el marco de sus competencias, dicho ente debe concurrir en la implementación definitiva para solventar la problemática del presente asunto.

### **MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / INADECUADO MANEJO DE AGUA RESIDUAL / CONTAMINACIÓN POR OLORES / MALOS OLORES / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / FACULTADES DEL MUNICIPIO / OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO**

**Problema jurídico 3:** *¿El Municipio de Quimbaya tiene asignadas competencias en relación con las medidas para mejorar las deficiencias del sistema de alcantarillado que se presta en la Vereda el Laurel?*

**Tesis 3:** [E]l artículo 365 de la Carta Fundamental, la prestación de los servicios públicos es un asunto inherente a la finalidad social del Estado, a quien le corresponde en todo caso su regulación, control y vigilancia, además de asegurar que su ejecución sea eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, aun cuando se defiera su prestación a los particulares. Ahora, el artículo 311 ibidem señala que a los Municipios les corresponde la prestación de los servicios públicos que determine la Ley, construir las obras que demande el progreso local y promover el mejoramiento social de sus habitantes (...) la prestación de los servicios públicos quedó supeditada a lo que definiera el Legislador, quien, como ya quedó atrás explicado, lo llevó a cabo cuando expidió la Ley 142 de 1994, concibiendo un régimen que respondía a la línea trazada para la época dada la corriente denominada “crisis de los servicios públicos”. Particularmente, en el artículo 5º de esa norma determinó que era deber de los Municipios asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos en su territorio, ya sea a través de una empresa o directamente cuando no existan sociedades interesadas en ejercer esa actividad (...) aun cuando los Municipios no asuman la prestación directa del servicio de alcantarillado, mantienen dentro de sus deberes el de garantizar que tal actividad se efectúe de manera eficiente, esto es, asegurando: (i) universalidad en el acceso a los servicios, (ii) optimización de los niveles de consumos (iii) la ampliación de la cobertura, y (iv) evitando crear condiciones que puedan limitar o restringir la competencia en ese sector dentro del área de su jurisdicción.

### **MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ALCANTARILLADO / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO / COMPETENCIA DEL MUNICIPIO / FACULTADES DEL MUNICIPIO**

**Problema jurídico 4:** *[¿El Municipio de Quimbaya vulneró los derechos colectivos invocados por la accionante, por la ausencia de prestación del servicio de alcantarillado en su área rural, específicamente en la Vereda El Laurel?]*

**Tesis 4:** “Uno de los pilares fundamentales perseguidos por el Constituyente de 1991 fue el de asegurar que la adopción del Estado Social de Derecho consiguiera la prevalencia del interés general (...) Dentro de la estructura de la Carta Fundamental los servicios públicos han sido concebidos como actividades indispensables para alcanzar las finalidades propuestas en el mencionado precepto, pues expresamente han sido plasmados como inherentes a la finalidad social del Estado (...) puede ser el Estado directa o indirectamente, las comunidades organizadas o incluso los particulares, lo cual sin duda responde a la asimilación en el entorno nacional de la “crisis de los servicios públicos”, en cuanto que permite que personas privadas participen en dicha gestión o que los entes públicos se comporten como particulares y participen en el mercado en búsqueda de suficiencia económica. (...) el hecho de que el artículo 365 Superior prevea que la regulación, control y vigilancia se encuentra a cargo del Estado se vislumbra como una clara fórmula de intervención en la economía, (...) toda la actividad relacionada con la prestación de servicios públicos en Colombia hace parte de la esencia misma del Estado Social de Derecho, cuestión que no se desvanece por el hecho de que los particulares los presten, que el Estado los intervenga o que sea un ente público el que participe en ese mercado. Dicho de otra forma, las finalidades públicas o sociales que se buscaron desde un primer momento en la Carta Política con la introducción de los servicios públicos como una actividad que hiciera parte de los propósitos sociales del Estado, no se desdibuja por el papel de este o de los privados, pues el fin último de la garantía del bien común trasciende

el aspecto orgánico de los servicios públicos, teniendo siempre como límite la libertad económica. Así, cuando una empresa, sea esta pública o privada, entra en el mercado de la prestación de servicios públicos domiciliarios, lo hace buscando, por supuesto, eficiencia económica, y de acuerdo a ello resuelve invertir o no; todo lo cual debe acompañarse con las reglas de definición del régimen tarifario cuyos criterios orientadores son la eficiencia económica, suficiencia financiera, neutralidad, redistribución, simplicidad y transparencia, cada uno de los cuales son definidos en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, con la idea de que la participación de estos se propicie en los términos que el mercado ofrece”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de mayo de 2024, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 63001-23-33-000-2020-00407-01\(AP\).](#)

## **Salvamento parcial y aclaración de voto del consejero Germán Eduardo Osorio Cifuentes**

### **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / ACCIÓN POPULAR / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / FACULTADES DEL DEPARTAMENTO / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS**

**Problema jurídico 1:** *¿El Departamento del Quindío ostenta responsabilidad en la vulneración de derechos colectivos?*

**Tesis 1:** El Despacho no comparte la decisión contenida en el ordinal primero, de excluir de responsabilidad al departamento del Quindío, por cuanto dicha entidad territorial, en el transcurso del proceso no demostró el ejercicio diligente de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias, lo que significa que también es responsable, a título de omisión, de la amenaza y transgresión de los derechos colectivos (...). Esto significa que el juez de la acción popular no solo imparte órdenes de amparo a las entidades o particulares que adelantaron materialmente una conducta que transgrede o amenaza los derechos colectivos, sino que también responsabiliza a quienes actuaron de forma insuficiente, negligente o tardía en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones legales. Como sustento de lo anterior, esta Sección se abstuvo de eximir de responsabilidad a los departamentos que formularon reparos similares a los estudiados en este caso, porque esas entidades no demostraron un actuar diligente en el cumplimiento de las funciones complementarias, subsidiarias y concurrentes que desempeñan en materia de servicios públicos domiciliarios. En el proceso de la referencia, se reconoció que el departamento del Quindío, además de complementar y perfeccionar la labor del municipio de Quimbaya en materia de servicios públicos domiciliarios, desempeña un rol principal en la financiación de las obras necesarias para el restablecimiento de los derechos colectivos amparados, como gestor del PDA. (...) De manera que, no era procedente acceder al planteamiento del departamento asociado a su falta de responsabilidad, teniendo en cuenta que se enlistaron los deberes legales, cuyo ejercicio eficiente no se demostró en el proceso. (...) se evidencia que el departamento del Quindío no cumplió con las funciones encomendadas en el ordenamiento jurídico en materia de asistencia técnica y financiera, por cuanto no realizó todas las acciones necesarias para garantizar una solución definitiva del problema de vertimientos.

### **ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN POPULAR / SENTENCIA / CUMPLIMIENTO DE LA ACCIÓN POPULAR / COMITÉ DE VERIFICACIÓN**

**Problema jurídico 2:** *¿Empresas Públicas del Quindío S.A. debía hacer parte en el comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia?*

**Tesis 2:** Respecto del alcance de estos principios en las acciones populares, la Sección Primera explicó en la sentencia de 1° de junio de 2020 que, en virtud del principio de economía, la administración debe adoptar las medidas que le permitan ahorrar la mayor cantidad de costos en el cumplimiento de sus objetivos. Mientras que los principios de eficacia y celeridad procuran porque las entidades del Estado adelanten las gestiones pertinentes para el cumplimiento de sus fines, con diligencia y prontitud, evitando dilaciones o demoras injustificadas que afecten los derechos e intereses colectivos. A partir de lo anterior, se considera que: i) Empresas Públicas del Quindío S.A. E.S.P. no debía participar en el comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia, pues en el fallo de segunda instancia se concluyó que “[...] no es responsable de la vulneración de los derechos colectivos en el presente asunto, ni podía impartírsele órdenes para la superación de esa circunstancia [...]”. ii) era pertinente vincular a la Regional Quindío de la Defensoría del Pueblo a esta instancia de coordinación, en su condición de agente del Ministerio Público y como coadyuvante de la parte demandante.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 30 de mayo de 2024, S.V. y A.V. Germán Eduardo Osorio Cifuentes, radicación: 63001-23-33-000-2020-00407-01\(AP\).](#)

## **2. Se ordena la adopción de medidas por la contaminación por residuos sólidos, presencia de animales muertos y vertimiento de aguas residuales en la “quebrada El Sillón” del municipio de Ibagué.**

*Síntesis del caso:* Varios ciudadanos ejercieron una acción popular contra el departamento del Tolima, el municipio de Ibagué, CORTOLIMA, la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado S.A E.S.P. Oficial - IBAL S.A. E.S.P. Oficial, INFIBAGUE y la Procuraduría Ambiental y Agraria del Tolima. Lo anterior, con el objeto de obtener la protección del derecho e interés colectivo al goce de un ambiente sano, debido a la contaminación que se presenta en la Quebrada El Sillón del municipio de Ibagué en la zona del sector calle 34 en límites con el barrio Primero de Mayo y con calle 36, ocasionando olores ofensivos y proliferaciones de vectores, afectando la salud y bienestar en los habitantes de la zona.

RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / APELACIÓN EN ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / DERECHO AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO / DERECHO AL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y AL DESARROLLO SOSTENIBLE / DERECHO A LA SALUBRIDAD PÚBLICA / APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES RENOVABLES / SISTEMA NACIONAL AMBIENTAL / COMPETENCIA DEL MUNICIPIO / COMPETENCIA DEL DEPARTAMENTO / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / INFRAESTRUCTURA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS / DERECHO AL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / SERVICIO PÚBLICO DE SANEAMIENTO BÁSICO / AGUA POTABLE / ASENTAMIENTO HUMANO EN ZONA DE ALTO RIESGO / CAUCE / OCUPACIÓN DE CAUCE SIN PERMISO / RONDAS HÍDRICAS / LIMPIEZA DE QUEBRADA / RECURSO ACUÍFERO / PROTECCIÓN DEL RECURSO ACUÍFERO / PRINCIPIO DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE CONCURRENCIA / COORDINACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL AMBIENTAL / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / PRINCIPIO DE LA COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA / PRINCIPIO DE COLABORACIÓN / EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO / EMPRESA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO

*Problema jurídico 1:* ¿Hay lugar a confirmar la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las pretensiones del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos 73001-23-33-000-2016-00558-01, con ocasión de la contaminación y el vertimiento de aguas residuales en la quebrada El Sillón del municipio de Ibagué, y que ordenó al municipio, a la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado de Ibagué S.A. E.S.P. y Cortolima, realizar un informe orientado a formular un programa de recuperación de la quebrada su ecosistema acuífero?

Tesis 1: “La Sala observa que del argumento expuesto por la Corporación Autónoma Regional del Tolima -CORTOLIMA se infiere que, a juicio de la entidad, son otras entidades territoriales a quienes les compete ejecutar la “[...] planificación de actividades participativas representadas en jornadas de capacitación comunitaria con acciones que conlleven a la modificación de hábitos de consumo, reutilización de elementos, al igual que la adecuada separación de residuos sólidos domiciliarios [...]” impuesta por el Tribunal. (...) Respecto de la orden para que “[...] dentro de los tres (03) meses siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, realicen en forma conjunta un informe previas las correspondientes inspecciones técnicas con el fin de formular un programa de recuperación de la Quebrada El Sillón y su ecosistema acuífero durante todo su recorrido a cielo abierto, en el que se establezca las actividades, responsables, fecha cierta de culminación de cada actividad, presupuesto o financiación, periodo dentro del cual deberán efectuarse las gestiones administrativas, presupuestales y financieras para la ejecución del programa. El desarrollo y/o ejecución no puede superar el plazo de doce (12) meses contados desde que se venza el

plazo para la elaboración de este documento [...]", la Sala señala que, en virtud de lo establecido en los numerales 4.º, 7.º, y 20.º del artículo 31 de la Ley 99, son las Corporaciones Autónomas Regionales competentes para: Coordinar el proceso de preparación de los planes, programas y proyectos de desarrollo medioambiental que deban formular los diferentes organismos y entidades integradas del Sistema Nacional Ambiental (SINA). Promover y realizar conjuntamente con los organismos nacionales adscritos y vinculados al Ministerio del Medio Ambiente, y con las entidades de apoyo técnico y científico del Sistema Nacional Ambiental (SINA), estudios e investigaciones en materia de medio ambiente y recursos naturales renovables. Ejecutar, administrar, operar y mantener en coordinación con las entidades territoriales, proyectos, programas de desarrollo sostenible y obras de infraestructura cuya realización sea necesaria para la defensa y protección o para la descontaminación o recuperación del medio ambiente y los recursos naturales renovables. Asimismo, como se indicó en el marco normativo y desarrollo jurisprudencial sobre la competencia de las corporaciones autónomas regionales en materia de servicios públicos domiciliarios, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 16 de mayo de 2019 concluyó que, si bien, las corporaciones autónomas regionales no son entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios y por ende no son competentes para ello, sí tienen competencia para la ejecución de obras que permitan garantizar el saneamiento ambiental, lo cual, de forma razonable, comprende la realización de diseños y estudios para la construcción de la infraestructura necesaria para garantizar principalmente el saneamiento ambiental, lo cual puede generar un impacto positivo en la prestación de servicios públicos. (...) [L]a Sala considera que el cumplimiento de las órdenes impartidas en el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida, en primera instancia, por el Tribunal, debe realizarse en el marco de las competencias constitucionales, legales y reglamentarias de cada entidad y conforme con los principios de coordinación, concurrencia, subsidiariedad, complementariedad y armonía entre las diversas autoridades. Se trata de una orden relevante en la medida en que, producto de la inspección técnica orientada a la formulación del programa de recuperación de la Quebrada El Sillón y su ecosistema acuífero, durante todo su recorrido a cielo abierto, supone una medida previa, concomitante y relevante para el cumplimiento de las demás órdenes impartidas en la sentencia. (...) [L]a Sala considera que la Corporación Autónoma Regional del Tolima -CORTOLIMA es competente para realizar, junto al Municipio de Ibagué y la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado de Ibagué S.A. E.S.P. las inspecciones técnicas, los informes y la formulación del programa de recuperación de la quebrada El Sillón, conforme lo ordenado en el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en primera instancia."

**ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / DERECHO AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO / DERECHO AL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y AL DESARROLLO SOSTENIBLE / DERECHO A LA SALUBRIDAD PÚBLICA / APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES RENOVABLES / SISTEMA NACIONAL AMBIENTAL / COMPETENCIA DEL MUNICIPIO / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA / COMPETENCIA DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA / PARTICIPACIÓN COMUNITARIA / CONSUMO / RECICLAJE / LIMPIEZA DE QUEBRADA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR CONTAMINACIÓN DE QUEBRADA / RESIDUOS SÓLIDOS / PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES**

*Problema jurídico 2: ¿Hay lugar a confirmar la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las pretensiones del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos 73001-23-33-000-2016-00558-01, con ocasión de la contaminación y el vertimiento de aguas residuales en la quebrada El Sillón del municipio de Ibagué, y que ordenó al municipio y a Cortolima, planificar y coordinar actividades correspondientes a jornadas de capacitación comunitaria?*

**Tesis 2:** "[R]especto de la orden: "[...] en un plazo de un (01) mes planifiquen y coordinen actividades correspondientes a jornadas de capacitación comunitaria como acciones que propendan a la modificación de hábitos de consumo, reutilización de elementos, adecuada separación de la fuente, almacenamiento y presentación de residuos sólidos domiciliarios para la recolección de estos, que son generados por las viviendas aledañas al recorrido de la Quebrada El Sillón durante todo su recorrido a cielo abierto. [...]", la Sala considera que, en virtud de lo establecido en los numerales 3º y 24º del artículo 31 de la Ley 99, son las Corporaciones Autónomas Regionales competentes para: Promover y desarrollar la participación comunitaria en programas de protección ambiental, de desarrollo sostenible y de manejo adecuado de los recursos naturales renovables. Prestar asistencia técnica a entidades públicas y privadas y a los particulares, acerca del adecuado manejo de los recursos naturales renovables y la preservación del medio ambiente, en la forma que lo establezcan los reglamentos y de acuerdo con los lineamientos

fijados por el Ministerio del Medio Ambiente. Por lo anterior, la sala considera que la Corporación Autónoma Regional del Tolima -CORTOLIMA es competente para realizar, junto al Municipio de Ibagué, la planificación y coordinación de las jornadas de capacitación comunitarias con el objeto de que la comunidad que reside en las zonas aledañas al recorrido de la Quebrada El Sillón, durante todo su recorrido a cielo abierto, lleven a cabo acciones que propendan a la modificación de hábitos de consumo, reutilización de elementos, adecuada separación de la fuente, almacenamiento y presentación de residuos sólidos domiciliarios para la recolección de estos. Medida ordenada en el numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 9 de mayo de 2024, C.P.: Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 73001-23-33-000-2016-00558-01 \(AP\).](#)

# SALA PLENA DEL CONTENCIOSO



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

## SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

### **1. El representante a la Cámara Daniel Carvalho Mejía no incurrió en violación al régimen de conflicto de intereses al haber participado en el trámite del Acto Legislativo núm. 002 de 2022, relacionado con la regularización del uso del cannabis por parte de mayores de edad.**

*Síntesis del caso:* La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a través de la Sala Especial de Decisión No. 16, resolvió en primera instancia la demanda de pérdida de investidura en contra del representante a la Cámara Daniel Carvalho Mejía, por una presunta violación del régimen de conflicto de intereses.

**PÉRDIDA DE INVESTIDURA / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CONFLICTO DE INTERESES DEL CONGRESISTA / VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES**

*Problema jurídico:* ¿El representante a la Cámara Daniel Carvalho Mejía incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política, en la modalidad de violación al régimen de conflicto de intereses, por no haberse declarado impedido en el trámite del proyecto de Acto Legislativo 02 de 2022 a pesar de que, según él mismo afirmó, es consumidor regular de cannabis?

**Tesis:** “[C]on fundamento en las pruebas aportadas al proceso, es claro que, en el marco de sus funciones como congresista, el señor Carvalho Mejía sí participó activamente en el trámite del proyecto de acto legislativo 02 de 2022, no solo interviniendo en los debates, sino votando cuando así se le exigía. Al respecto, lo primero que debe precisarse es que el hecho de que ello haya ocurrido en el marco de una reforma constitucional no enerva automáticamente la causal alegada, como pareciera afirmar la defensa del congresista. (...) [A]unque está probado que el señor Carvalho Mejía afirmó ser consumidor de cannabis, la Sala estima que esa práctica no demuestra per se que existiera un conflicto entre su interés personal y el interés público que debe guiar el ejercicio de la función congresual, al momento de participar del trámite y votación de la citada reforma constitucional, pues lo cierto es que lo que se proponía en el acto legislativo no le reportaba beneficio alguno. En efecto, en el caso concreto ese beneficio, provecho o utilidad que exige la causal de desinvestidura alegada no está acreditado, ya que, contrario a lo sostenido por la parte actora, la reforma constitucional no avalaba ni despenalizaba la práctica ejercida por el señor Carvalho Mejía, sino que, como se indicó en la exposición de motivos, ella tenía por objeto reglamentar —que no legalizar— el uso de cannabis adulto. (...) [E]s claro que no puede afirmarse válidamente que el señor Carvalho Mejía hubiera tenido el interés — al participar y respaldar con su voto la aprobación del proyecto de acto legislativo 02 de 2022 — de que una conducta que él personalmente practica fuera despenalizada o desprovista de sanciones, pues tales sanciones en materia de dosis personal son actualmente inexistentes y, en consecuencia, la aprobación de dicha reforma no reportaría beneficio particular alguno para el congresista acusado. (...) [E]l hecho de que el parlamentario tenga una posición personal frente al tema que fue objeto de debate en la reforma constitucional — posición que, como la de todos, obedece a sus íntimas convicciones, vivencias y experiencias personales sobre la materia —, no puede configurar la causal de pérdida de investidura alegada, en tanto la alegada “falta de objetividad” que denunció el señor Moreno Hernández resultaría entonces predicable de todos los congresistas que actúan según su entendimiento personal de los asuntos que se debaten en el seno del órgano legislativo y de

conformidad con su agenda política. Por todo lo anterior, es claro que en este caso no se demostró la existencia de un interés particular, actual, directo y real que ameritara que el señor Carvalho Mejía se apartara del trámite de aprobación del proyecto del acto legislativo 02 de 2022 y que pudiera dar lugar a entender que existió una violación del régimen de conflicto de intereses previsto para los congresistas.”

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2012; Corte Constitucional. Sentencia C – 302 de 2021; Consejo de Estado. Sentencia del 23 de marzo de 2010, radicado 11001-03-15-000-2009-00198-00; Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 19 de marzo de 1996, radicación 11-CE-SP-EXP1996-NAC3300; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de febrero de 2019, radicación 11001-03-15-000-2015-00546-00; Consejo de Estado. Sala Especial de Decisión N° 16, sentencia del 6 de junio de 2017, radicación 11001-03-15-000-2016-02279-00; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 22 de junio de 2022, radicación 11001-03-15-000-2015-02568-00.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre el régimen del conflicto de intereses en el trámite de los actos legislativos, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2012. Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 2021.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre el consumo de la dosis personal de cannabis en personas adultas, ver: Corte Constitucional. Sentencias C-221 de 1994, Sentencia C – 404 de 2022. Sentencia C – 127 de 2023.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No. 16; Sentencia del 9 de mayo de 2024; C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2023-02956-00\(PI\).](#)

## **2. El juez de la acción de grupo deberá inhibirse para resolver de fondo el asunto siempre que se pretenda la devolución de un impuesto cobrado, aun cuando se alegue la configuración de un daño antijurídico.**

**Síntesis del caso:** *La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a través de la Sala Séptima Especial de Decisión, en el marco de una revisión eventual de acción de grupo, precisó la regla de unificación jurisprudencial según la cual este mecanismo no es procedente para reclamar la devolución del pago de tributos decretados en actos administrativos que posteriormente son declarados nulos, en el sentido de eliminar de ella la posibilidad excepcional de desconocimiento cuando se alegue la configuración de un daño antijurídico y disponer, en consecuencia, que el juez debe inhibirse para hacer un pronunciamiento de fondo.*

**REVISIÓN EVENTUAL DE LA ACCIÓN DE GRUPO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE GRUPO / OBJETO DE LA ACCIÓN DE GRUPO / NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE GRUPO / ESTAMPILLA / DEVOLUCIÓN DEL PAGO DEL TRIBUTO**

**Problema jurídico:** *¿La acción de grupo es procedente para reclamar la devolución de tributos pagados cuando la norma que los fundamenta se anula con posterioridad?*

**Tesis:** “Tratándose del pago de tributos cuyo fundamento normativo se estima inconstitucional o ilegal, resulta necesario determinar cuál es la forma como los contribuyentes deben solicitar del Estado la indemnización de los perjuicios sufridos por el pago del tributo no debido. (...) Esta Sala comparte enteramente las consideraciones y la posición jurisprudencial adoptada en la sentencia del 1° de octubre de 2019 proferida por la Sala Diecinueve Especial de Decisión. Está de acuerdo en que cuando se quiera acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para solicitar la devolución de tributos por el pago de lo no debido o por haberse pagado en exceso, es necesario que el interesado haya agotado los procedimientos previos establecidos en la ley. En estos eventos, el medio de control adecuado será el de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, no comparte la consideración adoptada en dicha sentencia y en la del 4 de diciembre de 2018 proferida por la Sala Especial Cuarta de Decisión respecto de la procedencia excepcional de la acción de grupo sujeta a la demostración de la existencia de un “daño antijurídico”, la cual se vincula a la consideración de que el pago de un tributo se transforma en daño antijurídico cuando la jurisdicción anula el acto administrativo que lo decreta. La consideración relativa a que el daño generado con el pago de un tributo deviene antijurídico cuando se produce la anulación del

acto administrativo que lo decreta no es pertinente para fundamentar la regla de unificación: esa noción es apropiada para determinar cuándo un daño es “causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, en los términos del artículo 90 de la CP, y se desarrolla considerando que, independientemente de la legalidad o la ilegalidad de la actuación del Estado, este debe responder por los daños que sufran los particulares cuando correspondan a una carga particular y grave que no deben soportar en su patrimonio. En este caso, por el contrario, la reparación está condicionada —se itera— a la declaración de ilegalidad del acto administrativo en la que se haya resuelto sobre el derecho del particular. Si en la regla de unificación se incluye la posibilidad de considerar que esta reclamación es procedente mediante la acción de reparación directa siempre que se acredite la existencia de un daño antijurídico, ello permite concluir que tal acción es procedente en todos los casos en los que se demuestre que el acto fue anulado y, por lo tanto, el daño recibido por el particular devino antijurídico. Permite concluir, además, que la reclamación puede hacerse por esta vía, sin necesidad de que se agote un procedimiento previo, se expida un acto administrativo en el que se resuelva la petición y se establezca si la decisión adoptada en el mismo se ajusta a la ley. Esta Sala considera, por el contrario, que la única acción procedente para reclamar perjuicios derivados del pago de un tributo cuando el acto administrativo que lo decreta ha sido declarado nulo, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo cual no es procedente, en ningún caso, acudir a la acción de grupo para formularla. Esta posición jurisprudencial se adopta con base en las consideraciones que adelante se exponen respecto de: (i) el privilegio de decisión previa de la Administración; y (ii) la naturaleza especial de las acciones judiciales. Y se estima que esta precisión es necesaria para darle claridad a la regla, excluyendo de ella la referencia a situaciones excepcionales que terminan abriendo la posibilidad de que se desconozca precisamente lo que en ella se establece. (...) En virtud de lo anterior, resulta claro que la acción de grupo no es procedente para reclamar perjuicios en el caso descrito anteriormente, en la medida en que, de conformidad con las normas que regulan la solicitud de devolución en materia tributaria (artículos 850 del Estatuto Tributario y 59 de la Ley 788 de 2002), los artículos 85 y 86 del CCA (hoy 138 y 140 del CPACA) y el principio del privilegio de la decisión previa de la Administración, los contribuyentes deben acudir al trámite administrativo para provocar un pronunciamiento de la Administración respecto de su situación concreta y particular. Una vez obtenido dicho pronunciamiento, en caso de que su solicitud fuera resuelta de manera negativa, deben demandar el respectivo acto administrativo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.”

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la procedencia de la acción de grupo para reclamar la devolución del pago de tributos decretados en actos administrativos que posteriormente son nulos, ver: Consejo de Estado. Sentencias de unificación del 4 de diciembre de 2018 proferida por la Sala Cuarta Especial de Decisión y del 1° de octubre de 2019 proferida por la Sala Diecinueve Especial de Decisión.

## **REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE GRUPO / PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD / DEVOLUCIÓN DEL PAGO DEL TRIBUTO / ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**Problema jurídico:** *¿El juez de la acción de grupo deberá inhibirse para resolver de fondo el asunto siempre que se pretenda la devolución de un impuesto cobrado, aun cuando se alegue la configuración de un daño antijurídico?*

**Tesis:** “La formulación de una regla jurisprudencial impone la aplicación del principio de universalidad en el sentido de que, cuando se enuncia, se contrae el compromiso de decidir los casos futuros de la misma manera. Lo anterior implica abandonar la reserva de adoptar decisiones posteriores de manera distinta o de dejar a salvo la posibilidad de no aplicarla cuando se presenten circunstancias excepcionales que no se precisan al enunciar la regla. La regla jurisprudencial se enuncia para aplicarla en todos los casos en los que se resuelvan conflictos similares, sin que sea necesario advertir que no es aplicable para hipótesis que no estén comprendidas en ella. Las reservas genéricas terminan dejando sin efecto el mandato que contiene la regla: en vez de establecer que determinada consecuencia de derecho es aplicable a todos los casos similares o a todos los casos que se incluyen en la hipótesis, establecen —en realidad— que en cada caso será el juez el que decidirá (sin estar atado a ningún criterio), de qué modo deber procederse. Afirmar que la devolución de un impuesto cobrado —cuando la norma que lo sustenta ha sido declarada ilegal— debe reclamarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento en la que se controvierta la decisión de no restituir lo pagado y luego indicar que, de todos modos, debe estudiarse la posibilidad de ordenar la restitución cuando se concluya que se ha causado un daño antijurídico, implica contradecir la misma regla y la premisa esencial que se tiene en cuenta para formularla. Por tal razón, la precisión de la regla implica eliminar de ella esta posibilidad excepcional de desconocimiento, establecer que la acción de grupo es improcedente para formular este tipo de reclamaciones y disponer, en consecuencia, que el juez debe inhibirse de hacer un pronunciamiento de fondo sobre ellas.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima Especial de Decisión; Sentencia del 8 de mayo de 2024; C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 08001-23-31-000-2010-00291-01\(REAG\).](#)

# SECCIÓN PRIMERA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. En las entidades territoriales, las respectivas asambleas departamentales y concejos municipales sí pueden autorizar el uso, tanto de vigencias futuras ordinarias, como de las vigencias futuras excepcionales.

*Síntesis del caso:* En ejercicio de la acción de nulidad se presentó demanda para obtener la nulidad de la Circular Conjunta Externa de 8 de septiembre de 2010, expedida por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República y el Auditor General de la República., cuyo asunto es Vigencias Futuras.

ACCIÓN DE NULIDAD / SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA / VIGENCIA FUTURA ORDINARIA / VIGENCIA FUTURA EXCEPCIONAL / ENTIDAD TERRITORIAL / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL / CONCEJO MUNICIPAL / CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA FISCAL / DERECHO A LA IGUALDAD / NACIÓN / CIRCULAR / MINISTERIO DE HACIENDA / PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / VIOLACIÓN DE LA LEY / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

*Problema jurídico:* Analizar si la Circular Conjunta Externa, al señalar que las vigencias futuras no pueden ser autorizadas por las normas y estatutos orgánicos de las entidades territoriales, viola el principio de legalidad y desconoce de manera flagrante la normatividad presupuestal, prevista en el Decreto 111 y en la Ley 819, toda vez que dicha normativa faculta a las entidades territoriales para comprometer vigencias futuras ordinarias y extraordinarias.

**Tesis:** [L]as entidades territoriales, las vigencias futuras ordinarias sí pueden ser autorizadas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, previa aprobación por el CONFIS territorial o el órgano que haga sus veces, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 819, para lo cual deben cumplir con los requisitos previstos en dicha norma, con la precisión de que queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura en el último año de gobierno del respectivo alcalde o gobernador, excepto la celebración de operaciones conexas de crédito público. Asimismo, es perfectamente procedente, conforme a la normativa constitucional y legal que regula la materia, en particular los artículos 352 de la Constitución Política y 104 y 109 del Decreto 111, contenido del Estatuto Orgánico del Presupuesto, en concordancia con la Ley 819, que las entidades territoriales ajusten sus normas orgánicas e incluyan en ellas, la facultad de acordar vigencias futuras excepcionales, en sus respectivos ámbitos locales, en primer lugar, en reconocimiento de la autonomía que la Constitución Política les concede, que les permite adaptar tales normas en sus estatutos orgánicos del presupuesto en tanto que se ajusten a la organización, normas constitucionales y condiciones de las entidades territoriales; y, en segundo lugar, como garantía del derecho de igualdad de aquellas frente a la Nación en esta materia, al existir elementos de coincidencia en aspectos relevantes como la planificación, la estructuración del presupuesto y la disciplina fiscal, con la advertencia de que para hacer uso de dichas vigencias futuras excepcionales, se deben cumplir requisitos semejantes a los establecidos en el caso de la Nación en la Ley 819 de 2003, que adaptados a las condiciones de las entidades territoriales, se concretan en los siguientes: (i) las vigencias futuras excepcionales solo podrán ser autorizadas para los precisos asuntos señalados en las normas orgánicas del Presupuesto General de la Nación y de la respectiva entidad territorial, los que guardarán relación con proyectos estratégicos indicados expresamente en el Plan de Inversiones del Plan de Desarrollo; (ii) la autorización de las vigencias debe provenir de la asamblea o concejo respectivo y contar con la aprobación previa del órgano de política fiscal del nivel territorial; (iii) el monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deberán consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 5º de dicha ley; y (iv) cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación. Cabe resaltar que en el marco de la disciplina fiscal, que impone la Ley 819, la autorización de las vigencias solo podrá otorgarse si sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por dicha modalidad y sus costos futuros de mantenimiento y/o administración no se excede la capacidad de endeudamiento de la entidad territorial. De allí que, en el caso sub lite, cuando el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República y el Auditor General de la República, señalaron que las vigencias futuras no podían ser autorizadas por las normas y estatutos orgánicos de las entidades territoriales, a través de la Circular Conjunta Externa de 8 de septiembre de 2010, acusada,

desconocieron la normativa constitucional y legal, que regula la materia presupuestal, vigente a la fecha de expedición del acto acusado, analizada en la sentencia prohijada, de la cual se establece que tanto las vigencias futuras ordinarias, como las futuras extraordinarias sí pueden ser autorizadas en las entidades territoriales, por las respectivas asambleas departamentales y concejos municipales, con las precisiones indicadas en dicho pronunciamiento. Por ende, también desconocieron el principio de legalidad, al cual deben estar sujetas todas las autoridades del Estado. [...] En consecuencia, habrá de declararse la nulidad de la Circular Conjunta Externa de 8 de septiembre de 2010, expedida por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República y el Auditor General de la República, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 9 de mayo de 2024; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2010-00558-00.](#)

### **Salvamento de voto del consejero doctor Germán Eduardo Osorio Cifuentes**

#### **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / CIRCULAR / PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / NACIÓN / ENTIDAD TERRITORIAL / VIGENCIA FUTURA EXCEPCIONAL / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / VIGENCIA FUTURA ORDINARIA / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

*Problema jurídico: Analizar si la Circular Conjunta Externa, al señalar que las vigencias futuras no pueden ser autorizadas por las normas y estatutos orgánicos de las entidades territoriales, viola el principio de legalidad y desconoce de manera flagrante la normatividad presupuestal, prevista en el Decreto 111 y en la Ley 819, toda vez que dicha normativa faculta a las entidades territoriales para comprometer vigencias futuras.*

**Tesis:** [L]a Sala declaró la nulidad de la Circular Conjunta Externa de 8 de septiembre de 2010, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República y el Auditor General de la República. A través de esta circular, se determinó que las vigencias futuras, que venían siendo solicitadas a las respectivas asambleas departamentales y concejos municipales, no tenían sustento jurídico en el artículo 1° del Decreto 3629 de 4 de noviembre de 2004 ni en la “[...] Circular 07 de 2007 proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyo alcance fue precisado en las Circulares 043 del 2008 y 05 del 2009 [...]”. La circular agregó que tampoco podían ser autorizadas en las normas y estatutos orgánicos de las entidades territoriales, de acuerdo con los artículos 345, 352 y 364 constitucionales y 10, 11 y 12 de la Ley 819 de 9 de julio de 2003 y, al constituir tales autorizaciones, operaciones de crédito, su trámite debía someterse a lo dispuesto en las leyes 358 de 30 de enero de 1997 y 819, el cual se había estado pretermitiendo. En consecuencia, se dispuso la derogatoria de las operaciones de crédito aprobadas bajo la forma de vigencias futuras y se ordenó a las contralorías departamentales y municipales vigilar el cumplimiento estricto de la directiva. En esta providencia judicial se transcribieron apartes de la sentencia de 1° de febrero de 2018, señalando que, en las entidades territoriales, las vigencias futuras ordinarias, sí podían ser autorizadas por las asambleas departamentales y los concejos municipales, a iniciativa del gobierno local, previa aprobación por el Consejo Superior de Política Fiscal territorial o el órgano que hiciera sus veces, por virtud de lo previsto en el artículo 12 de la Ley 819. Asimismo, consideró que era procedente, conforme a la normativa constitucional y legal que regulaba la materia, en particular, los artículos 352 de la Constitución Política y 104 y 109 del Decreto 111 de 15 de enero de 1996, en concordancia con la Ley 819, que las entidades territoriales ajustaran sus normas orgánicas e incluyeran en ellas, la facultad de acordar vigencias futuras excepcionales. Al respecto, este Despacho comparte el argumento de la Sala según el cual las vigencias futuras ordinarias pueden ser autorizadas por las asambleas departamentales y concejos municipales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 819 (norma vigente para la fecha de expedición del acto administrativo acusado); y se aparta de dicho fallo, por cuanto se considera que, no ocurre lo mismo con las vigencias futuras excepcionales señaladas en el artículo 11 de esa misma ley, puesto que, aun cuando dicha disposición “[...] no dispone expresamente que su marco de aplicación se restringe al orden nacional, los elementos descritos en su contenido permiten establecer que ello es así. [...]”. Si la intención del legislador era que las entidades territoriales apropiaran vigencias futuras excepcionales, así lo habría previsto expresamente en aquella disposición, como lo hizo para las vigencias futuras ordinarias. Adicionalmente, la no inclusión expresa en la Ley 819 de este tipo de vigencias -futuras excepcionales- para las entidades territoriales, produjo que, posteriormente, el artículo 1° de la Ley 1483 de 9 de diciembre de 2011, las estableciera. La circular demandada se encontraba ajustada al ordenamiento jurídico siempre que se entendiera referida, únicamente, a las vigencias futuras excepcionales y no a las vigencias futuras

ordinarias. Por lo tanto, la declaratoria de nulidad del acto acusado debió restringirse solamente a este último tipo de vigencias.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 9 de mayo de 2024; S.V. Germán Eduardo Osorio Cifuentes, radicación: 11001-03-24-000-2010-00558-00.](#)

## **2. Se declara la nulidad del acuerdo expedido por el concejo municipal de Ramiriquí, otorgando autorización al alcalde para comprometer recursos con cargo a vigencias futuras de recursos del Sistema General de Participaciones.**

*Síntesis del caso:* En ejercicio de la acción de nulidad se presentó demanda cuestionando la legalidad del Acuerdo Número 014 del 23 de agosto de 2010 "POR MEDIO DEL (sic) SE AUTORIZA AL SEÑOR ALCALDE DEL MUNICIPIO DE RAMIRIQUI PARA ADQUIRIR OBLIGACIONES FINANCIERAS Y DE LEASING Y COMPROMETER RECURSOS QUE AFECTEN LOS PRESUPUESTOS DE VIGENCIAS FUTURAS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES EN LOS SECTORES DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL, EQUIPAMIENTO MUNICIPAL E INFRAESTRUCTURA VIAL; CON EL FIN DE GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS DECLARADOS DE IMPORTANCIA ESTRATÉGICA PARA EL MUNICIPIO Y QUE SE ENCUENTRAN INCLUIDO EN EL PLAN DE DESARROLLO 2008-2011". El Tribunal Administrativo de Boyacá dictó sentencia declarando, en primera instancia, su nulidad.

**ACCIÓN DE NULIDAD / SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA / CONCEJO MUNICIPAL / COMPETENCIA DEL CONCEJO MUNICIPAL / ACUERDO DEL CONCEJO MUNICIPAL / FINANCIACIÓN DE LA ENTIDAD TERRITORIAL / PROYECTO DE INVERSIÓN / VIGENCIA FUTURA / RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES / ALCALDE MUNICIPAL / OPERACIÓN DE CRÉDITO PÚBLICO / VIGENCIA FUTURA ORDINARIA / AFECTACIÓN DE VIGENCIA FUTURA / ENTIDAD TERRITORIAL / CONTRATO DE EMPRÉSTITO / PLAN DE DESARROLLO MUNICIPAL / NEGACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

*Problema jurídico:* [E]stablecer la legalidad del Acuerdo núm. 014 del 23 de agosto de 2010 expedido por el Concejo Municipal de Ramiriquí, Boyacá y, en ese orden determinar [...] si el objeto del acto acusado versó únicamente sobre las facultades otorgadas al alcalde del ente territorial por parte del Concejo Municipal para celebrar operaciones de crédito público y no sobre la facultad para comprometer vigencias futuras como lo estimó el a quo.

**Tesis:** Para la Sala la censura alegada no tiene vocación de prosperidad, teniendo en cuenta que una lectura detenida del acto demandado le permite advertir, sin dificultad, que el Concejo Municipal de Ramiriquí le concedió al alcalde de dicha entidad territorial dos tipos de autorizaciones, por un lado, la de adquirir obligaciones financieras y de leasing, esto es, la celebración de operaciones de crédito público y la celebración de los contratos de garantía y contragarantía, incluidos los contratos de pignoración de recursos provenientes del Sistema General de Participaciones [núms. 2 y 3 del artículo primero del acuerdo núm. 14] y, por otro lado, la facultad para comprometer vigencias futuras por el término de diez años a partir del año 2011 [núm. 1 y párrafo del artículo primero y artículos segundo y tercero del acuerdo núm. 14]. En relación con este último punto, conviene destacar que en el considerando 4º del acto acusado se hizo referencia a la naturaleza jurídica de las denominadas vigencias futuras conforme a la Ley 819, al indicar que se trata de "[...] un instrumento de planeación y ejecución presupuestal que permite a las entidades estatales asumir compromisos en la vigencia actual que afectan presupuesto de vigencias posteriores [...]". En este mismo sentido, líneas más adelante se dijo que el CONFIS municipal mediante Acta núm. 003 del 8 de junio de 2010 y el Consejo de Gobierno Municipal en acta núm. 008 del 22 de junio de esa anualidad, acordaron presentar al Concejo Municipal la autorización para facultar al alcalde del ente territorial para comprometer vigencias futuras con cargo al Sistema General de Participaciones y la consecuente contratación de las operaciones de crédito público necesarias para asegurar la financiación y ejecución de los proyectos considerados como prioritarios. A continuación, se afirmó que la Oficina

Asesora de Planeación certificó que los proyectos de importancia estratégica cumplen con los requisitos para su ejecución al estar incluidos en el banco de proyectos del municipio y en el Plan de Desarrollo 2008-2011, aspectos que le permiten a la Sala inferir que, contrario a lo expresado por la parte demandada, el alcance del acto acusado no se refería únicamente a la celebración de operaciones de crédito público sino que le otorgaba autorización al alcalde municipal para comprometer recursos con cargo a vigencias futuras de recursos del Sistema General de Participaciones. Ahora bien, la Sala observa que el a quo en su decisión señaló que esta autorización no se encontraba de manera clara en la redacción del Acuerdo censurado en atención a que en el epígrafe se hace mención a la autorización que se otorga al alcalde municipal para comprometer vigencias futuras del Sistema de General de Participaciones, mientras que en el acápite resolutivo del acto no se observa de manera expresa y clara que se faculta al alcalde para tal efecto. Este aserto no es de recibo para la Sala, teniendo en cuenta que el artículo primero del acto acusado fue preciso en señalar que se autoriza “[...] al señor Alcalde municipal de Ramiriquí, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 12 de la ley 819 de 2003 y demás normas concordantes para: [...] 1. Adquirir obligaciones financieras y de leasing que afecten los presupuestos de vigencias futuras, dirigidas a asegurar la financiación y ejecución de proyectos de inversión en los sectores de vivienda de interés social, equipamiento municipal e infraestructura vial “[...]” (Se destaca). Además, el artículo cuarto ejusdem estableció con claridad que “[...] Todas las facultades y autorizaciones aquí otorgadas tienen vigencia hasta el 31 de diciembre de 2010 [...]”. Como puede apreciarse, sin dificultad, la autorización otorgada al alcalde municipal en el acto acusado estaba condicionada al cumplimiento previo de los requisitos previstos en el artículo 12 de la Ley 819, disposición normativa que, como se indicó supra, prevé las condiciones para el otorgamiento de vigencias futuras ordinarias para entidades territoriales, al tanto que estas potestades le fueron concedidas al burgomaestre de manera pro tempore, es decir, hasta el día 31 de diciembre de 2010, teniendo en cuenta que se trataba de funciones de índole presupuestal que le corresponden de manera ordinaria al Concejo Municipal. Al mismo tiempo, la autorización que se otorgó en el acápite resolutivo del acto acusado al alcalde municipal para comprometer vigencias futuras concuerda con lo consignado en el epígrafe de la decisión en el que se precisó su alcance [...] El anterior razonamiento se corrobora con la prueba documental que obra en el proceso, en particular con lo señalado en el CONFIS municipal del 8 de junio de 2010 y en el acta del Consejo de Gobierno Municipal del 22 de junio de esa anualidad, en los que se advierte que sus integrantes convinieron en la necesidad de presentar al Concejo Municipal de Ramiriquí una autorización para facultar al alcalde del ente territorial para comprometer vigencias futuras con cargo al Sistema General de Participaciones y la consecuente contratación de las operaciones de crédito público. Así mismo, con la certificación emitida por el Secretario de Hacienda del municipio que da cuenta que el ente territorial contaba dentro de la vigencia fiscal del año 2010 con la apropiación del 15% para adquirir un crédito por valor de \$3.100.000.000, en atención a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 819 -sobre vigencias futuras ordinarias para entidades territoriales-. [...] De acuerdo con las consideraciones precedentes y el texto del Acuerdo acusado, resulta incuestionable para la Sala que el Concejo Municipal de Ramiriquí autorizó al alcalde de ese municipio para apropiar vigencias futuras ordinarias de carácter territorial, las cuales se encuentran reguladas por el artículo 12 de la Ley 819 de 2003, razones suficientes para desestimar el cargo propuesto.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de abril de 2024; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 15-001-23-31-001-2010-01537-01.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Se niega el reconocimiento de la pensión por aportes a docente oficial por considerar que no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 81 en la Ley 812 de 2003, por no corresponder a la docencia los servicios prestados con anterioridad a su vigencia.

**Síntesis del caso:** *Una docente solicita la nulidad del acto ficto por el cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó el reconocimiento y pago de la pensión por aportes.*

**RÉGIMEN PENSIONAL DEL AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DOCENTE OFICIAL/RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE/ REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL/ RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL / PENSIÓN POR APORTES / REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES / IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN**

**Problema jurídico 1:** *¿Los tiempos de servicios prestados por la demandante durante los cuales efectuó cotizaciones a ISS (hoy Colpensiones), la hacen beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003?*

**Tesis 1:** [...] el legislador a través de la Ley 100 de 1993 creó «el sistema de seguridad social integral» con el fin de «[...] unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social [...]» el cual se aplicaría a «todos los habitantes del territorio nacional», con excepción de, entre otros, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, esto es los docentes oficiales. La anterior excepción se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, con la cual los maestros oficiales fueron incorporados al sistema de régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003; sin embargo, el legislador, con el fin de proteger las expectativas de quienes hasta ese momento habían prestado sus servicios al magisterio, estableció un régimen de transición, según el cual, esta reforma solo sería aplicable a quienes a partir del 26 de junio de 2003 se vincularan al servicio público educativo oficial. El anterior régimen de transición fue reiterado por el constituyente derivado, a través del Acto legislativo 1 de 2005 (...). La demandante se vinculó por primera vez como docente oficial el 22 de febrero de 2006 y aunque acreditó aportes previos a esta fecha, de acuerdo con los documentos aportados, estos no tuvieron origen en la prestación del servicio educativo. Así las cosas, la Sala considera que le asiste razón al a quo en el sentido de que no acreditó una vinculación como docente oficial anterior al 26 de junio de 2003, por cuanto, este es el único requisito establecido por el legislador para ser beneficiario de la transición de la Ley 812 y como consecuencia pretender el reconocimiento pensional bajo las disposiciones que le eran aplicables a los servidores públicos del orden nacional(...) De otra parte, el reconocimiento de la pensión por aportes también procede para los beneficiarios de la transición de la Ley 100 de 1993, esto es, para quienes, de acuerdo con el artículo 36, «al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados». Sin embargo, como lo concluyó el tribunal, la demandante tampoco era beneficiaria de este, puesto que el 1° de abril de 1994, tenía 32 años de edad y había cotizado 8 años, 11 meses y 7 días [...].

**COMPATIBILIDAD DEL SALARIO / COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / DOCENTE OFICIAL**

**Problema jurídico 2:** *¿Son compatibles el salario y la pensión de jubilación de los docentes oficiales?*

**Tesis 2:** [...] La compatibilidad entre salario y pensión de la que son beneficiarios los docentes se encuentra vigente, incluso con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, que incorporó a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por cuanto, de acuerdo con el desarrollo normativo, aquella se estableció a favor de quienes prestan sus servicios como maestros oficiales, esto es en razón a la actividad docente y no con ocasión de un régimen prestacional determinado. (...) Adicional a lo expuesto, se advierte que en los decretos [Decretos 887 de 2023 y 284 de 2024] (...) se mantiene la excepción en

relación con «las asignaciones de que trata el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992», lo que permite evidenciar la vigencia de la compatibilidad entre el salario y la pensión de quienes desarrollan una labor docente. [...]

### **PENSIÓN DE JUBILACIÓN DOCENTE / RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA / REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN/ PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL DOCENTE OFICIAL / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO/ EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN DE LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO**

*Problema jurídico 3: ¿La demandante en su condición de docente tiene derecho al reconocimiento pensional de conformidad con el régimen de prima media, previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, así como a su pago sin que sea requisito el retiro del servicio?*

**Tesis 3:** [...] Cuando [la demandante] cumplió 57 años [de acuerdo con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003] contaba con un total de 1360,79 semanas cotizadas, por lo que acreditó los requisitos previstos en el régimen de prima media para efectos del reconocimiento pensional. Ahora bien, como se explicó en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, el personal docente se encuentra exceptuado de la prohibición de devengar doble asignación del erario, en el entendido de que el reconocimiento y disfrute de la pensión no se encuentra supeditado al retiro del servicio, es decir, están habilitados para percibir la mesada pensional y continuar ejerciendo el cargo de docente hasta que llegue a la edad de retiro forzoso. En ese orden, en el caso en estudio, (...) tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión, de acuerdo con las disposiciones contenidas en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2002, a partir de la fecha en la que adquirió el estatus pensional, esto es, a partir del 15 de febrero de 2019 [fecha en la que cumplió 57 años y contaba con más de 1300 semanas cotizadas, sin que deba acreditar el retiro del servicio. [...]]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 18 de abril de 2024, C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación: 25000-23-42--000-2020 - 00549-01 \(3118-2023\)](#)

#### **Salvamento de voto del consejero de Estado César Palomino Cortés**

*Problema jurídico: ¿Los docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 y del Acto Legislativo 01 de 2005 tienen derecho a la compatibilidad entre salario y pensión?*

**Tesis:** “[...] disiento parcialmente de la posición mayoritaria de la Sala es justamente la compatibilidad entre el salario y la pensión, cuyo reconocimiento se ordena en la providencia mayoritaria para la docente que se vinculó en vigencia de la Ley 812 de 2003, quién está regida por el régimen de prima media regulado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Al respecto me remito al salvamento de voto que presenté al fallo del 6 de julio de 2023, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso 15001-23-33-000-2020-00011-01 (4469-2022). En dicha oportunidad, expuse que a partir de la lectura del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y del Acto legislativo 01 de 2005, se concluye que los docentes vinculados al servicio público educativo oficial después de la referida ley no tienen derecho a la compatibilidad entre salario y pensión, porque cuando el citado artículo 81 de la Ley 812 de 2003 remite al régimen pensional de prima media la pensión debe ser efectiva desde el retiro del servicio, pues se establece que la única excepción es la edad para pensionarse que se fija en 57 años para hombres y mujeres. Como corolario de lo expuesto, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incorporó los docentes al régimen pensional de prima media, por ello, las normas del magisterio anteriores, como el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 que preveían la compatibilidad entre salario y pensión para los docentes, ya no son aplicables a los vinculados en vigencia de la Ley 812 de 2003, previsión que se elevó al rango constitucional con el Acto legislativo 01 de 2005. [...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 18 de abril de 2024, S.V. César Palomino Cortés, radicación: 25000-23-42-000-2020-00549-01 \(3118-20223\)](#)

**2. Se declara la nulidad de las expresiones “plena” y “plenos” contenidas, respectivamente, en el numeral 6° y el inciso final del párrafo del artículo 8° del Acuerdo N° 001 de 24 de enero de 2018, expedido por la Comisión de Personal de la**

## Procuraduría General de la Nación, que establece el procedimiento para determinar la procedibilidad de la solicitud de traslado de un servidor de carrera de la entidad.

**Síntesis del caso:** Se pretende que se declare la nulidad de i) las expresiones “vacante plena” y “vacantes plenos”, contenidas, respectivamente, en el numeral 6° y el inciso final del párrafo del artículo 8° del Acuerdo N° 001 de 24 de enero de 2018, por considerar que el concepto de “vacante plena”, establece unas condiciones de vacancia absoluta del cargo para optar por un traslado, desconociendo las dimensiones e implicaciones del concepto de “vacante definitiva”, previsto en los artículos 87, 184, 188 y 190 del Decreto Ley 262 de 2000 y por expedirse con desviación de las atribuciones de los miembros de la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación.

**TRASLADO DEL CARGO PÚBLICO / TRASLADO DEL CARGO PÚBLICO DE EMPLEADO DE CARRERA / EMPLEADO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / VACANCIA DEFINITIVA / INFRACCIÓN DE LA NORMA EN QUE DEBÍA FUNDARSE / COMISIÓN DE PERSONAL / PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

**Problema jurídico:** ¿Las expresiones i) “vacante plena” y “vacantes plenas” contenidas, respectivamente, en el numeral 6° y el inciso final del párrafo del artículo 8° del Acuerdo N° 001 de 24 de enero de 2018, expedido por la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación se encuentran viciada de nulidad por haberse expedido con infracción de las normas en las que debía fundarse y con desviación de las atribuciones propias de quien la profirió?

**Tesis:** “[...] la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación, dentro del procedimiento establecido para estudiar y verificar la procedibilidad de una solicitud de traslado presentada por un servidor de carrera administrativa de la entidad, puso de presente que la viabilidad del requerimiento y expedición del Concepto por parte de la referida Comisión de Personal, está sujeta a la vacancia del cargo pretendido, tal y como se describe en el artículo 87 del Decreto Ley 262 de 2000; sin embargo, utiliza el término “vacante plena”, sin tener en cuenta que el ordenamiento jurídico solamente establece la figura de la “vacancia definitiva”, como presupuesto para acceder al cargo en materia de traslados, siendo entonces inaceptable cualquier categorización adicional a esta. Bajo estas consideraciones, es importante señalar que la interpretación de una norma reglamentaria exige realizar una lectura exegética de la disposición y acudir al método sistemático, para darle un alcance o armonización con otras normas, fines o principios, de modo que no existan contracciones, incompatibilidad o incongruencia entre ellas, bajo el entendido de que el “(...) ordenamiento jurídico puede ser concedido bajo la idea de un sistema, de allí, entonces, que la coherencia y unidad se califiquen como sus características (...), pues toda disposición ha sido proferida en el marco de un amplio conjunto de disposiciones de igual jerarquía, con las que debe operar de manera consonante”. En este sentido, se observa que tanto el Decreto Ley 262 de 2000, como el Decreto 1083 de 2015, establecen dentro de los presupuestos del traslado de servidores públicos que el cargo se encuentre en vacancia definitiva, sin referirse a empleos en vacancia plena, como lo señala la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación en los apartes del acto administrativo demandado. Aunado a lo anterior, cabe señalar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 29 del Decreto 1950 de 1973, compilado en el artículo 2.2.5.4.2 del Decreto 1083 de 2015, “Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo dispuesto en este decreto”. En tal sentido, se advierte que el artículo 87 del Decreto Ley 262 de 2000, al establecer la figura del traslado definitivo de los servidores de la Procuraduría General de la Nación, guarda relación con los supuestos regulados en los Decretos 1950 de 1973 y 1083 de 2015, en tanto establecen que los traslados operan respecto de cargos en vacancia definitiva. Vale la pena recordar que un empleo queda vacante definitivamente, cuando concurre algunos de los eventos descritos en el artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015, en concordancia con las situaciones reguladas en el artículo 158 del Decreto Ley 262 de 2000, teniendo en cuenta que la vacancia de un cargo público implica la separación de este, lo cual para el asunto objeto de estudio ocurre en forma definitiva. Así las cosas, conforme al ordenamiento jurídico colombiano no es posible acudir al concepto de vacante “plena”, para referirse a la procedibilidad de la figura del traslado como movimiento de personal, pues el término “plena”, según el diccionario de la Real Academia Española, comporta un adjetivo que significa “completo” o “lleno”, lo cual no corresponde con el concepto de “vacancia definitiva” que se desarrolla en las normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación, bajo el entendido de una disponibilidad del empleo por haberse configurado unas situaciones que apartan al servidor que lo venía desempeñando del servicio

público. Así las cosas, se tiene que la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación efectuó una categorización adicional de la vacancia de los empleos públicos que no está prevista expresamente en el ordenamiento legal, limitando la procedibilidad de las solicitudes de traslado definitivo para los servidores de carrera de la procuraduría, por lo que se advierte que la entidad demandada se arrogó funciones que no le correspondían, teniendo en cuenta que las condiciones para el ingreso y permanencia en los cargos de carrera administrativa, son definidos por la ley, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta Política.(...). En este orden de ideas, para la Sala resulta evidente que las expresiones “plena” y “plenos” contenidas, respectivamente, en el numeral 6° y el inciso final del parágrafo del artículo 8° del Acuerdo N° 001 de 24 de enero de 2018, expedido por la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación “Por el cual se adopta el reglamento de la Comisión de Personal de la Procuraduría General de la Nación”, fueron expedidas con desconocimiento de las normas superiores en las que debían fundarse y con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió. En consecuencia, el cargo de nulidad contra las referidas expresiones está llamado a prosperar y así se declarará. [...].”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 27 de octubre de 2023, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-01376-00 \(4576-2016\).](#)

**3. Se declara la nulidad del artículo 4 numeral 10 de la Resolución 661 de 2014 del «Reglamento Administrativo, Operativo, Técnico y Académico de los Bomberos de Colombia», por consagrar como causal de suspensión de la personería jurídica del cuerpo de bomberos voluntarios el «No haber sido condenado penalmente por delitos dolosos, ni sancionado fiscal o disciplinariamente en los últimos cinco (5) años, ni tener vigentes los efectos de un eventual fallo», que constituye un despropósito jurídico al derivar del cumplimiento de la ley la suspensión del registro en mención y un imposible legal, ya que dichas sanciones solo pueden ser impuestas a personas naturales.**

*Síntesis del caso: Se demandó la nulidad artículo 4 numeral 10 de la Resolución 661 de 2014, Reglamento Administrativo, Operativo, Técnico y Académico de los Bomberos de Colombia, que consagró dentro de las causales de suspensión de la personería jurídica de los cuerpos de bomberos voluntarios «no» tener sanciones de índole penal, disciplinaria o fiscal, por considerar que excede la facultad reglamentaria.*

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REGLAMENTO DEL CUERPO DE BOMBEROS / REGLAMENTO TÉCNICO DEL CUERPO DE BOMBEROS / REGLAMENTO OPERATIVO DEL CUERPO DE BOMBEROS/ BOMBERO VOLUNTARIO/ CUERPO DE BOMBEROS / PERSONERÍA JURÍDICA**

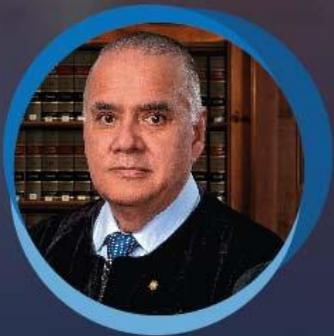
*Problema jurídico: ¿La Junta y la Dirección Nacionales de Bomberos excedieron sus facultades reglamentarias al establecer en el artículo 4 numeral 10 de la Resolución 661 de 2014, Reglamento Administrativo, Operativo, Técnico y Académico de los Bomberos de Colombia, dentro de las causales de suspensión de la personería jurídica de los cuerpos de bomberos voluntarios «no» tener sanciones de índole penal, disciplinaria o fiscal?*

*Tesis: [...].dicha disposición [artículos 4 (numeral 10) [ Resolución de la Resolución 661 de 2014 ] incurre en una redacción y entendimiento deficientes, pues al fijar como causal de suspensión de la personería jurídica de esos cuerpos bomberiles que «no» hubieran sido sancionados penal, fiscal o disciplinariamente,*

no solo comporta el despropósito jurídico de que el hecho de no haber sido castigado (valga decir, por haber obrado conforme a la ley) amerite la inhabilitación temporal de aquel registro, sino que hace referencia a un imposible legal, a saber, que esos entes hubieran sido condenados en los ámbitos penal y disciplinario, pese a tratarse de sistemas sancionatorios que solo son aplicables a las personas naturales. Agregase a lo anterior que, a la luz del **Decreto 953 de 1997, «Por el cual se dicta el Reglamento de Disciplina para el Personal de los Cuerpos de Bomberos»**, los sujetos pasivos son los oficiales, suboficiales y bomberos (artículo 3), que valga decir, son personas naturales. Ahora bien, es evidente que la Administración advirtió el yerro en el que incurrió, toda vez que, con el artículo 3 de la Resolución 1127 de 2018, corrigió los vicios de redacción de la norma original, al concentrar la causal de suspensión de personería jurídica en «Permitir la vinculación de personal que haya sido condenado penalmente por delitos dolosos, y/o sancionado fiscal o disciplinariamente con falta grave o gravísima, y tener vigentes los efectos del fallo». Así las cosas, el numeral 10 del artículo 4 del «Reglamento Administrativo, Operativo, Técnico y Académico de los Bomberos de Colombia» quebranta normas de carácter legal, motivo por el cual debe ser anulado. [...]"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 14 de marzo de 2024, C.P. Jorge Edison Portocarrero Banguera, radicación: 11001-03-25-000-2015-00364-00 \(738-2015\)](#)

## SECCIÓN TERCERA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

## **1. Los mecanismos procesales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo solo están previstos para impugnar los actos administrativos que definen el fondo de una situación jurídica.**

*Síntesis del caso:* Unos titulares mineros presentaron renuncia al contrato de concesión ante la Agencia Nacional de Minería, solicitud que no fue decidida dentro del término del artículo 108 del Código de Minas, con lo que se configuró el silencio administrativo positivo que fue protocolizado mediante escritura pública. A través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se solicita la declaratoria de nulidad de un oficio, posterior a la configuración del silencio administrativo positivo, en el que la Agencia Nacional de Minería manifiesta que no se pronunciaría sobre la renuncia de la concesión, por cuanto previo a todo ello existía una resolución en que se declaraba la caducidad del contrato, la cual se encontraba en trámite de notificación.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SOLICITUD DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CONCEPTO DE SILENCIO ADMINISTRATIVO / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO CONTRACTUAL / FUNDAMENTACIÓN DE LA DEMANDA / CONFIGURACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / TERMINACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / INEXISTENCIA DEL TÍTULO MINERO / CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / EXAMEN DE FONDO / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / ASUNTO NO SUSCEPTIBLE DE CONTROL JUDICIAL / DECISIÓN ADMINISTRATIVA NO SUSCEPTIBLE DE RECURSOS

*Problema jurídico:* ¿Se pueden impugnar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo los actos administrativos que no definen el fondo una situación jurídica?

Tesis: “[L]a jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que los mecanismos procesales establecidos por el legislador ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo solo están previstos para impugnar las decisiones adoptadas en actos administrativos que definen el fondo de una situación jurídica, aspecto que no se verifica respecto del oficio acusado, pues si la demanda sostiene que frente a la renuncia al título minero existe una decisión definitiva con el acto originado en el silencio administrativo positivo (Escritura Pública 411 del 24 de febrero de 2021), no es consistente entonces que el demandante afirme también que su situación la definió el Oficio n°. 20219030716811 del 24 de mayo de 2021.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de abril de 2024, C. P. William Barrera Muñoz, radicación: 15001-23-33-000-2022-00137-01\(70640\)](#)

## **2. Se niega el pago del servicio de deshidratación de gas que transportaron durante el periodo anterior a la suscripción del contrato de prestación de servicios entre Chevron y TGI, porque no está probada una agencia oficiosa ni un contrato innominado o cuasicontrato en virtud del cual el demandado, obrando en nombre de las demandantes, hubiese cobrado a los usuarios el servicio de deshidratación.**

*Síntesis del caso:* “Reclamación del pago del servicio de deshidratación prestado entre 2000 y 2010 por las transportadoras demandantes al productor demandado.”

**ACCIÓN CONTRACTUAL / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL / CONTRATO INNOMINADO / CONTRATO INNOMINADO ADMINISTRATIVO / PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / TÉRMINO DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / CUASICONTRATO / EXISTENCIA DEL CONTRATO / GAS / TRANSPORTE DE GAS / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA / INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**

*Problema jurídico 1: ¿La demanda cuyas pretensiones sobre la existencia de un cuasicontrato o de un contrato innominado, relativo al servicio de deshidratación del gas transportado por las demandantes y producido por el demandado, se presentó en tiempo y por ello no operó la caducidad de la acción contractual que, es la procedente?*

**Tesis 1:** “La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda fue presentada dentro del término legal. (...) - Sobre las pretensiones dirigidas a que se declare la existencia de un cuasicontrato o de un contrato innominado, la Sala advierte que, de acuerdo con las afirmaciones de la demanda, la relación sobre la cual recaen tales pretensiones, esto es, el servicio de deshidratación del gas transportado por las demandantes y producido por Chevron, se encontraba vigente para la fecha de su presentación, por lo que no ha operado la caducidad. La Sala aclara que, contrario a lo señalado por el tribunal, la acción de controversias contractuales es la procedente porque las demandantes solicitaron que se declarara la existencia de un cuasicontrato o de un contrato. Esta acción no se sustenta en la celebración del contrato BOMT suscrito inicialmente entre Ecopetrol y Centragas, sino en la existencia de una obligación patrimonial surgida de un cuasicontrato o un contrato entre las demandantes y la demanda. (...) - Sobre la pretensión de enriquecimiento sin causa, y la ruptura injustificada de las negociaciones, la Sala advierte que Chevron las terminó el 28 de julio de 2008. Por lo tanto, la demanda fue presentada oportunamente el 10 de abril de 2010.”

**GAS / TRANSPORTE DE GAS / CONTRATO INNOMINADO / CONTRATO INNOMINADO ADMINISTRATIVO / INEXISTENCIA DEL CONTRATO / INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO / AGENTE OFICIOSO / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA / INEXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA / TRANSACCIÓN / NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO / TERMINACIÓN DE LA ETAPA DE NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO / FALTA DE PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA**

*Problema jurídico 2: ¿Acreditaron las demandantes los elementos de un contrato innominado o una agencia oficiosa, el empobrecimiento reclamado o la ruptura injustificada de negociaciones por parte de la demandada y por ello debe condenarse al pago del servicio de deshidratación de gas durante el periodo solicitado?*

**Tesis 2:** “[L]a reclamación de las demandantes se limita al pago del servicio de deshidratación durante el periodo anterior a la suscripción del contrato de prestación de servicios entre Chevron y TGI, esto es, con antelación al 20 de diciembre de 2012. (...) Decisión que se adopta (...) La Sala advierte que las entidades demandantes son empresas de servicios públicos domiciliarios y, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos celebrados por estas se rigen por el derecho privado. Por eso, frente a ellas es admisible acreditar la existencia de un contrato que las vincule sin necesidad de que conste por escrito. (...) No obstante lo anterior, la Sala descarta la existencia de un contrato innominado mediante el cual Chevron hubiese acordado cobrar el valor que los usuarios debían pagar a las demandantes por la deshidratación, pues no hay ninguna prueba de que la demandada hubiese consentido en tal acuerdo. (...) También descarta la hipótesis según la cual Chevron obró como agente oficioso de las demandantes para cobrar un cargo por ese concepto: es cierto que en la agencia oficiosa no se requiere del consentimiento mutuo de las partes. Pero para darla por probada es necesario acreditar que el agente oficioso tenía la intención de obrar como administrador de los negocios de un tercero, sin contar con mandato para hacerlo, y esto no está demostrado en el proceso. (...) Del mismo modo, la Sala considera que los presupuestos para el enriquecimiento sin causa tampoco están acreditados en el proceso. A las demandantes les correspondía acreditar, como primer requisito para la procedencia de esta figura, un empobrecimiento suyo y un correlativo enriquecimiento de Chevron. A partir de las pruebas obrantes en el expediente, no puede inferirse con certeza que las demandantes no hubieran recibido remuneración por la prestación del servicio de deshidratación ni la cuantía que dejaron de recibir por este concepto. (...) No se presenta en este caso una responsabilidad por ruptura intempestiva de las conversaciones adelantadas por las partes para dirimir el conflicto mediante un contrato de transacción: por el contrario, las razones esgrimidas por Chevron para tomar esta determinación están plenamente justificadas, pues la CREG le comunicó que el servicio de deshidratación estaba siendo remunerado en los cargos por transporte. (...) En virtud de lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que rechazó las pretensiones

de la demanda. Para ello, hará referencia a los hechos probados para demostrar que (i) no se acreditaron los elementos de un contrato innominado ni de una agencia oficiosa; (ii) no se probó el empobrecimiento reclamado por las demandantes; y (iii) tampoco se probó la una ruptura injustificada de negociaciones por parte de Chevron. (...) En síntesis para la Sala lo único que está demostrado es que entre 2000 y 2008, TGI, Ecogas y Chevron desarrollaron negociaciones o simples tratos preliminares que no tuvieron una consecuencia jurídica porque no finalizaron en una oferta ni en su aceptación, ni en un contrato. Y que las partes suscribieran un contrato en 2012 demuestra que, solo desde ese momento, ambas tuvieron la voluntad de obligarse.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 12 de abril de 2024; C.P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación 44001-23-40000-2010-00066-03\(68042\)](#)

### **3. Las empresas de servicios públicos domiciliarios no dictan actos administrativos de adjudicación.**

**Síntesis del caso:** *Se pretende la nulidad de la decisión de una empresa de servicios públicos domiciliarios en la que se rechaza una propuesta presentada dentro de un proceso contractual. Lo anterior debido al parentesco entre el representante legal de la sociedad actora y una funcionaria de EPM.*

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTO PRECONTRACTUAL / RECHAZO DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / INCOMPATIBILIDADES EN EL CONTRATO ESTATAL / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / DESCALIFICACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE /**

**Problema jurídico:** *¿Las empresas de servicios públicos domiciliarios dictan actos administrativos de adjudicación?*

**Tesis:** “[E]n este tipo de asuntos, las empresas prestadoras de servicios públicos oficiales no dictan actos administrativos de adjudicación. En consecuencia, en línea con esta postura, la Sala adecuará la acción contractual a la de reparación directa, como responsabilidad precontractual, que fue la vía definida por el Pleno, claro está, sin que ello impida que se aborde la integridad de los temas propuestos.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, rad. 42003, MP. Alberto Montaña Plata.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de mayo de 2024, C. P. María Adriana Marín, radicación: 05001-23-31-000-2010-01327-01\(61297\).](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTO PRECONTRACTUAL**

**Tesis:** “[E]l suscrito llama la atención acerca de la estructura y coherencia con la que debe avanzar el escrutinio de los actos precontractuales de las ESP, y descarta que el juzgador tome como punto de partida el análisis llano de una censura de legalidad contra la decisión atacada, justamente porque bajo el régimen aplicable a sus actos esta ruta está anclada en las premisas del artículo 863 del C. de Co. que impone determinar los deberes incumplidos y el daño que se reclama.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de mayo de 2024, A. V. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 05001-23-31-000-2010-01327-01\(61297\).](#)

#### **4. Se aplicó el criterio de flexibilización frente a la caducidad de la acción y se condenó al Ejército Nacional por otro caso de ejecución extrajudicial de un campesino, bajo el título de imputación de falla del servicio, al incumplir sus deberes constitucionales y legales.**

*Síntesis del caso: "El campesino (...), habría perdido la vida el 29 de diciembre de 2007 en la vereda Mata de Tilo del municipio de Teorama – Norte de Santander a manos de miembros del Ejército Nacional, quienes lo reportaron como un guerrillero "NN" dado de baja en enfrentamientos con la fuerza pública. Dentro de la investigación penal que se adelantó por tales hechos, uno de los militares implicados confesó que se trató de una ejecución extrajudicial de las comúnmente llamadas "falsos positivos". El colectivo familiar próximo del señor (...) se presenta ante este contencioso para reclamar por los daños y perjuicios ocasionados con tal suceso."*

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONCEPTO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PLAZO / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL INTERÉS GENERAL / DERECHO DE ACCIÓN / EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN / APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO / APLICACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO / MUERTE DE CIVIL / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / FALSO POSITIVO / MUERTE DE PERSONA / EJÉRCITO NACIONAL / RESPONSABILIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL / PRINCIPIO DE FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRUEBA / DERECHOS HUMANOS / DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / TÉRMINO DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / SUSPENSIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / CONFIGURACIÓN DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CAMPESINO PRESENTADO COMO GUERRILLERO

*Problema jurídico 1: ¿En el caso sub examine, la demandante ejerció su derecho de acción en tiempo, esto, en aplicación del criterio de flexibilización que se emplea en eventos de violación a derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, por lo cual, existe inoperancia de la caducidad de la acción de reparación directa?*

Tesis 1: "La acción debida y válidamente escogida debe ser puesta en ejercicio dentro de unos plazos definidos por el legislador, en función de la garantía de la efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia, de la seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general. Un escenario en el que la parte interesada pudiera diferir a su voluntad el ejercicio de la acción, podría desembocar en mayor congestión judicial y en la dilación indefinida de la decisión judicial sobre el asunto litigioso, con grave detrimento del derecho al acceso a la administración de justicia; pero, además, en un permanente o por lo menos indefinido estado de las situaciones jurídicas, con el consiguiente compromiso del valor de la seguridad jurídica, valor cuya realización forma parte del interés general. Es por lo anterior que el legislador fija plazos para el ejercicio de la acción, y establece consecuencia para su inobservancia injustificada la extinción de la acción por caducidad. El numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 norma aplicable al caso, preceptuaba que quien estuviera interesado en hacer uso de la acción de reparación directa ante esta Jurisdicción, debía promoverla dentro de los dos años siguientes al día en el que ocurrió hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena. Ocurre, sin embargo, que, en específicas ocasiones, el acaecimiento del daño no coincide con su conocimiento por parte de la víctima, y en tales condiciones, resultaría contrario a elementales consideraciones de equidad, que el término de vigencia de la acción corriera en detrimento de la oportunidad de la víctima desconocedora de la ocurrencia del daño, de acceder a la administración de justicia. Para evitar este tipo

de consecuencias que acarrearía la aplicación exegética y literal de la normativa, la jurisprudencia ha precisado, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 C.P.), que, en tales casos, el cómputo del término de caducidad debe iniciarse a partir de la fecha en que la persona -o personas- tuvieron conocimiento del daño. (...) En el presente asunto, aunque se encuentra demostrado que, para el 30 de diciembre de 2007, los familiares (...) ya conocían del suceso de su muerte, comoquiera que lo identificaron y lo recibieron en la morgue de Ocaña (...) y, dadas las circunstancias en que se produjo el deceso, tenían elementos de juicio para suponer que los uniformados del Ejército Nacional estaban implicados en tales hechos lesivos; sin embargo, no resulta armónico con la garantía material de acceso a la administración de justicia tomarse esa fecha como el punto de inicio del término de caducidad, como tampoco, aquella relacionada con la fecha en la que se interpuso la queja disciplinaria, pues lo cierto es que esa convicción que tenían los demandantes se veía desdibujada por la versión de los militares que se empeñaban en presentar el caso como una baja en combate y darle tal apariencia (...) músculo acreditativo contra el cual, la versión de las víctimas se veía confrontada y desvalida. Tal incertidumbre minó el convencimiento de las víctimas, hasta cuando, el 12 de mayo de 2009, la justicia penal militar remitió las diligencias a la justicia ordinaria (...). Nótese que, hasta dicha data, la hipótesis que manejaban las autoridades judiciales castrenses, tal como se observa en la fase inicial de las preliminares de la investigación seguida a instancias del Juzgado 37 de Instrucción Penal de Ocaña (...) era que se trataba de una persona "N.N." muerta en combate, por tanto, no resulta razonable entender que antes del cambio de radicación y competencia, los demandantes tuvieran certeza y respaldo sobre la actuación irregular de las fuerzas institucionales en la producción de la muerte de su ser querido y, por consiguiente, bajo el criterio de flexibilización del estándar que se estila en estos casos de violación a derechos humanos y DIH es dable tener como punto de partida para la contabilización de la caducidad la fecha en que se decidió la remisión del asunto a la justicia penal ordinaria. Así las cosas, como fue el 12 de mayo de 2009 cuando se decidió que la investigación por la muerte de (...) debía ser llevada por la justicia ordinaria, los demandantes tenían hasta el 13 de mayo de 2011 para formular oportunamente sus pretensiones. Como la demanda de reparación directa se presentó el 16 de septiembre de 2010, quiere decir ello que lo fue dentro del término legalmente previsto, sin que sea menester tener en cuenta la suspensión del término por el trámite de conciliación agotado previamente".

**NOTA DE RELATORÍA:** Tratándose de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se persiga la responsabilidad patrimonial del Estado, consultar, Consejo de Estado, sentencia de unificación del 29 de enero de 2020, exp. 61033, MP. Marta Nubia Velásquez Rico; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de agosto de 2023, exp. 60545, MP. Jaime Enrique Rodríguez Jiménez; sentencia del 19 de julio de 2023, exp. 58796, MP. Jaime Enrique Rodríguez Jiménez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C., sentencia del 22 de noviembre de 2017, exp. 36572, MP. Jaime Orlando Santofimio; sentencia del 11 de mayo de 2000, exp. 12200, MP. María Elena Giraldo; sentencia del 10 de noviembre de 2000, exp. 18805, MP. María Elena Giraldo; sentencia el 10 de abril de 1997, exp. 10954, MP. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia del 3 de agosto de 2006, exp. 32537, MP. Alier Eduardo Hernández y sentencia del 7 de febrero de 2007, exp. 32215, MP. Alier Eduardo Hernández. Así mismo, ver, Corte Constitucional, sentencia SU-167 del 18 de mayo de 2023, MP. Diana Fajardo Rivera.

**CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CONFLICTO ARMADO INTERNO / DELITO EN CONFLICTO ARMADO / DAÑO CAUSADO A CIVIL DURANTE CONFLICTO ARMADO / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CAMPESINO PRESENTADO COMO GUERRILLERO / FALSO POSITIVO / FALLA DEL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / PRUEBA DE LA FALLA DEL SERVICIO / ACREDITACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL / DEBERES DEL EJÉRCITO NACIONAL / MUERTE DE CAMPESINO**

**Problema jurídico 2:** *¿Se configuró responsabilidad patrimonial por falla del servicio por parte del Ejército Nacional, consistente en la muerte de un campesino por miembros de dicha entidad, bajo la modalidad de lo que se conoce como ejecución extrajudicial o falso positivo en el marco del conflicto armado?*

**Tesis 2:** "[U]n análisis integral de la prueba respecto de esos hechos [los de la demanda] permite establecer que, en este caso, los medios de convicción revelan con certeza las circunstancias en que se produjo la muerte de (...), su condición de campesino inerme. Entonces, está demostrado que su deceso no obedeció a un abatimiento en combate o enfrentamiento, sino de una ejecución extrajudicial, sobre la base de una

escena de crimen simulada. Tal claridad probatoria despeja el rubro de la imputación bajo un régimen de falla del servicio, pues de más está decir, cuando las pruebas así lo denotan, que fue el accionar de los militares y la maquinación, por parte de aquellos, de un plan que afronta los valores más excelsos de la sociedad, lo que produjo la muerte de (...), plan ejecutado, justamente, por las personas en quienes se ha depositado la función de brindar seguridad y la función constitucional de proteger la vida de los ciudadanos, conforme lo impone el artículo 2 superior; luego entonces, se trata de un reproche de la más alta relevancia al actuar indebido de la entidad demandada. En definitiva, el anterior panorama probatorio permite concluir que, por sus características, la muerte del campesino (...) se trató de un evento de ejecución extrajudicial, ajeno una situación de combate y a expensas de la condición de vulnerabilidad que representaba la víctima por su indefensión, constitutivo de lo que se ha concebido como “falsos positivos”, los cuales, a la luz de la CIDH, “son ejecuciones extrajudiciales en el marco del conflicto armado, con un modus operandi caracterizado por la muerte de civiles durante operativos. Estos civiles son posteriormente presentados como miembros de grupos armados ilegales dados de baja en combate, para lo cual se utilizan diversos mecanismos de distorsión de la escena del crimen y de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos” Por esta razón, se imputará la responsabilidad a la entidad demandada a título de falla en el servicio (...).”

**NOTA DE RELATORÍA:** Atinente al tema, consultar, Corte Interamericana de Derechos Humanos, definición de ejecución extrajudicial o falso positivo del 2 de mayo de 2016, dada en el contexto de la presentación de los casos 12335, 12336, 12757 y 12711, actor, Gustavo Giraldo Villamizar Durán y otros.

**ACREDITACIÓN DE LA RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / BENEFICIARIO DEL PERJUICIO MORAL / CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / DETERMINACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / FIJACIÓN DEL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL / LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / MOTIVACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / NEGACIÓN DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PAGO DEL PERJUICIO MORAL / PARÁMETROS PARA LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MORAL POR MUERTE / PRESUNCIÓN DE PERJUICIO MORAL / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL / PRESUPUESTOS DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PROCEDENCIA DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL POR MUERTE / PRUEBA DEL PERJUICIO MORAL / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / CONFIGURACIÓN DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CAMPESINO PRESENTADO COMO GUERRILLERO / FALSO POSITIVO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CONFLICTO ARMADO INTERNO / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / DELITO EN CONFLICTO ARMADO / DAÑO CAUSADO A CIVIL DURANTE CONFLICTO ARMADO / DERECHO A LA VIDA / DERECHO A LA LIBERTAD / DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA / DERECHO A LA VIDA DIGNA / DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / JUSTICIA / PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / DERECHO AL BUEN NOMBRE / DERECHO A LA HONRA / NIVELES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS / DAÑO MORAL / PRUEBA DEL DAÑO MORAL / FALTA DE PRUEBA / AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / DAÑO A BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO / AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / MUERTE DE CAMPESINO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema jurídico 3:** *¿Procede el reconocimiento de perjuicios morales con ocasión de la muerte de un campesino por miembros del Ejército Nacional bajo la modalidad de ejecución extrajudicial o falso positivo, excepto lo que concierne a la supuesta vulneración de derechos fundamentales, como, la vida, la libertad, la justicia, el debido proceso, la presunción de inocencia, la honra, el buen nombre y la obtención de justicia?*

**Tesis 3:** “Si bien, la Sala no desconoce que el presente asunto se trató de un caso de graves violaciones a los derechos humanos, al derecho internacional humanitario, al sistema regional de protección, la parte demandante no demostró que hubiera padecido una mayor intensidad en relación con el daño moral, pues recuérdese que fue, precisamente, la nula actividad probatoria del extremo activo, la que llevó a que el juez de primera instancia profiriera una sentencia denegatoria de las pretensiones, decisión que se hubiera mantenido de no ser por el decreto probatorio oficioso efectuado en segunda instancia, el cual, en todo

caso, se limitó a pruebas que vinieron a demostrar la responsabilidad de la demandada, no así a la atestación de perjuicios, actividad en la cual la demandante fue absolutamente pasiva. En consecuencia, la Sala carece de elementos probatorios en los cuales pueda fundar y motivar un reconocimiento mayor, máxime que, tal como ha sostenido de vieja data la jurisprudencia de la Corporación, los perjuicios morales “son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y cada cual siente o experimenta a su modo. (...)”, de ahí que la intensidad del perjuicio precise ser probada, para que el juez de daños pueda aplicar la regla de excepción, pues si bien se ha considerado que, para las personas que pertenecen al primer nivel de afectación, el perjuicio moral por la muerte de un ser querido surge espontáneo por la estrecha relación de parentesco, para la aplicación de la regla de excepción que permite incrementar el monto del reconocimiento se requiere acreditar un sufrimiento mayor que trasciende la esfera de lo inferible. Así mismo, en cuanto al fraccionamiento del perjuicio moral que trae la demandante en razón de la parcelación de los derechos que, a su juicio, resultaron vulnerados con la ejecución extrajudicial de (...), debe indicarse que, si bien es posible que un mismo hecho generador o lesivo pueda proyectarse sobre varios derechos, lo cierto es que en el caso particular no encuentra la Sala un fundamento probatorio que haga viable esa disección del perjuicio moral, teniendo en cuenta que el daño, en el presente caso, se concreta con el hecho de la muerte y, por tanto, las afectaciones de índole moral que apareja tal suceso quedaron recogidas en el reconocimiento previsto en la tabla de unificación, con el que se repara el dolor, la aflicción, la angustia, la perturbación del estado de ánimo y el sufrimiento que padecieron las víctimas. (...) Corolario de lo expuesto, la Sala concretará el reconocimiento de perjuicios morales en razón de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) para la compañera permanente, para cada una de las hijas y para cada uno de los padres y, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) para cada uno de los hermanos (...).

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp.32988, MP. Ramiro de Jesús Pazos; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de septiembre de 1998, exp. 12009, MP. Carlos Betancur Jaramillo y Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp.32988, MP. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

**MUERTE DE CAMPESINO / FALSO POSITIVO / INVESTIGACIÓN DEL FALSO POSITIVO / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CAMPESINO PRESENTADO COMO GUERRILLERO / COMPAÑERO PERMANENTE / LUCRO CESANTE / ACRECIMIENTO DE LUCRO CESANTE / ACREDITACIÓN DEL LUCRO CESANTE / ACRECIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / ACTUALIZACIÓN DE LA TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE / CÁLCULO DEL LUCRO CESANTE / DETERMINACIÓN DEL LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / LUCRO CESANTE CONSOLIDADO / LUCRO CESANTE FUTURO / PARÁMETROS DE LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / PRUEBA DEL LUCRO CESANTE / RECONOCIMIENTO DE LA TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE / RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE CONSOLIDADO / RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE FUTURO / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MATERIAL EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE / TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE / APLICACIÓN DE PRESUNCIÓN DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL / SALARIO MÍNIMO LEGAL / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PRUEBA TRASLADADA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA TRASLADADA / VALIDEZ DE LA PRUEBA TRASLADADA / INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA / PROCESO DISCIPLINARIO / CÓNYUGE SUPÉRSTITE / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD / OBLIGACIÓN ALIMENTARIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema jurídico 4:** *¿Procede el reconocimiento de perjuicios por concepto de lucro cesante consolidado y futuro a favor de la compañera permanente e hijas de la víctima, ya que a través de prueba trasladada del proceso penal y disciplinario se logró establecer que para el momento de su muerte el occiso realizaba una actividad lícita, como lo es la labor del campo, por lo cual, se toma como ingreso el salario mínimo legal vigente?*

**Tesis 4:** “Por concepto de lucro cesante en favor de la compañera permanente y las hijas de (...), solicitó que se reconociera lo dejado de percibir por las actividades de agricultor realizadas por (...), bajo la presunción de que toda persona mayor de 18 años percibe al menos un salario mínimo, no obstante, adujo, sin prueba alguna, que (...) percibía como agricultor el equivalente a dos y medio salarios mínimos, cifra a la que se le debía incrementar el 25% del factor prestacional y, deducir el 25% de la porción alimentaria de la propia de la víctima, entendiéndose que el resto lo destinaba al sostenimiento de su hogar. Sobre la base de tales cálculos estableció la forma como, en su criterio, debía repartirse el lucro cesante. El criterio unificado de la Corporación, a partir de la eliminación de las presunciones que gravitaban en torno al

otorgamiento de perjuicios materiales, fijó los parámetros necesarios para acceder al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y para su liquidación, así: (i) que se pruebe que, con ocasión del daño, se originó la ruptura de una relación laboral existente; (ii) que se pruebe la existencia de una actividad productiva lícita no derivada de una relación laboral; (iii) debe estar pedido el perjuicio, ya que no procede ningún reconocimiento oficioso; (iv) el reconocimiento debe estar precedido de prueba suficiente de los ingresos dejados de percibir; (v) si se trata de un empleado, se debe acreditar de manera idónea el valor del salario que recibía con ocasión del vínculo laboral; (vi) si se trata de trabajadores independientes, su ingreso debe estar suficientemente acreditado; (vii) cuando se acredite suficientemente que la persona realizaba una actividad productiva lícita que le proporcionaba, pero se carezca de la prueba suficiente del monto del ingreso devengado producto del ejercicio de tal actividad lícita, la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa; (viii) el 25% del factor prestacional solamente se reconoce en aquellos casos en que se pruebe que la víctima trabajaba como empleado, es decir, que tenía una relación laboral subordinada y, debe estar pedido tal porcentaje en la demanda. Aplicados los anteriores criterios al sub lite, se tiene que, por la prueba trasladada de los procesos penal y disciplinario, está acreditado que (...) se dedicaba a las labores del campo. (...) Así las cosas, es posible en el presente caso aplicar la regla de unificación conforme a la cual se procederá al reconocimiento del lucro cesante porque se demostró que, para el momento de su muerte, (...) realizaba una actividad productiva lícita, como lo eran los laboríos del campo. Ahora, lo que no quedó sustentado con ningún medio suasorio fue el ingreso de 2.5 smmv que se solicitó en la demanda. Por tanto, la Sala tendrá como ingreso el salario mínimo legal vigente. De igual modo, al no tratarse de una actividad laboral subordinada, pese a que se haya solicitado en la demanda, no hay lugar al reconocimiento del 25% correspondiente al factor prestacional y, en cambio, sí se aplicará la deducción del 25% correspondiente al porcentaje que se estima, gasta una persona en su propia manutención. Para el reconocimiento del lucro cesante futuro, se tendrá en cuenta que, de acuerdo con las tablas de mortalidad de rentistas vigentes para el año 2007 (Resolución 497 de 1997 de la Superintendencia Financiera de Colombia), y, con los registros civiles de nacimiento de (...) y (...), se sabe que quien tenía la menor expectativa de vida era (...), quien, para la fecha de su fallecimiento contaba con 27 años 7 meses y 28 días de vida y, le quedaba una vida probable de 49.12 años, que, traducidos en meses, correspondía a 589.44. Con fundamento en tales parámetros se procederá a efectuar la liquidación, de la siguiente manera, no sin antes traer a valor presente el salario mínimo de la época (...) Como el anterior valor es inferior al salario mínimo actual, se liquidará con base en este último, es decir, \$1.300.000, al cual se le deducirá el 25% de la porción alimentaria (\$325.000), lo que arroja una base de liquidación de: \$975.000 (...) Lucro cesante consolidado (...) Como en este lapso ninguna de las hijas del (...) cumple los 25 años, entonces, el lucro cesante consolidado se distribuirá, así: el 50% para la compañera permanente y, el restante 50% se dividirá en partes iguales entre las hijas (...) Lucro cesante futuro (...) En los primeros 4 meses de lucro cesante futuro (...) mientras (...) cumple los 25 años, se asigna el valor de la renta futura a distribuir (...) en ese periodo (...) Entonces, de esta renta futura a la señora (...) le corresponde la suma de \$ 54.081.46 y a la hija (...) \$ 54.081.46 (...) En los primeros 20 meses de lucro cesante futuro (...) mientras (...) cumple los 25 años, se asigna el valor de la renta futura a distribuir (...) en ese periodo (...) Entonces, de esta renta futura a la señora (...) le corresponde la suma de \$ 4.326.517.01 y a la hija (...) \$ 4.326.517.01. (...) En los primeros 77 meses de lucro cesante futuro (...), mientras (...) cumple los 25 años, se asigna el valor de la renta futura a distribuir (...) en ese periodo. (...) Entonces, de esta renta futura a la señora (...) le corresponde la suma de \$ 16.657.090.52 y a la hija (...) \$ 16.657.090.52 Teniendo en cuenta que estos \$42.075.377.98 corresponden al 75% [al inicio se le dedujo de la base el 25% de gastos propios del causante] de los ingresos que hubiera percibido el fallecido luego de que todos sus hijos alcanzaran 25 años, de esta base se le reconocerá a la cónyuge supérstite el 50% de los ingresos remanentes (\$128.817.717.8), esto es, la suma de \$64.408.858.88, pues en esas circunstancias de independencia económica de los hijos, el trabajador habría aumentado las reservas para sus propias necesidades, quedando con esta distribución, el 50% de los ingresos restantes para cada consorte. Esta forma de distribuir el lucro cesante futuro en la que, la porción que queda luego de que los hijos cumplen los veinticinco (25) años de edad, pasa a la compañera permanente, pero, a la vez, reducida en la mitad, porque se toma en consideración que la víctima, de haber vivido, luego de honrar sus cargas paternas hubiera destinado para sí la fracción de ingresos que antes reservaba para sus hijos, se fundamenta en que, como no existe un derecho adquirido para los familiares sobre la totalidad de los ingresos de la persona fallecida como sí ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la sucesión o las pensiones, sino, de lo que se trata en sede de reparación directa es de indemnizar el daño causado y nada más que el daño, es posible hacer la correspondiente deducción. Debe tenerse en cuenta, así mismo, que el lucro cesante futuro en favor de las víctimas indirectas no es una prestación en sentido estricto, sino la expresión de la solidaridad que se deben los cónyuges o compañeros permanentes entre sí, solidaridad que, en todo caso, no podría exigirse en sacrificio o desmedro de las necesidades propias de quien debe proveer la ayuda en el hogar. Este límite a la solidaridad, en función de las necesidades propias, ha sido inclusive previsto en materia de las obligaciones alimentarias del derecho civil artículos 419 y 420 del Código Civil y si se ha establecido en ese contexto, con mayor razón puede ser tenido en cuenta en el terreno de la reparación directa, donde el derecho que surge a ser indemnizado solo

se extiende hasta la medida del daño. Así entonces, la distribución del lucro cesante futuro, en materia contenciosa, difiere de la forma como se atienden las prestaciones que provienen de derechos adquiridos por las relaciones de familia en el ámbito del derecho privado, lo que no obsta para que, al momento de establecer las reglas de distribución del lucro cesante, se utilice una fórmula de acrecimiento, que no puede confundirse ni equivalerse con un derecho de acrecimiento.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera Sala Plena, sentencia del 18 de julio de 2019, exp. 44572, MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 22 de abril de 2015, exp. 19146, MP. Stella Conto Díaz del Castillo.

**CONDENA NO PECUNIARIA / MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / MODALIDADES DE MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / PROCEDIBILIDAD DE LA MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / PUBLICACIÓN DE SENTENCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CASO FALSO POSITIVO / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CAMPESINO PRESENTADO COMO GUERRILLERO / CONFIGURACIÓN DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / MUERTE DE PERSONA / MEDIDAS DE SATISFACCIÓN / JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ / DERECHOS DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA / DERECHOS DE LA VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD JUSTICIA REPARACIÓN Y GARANTÍA DE NO REPETICIÓN / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema jurídico 5:** *¿Procede como medida de reparación no pecuniaria en el caso sub examine, la publicación de la presente sentencia a través de los canales institucionales del Consejo de Estado, es decir, de su página Web por el término de un 1 mes?*

**Tesis 5:** “En la demanda se solicita como medidas de reparación no pecuniaria: (i) el esclarecimiento de los hechos, el juzgamiento y sanción de los responsables; honrar la memoria de las víctimas y sus familiares con un acto público, en el que el Ministro de Defensa pida perdón y se aclare que (...) era una persona honrada y trabajadora, acto que tenga difusión a nivel nacional por prensa, radio y televisión; que se divulgue la sentencia en un diario de amplia circulación, en publicación del día domingo y que se publique la sentencia a la entrada de los batallones de Norte de Santander. Al punto, la jurisprudencia unificada de la Corporación ha dicho que las medidas de satisfacción y reparación deben ser “correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado”. En tal virtud, la Sala considera que, en el presente caso, en tanto se conoce que la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz JEP, en el marco del caso No. 3. referente a “Asesinatos y desapariciones forzadas presentadas como bajas en combate por agentes del Estado Resolución 01 del 20 de octubre de 2022— incluyó el caso de (...), y, comoquiera que dicha jurisdicción fue instituida para satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, bajo el esquema de un “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” artículo 2 de la Ley 1957 de 2019, allí ocupan lugar las medidas que deprecia la demandante, algunas de las cuales ya han tenido ocasión en dicha jurisdicción. Con todo, considera la Sala que, la medida que estima pertinente en sede de lo contencioso administrativo es la referente a la publicación de la presente sentencia, no obstante, ello se hará a través de los canales institucionales del Consejo de Estado, concretamente la página Web, por el término de un (1) mes.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251), MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. De igual forma, ver, Jurisdicción Especial para la Paz, auto No. 125 de 202, caso No 3, asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado, subcaso Norte de Santander.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 13 de marzo de 2024; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 54001-23-31-000-2010-00353-02\(57471\)](#)

**Aclaración de voto del consejero William Edgardo Barrera Muñoz**

**ACLARACIÓN DE VOTO / ACRECIMIENTO DE LUCRO CESANTE / CÓNYUGE SUPÉRSTITE / IMPROCEDENCIA DEL ACRECIMIENTO DEL LUCRO CESANTE / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / CONTENIDO DE LA DEMANDA / LÍMITES DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA /**

## COMPETENCIA FUNCIONAL DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / PROHIBICIÓN AL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

**Problema jurídico 1:** *¿Procede, en este caso, la liquidación del lucro cesante con acrecimiento para la cónyuge supérstite, teniendo en cuenta que, dicho acrecimiento no fue solicitado en la demanda?*

**Tesis 1:** “1. Discrepo de la forma como se reconoció el lucro cesante solicitado por los demandantes, el cual se liquidó con fórmula de acrecimiento para la cónyuge sobreviviente. Si bien la figura del acrecimiento quedó establecida por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, proferida el 22 de abril de 2015 (Rad. 19146), como una indemnización, con fundamento en los principios de justicia, equidad y reparación integral, que realiza el deber ser de la distribución del patrimonio de los padres a los integrantes del grupo familiar que dejaron de percibir la ayuda económica del fallecido, en este caso no procede la liquidación del lucro cesante con acrecimiento para la cónyuge supérstite. El artículo 305 del CPC, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del CCA, establece que la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades previstas en la ley. El precepto también prohíbe al juez condenar al demandado por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente a la invocada en esta. Lo anterior para lograr la congruencia del fallo. La sentencia de unificación que estableció el acrecimiento reiteró que, la competencia del juez de segunda instancia se limita a los temas planteados en el recurso, salvo los asuntos en los que procede excepcionalmente el ejercicio de las facultades oficiosas, sin que en esta sede resulten posibles los pronunciamientos sobre otros aspectos. Esta decisión se refirió a la uniforme jurisprudencia del Consejo de Estado que ha señalado que el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión de primera instancia. En este caso, las pretensiones de la demanda solicitan la liquidación de los perjuicios materiales sin acrecimiento y en el recurso de apelación nada se pide al respecto. No obstante, la sentencia, de manera oficiosa, procedió a liquidar el lucro cesante de la cónyuge supérstite con acrecimiento. Estimo que aplicar en este caso la figura mencionada vulnera la regla de consonancia o congruencia de la sentencia, pues la imparcialidad de la decisión exige identidad entre lo decidido y el petitum [las pretensiones] y la causa petendi [los hechos que le sirven de fundamento], dado que ello excede el ámbito de la controversia propuesta por las partes.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el acrecimiento del lucro cesante, ver: Consejo de Estado, sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, del 22 de abril de 2015, exp. 19146, MP. Stella Conto Díaz del Castillo.

## ACLARACIÓN DE VOTO / LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / SALARIO MÍNIMO LEGAL / APLICACIÓN DE PRESUNCIÓN DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL / FIJACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL / PRESUNCIÓN DE QUE TODA PERSONA QUE SE ENCUENTRE EN EDAD PRODUCTIVA DEVENGA / MONTO DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL / ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

**Problema jurídico 2:** *¿La liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso, por lo que era innecesaria la operación de traer a valor presente el SMLV para la fecha de los hechos?*

**Tesis 2:** “La sentencia tiene como base de la liquidación del lucro cesante el salario mínimo legal vigente, porque en el proceso quedó demostrado que la víctima realizaba una actividad productiva lícita para el momento de su muerte, sin que se hubiera determinado por algún medio probatorio la suma que recibía de forma mensual. Para efectuar la liquidación, la providencia opta por utilizar el mecanismo de comparar el valor del salario mínimo de la época del daño traído a valor presente con el valor del salario mínimo vigente a la fecha de la sentencia, siendo esta una operación innecesaria, pues conforme a la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 18 de julio de 2019 (Rad. 44572), en todos los casos la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, exp. 44572, MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera

## ACLARACIÓN DE VOTO / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CAMPESINO PRESENTADO COMO GUERRILLERO / TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / EJÉRCITO NACIONAL / PRUEBA DE LA CAUSA EXTRAÑA / CAUSALES EXIMENTES DE

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / ACTIVIDAD PELIGROSA / PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD PELIGROSA / RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD PELIGROSA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA**

*Problema jurídico 3: ¿Frente a la actividad peligrosa desplegada por el Ejército Nacional el título de imputación procedente es el objetivo de riesgo excepcional, donde el demandante debe probar el daño, el nexo causal y que, la actuación desarrollada por la demandada comporta el ejercicio de una actividad peligrosa?*

Tesis 3: “De otra parte, vale la pena también destacar que, en el capítulo de la imputación jurídica, la sentencia señala que, frente a la actividad peligrosa desplegada por el Ejército Nacional, el título de imputación procedente es el objetivo de riesgo excepcional, en donde el demandante únicamente debe probar el daño y el nexo causal. Esta premisa resulta incompleta por cuanto a la parte demandante le incumbe, además, probar que la actuación desarrollada por la demandada comporta el ejercicio de una actividad peligrosa. Se aclara además que para exonerarse de responsabilidad la demandada debe demostrar que operó una causa extraña y no una “causal excluyente de responsabilidad”.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 13 de marzo de 2024; A.V. William Edgardo Barrera Muñoz, radicación 54001-23-31-000-2010-00353-02\(57471\)](#)

## **5. Consejo de Estado condena al INPEC por muerte de dragoneante claustrofóbico**

*Síntesis del caso: “La víctima se encontraba vinculado como Dragoneante del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y entre los años 2000 y 2008 fue diagnosticado con depresión, ansiedad y claustrofobia. El diagnóstico del demandante dio lugar a múltiples recomendaciones médicas que imponían que fuera retirado de actividades en lugares totalmente cerrados o aislados y reubicado en sitios y tareas en el exterior del centro de reclusión, así como prohibían el manejo de armas y la prestación de turnos o guardias nocturnas. El servidor público sufrió infarto agudo del miocardio, cuando se encontraba prestando vigilancia al interior del taller del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Montería.”*

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO A MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / LESIONES / DAÑO CORPORAL / LESIONES PERSONALES / DRAGONEANTE DEL INPEC / REUBICACIÓN DEL EMPLEADO PÚBLICO / REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR / INCAPACIDAD / INCAPACIDAD LABORAL / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD / SUBORDINACIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / DAÑO CAUSADO POR OMISIÓN / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / ACREDITACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

*Problema jurídico 1: ¿Procede la declaratoria de la responsabilidad patrimonial por responsabilidad médica a pesar de no haberse acreditado fehacientemente la causa del daño?*

Tesis 1: El demandante considera que el infarto agudo del miocardio fue consecuencia de las “omisiones administrativas [en que incurrió la entidad demandada] [...] puesto que teniendo conocimiento cierto de la situación de salud del Dragoneante [...] se le ordenó realizar labores en un lugar encerrado, lo que de hecho es un atentado contra la vida del señor CR”. (...) En el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 27 de junio de 2013 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, que negó las pretensiones de la demanda, el extremo activo indicó que el Tribunal Administrativo de Córdoba incurrió en un defecto fáctico porque no valoró la totalidad de los elementos de prueba que obraban en el plenario, situación que, en su sentir, desconoció los derechos del demandante y conllevó a una decisión equivocada, denegatoria de las pretensiones de la demanda. Así, sostuvo que los testimonios y documentos allegados y recaudados en el proceso demostraban que éste padecía de ansiedad, depresión y claustrofobia, que tenía restricciones para laborar en turnos de noche, en sitios cerrados y para portar armamento, e igualmente manifestó que estas circunstancias fueron desconocidas por el INPEC, toda vez que el Comandante de Vigilancia de la Cárcel Las Mercedes le asignó labores al interior del taller de la prisión, dando lugar al

infarto agudo del miocardio padecido por él. En conclusión, considera que en el caso de autos sí se configuran todos los elementos de la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada. (...) En el caso sub examine se tiene que el daño alegado lo constituye el deterioro de la salud debido al infarto agudo del miocardio padecido el 30 de mayo de 2008 por CR, lo cual está acreditado con la certificación emitida el 27 de junio de 2008 por el Área de Medicina Laboral de Coomeva EPS (hechos probados 7.1.24.). Así, se establece la lesión del derecho a la integridad psicofísica del Dragoneante CR y se advierte que se trata de la afectación a un derecho fundamental protegido por el ordenamiento jurídico, que no encuentra justificación legal. En efecto, la integridad física es uno de los derechos inherentes e inalienables de la persona y se constituye en presupuesto esencial para la realización de los demás derechos. Este derecho se encuentra protegido por el artículo 12 Superior, al estatuir que "nadie será sometido [...], a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" y el artículo 5.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece: "[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". De manera que su menoscabo concreta el daño antijurídico, exigido como primer elemento de la responsabilidad administrativa. (...) Para determinar si hay lugar a imputar el daño antijurídico a la entidad demandada, es menester establecer si éste les es atribuible fáctica y jurídicamente. (...) se tiene lo dispuesto en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política, según el cual "el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan". Además, el artículo 54 ibidem consagra la "obligación del Estado y de los empleadores [...] [de] propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud". Lo anterior, es concordante con el deber general dispuesto por el artículo 95.2 Ibid, que obliga a "toda persona" a "obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas". Con fundamento en estos principios constitucionales la Ley 776 de 2002, en sus artículos 4 y 8 estableció la obligación de los empleadores de "ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios". Esto mismo lo reconoció la jurisprudencia y advirtió el derecho de los trabajadores a su reubicación en un puesto o función de trabajo conforme a sus condiciones de salud. Así, ante la disminución o alteración psicofísica que padece un trabajador, sobre la base del principio de solidaridad y de los derechos al trabajo, la dignidad y la igualdad de la persona, se hace necesario que este pueda continuar con la labor que venía desempeñando antes de la alteración psicofísica, o en una de similares características acorde con sus condiciones actuales. Esta filosofía de solidaridad laboral está vigente desde la expedición del Decreto 2351 de 4 de 1965, que en su artículo 16 establece la reinstalación en el empleo al terminar el período de incapacidad temporal o, para nuestro caso, ante una alteración psicofísica, cuando el dictamen o recomendación médica determina que el trabajador puede continuar desempeñando su labor, caso en el cual debe proporcionarse la posibilidad de un "un trabajo compatible con sus aptitudes", aun cuando deban efectuarse "los movimientos de personal que sean necesarios". (...) En otras palabras se tiene acreditada la preexistencia de las alteraciones psicológicas y psiquiátricas padecidas por el Dragoneante CR desde el año 2000 cuando prestaba sus servicios en el Distrito Penitenciario y Carcelario de Santa Marta, los cuales persistieron luego de su traslado al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Montería y se extendieron hasta el año 2008, dado el reiterado diagnóstico de depresión, ansiedad y claustrofobia. (...) respecto a la existencia de recomendaciones médicas claras, que hicieran exigible la reubicación laboral del trabajador o empleado, se advierte que la situación psiquiátrica del demandante dio lugar a una serie de recomendaciones médicas que se extendieron desde el año 2001, hasta el 2008 e, incluso, se prolongaron con posterioridad a la fecha del accidente cardiaco padecido por el demandante. Así, desde el 12 y 25 de agosto de 2003 se advertían las recomendaciones de "NO uso de armamentos", debido a la gravedad del cuadro clínico de CR. De manera que para esta fecha el demandante no podía portar armas ni trasnochar (...) se concluye que el demandante padecía de claustrofobia asociada a síndromes de depresión y ansiedad que dieron lugar a una serie de recomendaciones médicas, oportunamente conocidas por la entidad demandada. (...) queda demostrado que el Comando de Vigilancia del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Montería varió las labores locativas en las que se encontraba reubicado el Dragoneante CR y lo asignó al taller de la prisión, con flagrante desatención de las recomendaciones y restricciones médicas del demandante, lo cual concreta el desconocimiento y trasgresión del derecho de reubicación del empleado. (...) De manera que solo queda por establecer la relación fáctica y causal entre la omisión u acción de la entidad demandada y el daño alegado, en cuyo efecto se resalta el testimonio del Médico Coordinador del Área de Reinserción Social del INPEC, quien advirtió que conocía al demandante en razón a la relación laboral de este con el INPEC, aunque señaló que con anterioridad no tuvo conocimiento directo del cuadro clínico padecido por CR. No obstante, a su vez indicó que ante el comportamiento y el desempeño de las funciones que el demandante exhibía como guardián del INPEC, sí sospecha de la existencia de una patología. (...) adolece de sustento probatorio la afirmación de la entidad demandada que refiere como causa del accidente cardiaco la existencia de antecedentes de obesidad o hábitos de fumador o alcoholismo en la víctima, toda vez que el poco material probatorio que refiere problemas de obesidad es posterior a la ocurrencia del infarto del

miocardio padecido por CR y no obra prueba alguna, ni documental, ni técnica, ni testimonial que permita establecer, directa o indirectamente, el consumo de tabaco o alcohol en el paciente. Estos antecedentes no aparecen anotados en la historia clínica del paciente. Por el contrario, aunado al dicho del el Médico Coordinador del Área de Reinserción Social del INPEC, quien como se dijo evidencia la crisis de estrés por claustrofobia como una causa probable del infarto agudo del miocardio padecido el 30 de mayo de 2008 por CR, se advierte que el infarto se originó justo en el momento en que el Dragoneante CR ingresó al taller de la prisión que, como quedó dicho, era un lugar encerrado, lo cual le desató la crisis de ansiedad, claustrofobia, mareo y dolor en el pecho que ni siquiera le permitió abrir la puerta para salir, por lo que fue auxiliado por un interno que, pese a ser llamado y citado como testigo en el proceso, no compareció. Sin embargo, ello no es óbice para tener acreditado que el infarto se desató en el momento antes indicado, pues los testimonios afirman que luego de entrar en el lugar, el Dragoneante CR salió, dijo que se sentía mal y se retiró – inmediatamente – del centro de reclusión, pasó por su residencia, la cual se ubicaba en las inmediaciones del reclusorio, le pidió a su “esposa Fabiola”, quien ya se encontraba instalada en la residencia del demandante, que le alcanzara los documentos para acudir al servicio de salud y cogió un taxi con destino a la clínica Zayma donde fue hospitalizado e intervenido quirúrgicamente, con el conocido diagnóstico de infarto agudo del miocardio. (...) la crisis por claustrofobia de CR se erige como causa determinante del infarto agudo del miocardio y resulta imputable al desconocimiento de las recomendaciones médicas que exigían la reubicación laboral del Dragoneante para “para mejorar” su estado de salud y evitar situaciones lamentables (hecho probado 7.1.11. y 7.1.21.). Es por ello que, en su certificación de 16 de junio de 2010 la Psiquiatra tratante de CR advirtió que lo ocurrido el 30 de mayo de 2008 “demuestra que su cargo actual no ha permitido su recuperación y por lo contrario lo expone a situaciones de crisis mayores”, lo cual evidencia una vez más el desconocimiento de derecho de reubicación del demandante. Ahora bien, la conclusión que advierte el desconocimiento de las recomendaciones médicas como la causa determinante del daño antijurídico se ve ratificada en la insistencia frente a dichas recomendaciones por parte del personal de sanidad que tiene conocimiento de las circunstancias reportadas por CR, tal y como se observa en la evaluación del Comité Paritario de Salud Ocupacional del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Montería que advierte la necesidad de evitar la ocurrencia de accidentes como el padecido el 30 de mayo de 2008 por el Dragoneante CR mediante el procedimiento interno de reubicación laboral, la instrucción a los funcionarios frente al cumplimiento de esta obligación y la “concientización de los jefes a que se respeten las instrucciones de la reubicación laboral” (hecho probado 7.1.26.). Igualmente, se tiene la evaluación del Área de Medicina Laboral de Coomeva EPS en la que se recomendó evitar la ubicación de Chávez Rodríguez en lugares totalmente cerrados o aislados y las situaciones que le generaran estrés, así como advirtió la necesidad de capacitar en salud ocupacional y riesgos laborales al personal del establecimiento de reclusión (hecho probado 7.1.29.). Asimismo, el manejo psiquiátrico del demandante precisó que debían mantenerse las recomendaciones de reubicación laboral del Dragoneante en un área que no significara un riesgo ante la crisis fóbica del paciente, que no debían asignarse turnos de noche, ni manejo de armamento (hecho probado 7.1.30. y 7.1.39) y, por su parte, el Grupo de Salud Ocupacional del INPEC le solicitó al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Montería que efectuara la reubicación y adecuación del puesto de trabajo del dragoneante, en condiciones que dieran observancia al derecho de reubicación laboral dispuesto en los artículos 4 y 8 de la Ley 776 de 2002 (hecho probado 7.1.36.). Así, se confirma que el daño antijurídico se concretó en razón al desconocimiento de la entidad demandada del derecho de reubicación laboral del demandante y, en tal sentido, el daño antijurídico por él reportado resulta imputable al INPEC.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 24 de abril de 2024, C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 23001-23-31-000-2009-00137-01\(48706\).](#)

SECCIÓN  
CUARTA



**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

**1. Son legales los Conceptos DIAN 100208192-91 del 20 de enero, 100000202-0204 del 20 de febrero y 100208192-255 del 1° de marzo, todos de 2023, dado que no desconocen el sujeto pasivo del impuesto nacional sobre productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes (IPUU), previsto en el artículo 50 de la Ley 2277 de 2022.**

*Síntesis del caso:* Se negó la nulidad de los Conceptos 100208192-91 del 20 de enero, 100000202-0204 del 20 de febrero y 100208192-255 del 1° de marzo, todos de 2023 y en los que la DIAN interpretó que el sujeto pasivo del IPUU es el productor y/o importador de los productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes. Para la Sala, dicha interpretación doctrinal se ajusta a las normas superiores invocadas como vulneradas por el demandante, en la medida en que concuerda con la noción del sujeto pasivo vista de forma armónica con el hecho generador del tributo establecido por el legislador y con las demás normas que regulan este impuesto, así como con los artículos 2 y 792 del Estatuto Tributario, que concatenan la sujeción pasiva a la realización del hecho generador del tributo prescrito en la ley. Así, la Sala estimó que la referida interpretación no implica la modificación del sujeto pasivo del IPUU, ya que, según el hecho generador del impuesto, dicho sujeto no puede ser otro que el productor y/o importador que fabrique, ensamble, remanufacture o importe envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso, como lo ratificó con posterioridad la Corte Constitucional en la sentencia C-506 de 2023, en la que declaró la inexecutable de la expresión «bienes para su comercialización en el territorio colombiano, que estén contenidos en», contemplada en los numerales 1 y 2 del literal c) del artículo 50 de la Ley 2277 de 2022, por hallarla discordante con el hecho generador del tributo, que fue el mismo entendimiento que los conceptos acusados dieron al sujeto pasivo del impuesto.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / EXPEDICIÓN DE SENTENCIA ANTICIPADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO NACIONAL SOBRE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES / MOMENTOS DE CAUSACIÓN DEL IMPUESTO NACIONAL SOBRE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES / SUJETO PASIVO Y RESPONSABLE DEL IMPUESTO NACIONAL SOBRE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES / DEFINICIÓN DE PRODUCTOR Y/O IMPORTADOR DE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES / INEXEQUIBILIDAD PARCIAL DE LA DEFINICIÓN DE PRODUCTOR Y/O IMPORTADOR DE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES – Inexecutable de la expresión «bienes para su comercialización en el territorio colombiano, que estén contenidos en», prevista en los numerales 1 y 2 del literal c) del artículo 50 de la Ley 2277 de 2022, por ser discordante con el hecho generador del tributo contenido en el artículo 51 de la misma Ley / CONTRIBUYENTE O RESPONSABLE DIRECTO DEL PAGO DEL TRIBUTO / DEFINICIÓN DE PRODUCTOR Y/O IMPORTADOR DE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES - Sentencia C-506 de 2023 de la Corte Constitucional / CONCEPTOS DE LA DIAN / LEGALIDAD DE LOS CONCEPTOS DE LA DIAN / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

*Problema jurídico:* ¿Los Conceptos DIAN 100208192-91 del 20 de enero, 100000202-0204 del 20 de febrero y 100208192-255 del 01 de marzo de 2023 desconocen el sujeto pasivo del impuesto nacional

*sobre productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes (IPUU), previsto en el artículo 50 de la Ley 2277 de 2022?*

**Tesis:** “El artículo 51 de la referida ley [2277 de 2022] señaló que el hecho generador del IPUU es «la venta, el retiro para consumo propio o la importación para consumo propio, de los productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes», por lo cual, señaló como momentos de causación «en las ventas efectuadas por los productores, en la fecha de emisión de la factura; en los retiros para consumo de los productores, en la fecha del retiro; y en las importaciones, en la fecha en que se nacionalice el bien», al tiempo que señaló que «el sujeto pasivo y responsable del impuesto **es el productor o importador, según corresponda**». Por su parte, el artículo 50 de la misma ley estableció una serie de definiciones que debían tenerse en cuenta para efectos del IPUU, entre estas la de «productor y/o importador de productos plásticos de un solo uso», indicando por tales a «la persona natural o jurídica que, con independencia de la técnica de venta utilizada, incluidas las ventas a distancia o por medios electrónicos, cumpla con alguna de las siguientes características: (1) fabrique, ensamble o remanufacture **bienes para su comercialización en el territorio colombiano, que estén contenidos en** envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso; (2) importe **bienes para su comercialización en el territorio colombiano, que estén contenidos en** envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso». Al interpretar estas dos normas, la DIAN señaló que «para efectos del impuesto nacional sobre productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes, el sujeto pasivo es quien realiza el hecho generador establecido en el artículo 51 ibidem, el cual se refiere al productor y/o importador que venda, retire o importe para consumo propio productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes». En criterio de la DIAN, respecto a la sujeción pasiva no podía aplicarse la definición de productor y/o importador establecida en el literal c) del artículo 50 de la ley 2277 de 2022, toda vez que es una «persona distinta a la que se invoca en el hecho generador», por lo que, de aplicarse, el sujeto pasivo del impuesto sería el productor y/o importador de los bienes contenidos en los envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso y no el productor y/o importador de dichos plásticos, que es lo pretendido por el artículo 51 de la misma ley, al definir el hecho generador del impuesto. En la exposición de motivos del proyecto de ley que dio origen al IPUU, se evidencia que, desde un principio, la finalidad del impuesto fue la de gravar la venta, el retiro o la importación de los envases, empaques y embalajes plásticos, así como a aquellos que los producen o importan (...) Así, a partir de lo previsto en el artículo 51 de la Ley 2277 de 2022 y la exposición de motivos de dicha norma, el hecho generador del impuesto hace referencia a productos de plástico de un solo uso que son utilizados para envasar, embalar o empacar bienes por primera vez y no a bienes ya envasados, embalados o empacados en productos de plásticos de un solo uso, cómo sería el caso de atender a la definición aislada de productor y/o importador contenida en el literal c) del artículo 50 de esta ley, como lo reclama el demandante. En efecto, el literal c) del artículo 50 de la Ley 2277 de 2022 señaló que para efectos del IPUU es productor y/o importador quien fabrique, ensamble, remanufacture o importe bienes para su comercialización en el territorio colombiano, que estén contenidos en productos plásticos de un solo uso. Sin embargo, para que el sujeto pasivo del impuesto guarde armonía con el hecho generador debe entenderse que corresponde al productor y/o importador que fabrique, ensamble, remanufacture o importe envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso, como lo corroboró la Corte Constitucional en la sentencia C-506 de 2023, que justamente declaró inexecutable la expresión «**bienes para su comercialización en el territorio colombiano, que estén contenidos en**», contemplada en los numerales 1 y 2 del literal c) del artículo 50 de la Ley 2277 de 2022, por hallarla discordante con el hecho generador del tributo. (...) De este modo, la declaratoria de inexecutable de la referida expresión reafirmó, de acuerdo con el artículo 51 de la Ley 2277 de 2022 y su exposición de motivos, que el sujeto pasivo del IPUU es el productor y/o importador (persona natural o jurídica) que, con independencia de la técnica de venta utilizada, incluidas las ventas a distancia o por medios electrónicos, cumpla con alguna de las siguientes características: (i) fabrique, ensamble o remanufacture para la venta o retire para consumo propio envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso (en el caso del productor), o (ii) importe para consumo propio envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso (en el caso del importador). Y ese es el mismo entendimiento que los conceptos acusados dieron al sujeto pasivo del impuesto. De acuerdo con lo anterior, la interpretación doctrinal realizada por la DIAN no significa una modificación del sujeto pasivo del IPUU, ya que, según el hecho generador del tributo, dicho sujeto no puede ser otro que el productor y/o importador que fabrique, ensamble, remanufacture o importe envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso, como lo ratificó con posterioridad la sentencia C-506 de 2023. Como lo defendió la demandada, dicha interpretación era la única viable para aplicar el tributo recién creado, lo cual se acompasa con los artículos 2 y 792 del ET, que al efecto disponen que «son contribuyentes o responsables directos del pago del tributo los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación tributaria sustancial». Y aunque en los actos demandados se sostuvo que en la determinación del sujeto pasivo del tributo no se aplicó el literal c) del artículo 50 de la Ley 2277 de 2022, la Sala entiende que materialmente se aplicó, pero armonizándolo con el artículo 51 de la misma ley, como lo corroboró después la sentencia C-506 de 2023. En este mismo sentido, lo había definido la Sala en providencia del 13 de diciembre de 2023, exp. 27715, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, en la

que se señaló que, «partiendo de los elementos estructurales del tributo fijados en el artículo 51 de la citada ley, y de la definición de productor y/o importador de productos plásticos de un solo uso, prevista en el literal c) del artículo 50 ib., en los términos indicados por la Corte Constitucional en la sentencia C-506 de 2023», lo interpretado por la DIAN no reportaba contradicción manifiesta con las normas invocadas por el demandante. En definitiva, la interpretación realizada por la DIAN en los conceptos demandados, referente a que el sujeto pasivo del IPUU es el productor y/o importador de los productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes, es ajustada a las normas superiores invocadas como vulneradas por el demandante, en la medida en que concuerda con la noción del sujeto pasivo vista de forma armónica con el hecho generador del tributo establecido por el legislador y con las demás normas que regulan este impuesto, así como con artículos 2 y 792 del ET, que concatenan la sujeción pasiva a la realización del hecho generador del tributo prescrito en la ley. Finalmente, aunque la actora formuló pretensiones subsidiarias, éstas se encuentran relacionadas con el entendimiento de que la sujeción pasiva del tributo recaía en el productor y/o importador de bienes contenidos en envases de plástico de un solo uso. No obstante, como acaba de verse, dicha discusión quedó superada, con lo cual, la Sala no encuentra ninguna inconformidad entre las respuestas a los interrogantes planteados en los conceptos, pues tales respuestas parten del supuesto de que es sujeto pasivo del IPUU el productor y/o importador de bienes plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes, lo cual guarda coherencia con el hecho imponible del impuesto.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de mayo de 2024, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2023-00014-00 \(27616\).](#)

#### Salvamento de voto del consejero Wilson Ramos Girón

**SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO NACIONAL SOBRE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES / DEFINICIÓN DE PRODUCTOR Y/O IMPORTADOR DE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES / HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO NACIONAL SOBRE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES / ALCANCE DE LA INEXEQUIBILIDAD PARCIAL DE LA DEFINICIÓN DE PRODUCTOR Y/O IMPORTADOR DE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES – Inexequibilidad de la expresión «bienes para su comercialización en el territorio colombiano, que estén contenidos en», prevista en los numerales 1 y 2 del literal c) del artículo 50 de la Ley 2277 de 2022 / DEFINICIÓN DE PRODUCTOR Y/O IMPORTADOR DE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES - Efectos de la sentencia C-506 de 2023 de la Corte Constitucional / APLICABILIDAD DEL IMPUESTO NACIONAL SOBRE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES - Solo con la sentencia de inexequibilidad C-506 de 2023 de la Corte Constitucional hay certeza en torno al tributo, con lo cual no es aplicable sino a partir de esa decisión / CONCEPTOS DE LA DIAN / ALCANCE DE LOS CONCEPTOS DE LA DIAN / ILEGALIDAD DE LOS CONCEPTOS DE LA DIAN**

**Tesis:** “En el asunto, la Sala juzgó y concluyó la legalidad de los actos administrativos acusados, por lo que negó las pretensiones de la demanda. En dichos actos, la DIAN interpretó que «para efectos del impuesto nacional sobre productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes, el sujeto pasivo es quien realiza el hecho generador establecido en el artículo 51 ibidem, el cual se refiere al productor y/o importador que venda, retire o importe para consumo propio productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes». En criterio de la entidad, respecto a la sujeción pasiva no podía aplicarse la definición de productor y/o importador establecida en el literal c) del artículo 50 de la ley 2277 de 2022, toda vez que es una «persona distinta a la que se invoca en el hecho generador», por lo que, de aplicarse, el sujeto pasivo del impuesto sería el productor y/o importador de los bienes contenidos en los envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso y no el productor y/o importador de dichos plásticos, que es lo pretendido por el artículo 51 de la misma ley, al definir el hecho generador del impuesto. El demandante, en síntesis, con fundamento en el artículo 338 de la CP, adujo evidente infracción de las normas superiores -artículos 50 a 53 de la Ley 2277 de 2022- porque los conceptos demandados modifican los elementos esenciales del impuesto nacional sobre productos plásticos de un solo uso (IPUU), en particular, el sujeto pasivo que se ve alterado por vía de doctrina, en abierto desconocimiento de los principios de reserva de ley, legalidad y certeza tributaria, porque es el legislador quien debe fijar los elementos esenciales del tributo. Los intervinientes expresaron que los actos demandados desconocen los principios de legalidad y certeza tributaria porque al interpretar la ley

desconocen artículo 50 literal c) de la Ley 2277 de 2022, que establece el sujeto pasivo del IPUU. Y que, más allá de la contradicción que pueda existir entre los artículos 50 y 51 de Ley 2277 de 2022, la DIAN no puede modificar la redacción de la ley, desconociendo uno de sus artículos y privilegiando la aplicación del otro, para alterar el sujeto pasivo del tributo, al paso que cualquier error deberá ser subsanado a través de una ley, que no vía doctrina. Con posterioridad, la Corte Constitucional declaró «inexequible la expresión “bienes para su comercialización en el territorio colombiano, que estén contenidos en” prevista en los numerales 1º y 2º del literal c) del artículo 50 que, a propósito de la definición de la sujeción pasiva del impuesto, no es coincidente o no se corresponde con la manera como fue definido el hecho gravable del tributo en el artículo 51 del mismo estatuto legal, que creó el tributo a los productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes y definió sus elementos estructurales». En su alegato final, el demandante adujo que si bien mediante la referida sentencia la Corte Constitucional declaró inexequibles unas expresiones del literal c) del artículo 50 de la Ley 2277 de 2022, en dicho fallo se dejó en claro que es a la Corte, no a la autoridad administrativa, a quien corresponde determinar si la norma legal respeta el principio de certeza tributaria para mantenerla o excluirla del ordenamiento jurídico; y que, como hasta la sentencia C-506 de 2023 el IPUU era aplicable a los supuestos descritos en la demanda y no a los señalados en los conceptos demandados, correspondía anular tales actos, por su abierta oposición a la ley vigente antes de la sentencia mencionada. La mayoría de la Sala consideró que la declaratoria de inexequibilidad de la referida expresión reafirmó que «el sujeto pasivo del IPUU es el productor y/o importador (persona natural o jurídica) que, con independencia de la técnica de venta utilizada, incluidas las ventas a distancia o por medios electrónicos, cumpla con alguna de las siguientes características: (i) fabrique, ensamble o remanufacture para la venta o retire para consumo propio envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso (en el caso del productor), o (ii) importe para consumo propio envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso (en el caso del importador). Y ese es el mismo entendimiento que los conceptos acusados dieron al sujeto pasivo del impuesto». Así, bajo esa perspectiva de valoración concluyó que «la interpretación doctrinal realizada por la DIAN no significa una modificación del sujeto pasivo del IPUU, ya que, según el hecho generador del tributo, dicho sujeto no puede ser otro que el productor y/o importador que fabrique, ensamble, remanufacture o importe envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso, como lo ratificó con posterioridad la sentencia C-506 de 2023». Me aparté de la posición mayoritaria de la Sala, pues a mi juicio, en el *sub examine*, solo con la citada sentencia de inexequibilidad hay certeza en torno al tributo (IPUU), con lo cual no es aplicable sino a partir de esa decisión. Lo anterior, justamente con fundamento en lo expuesto y concluido por la Corte Constitucional, al precisar que: «80. Por tanto, si se examinan los antecedentes que precedieron y/o acompañaron el proceso de creación democrática de la Ley y, al paso, se toma nota del contexto normativo en el que estas normas quedaron incorporadas, entonces, **resulta claro que declarar inexequible la expresión** no coincidente “bienes para su comercialización en el territorio colombiano, que estén contenidos en” contemplada en los numerales 1 y 2 del literal c) del artículo 50 **permite armonizar “los elementos de la sujeción pasiva y el hecho gravable del tributo** prevista en el artículo 51, en el sentido de que ese hecho generador del impuesto no es otro distinto que “la venta, el retiro para consumo propio o la importación para consumo propio, de los productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes. (...) 84. La Sala encuentra que la lectura conjunta de los artículos 50 y 51 de la Ley 2277 de 2022, **tras el retiro de la expresión** contemplada en los numerales 1o y 2o del literal c) del artículo 50, **permite entender que lo que grava el tributo** no es el bien contenido en el envase, embalaje o empaque, sino el material de plástico de un solo uso utilizado para envasar, embalar o empacar bienes. **De este modo, se hace factible aplicar el impuesto.** Tal circunstancia, representa también un avance importante en el esfuerzo por salvaguardar el medio ambiente y la salud, bienes estos constitucionalmente protegidos que se han visto severamente afectados con la masiva proliferación de plásticos de un solo uso. (...) Según la Sala, **esta declaratoria de inexequibilidad parcial** de las definiciones contempladas en los numerales 1o y 2o del literal c) del artículo 50 no solo **contribuye a evitar la oscuridad o falta de claridad, certeza y seguridad jurídica en relación con los elementos estructurales que configuran el impuesto** creado por el artículo 51 de la Ley 2277 de 2022, sino que, **al permitir que el tributo sea aplicable**, representa un avance importante en el esfuerzo por salvaguardar el medio ambiente y la salud, bienes estos constitucionalmente protegidos que se han visto severamente afectados con la masiva proliferación de plásticos de un solo uso. (...)». (se destaca) Es cierto que los conceptos que expide la autoridad tributaria delimitan el alcance e interpretación general de las normas impositivas y en cuanto tienen un evidente componente normativo orientan la actuación no solo de los contribuyentes, sino de la propia administración. Sin embargo, en el ejercicio de esa competencia la autoridad impositiva no podría, como equivocadamente lo consideró la Sala, enmendar el error incurrido por el legislador, con el fin de hacer aplicable el impuesto nacional sobre productos plásticos desde su vigencia. Considerar que la autoridad tributaria puede corregir tales yerros conlleva a que la tutela judicial pierda su razón de ser. Por tanto, en mi opinión, correspondía acceder a las pretensiones de la demanda, o al menos declarar la legalidad condicionada en el sentido precisado por la Corte Constitucional, toda vez que a la luz del artículo 338 de la CP, la aplicación del impuesto en cuestión solo podía operar a partir de la referida decisión de inexequibilidad, que dotó de certeza, claridad y seguridad jurídica en torno al tributo en general y a sus elementos estructurales en particular.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de mayo de 2024, S. V. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2023-00014-00 \(27616\).](#)

**2. En el contexto del régimen de precios de transferencia se estudia la procedencia del cambio de método para determinar el margen de utilidad de las operaciones controladas, así como la periodicidad de la información de los comparables que procede utilizar para efectuar el análisis de comparabilidad y la viabilidad de los ajustes de comparabilidad y del rechazo o no de determinados comparables.**

*Síntesis del caso:* Se analizó la legalidad de los actos administrativos en los que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios que presentó la actora por el año gravable 2011, en el sentido de desconocer costos de ventas por el supuesto incumplimiento del régimen de precios de transferencia, lo que derivó en un mayor valor del impuesto, en el rechazo de pérdidas, así como en la imposición de sanciones por inexactitud y por disminución de pérdida fiscal y en la liquidación de un saldo a pagar. A juicio de la DIAN, no se cumplió con el régimen de precios de transferencia en las transacciones con vinculados del exterior en las operaciones de: i) compra de inventario (vehículos) para distribución (CBU) y de, ii) compra de inventario para producción (CKD). En la primera, porque se utilizó información de los comparables de los años 2008 a 2010, y no del 2011, además, la DIAN no estuvo de acuerdo con la muestra de comparables utilizados y rechazados, en razón del porcentaje de intangibles no rutinarios utilizados (no debían rechazarse las que superaran un 5%, sino un 3%). En la segunda operación, la Administración de Impuestos hizo un cambio de método (de Costo Adicionado a Márgenes Transaccionales de Utilidad) y, como consecuencia de ello propuso el cambio del indicador de utilidad, cuestionó el período de la información utilizada de los comparables, descartó algunas compañías utilizadas en la muestra, por el porcentaje de intangibles y porque hacen parte de grupos multinacionales, e incluyó unas nuevas e indicó que no era necesario hacer ajustes por situaciones atípicas. La Sala confirmó la nulidad de los actos acusados decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tras concluir que no procedía la modificación de la declaración de renta de la actora ni, por ende, el desconocimiento de los costos de ventas por su incremento presuntamente desproporcionado, dada la improcedencia del cambio de método propuesto por la DIAN para la operación de egreso por compra de inventario para producción CKD; la viabilidad de la utilización de información de los comparables de los años 2008 a 2010, para la realización del estudio de precios de transferencia; la improcedencia del rechazo de comparables que tenían intangibles no rutinarios superiores a 3% y no a 5% y del Good Will como activo rutinario y la procedencia de los ajustes de comparabilidad efectuados en el estudio de precios de transferencia.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA / RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / MÉTODOS PARA DETERMINAR EL MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / DECLARACIÓN INFORMATIVA INDIVIDUAL DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD EN LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / DIRECTRICES DE LA OCDE EN MATERIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / CRITERIO AUXILIAR DE INTERPRETACIÓN / MÉTODO DEL COSTO ADICIONADO / APLICACIÓN DE MÉTODOS TRADICIONALES /

## APLICACIÓN DE MÉTODOS TRANSACCIONALES DE UTILIDAD / OPERACIÓN DE COMPRA DE INVENTARIO PARA LA PRODUCCIÓN CDK / MÉTODO DEL COSTO ADICIONADO / IMPROCEDENCIA DEL CAMBIO DE MÉTODO PARA DETERMINAR EL MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / FACULTAD DE FISCALIZACIÓN DE LA DIAN / CARGA DE LA PRUEBA DE LA DIAN

**Problema jurídico 1:** *¿Procedía el cambio de método propuesto por la DIAN para el análisis de la operación de egreso por compra de inventario para producción CKD?*

**Tesis 1:** "1. **Cambio de método** En relación con el método aplicable para determinar el precio o margen de utilidad de la transacción controlada, la demandante analizó la operación de compra de inventario para la producción- CDK con el método del costo adicionado, mientras que la Administración consideró que el método de márgenes transaccionales de utilidad era el más apropiado para determinar el cumplimiento del principio de plena competencia, debido a que el costo adicionado es propio de manufactureros sin grandes funciones ni riesgos y los productos son adquiridos a terceros independientes y no a vinculados. Agregó que la variable controlada es el costo de ventas en el caso de Sofasa. La sentencia de primera instancia desestimó la modificación del método bajo el argumento de que la Administración debe ser flexible y no desestimar ninguno de estos en particular. En la apelación, la DIAN considera que la elección del método está condicionada a la realidad económica del ente y que, en el caso concreto, la demandante asume funciones adicionales a la producción para comercialización e incurre en altos riesgos. Anotó que los productos se adquieren de vinculados y no de terceros independientes, por lo que la variable controlada es el costo de ventas. Destaca la Sala que, como se precisó en la sentencia del 22 de febrero de 2018, exp. 20524, CP. Julio Roberto Piza Rodríguez, el régimen de precios de transferencia tiene por objetivo que, en la determinación del impuesto sobre la renta, el contribuyente que realiza operaciones con vinculados económicos del exterior cuantifique sus ingresos, costos y deducciones, a valores que sean comparables con aquellos determinados entre partes independientes, de forma que se utilicen precios de mercado (principio de plena competencia), de acuerdo con lo previsto en el artículo 260-1 del Estatuto Tributario, vigente para la época de los hechos. Ahora bien, para efectos de demostrar el cumplimiento del principio de plena competencia, el contribuyente debe observar el deber formal de presentar la declaración informativa, y de preparar la documentación comprobatoria regulada en el artículo 260-4 *ibidem*, la cual actúa como soporte de la información reportada en la declaración informativa. Estos documentos, que contienen el análisis de las operaciones con vinculados, deben cumplir con los requisitos indicados en la ley, que, entre otros, exigen que el contribuyente compruebe cuál fue el precio o margen de utilidad en las operaciones celebradas con vinculados del exterior, aplicando cualquiera de los métodos señalados en el Estatuto Tributario, para lo cual, a la fecha de los hechos, debía tenerse en cuenta aquel método que resultara más apropiado, de acuerdo con las características de las transacciones analizadas. Así las cosas, el artículo 260-2 del Estatuto Tributario (bajo la redacción de la Ley 788 de 2002) establecía como métodos el precio comparable no controlado, precio de reventa, costo adicionado, partición de utilidades, residual de partición de utilidades y márgenes transaccionales de utilidad de la operación. A su vez, el artículo 7 del Decreto 4349 de 2004, vigente para la época de los hechos, señalaba que en la documentación comprobatoria se debía mencionar el método seleccionado para analizar cada operación, indicando el criterio y elementos objetivos considerados para concluir que el método utilizado es el más apropiado, de acuerdo con las características del tipo de operación analizada. Adicionalmente, la misma norma disponía que, para determinar que el método utilizado era el más apropiado, este debía ser el que mejor reflejara la realidad económica del tipo de operación, ser compatible con la estructura empresarial y comercial, contar con la mejor cantidad y calidad de información, contemplar el mayor grado de comparabilidad y requerir el menor nivel de ajustes. Por su parte, las Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), versión 2010 (Directrices o Guías en Materia de Precios de Transferencia), las cuales son un criterio auxiliar de interpretación en esta materia, señalaron sobre la selección de los métodos que estos permiten determinar si las condiciones de las relaciones comerciales o financieras entre empresas asociadas son compatibles con el principio de plena competencia, que no existe algún método que resulte útil en todas las circunstancias, ni la aplicación de cualquier método en particular debe ser desestimada. Estas Guías también señalan que no es posible establecer normas específicas que cubran todos los casos, y que en general, las partes deberían intentar llegar a un acuerdo razonable, teniendo presente la imprecisión de los diversos métodos, la preferencia por grados más altos de comparabilidad y por una relación más directa y cercana a la operación. Con base en todo lo anterior, esta Sección ha señalado en otras oportunidades que, el contribuyente tiene la potestad de utilizar cualquiera de los métodos contemplados en las normas "para sustentar la adecuación de sus operaciones con vinculados económicos con el régimen de precios de transferencia, teniendo en cuenta el método que sea más adecuado para el análisis de sus propias operaciones." Ahora, acerca del método del costo adicionado, que se ubica dentro de los métodos tradicionales, las Directrices citadas indican que este parte de los costos en que ha incurrido el proveedor de los bienes en una operación vinculada, por los

bienes transmitidos a un comprador asociado, el cual se incrementa en un margen que le permite obtener un beneficio apropiado teniendo en cuenta las funciones desempeñadas y las condiciones de mercado (parágrafo 2.39 Guías, versión 2010). A estos efectos, una operación no controlada es comparable a una operación controlada, a fin de aplicar el método del costo adicionado, si: (i) ninguna de las diferencias (si las hubiera) entre las operaciones que se comparan o entre las empresas que llevan a cabo esas operaciones, influye significativamente en el margen incrementado sobre el coste en el mercado libre; o (ii) pueden realizarse ajustes lo suficientemente precisos como para eliminar los efectos importantes que puedan provocar esas diferencias (parágrafo 2.41, Guías, versión 2010). Las discordancias en los niveles y tipos de gastos derivadas de diferencias funcionales pueden resolverse con el ajuste del margen incrementado sobre el costo o el establecimiento de remuneraciones independientes para funciones adicionales distintas. Ahora, si bien los métodos tradicionales pueden ser la forma más directa de establecer si las condiciones en las relaciones comerciales y financieras entre partes relacionadas se llevan bajo el principio de plena competencia; las complejidades de la vida real de los negocios pueden poner dificultades prácticas en la aplicación de los métodos tradicionales. En estas situaciones excepcionales, cuando no hay suficiente información disponible, o la información disponible no es de suficiente calidad para utilizar un método tradicional, puede ser necesario definir si y bajo qué condiciones otros métodos pueden ser utilizados, esto es, los métodos transaccionales de utilidad. En definitiva, aun cuando el método del costo adicionado puede ser el medio más directo para determinar si el precio fijado en una operación entre vinculadas corresponde al precio de mercado entre partes independientes en transacciones comparables, no siempre es posible hallar medios de contraste que aseguren que no existen diferencias significativas que puedan afectar materialmente la determinación del precio, o que existiendo tales diferencias no puedan ser calculadas y ajustadas con precisión, en lo relativo a las características propias del bien, las funciones desempeñadas por las partes, incluyendo los riesgos asumidos, y los términos de negociación. En estos casos, es decir cuando se establece por las razones antes explicadas que el método de costo adicionado no es el más adecuado, puede hacerse necesario realizar el análisis de comparabilidad utilizando un método de utilidad transaccional, que permita determinar si la operación analizada garantiza el cumplimiento del principio de plena competencia, caso en el cual el método de márgenes transaccionales de utilidad puede resultar más apropiado. Bajo este método, se hace un especial énfasis en las funciones desarrolladas por las partes y los indicadores de utilidad pueden resultar menos afectados por las diferencias en los bienes y condiciones de la transacción. Señalado lo anterior, para establecer si en el caso bajo análisis era procedente el cambio de método pretendido por la demandada, y con ello el ajuste planteado en la liquidación oficial, la Sala tiene por probados los siguientes hechos: El estudio de precios de transferencia da cuenta de que (...) Sofasa S.A.: a. Registró, entre otras, operaciones de compra de inventarios para producción (CKD) con sus vinculadas del exterior Renault do Brasil, Renault S.A.S., Nissan Mexicana de CV, Renault Argentina S.A. y Cormecanica S.A. b. Dentro de la revisión de los atributos de las transacciones relevantes para llevar a cabo el análisis de comparabilidad incluyó los «riesgos» de productos, de cartera, de mercado, cambiario, por posesión de activos. c. En las funciones que figuran en el estudio se relacionan: los procesos de fabricación, las compras de materias primas y vehículos terminados, el manejo de inventarios, ventas, prestación de servicios de ingeniería locales, oferta de garantías, publicidad de marca y entrenamiento de personal. d. El método seleccionado como apropiado, para la operación de compra de inventarios para producción- CKD, fue el de Costo Adicionado. Para aplicarlo, explicó que *“la operación realizada por la compañía consiste en la transformación y venta de CKD y las actividades desarrolladas por Sofasa en el ensamble de vehículos, se concentran a nivel bruto en sus resultados.”* Respecto al método de márgenes transaccionales de utilidad, indicó que se rechazaba su aplicación, considerando la elección del método del costo adicionado. e. La parte a examinar seleccionada fue la propia demandante y las comparables seleccionadas fueron once compañías ubicadas en el exterior. f. La información financiera de Sofasa no se sometió a ajuste alguno. No obstante, respecto de los comparables, ajustó las diferencias presentadas en cuentas por cobrar, inventarios y cuentas por pagar (cuentas todas de balance). El resultado fue:

Medida Estadística	Rango Ajustado
Cuartil inferior	14,420%
Mediana	21,440%
Cuartil Superior	27,490%

g. El margen determinado para la demandante para el período examinado fue 15.676%, es decir, dentro del rango ajustado. Ahora bien, teniendo en cuenta que los planteamientos de la apelante se encuentran dirigidos a la demostración de la procedencia del método de márgenes transaccionales de utilidad sobre el determinado por la demandada en la liquidación oficial (método del costo adicionado), con base en el cual esta última realizó el ajuste de la operación analizada, sea lo primero mencionar que la norma vigente en la época de los hechos, no establecía preferencia alguna para la aplicación de uno u otro método de aquellos listados en el artículo 260-2 del Estatuto Tributario. De hecho, al tenor literal de la norma se observa que el legislador hizo referencia a que el contribuyente *“podría”* determinar el precio o margen de utilidad mediante *“cualquiera”* de los métodos listados en el artículo 260-2, siendo la única orientación,

*“cuál resulta más apropiado de acuerdo con las características de las transacciones analizadas”.* Es decir, el legislador no previó un orden de prelación en los métodos, ni tampoco especificó los casos en los que cada uno era aplicable, de modo que para la vigencia fiscal sobre la que versa la discusión, la norma colombiana dejaba en libertad al contribuyente para la elección del método, siempre y cuando demostrara las razones por las que aquel seleccionado era el más apropiado para las particulares circunstancias de la transacción analizada. Por consiguiente, bajo el supuesto de la facultad otorgada por la norma al contribuyente para elegir el método más apropiado, se debe analizar si la demandante demostró las circunstancias por las cuales el método del costo adicionado era el más apropiado para su particular operación. Al respecto, el contribuyente presentó la siguiente información en su estudio de precios de transferencia: **1. Descripción de la compañía:** Su objeto social incluye el ensamblaje, fabricación y venta de toda clase de vehículos automotores, así como las partes, componentes y repuestos destinados a tales vehículos automotores. Cuenta con dos sedes en Chía y en Envigado. **2. Estructura organizacional y funcional:** La Junta Directiva aprueba los presupuestos y programas de inversión, establece las políticas de precios y autoriza a la gerencia para celebrar contratos, otorgar garantías y adquirir equipos industriales de cierta cuantía. La compañía ensambla CKD e importa CBU únicamente vehículos de marca Renault, comercializa los accesorios originales para los vehículos y ofrece servicios de financiamiento, atención al cliente, mantenimiento y reparación y asistencia. **3. Tipos de operación:** La sociedad registra operaciones de ingreso por venta de inventarios producidos, venta de inventarios no producidos, por publicidad, servicios técnicos y recuperación de gastos y garantías. Así mismo, reporta operaciones de egreso por compras de inventarios para producción, de inventarios para distribución, servicios administrativos, regalías, asistencia técnica, servicios técnicos, intereses, garantías, de activos fijos y recuperación de gastos. **4. Proceso de fabricación:** Se desarrolla en la planta de producción de Envigado, Antioquia. Comienza con la aprobación del ensamble de un nuevo modelo. El proceso se divide en tres fases: soldadura, pintura y ensamble, que están asociadas a actividades de compras productivas, ingeniería y especificaciones. **5. Compras:** La compañía adquiere CKD y materias primas para su actividad de ensamble de vehículos. La totalidad del CKD es adquirido de vinculados económicos, mientras que la mayor parte de las materias primas son adquiridas de vinculados y una parte menor de terceros independientes. También adquiere vehículos terminados CBU de vinculados económicos para reventa local y exportaciones e, igualmente, repuestos y materias primas para reventa local y en el exterior. **6. Manejo de inventarios:** Existen políticas definidas para su manejo. **7. Ventas:** La mayor parte se concentra en el mercado local, en donde se realizan ventas de vehículos ensamblados localmente, importados y repuestos adquiridos de vinculados y terceros. Las exportaciones no son representativas. **8. Servicios:** La sociedad recibe servicios técnicos por el uso de los sistemas centrales de información (IT). Localmente, presta servicios de ingeniería y ofrece garantía sobre vehículos vendidos y recupera gastos de publicidad. **9. Distribución:** Se realiza a través de operador logístico. **10. Entrenamiento de personal:** La compañía capacita a sus empleados de manera continua. **11. Riesgos asumidos:** por pérdidas relacionadas con reclamaciones sobre el desempeño y calidad de productos, riesgos de cartera, de mercado por estrategias de la competencia, cambiarios, por posesión de activos. En el estudio de precios de transferencia, el contribuyente analizó de manera separada cada uno de los tipos de operación reseñados, incluyendo los servicios intra grupo y los gastos de publicidad. Respecto de la operación cuestionada por la DIAN, que se refiere a una operación de egreso por compra de inventario, seleccionó el método del costo adicionado, en los términos reseñados precedentemente. Ahora bien, en la liquidación oficial discutida, la demandada propuso la modificación del método seleccionado por cuanto este está dado para un manufacturero que no asuma grandes funciones ni riesgos, tales como garantías, esquemas comerciales y de mercadeo complejos. Indicó que el método seleccionado se utiliza cuando se adquiere productos a proveedores independientes para vender a independientes, lo cual no ocurre en este caso pues adquiere a vinculados, siendo la variable controlada el costo. Puntualizó que el indicador razonable debía tomar en cuenta las inversiones y esfuerzos de la estructura económica de Sofasa. Dichos argumentos fueron reiterados en sede de apelación. Pues bien, al respecto, sea lo primero precisar que, si bien Sofasa desarrolla funciones adicionales a la compra del inventario para la producción, en sujeción a los lineamientos de las Directrices de la OCDE, el estudio de precios de transferencia da cuenta de que la compañía optó por el análisis separado de operaciones como los gastos asociados a la publicidad y al otorgamiento de garantías, el cual, no fue cuestionado por la Administración. Es así como, salta a la vista, que el método del costo adicionado no debía ser objeto de rechazo en consideración a que las funciones y riesgos que, indica la apelante, desdibujaban a la demandante como manufacturero, pues fueron analizadas por separado. Adicionalmente, no es cierto que el método del costo adicionado se utilice exclusivamente en aquellos eventos en que se adquieren productos a independientes, pues como bien lo señalan las directrices, lo relevante es que los bienes sean transmitidos de un comprador vinculado, como ocurre en este caso. En esencia, el análisis presentado en la documentación comprobatoria involucró un set de comparables cuyo objeto era la manufactura y ensamblaje de vehículos, debido a que las funciones complementarias fueron analizadas por separado. En todo caso, llama la atención que, pese a que las Directrices de la OCDE no desestiman la aplicación del método del costo adicionado debido a la coexistencia de funciones, la Administración sí lo hubiese hecho, sin intentar preservar la aplicación del método seleccionado por el contribuyente, optando por la aplicación de ajustes, si, en gracia de discusión,

hubiese presentado evidencia concreta de cómo estas funciones o los riesgos asumidos contaminaban los resultados del estudio, lo cual no hizo. En relación con este último punto, la Administración de Impuestos no puede perder de vista que, en el desarrollo de las facultades de fiscalización consagradas en el inciso segundo del artículo 260-1 y del inciso final del artículo 260-10 del Estatuto Tributario (para esa época) puede, con base en operaciones comparables con partes independientes, determinar cuáles han debido ser los costos del contribuyente en sus operaciones con vinculados, ajustando así lo inicialmente incluido por el mismo, pero que, precisamente para ejercer estas facultades, si la Administración detecta irregularidades en el estudio de precios de transferencia, debe contradecir la información incluida en el mismo demostrando con pruebas suficientes que lo indicado por el declarante se aparta de la realidad económica de las transacciones. Así, no es suficiente afirmar de manera teórica que en la operación analizada no procedía aplicar el método de costo adicionado porque el mismo sólo podía ser utilizado por *“manufactureros sin grandes funciones ni riesgos”*, sin entrar a explicar en detalle y demostrar con pruebas cuáles eran esas funciones y riesgos asumidos por Sofasa S.A. que permitían concluir que el método seleccionado por esta no era el más apropiado para la transacción controlada. La Sala resalta que la demandada se limitó a plantear que el método de márgenes transaccionales de utilidad era el más apropiado debido a las funciones desarrolladas y los riesgos asumidos por la compañía, sin precisar, en particular, cómo éstas afectaban el análisis bajo el método del costo adicionado. En todo caso, no sobra resaltar que el dictamen pericial aportado da cuenta de que, aun aplicando el método de márgenes transaccionales de utilidad con aplicación de ajustes, la compañía estaría en rango. Ahora bien, frente a las explicaciones relativas al cambio del indicador, estas resultan irrelevantes debido a la improcedencia del cambio del método”.

**RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / ESTUDIO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD DE LAS OPERACIONES / INFORMACIÓN FINANCIERA / PERIODO DE LA INFORMACIÓN OBJETO DEL ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD / PRINCIPIO DE COMPARABILIDAD / CRITERIOS DE COMPARABILIDAD / EMPRESAS COMPARABLES / SELECCIÓN DE COMPARABLES / NULIDAD DE LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN / ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA**

**Problema jurídico 2:** *¿Procedía la utilización de información de los comparables de los años 2008 a 2010, para la realización del estudio de precios de transferencia?*

**Tesis 2:** “La sentencia de primera instancia avaló la actuación del contribuyente en el sentido de realizar el análisis de las operaciones con base en información de años anteriores (promedio de los períodos fiscales 2008 a 2010) pues para el año 2011 la sociedad no contaba con dicha información respecto de sus comparables y, adicionalmente, según el dictamen pericial la información del promedio de años anteriores es mucho más fiable técnicamente. La DIAN se opuso y afirmó que la información de 2011 estaba disponible a marzo de 2012, tal como lo manifestó la actora en la página 18 del estudio, y que el análisis no debió partir de información financiera de años anteriores. Anotó que la demandada realizó su análisis con el mismo corte de búsqueda del contribuyente y que el Tribunal no valoró dicha circunstancia. Manifestó que la información financiera de años anteriores solo se usa por defecto, ante la ausencia de datos del año analizado, con lo cual se violó el principio de comparabilidad. Para resolver, la Sala advierte que el numeral 9 del literal B del artículo 7 del Decreto 4349 de 2004 establecía lo siguiente: Como se evidencia de la norma transcrita, el contribuyente debe utilizar la información del mismo año gravable o, en su defecto, de años anteriores para efectuar el análisis de comparabilidad. Sin perjuicio de ello, las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia han avalado la posibilidad de utilizar datos de años anteriores para efectuar el examen de comparabilidad, pues estos permiten comprender plenamente los hechos y circunstancias que rodean una operación vinculada, y, en especial, las particularidades de ciclos económicos y de vida productiva de los bienes que pueden mejorar la fiabilidad del rango y refinar el proceso de selección de comparables. De tal manera que la utilización de información de años anteriores no es *per se* un criterio para desestimar el análisis presentado por el contribuyente. En el presente evento, la documentación comprobatoria de precios de transferencia da cuenta de que la búsqueda en base de datos respecto de las operaciones en debate se efectuó con la información disponible en las mismas a marzo de 2012. En ambos casos: *“se consideró adecuado utilizar la información del período gravable 2011 para Sofasa y del promedio de los períodos fiscales 2008 a 2010 de las compañías comparables seleccionadas.”* En el recurso de reconsideración, el contribuyente aclaró que, en el momento de realización del estudio, la información de los comparables por el año 2011 no aparecía reflejada en las bases de datos. La resolución que resolvió el recurso de reconsideración se limitó a señalar que la información de 2011 era importante a efectos de respetar el principio de comparabilidad reflejando la situación económica de 2011 y a afirmar que la información ya existía a marzo de 2012, sin demostrar que, efectivamente, la consulta en bases de datos con corte a esa fecha contuviera la información de 2011. Naturalmente, para la fecha en que se corrió la búsqueda de comparables en el marco del proceso de fiscalización la

información del 2011 estaba disponible. Pese a que la DIAN afirma que realizó el análisis con el mismo corte de búsqueda del contribuyente, lo relevante era acreditar en el proceso que para marzo de 2012 el demandante podía acceder efectivamente a esa información, sin que ello implique automáticamente el rechazo del análisis presentado. En efecto, tal como lo señala la OCDE, el estudio de comparabilidad hecho con referencia a años anteriores puede ser mucho más fiable, pues tiene en cuenta información histórica relevante en el desarrollo del negocio, argumento que refrenda el dictamen pericial (página 22 Guías, versión 2010), por lo cual la utilización de la información del mismo año no es requisito *sine qua non* para la realización del análisis de comparabilidad. Adicionalmente, en las conclusiones presentadas por el perito se evidencia que, respecto de la compra de CKD (...), se realizó un análisis con la información financiera de los comparables de 2011 y la conclusión fue que la sociedad, en todo caso, se mantenía dentro del rango de plena competencia, utilizando los sets de comparables iniciales y los propuestos por la Administración. En el análisis combinado de CKD y CBU (...) si bien se mantuvo la información de 2008 a 2010, se incorporaron los comparables propuestos, con idéntica conclusión. Cabe aclarar en este punto que, cuando, conforme a todo lo anterior se acepta como períodos de comparación la información financiera promedio del 2008 al 2010, se está en cumplimiento del numeral 9 del literal B del artículo 7 del Decreto 4349 de 2004, que señalaba que era posible utilizar información de los dos años anteriores al analizado, dado que, las compañías comparables pueden iniciar y finalizar sus ejercicios fiscales en diferentes meses del año a los estipulados para Colombia. Así las cosas, en este asunto, para que efectivamente se pueda tomar el mayor número de meses posibles dentro de lo que sería el período fiscal colombiano, que coincide con el año calendario, en algunos casos se hace necesario hacer referencia a un año anterior, acá al 2008, porque este contempla información financiera de meses del año siguiente, esto es del 2009. Todo lo indicado en este aparte, evidencia que la ausencia de incorporación de la información de 2011 en el estudio de comparabilidad no era razón suficiente para cuestionar el análisis presentado por el contribuyente y que, en todo caso, la DIAN no acreditó la disponibilidad de la información del período 2011 a marzo de 2012, para descartar el uso de los años anteriores como permitía el Decreto, más allá de limitarse a afirmarlo.”.

### **RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / RECHAZO DE COMPARABLES / ACTIVO INTANGIBLE NO RUTINARIO / CRITERIOS DE COMPARABILIDAD / SELECCIÓN DE COMPARABLES / UMBRAL DE ACTIVOS INTANGIBLES NO RUTINARIOS PARA LA ACEPTACIÓN Y EL RECHAZO DE COMPARABLES / CRITERIO DE MATERIALIDAD / IMPROCEDENCIA DE LA MODIFICACIÓN DEL CRITERIO DE COMPARABILIDAD**

**Problema jurídico 3:** *¿Procedía el rechazo de comparables que tenían intangibles no rutinarios superiores a 3% y no a 5%?*

**Tesis 3:** “3.1. **Activos intangibles no rutinarios** La sentencia de primera instancia explicó que, al no existir un criterio de materialidad para rechazar potenciales comparables, la modificación del parámetro de comparación concerniente al porcentaje de activos intangibles no rutinarios del 5% al 3% propuesta por la DIAN carecía de fundamento, más si se considera que la Administración no expresó la razón del cambio y el dictamen allegado avaló el porcentaje señalado por el contribuyente. En la apelación, la Administración señala que lo que hizo fue modificar el porcentaje para incluir compañías rechazadas por el contribuyente, pues este fue un criterio de rechazo y no de inclusión e insistió en que la modificación no es determinante. En primera medida, la Sala evidencia, a partir de la documentación comprobatoria, que la demandante seleccionó como criterio de comparabilidad el hecho de que “las compañías no posean o tengan registrados contablemente activos intangibles no rutinarios valiosos” y descartó “las compañías cuyos intangibles no rutinarios sean iguales o superiores al 5% del total de los activos.” Así, contrario a lo que señala la Administración el umbral de rechazo era el 5%, lo cual implicaba que las empresas cuyos intangibles no rutinarios oscilaran entre el 3% y el 5% del total de los activos eran aceptadas en la muestra, de manera que el criterio adoptado por la sociedad fungía simultáneamente como de aceptación y rechazo. En segunda medida, al revisar los actos proferidos a lo largo de la investigación, se evidencia que la reducción del porcentaje de intangibles no rutinarios del 5% al 3% se propuso como criterio de rechazo por parte de la DIAN y no de inclusión como afirma esta. En la página 12 del requerimiento especial se advierte que: “El contribuyente aceptó 7 compañías (...) que **para la Dian no serían comparables porque un criterio de rechazo fue que aquellas compañías que tuvieran intangibles/Activos de más del 3% no se tendrían en cuenta (...)**” (Resalta la Sala), argumento que es reiterado en la liquidación oficial de revisión (página 31). En consecuencia, resulta extraño que la DIAN, en el recurso de apelación, afirme que la reducción de la muestra tuvo como objeto incluir compañías y no rechazarlas, cuando es claro, al cotejar la apelación con el texto de los actos del proceso de determinación, que la modificación derivó en la exclusión de comparables. Llama la atención que, en los actos, la Administración nunca explicó las razones por las cuales consideró que el umbral de intangibles del 5% no era admisible y debía reducirse al 3%, pues dio por sentada la razón del rechazo de comparables sin explicación siquiera sumaria de la cuantificación del nuevo criterio. De allí que no resulte suficiente el argumento que se presenta en el recurso de apelación frente a que el cambio de umbral no es determinante en los resultados financieros

de los comparables, pues los actos debieron explicar los motivos de la propuesta de modificación, al afectar la presunción de veracidad de la declaración, y, en todo caso, no resulta coherente afirmar que ese cambio no era determinante si, precisamente fue utilizado como un criterio para modificar el set de comparables presentado por la demandante. Por el contrario, con el dictamen allegado por el contribuyente (página 26), la sociedad logró demostrar que el margen del 5% es una práctica comúnmente utilizada como criterio de materialidad, tal como se evidencia del examen de los estados financieros de empresas como Bavaria S.A. y Ecopetrol S.A. a las que hizo referencia el perito, lo cual refuerza que fue razonable la inclusión de dicho porcentaje como umbral para la aceptación y rechazo de comparables. No puede afirmarse, como lo hace la DIAN, que el criterio de materialidad sea idéntico si se considera un porcentaje del 5% o del 3% indistintamente, pues la alteración en el umbral derivó en la reducción del set de comparables, con lo cual el porcentaje sí incide en el análisis de comparabilidad al afectar de manera directa la muestra. Contrario a lo que demuestra el dictamen pericial, el valor porcentual propuesto por la DIAN no corresponde con la práctica comercial, de tal manera que, ante la ausencia de demostración de la procedencia de la modificación del criterio de comparabilidad, la Sala desestima los argumentos de la entidad demandada”.

## **RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / RECHAZO DE COMPARABLES / ACTIVO INTANGIBLE RUTINARIO / GOOD WILL / CONCEPTO DE GOOD WILL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ACTIVO INTANGIBLE FORMADO / CRITERIOS DE COMPARABILIDAD / SELECCIÓN DE COMPARABLES / IMPROCEDENCIA DEL RECHAZO DEL GOOD WILL COMO CRITERIO DE COMPARABILIDAD POR FALTA DE REGISTRO CONTABLE**

### **Problema jurídico 4: ¿Procedía el rechazo como comparable del Good Will como activo rutinario?**

**Tesis 4: “3.2. Good Will** El Tribunal consideró, a partir del dictamen pericial, que el Good Will era un intangible rutinario y que los comparables que incluyeran dentro de sus intangibles dicho activo no debieron eliminarse del set de comparables, como lo propuso la DIAN. La Administración, en la apelación, se refirió al acuerdo de licencia suscrito entre Renault y Sofasa para concluir que el Good Will pertenecía a Renault y no a la actora, de tal forma que no podía ser considerado un intangible rutinario del contribuyente y que, además, no se evidenciaba registro contable alguno de dicho activo. Sobre el Good Will, en sentencia del 26 de febrero de 2009, exp. 16274, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, esta Sección explicó que consiste en: *“la reputación de que gozan algunas empresas, lo cual les permite tener ciertas ventajas comerciales sobre sus competidores, en términos financieros se entiende como el valor actual de las futuras actividades en exceso de las ganancias o sea mayores utilidades en promedio de establecimientos de la misma clase, no sólo por el buen trato a los clientes, sino por otros factores intangibles como ubicación, entregas oportunas, servicios, calidad y garantía de los productos. Ese excedente de productividad de un negocio frente a negocios similares, su valoración se funda en el exceso de rendimiento y tiempo probable de subsistencia, sin que se asigne valor alguno en su contabilidad a menos que se haya realizado un desembolso para adquirirlo.”* (Resalta la Sala) Así, el Good Will es, en esencia, un activo intangible formado que se refleja en la confianza y credibilidad de los clientes en una compañía, la existencia de un mercado fijo y cuantificable, el prestigio del nombre, entre otros criterios, que dan un valor especial y una ventaja comercial a una empresa. Por regla general, este activo se construye en el devenir del negocio y, por eso, no se refleja en la contabilidad. Al examinar el contrato de licenciamiento al que alude la apelante, se evidencia que la Administración incurre en una confusión frente al Good Will de las marcas de Renault y el propio de Sofasa S.A. En efecto, el acuerdo entre Renault y la demandante parte de que *“el título y goodwill de las marcas registradas de Renault son conferidos a Renault”*, con lo cual se reguló la titularidad del Good Will sobre las líneas de productos de Renault, lo que no obsta para que Sofasa S.A., como empresa comercializadora de dichos productos genere un Good Will propio, derivado de su trayectoria en el mercado. Una cosa es el prestigio y buen nombre de los productos y marcas comercializadas por Sofasa S.A. y otra distinta la reputación de la comercializadora generadora de valor. Ambas pueden coexistir sin ser excluyentes. El Good Will al que hace referencia el contrato es el de las marcas comercializadas y no el de la compañía, que es, al tenor de lo expuesto por el perito, un activo intangible rutinario (página 24), criterio de comparabilidad que no debió rechazarse por parte de la Administración. Aunado a lo expuesto, resulta lógico que el Good Will no se refleje en la contabilidad, al ser un activo intangible formado y no adquirido, pues solo al momento en que se enajene la empresa, tendría sentido cuantificarlo. El Good Will es consecuencia de la trayectoria comercial en el mercado y se configura con el paso del tiempo, por lo que mal hace la Administración al exigir el registro contable del mismo para aceptarlo como criterio de comparabilidad. De allí que no prosperen los argumentos del recurrente”.

## **RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / AJUSTES DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**/ TRANSACCIÓN U OPERACIÓN COMPARABLE EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD DE LAS OPERACIONES / CRITERIOS DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / RAZONABILIDAD DE LOS AJUSTES DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / FALTA DE CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / PROCEDENCIA DE LOS AJUSTES DE COMPARABILIDAD / OPERACIÓN DE COMPRA DE INVENTARIO PARA LA PRODUCCIÓN CDK / NULIDAD DE LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN / ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

**Problema jurídico 5: ¿Procedían o no los ajustes de comparabilidad?**

**Tesis 5: “4. Procedencia de los ajustes de comparabilidad** La demandante advirtió que, de aceptarse la aplicación del método de márgenes transaccionales de utilidad para el análisis de la operación de compra de inventarios para la producción -CDK, la Administración debió aplicar ajustes en atención a las situaciones atípicas que experimentó la empresa durante 2011, en particular: el fin del ensamblaje de algunas versiones de vehículos, el alto volumen en stock de vehículos terminados como modelos viejos, la ausencia de nuevos lanzamientos, el alto nivel de capacidad ociosa de la fábrica y el incremento de vehículos importados por efecto de los tratados de libre comercio. La sentencia de primera instancia reprochó la negativa de la DIAN a aplicar los ajustes de comparabilidad y aceptó la ocurrencia de las situaciones extraordinarias alegadas por la actora. En la apelación, la Administración argumenta que el demandante no identificó los ajustes que debieron realizarse y anota que, respecto de la operación de compra de material CBU, el contribuyente aplicó el método de márgenes transaccionales de utilidad, sin ajustes, que ahora pretenden ser aplicados y que avaló el Tribunal. Agrega que las decisiones comerciales y de publicidad adoptadas hacen parte del giro del negocio del contribuyente, que sí hubo lanzamiento de vehículos nuevos y que no existió capacidad ociosa pues se aumentó la producción. Enfatiza en que 2011 fue un año de crecimiento para el sector automotriz en Colombia y que el contribuyente no demostró las situaciones atípicas y en que el perito no cuantificó los ajustes. En la sentencia del 11 de mayo de 2023, exp. 26590, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, esta Sección se refirió a los ajustes de comparabilidad. En dicha oportunidad se rememoró que el régimen de precios de transferencia establece que las operaciones realizadas por el contribuyente deben compararse, en sus características económicas relevantes, con otras operaciones realizadas entre o con partes independientes (no vinculados), con el fin de determinar si cumplen con el principio de plena competencia. Según el artículo 260-3 del Estatuto Tributario, las transacciones son comparables *«cuando no existen diferencias entre las características económicas relevantes de estas y las del contribuyente que afecten de manera significativa el precio o margen de utilidad a que hacen referencia los métodos establecidos en el artículo 260-2 o, si existen dichas diferencias, su efecto se puede eliminar mediante ajustes técnicos económicos razonables»*. (Subrayado de la Sala). Para efectos del análisis de comparabilidad, deben tenerse en cuenta los criterios establecidos en el mismo artículo 260-3 del Estatuto Tributario, entre ellos, las circunstancias económicas o de mercado del contribuyente y las de las comparables. De esa manera, las similitudes o diferencias encontradas en las respectivas condiciones económicas deben ser objeto de análisis en cada caso concreto. Sobre este particular, las Directrices indican que *“los hechos y circunstancias del caso concreto determinarán si las diferencias en las circunstancias económicas inciden significativamente sobre el precio, y si pueden realizarse ajustes razonablemente precisos para eliminar el efecto de las diferencias”*. Así las cosas, en cada caso particular, al momento de realizar el análisis, se debe determinar si las operaciones son comparables, atendiendo los criterios establecidos en el artículo 260-3 del Estatuto Tributario. Y, si presentan diferencias, porque las operaciones desarrolladas por el contribuyente o por las comparables poseen características especiales que impiden equipararlas *“cabe ajustar la primera, las segundas o ambas, para efectos del análisis, suprimiendo esa característica especial, con el fin de hacer posible una comparación más precisa con las otras operaciones”*. Sobre la posibilidad de realizar ajustes de comparabilidad con el fin de eliminar las diferencias materiales entre las operaciones celebradas por vinculados económicos y las efectuadas por partes independientes, la jurisprudencia de esta Sala ha dicho: *“Cabe recordar que la comparabilidad de las transacciones está determinada por la existencia de características económicas relevantes de las transacciones, y por la posibilidad de efectuar ajustes técnicos razonables a las condiciones de tales operaciones, según voces del artículo 260-3 ET. Y, dentro de las condiciones de comparabilidad puede encontrarse las condiciones generales del mercado o las estrategias de negocios. Ello conduce a concluir que, si la comparación se enfrenta con una condición económica particular, que se encuentre en la parte analizada y no en las comparables o viceversa, esta podrá eliminarse, con el fin de lograr una mayor comparabilidad, siempre que su eliminación sea razonable”*. (Subrayado de la Sala). En adición, esta Sección ha indicado que no es necesario que la circunstancia que genere la necesidad de realizar un ajuste de comparabilidad sea imprevisible o irresistible, sino que basta con que sea una situación propia del ente analizado, o del comparable, que desfigure u obstaculice el examen o contraste comparativo entre sus transacciones y las de terceros independientes, por hacer más dificultosa la objetividad de la comparación.

El artículo 7 del Decreto 4349 de 2004, que regula el contenido de la documentación comprobatoria, y que era aplicable al año gravable sobre el cual versa el presente caso, disponía expresamente la posibilidad de realizar ajustes de comparabilidad: **“Artículo 7º. Contenido de la documentación comprobatoria.(...) La documentación e información a conservar, en cuanto sea compatible con el tipo de operación objeto de análisis y con el método utilizado, será la siguiente: (...) B. Información Específica (...) 10. Descripción de los ajustes técnicos, económicos o contables realizados a los tipos de operación o empresas comparables seleccionados, conforme con el método de determinación de los precios de transferencia utilizado, de conformidad con lo establecido en el artículo 260-3 del Estatuto Tributario. Deberán allegarse los documentos que soporten los análisis, fórmulas y cálculos efectuados por el contribuyente para tal efecto. Igualmente y de conformidad con el método utilizado, se deberá hacer una descripción genérica de las principales diferencias existentes en las prácticas contables de Colombia y las de los países en donde se localizan los comparables seleccionados o los vinculados económicos o partes relacionadas con los cuales se celebraron operaciones, cuando estas tengan incidencia en los tipos de operación”.** Conforme con lo transcrito, esta Sala ha señalado que: **“(...) los ajustes técnicos, económicos o contables a que se refiere el Decreto 4349 de 2004 corresponden a aquellos necesarios para lograr la mayor comparabilidad posible entre las transacciones analizadas y las atribuidas a las sociedades comparables, y solo tienen alcance y sentido en el marco del ejercicio del análisis propio del régimen de precios de transferencia. Los ajustes posibles (o su rechazo) deben obedecer al propósito de la comparación de las operaciones analizadas, y no suponen una modificación contable o fiscal de las operaciones analizadas en sí mismas, ni de su valor, más allá de la comparación misma”.** (Subrayado de la Sala). De acuerdo con lo anterior, en función de los hechos y circunstancias de cada caso concreto se deberá analizar si los ajustes realizados por el contribuyente resultan razonables, entendiendo que la razonabilidad está dada en función del objetivo de los ajustes, que no es otro que el de eliminar los efectos de diferencias significativas que afecten la comparabilidad de las transacciones, porque inciden o afectan el precio o margen entre las operaciones o partes comparadas. Teniendo presente lo expuesto, se procede al análisis de los argumentos de la DIAN. En primera medida, la Sala advierte que, contrario a lo que señala el apelante, en el dictamen pericial, al solicitar el análisis a partir de los sets de comparables propuestos por la Administración, el experto identificó con mediana claridad los ajustes de comparabilidad aplicados correspondientes a la capacidad ociosa, los descuentos a pie de factura y los gastos de publicidad (páginas 29 y 32), los cuales, además, fueron relacionados y explicados a lo largo del experticio. En todo caso, llama la atención que en la audiencia de pruebas el apoderado de la demandada no contrainterrogó al perito, tal como consta en el acta de la diligencia, siendo esa la oportunidad procesal para controvertir la prueba, sin que sea aceptable pretender desvirtuarla en sede de apelación. En consecuencia, la exigencia que hace la DIAN respecto a la cuantificación de los ajustes debió plantearse en la audiencia de pruebas y no con el recurso de alzada, de suerte que los reparos al respecto son improcedentes. En segunda medida, los argumentos relativos a la no inclusión de ajustes de comparabilidad en el análisis de la operación con CBU no resultan relevantes en el fondo de la *litis*, pues la discusión sobre esta giró alrededor de los comparables y no del método utilizado ni de los ajustes procedentes. En cambio, el debate respecto a la aceptación de ajustes de comparabilidad se dio en la operación de compra de inventarios para la producción -CDK, respecto de la cual la Administración propuso el cambio del método. Nótese que se trata de operaciones distintas, cuyo análisis fue independiente y que desde la demanda se explicó que en la operación con CBU el contribuyente prescindió de los ajustes a efectos de simplicidad. Ahora bien, en cuanto a la existencia de situaciones atípicas, la DIAN advierte que los gastos de publicidad y de medios comerciales son usuales en el sector y que, al contrastar el informe de gestión del representante legal con el dictamen pericial, es posible concluir que sí existieron nuevos lanzamientos de vehículos y hubo un aumento en la producción del 24,8%, lo cual descarta la capacidad ociosa alegada. Al respecto, nuevamente, la Administración controvierte la prueba pericial en sede de apelación, estando llamada a hacerlo en la audiencia de pruebas. Con todo, el dictamen técnico (páginas 5 a 11) dio cuenta de que la actora sí atravesó por situaciones extraordinarias durante 2011, tales como la disminución de la cantidad ensamblada de vehículos, sobre lo cual presentó tabla del volumen de producción de vehículos, la acumulación de inventario de referencias antiguas reflejada en relación del movimiento de vehículos, la ausencia de lanzamientos y la alta capacidad ociosa, además del incremento de vehículos importados debido a los tratados de libre comercio. Dichas situaciones fueron afrontadas a través de medidas como la reducción de precios, el otorgamiento de mayores descuentos y planes promocionales; las cuales fueron acreditadas con documentos tales como certificaciones de revisor fiscal y contador, del gerente de mercadeo, documento de la ANDI “Industria de vehículos” y certificación de la gerencia de producción sobre la capacidad total de producción, que fortalecieron el dictamen técnico y acreditaron la procedencia de los ajustes que sí están debidamente demostrados. Por último, frente a las inconsistencias advertidas por el apelante frente a las presuntas inconsistencias entre el informe de gestión y el dictamen pericial (que tampoco fueron puestas de presente en la audiencia de pruebas ni en los actos demandados), tal como señala el demandante en la oposición al recurso, la ausencia de nuevos lanzamientos se refiere a los vehículos ensamblados en Colombia y no a los importados, como el Renault Fluence a que alude la DIAN, mientras que los demás que reseña el apelante se derivan de relanzamientos de productos ensamblados, con lo cual no existe la pretendida inconsistencia. Adicionalmente, la capacidad ociosa no solamente está demostrada en el dictamen, sino

que el apoderado de la demandante explicó, en la oposición al recurso, que la producción no fue correspondiente al nivel de turnos de trabajo estándar, con lo cual no están acreditados los reparos propuestos por la DIAN. Se insiste que, en todo caso, el dictamen no fue controvertido en la oportunidad procesal pertinente, por lo cual los reparos son improcedentes. En todo caso, la Sala precisa que al no ser procedente el cambio de método en la operación de egreso por compra de inventario producto CKD, los ajustes mencionados no tendrán una aplicación práctica”.

## **RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / ANÁLISIS DE COSTOS EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / CONTENIDO DE LA DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / INFORMACIÓN DE CRITERIOS Y MÉTODOS DE DISTRIBUCIÓN DE COSTOS / IMPROCEDENCIA DE LA MODIFICACIÓN DE COSTOS / NULIDAD DE LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN / ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

*Problema jurídico 6: ¿Procedía la modificación de costos por su incremento presuntamente desproporcionado?*

**Tesis 6: “5. Aumento de costos** La sentencia de primera instancia advirtió que el análisis en el aumento de los costos debía ser vertical, considerando el número y valor de las unidades producidas y vendidas, tal como explicó el dictamen pericial, con lo cual desestimó la alegación de la DIAN. En el recurso de apelación, la demandada anota que basta examinar el costo a partir del valor declarado en años anteriores y que la conclusión de los actos partió de lo informado por el representante legal de la compañía. Precisó que el contribuyente no demostró la falta de valoración de los componentes necesarios para determinar el incremento del costo que obedeció a las políticas de precios del grupo. Preliminarmente, la Sala advierte que, contrario a lo que expresa el apelante, el análisis del costo, en el régimen de precios de transferencia, no puede limitarse a una comparación nominal de su valor fiscal, pues, precisamente, lo que se busca es un estudio pormenorizado de la situación económica del ente que permita un estudio de comparabilidad lo más fiable posible. En ese sentido, el contenido de la documentación comprobatoria, regulado en el artículo 7 del Decreto 4349 de 2004, exige, entre otros, la información de los criterios y métodos de distribución de costos, lo cual evidencia que no se trata de un simple cotejo de la información fiscal, sino de un examen profundo económico y financiero del ente. Ahora bien, el análisis que realiza la Administración parte de la base de contrastar las cifras totales registradas en el estado de resultados comparada con la del año inmediatamente anterior, sin considerar que el costo está intrínsecamente ligado a la producción del bien, de manera que debe considerarse el número de unidades producidas. Si bien el representante legal de la compañía presentó en el informe de gestión la cifra del aumento del costo de 31,4%, lo anterior se hizo comentando el estado de resultados y no la composición y distribución del costo. En efecto, el experticio técnico allegado sobre el costo de ventas da cuenta de que el estudio realizado por la administración fue de variación porcentual horizontal, sin considerar el total de unidades vendidas en cada año materia de comparación (páginas 2 y 3), por lo cual, al examinar el costo de ventas unitario promedio, el incremento para los vehículos CKD fue de tan solo el 3,48%, y para los CBU del 28,49% (páginas 10 y 11), con la claridad de que este solo representa el 5% del valor en discusión. De allí que el aumento en el costo, a la luz del material probatorio adecuado, es plenamente razonable y, en todo caso, para efectos de la fiscalización no podía examinarse simplemente a la luz del estado de resultados, sino que debía considerar las unidades producidas, en atención a su definición legal y las exigencias en el análisis de precios de transferencia. Nótese que la actora no discute que las políticas de la casa matriz generaran un incremento en el costo, sino que defiende la razonabilidad del mismo, la cual está soportada en el dictamen pericial. Por lo anterior, no se acceden a los reparos del recurrente”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 18 de abril de 2024, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2016-01484-01 \(27618\).](#)

**3. Por ampliar ilegalmente el hecho generador de la Estampilla Universidad de Cartagena siempre a la altura de los tiempos, se anula el ordinal 2 del artículo 4 de la Ordenanza 26 de 2012, expedida por la Asamblea del departamento de Bolívar.**

**Síntesis del caso:** Se demandó la legalidad del ordinal 2 del artículo cuarto, de apartes de los artículos quinto y noveno y de la totalidad de los artículos sexto y décimo sexto de la Ordenanza 26 de 2012, por la cual la Asamblea Departamental de Bolívar reglamentó la «Estampilla Universidad de Cartagena siempre a la altura de los tiempos». El Tribunal Administrativo de Bolívar anuló el artículo décimo sexto, que facultó al Gobernador para establecer las características de la estampilla y negó la nulidad de las demás normas acusadas. La Sala revocó la sentencia apelada y, su lugar, declaró la excepción de cosa juzgada respecto de la legalidad de dicho artículo, cuya nulidad fue confirmada por la misma Sala en sentencia del 25 de agosto de 2022 (exp. 25667, CP: Milton Chaves García), que cobró ejecutoria e hizo tránsito a cosa juzgada erga omnes. Además, anuló el ordinal 2 del artículo cuarto, porque concluyó que la Asamblea desatendió el principio de reserva de ley al incluir en el hecho imponible de la estampilla los actos, contratos de obras y operaciones de los institutos descentralizados y las entidades del orden nacional, en contra de lo previsto por el artículo 3 de la Ley 1495 de 2011, que estableció el tributo para actos jurídicos municipales o departamentales, que se ejecutaran, desarrollaran o realizaran en el Departamento.

**DEROGACIÓN DE LA LEY / DEROGATORIA EXPRESA DE LA LEY / AUTONOMÍA, FACULTAD O POTESTAD IMPOSITIVA DE LA ENTIDAD TERRITORIAL - Sujeción a la Constitución y a la ley / ADOPCIÓN DE IMPUESTOS LOCALES POR LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Autorización legal. Reiteración de la jurisprudencia / AUTORIZACIÓN LEGAL PARA LA ADOPCIÓN DE IMPUESTOS LOCALES POR LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Parámetros mínimos / ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA SIEMPRE A LA ALTURA DE LOS TIEMPOS - Autorización legal / ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA SIEMPRE A LA ALTURA DE LOS TIEMPOS - Hecho generador / HECHO IMPONIBLE DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA SIEMPRE A LA ALTURA DE LOS TIEMPOS / ALCANCE DE LA AUTONOMÍA IMPOSITIVA DE LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR PARA FIJAR LOS ELEMENTOS DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA SIEMPRE A LA ALTURA DE LOS TIEMPOS – Reiteración de la jurisprudencia / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY / SUJETOS PASIVOS DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA SIEMPRE A LA ALTURA DE LOS TIEMPOS / INSTITUTO DESCENTRALIZADO / ENTIDAD DEL ORDEN NACIONAL / INTERVENCIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO DEL ORDEN DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL, DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS O DEL ORDEN NACIONAL QUE FUNCIONEN EN EL DEPARTAMENTO EN ACTOS O INSTRUMENTOS GRAVADOS CON LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA SIEMPRE A LA ALTURA DE LOS TIEMPOS - Obligatoriedad. Reiteración de jurisprudencia**

**Problema jurídico:** ¿El ordinal 2 del artículo 4 y el artículo 6 de la Ordenanza 26 de 2012 son nulos por incluir en el hecho imponible y en la sujeción pasiva de la Estampilla Universidad de Cartagena siempre a la altura de los tiempos a los institutos descentralizados y a las entidades del orden nacional?

**Tesis:** “5.1- Como fue resuelto en el fundamento jurídico 4.1, el artículo 7 de la Ley 334 de 1996 desapareció en su redacción primigenia por expresa disposición del artículo 7 de la Ley 1495 de 2011. En su lugar, se determinó en el artículo 3 ídem: «[e]stablézcase como el gravamen de la estampilla de que trata el artículo 1° de la presente ley a todos los actos jurídicos del orden departamental y municipal» (destaca la Sala). A su turno, el párrafo 3 del mencionado artículo indicó: «[l]os actos gravados deben ejecutarse, realizarse o desarrollarse en el Departamento de Bolívar». 5.2- Así, aunque el ente territorial conservaba su potestad normativa derivada, ésta debía ejercerla con sujeción a los parámetros mínimos que fueron fijados por la ley de creación o autorización, acorde con lo previsto en los artículos 287.3, 300.4 y 338, debió plegarse al hecho generador de la estampilla que fue expresamente establecido en ella, según el cual debían gravarse con la estampilla «todos los actos jurídicos del orden departamental y municipal con excepción de los contratos laborales y órdenes de servicios personales» (art. 3), lo que no corresponde a lo que previsto en el ordinal 2 del artículo 4 de la ordenanza, pues este determinó como hecho imponible: «2) Las obligaciones que se generen de los actos, contratos de obras y operaciones de los institutos descentralizados y entidades del orden nacional que funcionen en el Departamento de Bolívar, que se ejecuten, realicen o desarrollen en dicho departamento»; es decir, a diferencia de la ley, el dispositivo local demandado amplió el hecho generador a los actos, contratos de obras y operaciones de entidades descentralizadas y nacionales, siendo que el legislador consagró el tributo para actos jurídicos municipales o departamentales, que se ejecutaran, desarrollaran o realizaran en el Departamento de Bolívar. 5.3- En consecuencia, deberá anularse el ordinal 2 del artículo 4 de la ordenanza, objeto de impugnación, en la medida en que desatendió el principio de reserva de ley de la estampilla «Universidad de Cartagena siempre a la altura de los tiempos»,

en la medida en que el artículo 3 de la Ley 1495 de 2011 acotó el hecho generador a actos jurídicos del nivel departamental y municipal, de tal forma que la materialización del hecho imponible requeriría de la intervención de un funcionario del orden territorial, pues de otra forma no tendría la naturaleza de ser un acto jurídico de esos niveles, de manera que al consagrar el precepto acusado, como un hecho generador autónomo los actos las entidades descentralizadas y nacionales, excedió lo previsto en la ley. Con todo, se advierte que lo anterior no significa que las entidades descentralizadas o del orden nacional no puedan ser sujetos pasivos del tributo, solo que esto ocurrirá cuando celebren actos jurídicos en los cuales intervenga una entidad o autoridad del orden territorial demandado y siempre que se ejecuten, realicen o desarrollen en el departamento de Bolívar, lo cual fue igualmente previsto en forma expresa en el párrafo 3 del artículo 3 de la Ley 1495 de 2011. En cambio, no se advierte ilegalidad alguna en el artículo 6 demandado que dispone como sujetos pasivos de la estampilla a «*las personas naturales y jurídicas que suscriban, ejecuten, realicen y desarrollen los hechos generadores de que trata esta Ordenanza*», pues su interpretación y aplicación no conlleva a gravar las obras, contratos y operaciones de los organismos descentralizados y nacionales, de tal forma que no contraviene la ley, su aplicabilidad resulta acorde con el hecho generador previsto en el artículo 4 de la ordenanza tras la expulsión del ordinal 2 de tal artículo, cuya anulación se anunció en precedencia”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 6 de junio de 2024, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 13001-23-33-000-2012-00218-03 \(26933\).](#)

## SECCIÓN QUINTA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

## 1. Se declaró la nulidad del acto de designación del consejero de relaciones exteriores adscrito al Consulado General de Colombia en ciudad de México.

*Síntesis del caso:* Se demandó la nulidad del acto de designación del consejero de relaciones exteriores adscrito al Consulado General de Colombia en Ciudad de México, aduciendo que, para la fecha de expedición del acto acusado, la señora Ximena Astrid Valdivieso Rivera, o cualquier otro funcionario de carrera diplomática y consular, se encontraba en disponibilidad para ser nombrado en el cargo de consejero de relaciones exteriores. La Sala revocó la decisión de primera instancia que había negado las pretensiones de la demanda, para en su lugar, declarar la nulidad del acto de designación acusado, luego de concluir que para el momento de expedición del acto acusado, existía por lo menos una persona perteneciente a la carrera diplomática y consular en disponibilidad para ser designada en dicha plaza.

**NULIDAD ELECTORAL / CONSEJERO DE RELACIONES EXTERIORES / IMPROCEDENCIA DEL NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD / ESCALAFÓN DE LA CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

*Problema jurídico:* Corresponde a la Sala determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia del 31 de agosto de 2023, proferida por la Sección Primera, Subsección «B», del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda tendiente a obtener la nulidad del Decreto 0143 de 1° de febrero de 2023, para lo cual se resolverá el siguiente problema jurídico: Determinar si para la fecha de expedición del acto acusado, la señora Ximena Astrid Valdivieso Rivera, o cualquier otro funcionario de carrera diplomática y consular, se encontraba en disponibilidad para ser nombrado en el cargo de consejero de relaciones exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos y, por tanto, si era inviable la designación del demandado en ese cargo.

**Tesis:** “Disponibilidad de Ximena Astrid Valdivieso Rivera. El 25 de julio de 2018, la señora Ximena Astrid Valdivieso Rivera tomó posesión del cargo de primer secretario de Relaciones Exteriores, código 2112, grado 19, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, para el cual fue trasladada mediante Decreto 787 del 8 de mayo de 2018. Mediante la Resolución 1747 de 9 de marzo de 2022, fue ascendida dentro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la categoría de consejero. (...) [R]esulta claro que, la señora Valdivieso Rivera, para el 1° de febrero de 2023, fecha de la designación demandada, sí estaba disponible para ocupar el cargo objeto de controversia, pues, como quedó visto, por virtud de la comisión otorgada mediante el Decreto 2116 de 2 de noviembre de 2022, no había tomado posesión del cargo de consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, para el cual había sido ascendida mediante la Resolución 1747 de 9 de marzo de 2022. Disponibilidad de otros funcionarios de carrera diplomática y consular que cumplían el lapso de 12 meses de que trata el parágrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000. (...). Con todo, del oficio I-DITH-23-007184 del 6 de junio de 2023, incorporado al proceso, se constata que al menos un funcionario de los allí enlistados cumplía el requisito para ser nombrado en el cargo que se discute. De esta prueba, y en particular de las actas de posesión aportadas, (...) se tiene que, para el 1° de febrero de 2023, fecha de la designación demandada, la funcionaria [Ana Laura Acosta Orjuela] (...) contaba con más de 12 meses en cumplimiento del periodo de alternación en el exterior y, de esta manera, estaba disponible para ser nombrada en el cargo materia de esta controversia. En esas condiciones, en el proceso se demostró que al menos un funcionario de los enlistados en el oficio I-DITH-23-007184 del 6 de junio de 2023, cumplía con los 12 meses de que trata el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, puesto que superó este lapso en cumplimiento del servicio en la planta externa.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 14 de marzo de 2024; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 25000-23-41-000-2023-00375-02.](#)

## 2. Se negó la nulidad del acto de elección de la Mesa Directiva de la Comisión Cuarta Constitucional

## Permanente del Senado de la República, periodo 2023-2024.

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del acto de elección de la Mesa Directiva de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del Senado de la República, periodo 2023-2024, alegando que: (i) la sesión en la que se llevó a cabo la elección demandada tuvo lugar por autoridades sin competencia para ello; (ii) se trasgredió el plazo de la elección demandada pues esta no tuvo lugar la semana siguiente después de que se instaló el Senado de la República; (iii) hubo infracción de normas de orden superior y legal; y, (iv) el acto demandado se expidió en detrimento del derecho de participación de las minorías étnicas. La Sala negó las pretensiones de la demanda al concluir que no se probó el cargo de expedición irregular del acto de elección demandado y, por el contrario, se evidenció que la Ley 5 de 1992 no reguló el aspecto concerniente al plazo para la elección de la mesa directiva de las Comisiones Constitucionales Permanentes.

**NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DE LA MESA DIRECTIVA DEL CONGRESO / COMISIÓN CUARTA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL SENADO / FALTA DE COMPETENCIA / INEXISTENCIA DE EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DE LA NORMA EN QUE DEBÍA FUNDARSE / DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA / PARTICIPACIÓN DE MINORÍA POLÍTICA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

**Problema jurídico:** Corresponde a la Sala determinar: i) Si la sesión en la que se llevó a cabo la elección demandada se realizó con fundamento en una citación y orden del día expedidas por autoridades sin competencia. ii) Si se trasgredió el plazo de la elección demandada, la cual no tuvo lugar la semana siguiente después de que se instaló el Senado de la República, con lo cual se desconoció el artículo 6 de la Ley 3 de 1992, el artículo 87 de la Ley 5 de 1992, últimos incisos del artículo 21 de la Ley 5 de 1992 y artículos 59 y 60 de la Ley 4ª de 1913. iii) Si se trasgredió el inciso 1º del artículo 209 de la CP, en concordancia con el inciso 1º del artículo 27 de la Ley 1909 de 2018. iv) Si no se aplicó la regla de remisión del artículo 3 de la Ley 5 de 1992, específicamente el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 5 de 1992, en concordancia con literales a) y b) del artículo 4 de la Ley 649 de 2001 y el inciso final del artículo 262 de la Constitución Política.

**Tesis:** “[1] Falta de competencia de la autoridad que realizó la citación y el orden del día de la reunión en que se llevó a cabo la sesión electoral de los miembros de la mesa directiva, periodo 2023-2024. El actor considera que el presidente y vicepresidenta de la Mesa Directiva de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente, período 2022-2023, no tenían competencia para citar y fijar el orden del día de la reunión en la que se realizó la elección cuestionada. (...). Al respecto, la Sala considera que este cargo no tiene vocación de prosperidad, de conformidad con el análisis que procede a realizar. El orden del día del 26 de julio de 2023 fue suscrito y convocado por quienes fungían como presidente y vicepresidente de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del Senado de la República, es decir, Paulino Riascos Riascos, como presidente, y Laura Ester Fortich Sánchez, como vicepresidenta, elegidos para la legislatura 2022-2023. Se pone de presente que la mesa directiva 2022-2023 tenía la competencia para citar y establecer el orden del día de la reunión en donde se elegiría al presidente y vicepresidente de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente para el periodo 2023-2024, tal y como lo establece el artículo 38 de Ley 5ª de 1992 (...). En ese orden de ideas, es evidente que la competencia de quien presidía la Comisión Cuarta Constitucional Permanente 2022-2023 del Senado de la República cesó hasta que se eligió a la mesa directiva para el periodo 2023-2024 (...). Las anteriores razones conducen a afirmar: i) que la fijación del orden del día para la sesión del 26 de julio de 2023 fue establecida por una autoridad revestida de competencia, y ii) que no era materialmente posible que dicha sesión fuese convocada y que se fijara el orden del día por la nueva mesa directiva 2023-2024 —como lo reclama el demandante—, toda vez que aquellos para esa fecha no habían sido elegidos. [2] Expedición irregular: la elección demandada no tuvo lugar a la semana siguiente después de que se instaló el Senado de la República, con lo que se desconoció el artículo 6 de la Ley 3 de 1992, el artículo 87 de la Ley 5 de 1992, últimos incisos del artículo 21 de la Ley 5 de 1992 y artículos 59 y 60 de la Ley 4 de 1913 El demandante sostuvo que la reunión de elección debió hacerse en el octavo día calendario luego de transcurrida la instalación de las células legislativas. Por tanto, como la reunión se hizo el 26 de julio del 2023, se trasgredió el artículo 87 de la Ley 5ª de 1992 y el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 3 de 1992. En aras de guardar cohesión en la conformación de las decisiones judiciales proferidas por la Sección Quinta, es pertinente manifestar que en similares pronunciamientos se precisó que si bien el artículo 6º de la Ley 3ª de 1992 establece que «la elección de las comisiones se hará a partir de la semana siguiente de instalada la Corporación», lo cierto es que dicha

norma se refiere a la conformación de esos órganos, luego no es aplicable a los supuestos de designación de los miembros de las mesas directivas de las comisiones constitucionales permanentes. (...). De acuerdo con los anteriores elementos, se observa que la elección de la Mesa Directiva de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del Senado de la República se llevó a cabo el 26 de julio del 2023, fecha en la que se surtió la primera reunión en la nueva legislatura y, en ese sentido, no se advierten razones para declarar la prosperidad del cargo. (...). En conclusión, el actor no probó el cargo de expedición irregular del acto de elección demandado y, por el contrario, se evidenció que la Ley 5 de 1992 no reguló el aspecto concerniente al plazo para la elección de la mesa directiva de las Comisiones Constitucionales Permanentes. [3] Infracción de normas: la elección la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del Senado de la República desconoció el inciso 1° del artículo 209 de la Constitución Política, en aplicación conjunta con el inciso 1° del artículo 27 de la Ley 1909 de 2018 y el artículo 3 de la Ley 5 de 1992. Este reproche lo sustenta el demandante en que la elección de un congresista como presidente de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del Senado de la República cuya declaración política es de independencia «afecta la imparcialidad de la función administrativa al implicar sustancialmente una independencia cuya preservación corre el riesgo de fenecerse en el ejercicio del mencionado cargo ni en la vicepresidente de la misma puede estar uno perteneciente a la coalición política con más del 15% de la votación válida en la circunscripción nacional de senado (sic)». (...). Tal como se mencionó en las disposiciones referenciadas, se trata de escenarios diferentes: la elección de las mesas directivas en el Congreso de la República supone la designación de quienes dirigirán las reuniones legislativas que tienen lugar en cada una de las Cámaras y sus comisiones. De manera que, ser designado en tales dignidades no comporta el ejercicio de autoridad política, civil o administrativa en los términos previstos en la normativa referida. [4] El acto demandado se expidió en detrimento del derecho de participación de las minorías políticas, previsto el artículo 40 de la Ley 5ª de 1992. El sustento del reproche consiste en señalar que la elección de la vicepresidente de la Comisión Cuarta Permanente Constitucional Permanente del Senado de la República constituye una infracción del artículo 40 de la Ley 5 de 1992, toda vez que el cargo en mención debía ser provisto con un(a) congresista que pertenezca a un partido político o movimiento minoritario. Sin embargo, la señora Aida Yolanda Avella Esquivel «pertenece a la coalición política con más del 15% de la votación válida en la circunscripción nacional de senado del cual resultado elegido sin posibilidad de determinar (sic) cuáles de esos votos corresponden específicamente a cada uno de esos partidos por tratarse de una lista cerrada al punto de compartir así fuerza electoral o músculo político obtenida (sic)». (...). De una lectura detallada de la norma es posible advertir que las mesas directivas del Senado y la Cámara de Representantes tienen una regulación distinta a la que se prevé para las Comisiones Constitucionales Permanentes y Legales: En primer lugar, se observa que las mesas directivas de las cámaras —baja y alta— se componen de manera distinta, a las de las comisiones que las integran. Por un lado, las primeras cuentan con dos vicepresidentes a diferencia de las comisiones en las que solo se designa a uno. En segundo lugar, cuando la norma hace alusión a la participación de las «minorías», se refiere únicamente a las mesas directivas del Senado y Cámara de Representantes, mas no a sus comisiones. (...). En tercer lugar, cuando la norma se refiere a la composición de las mesas directivas de las comisiones constitucionales permanentes y legales, establece que: i) se conforman por un presidente y un vicepresidente, ii) elegidos por mayoría cada uno separadamente y iii) sin que pertenezcan al mismo partido o movimiento político. De manera que el artículo 40 de la Ley 5 de 1992 no prevé la participación de las minorías en las mesas directivas de las Comisiones Constitucionales Permanentes y Legales del Congreso.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 4 de abril de 2024; C.P. Omar Joaquín Barreto Suárez, radicación: 11001-03-28-000-2023-00065-00.](#)

### **3. Se declaró la nulidad del acto por medio del cual se reconoció personería jurídica al partido político “En Marcha”.**

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad de la resolución por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral le reconoció personería jurídica al partido político En Marcha, alegando que hubo (i) desconocimiento del inciso 5° del artículo 262 Constitucional en concordancia con el artículo 108 Superior, porque uno de los fundamentos para el otorgamiento de la personería jurídica fue la participación de la colectividad política En Marcha en la coalición «Alianza Verde Centro Esperanza»; y (ii) que el acto se expidió con falsa motivación. La Sala declaró la nulidad de la resolución que reconoció la personería jurídica al partido político En Marcha, luego de concluir que: (a) hubo desconocimiento de las normas constitucionales alegadas y, (b) que el

*acto se expidió con falsa motivación por cuanto se acreditó conforme a los avales concedidos, que los señores Guido Echeverri Piedrahita, Gustavo Adolfo Moreno Hurtado y Jairo Alberto Castellanos son militantes del partido político Alianza Social Independiente.*

**INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / MOVIMIENTO POLÍTICO SIN PERSONERÍA JURÍDICA / ACUERDO DE COALICIÓN POLÍTICA / INSCRIPCIÓN DE LISTAS / MOVIMIENTO POLÍTICO SIN PERSONERÍA JURÍDICA / CONFLICTO DE NORMAS CONSTITUCIONALES / INSCRIPCIÓN DE CANDIDATO A ELECCIÓN POPULAR / ACUERDO DE PAZ / FARC / PLEBISCITO / MINORÍA POLÍTICA / SÍMBOLO DEL PARTIDO POLÍTICO**

***Problema jurídico:** Le corresponde a la Sala resolver los siguientes asuntos: a) Desconocimiento del inciso 5º del artículo 262 Constitucional en concordancia con el artículo 108 Superior. Corresponde determinar si con el acto demandado se incurrió en una infracción del inciso 5º del artículo 262 Superior, en tanto el Consejo Nacional Electoral tuvo como uno de los fundamentos para el otorgamiento de la personería jurídica la participación de la colectividad política En Marcha en la coalición «Alianza Verde Centro Esperanza». Así mismo, se debe establecer si la autoridad desconoció las reglas establecidas en el artículo 108 Constitucional, esto en relación con los requisitos establecidos para el reconocimiento de personería jurídica a partidos y movimientos políticos. Frente a ello, surge el siguiente interrogante: ¿Puede considerarse que En Marcha participó efectivamente de la coalición «Alianza Verde Centro Esperanza» y de forma consecuente en las elecciones parlamentarias del año 2022? b) Falsa motivación. Considerando que se encuentra aceptado por las partes que los señores Guido Echeverry Piedrahita, Gustavo Adolfo Moreno y Jairo Alberto Castellanos fueron avalados en su aspiración al Congreso de la República por el partido Alianza Social Independiente, corresponde determinar: ¿Es acertada la diferenciación entre el aval y la inscripción de candidatos que propone el apoderado de agrupación política En Marcha? ¿Puede considerarse como válido el «apalancamiento» de la colectividad En Marcha en el partido Alianza Social Independiente para el otorgamiento del aval? ¿Podía, válidamente, presentar candidatos por otra colectividad política? ¿Es acertado considerar que los referidos senadores no perdieron su condición de militantes de En Marcha, a pesar de haber sido avalados por otro partido político?*

**Tesis:** “a) Estudio del cargo de nulidad por infracción de norma superior. (...). Bajo estas consideraciones, puede señalarse que el Consejo Nacional Electoral, al momento de adoptar la decisión administrativa aquí demandada, sustentándose en la participación de la agrupación política En Marcha en la coalición «Alianza Verde Centro Esperanza», desconoce el contenido normativo del inciso 5º del artículo 262 constitucional debido a que no contaba con el atributo de la personería jurídica. La anterior conclusión, conlleva a señalar de forma consecuencial que también se presenta la infracción del artículo 108 constitucional. Bajo estas consideraciones, no pasa inadvertido por esta Sección que la colectividad política En Marcha no inscribió candidatos en el certamen democrático para elegir senadores y representantes a la Cámara, llevado a cabo el 13 de marzo del 2022, ello como una circunstancia que se deriva de la ausencia de personería jurídica y de la imposibilidad, por disposición de norma superior, de pertenecer y cumplir con la finalidad de la coalición «Alianza Verde Centro Esperanza», que no es otra que «presentar lista de candidatos», según lo señala expresamente el inciso quinto del artículo 262 superior. (...). Ahora bien, la Sala no pasa inadvertido que tanto la entidad demandada como el apoderado de la colectividad política presentan una serie de razones para considerar que tal circunstancia no afecta la legalidad de la resolución cuestionada, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera: (...). [1] En Marcha no podía acogerse a la figura que se consagra en el inciso 5º del artículo 262 Constitucional. (...). Por lo dicho, se puede concluir que, aunque la colectividad política En Marcha puede libremente desarrollar las actividades proselitistas en su condición de organización sin personería jurídica, dicha circunstancia, por sí sola, no permite señalar que hubiere participado mediante la figura de coalición para inscribir candidatos a corporaciones públicas que habilita la norma constitucional en comento. (...). [2] No se observa la existencia de una tensión entre normas constitucionales. (...). [E]sta judicatura evidencia que las normas constitucionales alegadas no entran en tensión, desde dos perspectivas, la primera, la normativa y la segunda, desde los aspectos demostrados al interior del presente proceso. (...). Por lo dicho, ni desde el punto de vista normativo ni en consideración a la demostrada actividad política de En Marcha puede concluirse que la exigencia de la personería jurídica que consagra el inciso 5º del artículo 262 constitucional afecte otras garantías de orden fundamental, por lo que no se encuentra soporte en el dicho del apoderado en este punto. [3] No se presenta un déficit de protección en punto de la posibilidad de los partidos y movimientos políticos sin personería jurídica para postular candidatos a cargos de elección popular. (...). [L]a misma Corte Constitucional, en una decisión con efectos de cosa juzgada en los términos del artículo 234 Superior, señaló que en punto de las colectividades que no gozan del reconocimiento de la personería jurídica, es procedente dar aplicación al procedimiento de inscripción de candidatos que se exige para los grupos significativos de ciudadanos, aspecto que denota que actualmente, a través de este mecanismo, aquellas

puede materializar el derecho de postulación de candidatos que les asiste. Bajo esta perspectiva, no resulta de recibo el argumento de la parte demandada. [4] No puede considerarse que En Marcha haya inscrito candidatos por medio de la coalición. (...). En otras palabras, la coalición es una alternativa legal para la inscripción de candidatos, que apunta a los fines señalados, relacionados con la suma de esfuerzos proselitistas y la afinidad programática o ideológica. Sin embargo, en estricto sentido no encuentra asidero afirmar, desde el punto de vista normativo, que los candidatos pertenezcan a la coalición, en la medida en que el derecho de postulación y el acto de inscripción corresponden a cada colectividad, lo cual definen previamente a través del otorgamiento del aval, sin que por la existencia del acuerdo pueda concluirse que se difumina o elimina en su individualidad. (...). [5] La coalición de partidos y movimientos políticos a corporaciones públicas permite mantener la personería jurídica, mas no su reconocimiento. (...). Bajo estas consideraciones, es claro que la figura de la coalición para inscribir listas a corporaciones públicas tiene una finalidad democrática específica y concreta, que se refleja en la necesidad de mantenimiento de la personería jurídica, como atributo previo a la firma del acuerdo correspondiente y, por lo tanto, no puede señalarse que con la misma se busca el reconocimiento de tal prerrogativa. (...). [6] Aplicación de la regla de unificación fijada en la sentencia SU-257 del 2021. (...). Bajo estas consideraciones, lo primero que se considera procedente indicar, es que respecto de la colectividad En Marcha no se alegó ni se evidencia de las pruebas allegadas al expediente, la existencia de circunstancias externas que hubiere dificultado el ejercicio de su actividad política o se hubiere presentado su extinción o la de sus militantes, por lo que no puede considerarse la aplicación de los efectos inter comunis que se establecieron en el fallo de unificación. (...). Por el contrario, la misma organización ha descrito cómo surgió y se ha mantenido en la esfera política, sin que se advierta limitación alguna de sus derechos. (...). Por ello, desde el punto de vista fáctico, se puede concluir que en el presente caso no se observa una afectación a la garantía constitucional de fundar, organizar y de permanencia de partidos y movimientos políticos. (...). [7] Aplicación de los postulados del Acuerdo de Paz. (...). Por lo dicho, en los actos demandados el Consejo Nacional Electoral no podía acudir al contenido del Acuerdo de Paz, para de forma directa y en aplicación de este, considerar procedente el otorgamiento de la personería jurídica que se cuestiona en esta oportunidad, en desconocimiento abierto de los parámetros constitucionales que regulan dicha actuación y que permiten la posibilidad de partidos y movimientos políticos con personería jurídica de coaligarse para elecciones a corporaciones públicas. (...). [8] Existencia del régimen de minorías políticas para la obtención de la personería jurídica. (...). Es por esta razón que, aunque el artículo 108 aún refiere a la circunscripción de las minorías políticas, lo cierto es que debe ser leída en contexto y bajo la égida de lo regulado en el artículo 176 Constitucional, disposición jurídica que ya no consagra este espacio de representación democrática, y que, por lo tanto, no resulta exigible o aplicable en la actualidad del derecho electoral colombiano. (...). Por lo dicho, no resulta de recibo el argumento expuesto por el apoderado de la colectividad política En Marcha, en punto de ser reconocida como tal, para efectos del estudio de legalidad en el presente medio de control, en tanto no puede apelar al concepto de minoría política, mencionado en el artículo 108 CP, para efectos de adquirir personería jurídica, pues a ese grupo de organizaciones ya no les ampara la excepción de la norma constitucional, por haber desaparecido la curul en la Cámara. (...). [9] Efecto de la inclusión de los signos distintivos de En Marcha en el logo símbolo de la coalición. (...). Sobre el particular, si bien es cierto el signo distintivo de En Marcha fue incluido en la tarjeta electoral, no es admisible el argumento de la parte demandada en punto de señalar que dicha circunstancia implica que la colectividad hizo parte y fue apoyada a través de los votos ciudadanos que acompañaron ese proyecto político. Lo anterior, con fundamento en dos argumentos fundamentales: El primero de ellos, (...), es que el movimiento político En Marcha, por disposición constitucional, no estaba habilitado para inscribir candidatos como parte de la coalición «Alianza Verde Centro Esperanza». (...). A su vez, en este punto, es de resaltar que la lista al Senado de la República por la coalición «Alianza Verde Centro Esperanza» adoptó la modalidad de voto preferente, lo que implica que el elector tenía la posibilidad de escoger el candidato del partido de su preferencia, situación que confirma aún más el apoyo a las colectividades que inscribieron sus postulados, y no frente a En Marcha, que como ya se señaló, estaba en la imposibilidad jurídica de cumplir dicha finalidad. b) Falsa motivación. El acto demandado en la presente oportunidad refirió, en sus consideraciones, que en el marco de las elecciones al Congreso de la República, la coalición «Alianza Verde Centro Esperanza» logró la elección de los senadores Guido Echeverri Piedrahita, Gustavo Moreno Hurtado y Jairo Alberto Castellanos, quienes señalaron ser militantes de En Marcha al momento de solicitar la personería jurídica ante el Consejo Nacional Electoral y por lo tanto, se entiende que ahora dicha organización política cuenta con representación en la corporación pública. (...). Conforme con lo dicho, se concluye entonces que el aval, en el presente caso, es el primer elemento demostrativo de la militancia de los señores Guido Echeverri Piedrahita, Gustavo Adolfo Moreno Hurtado y Jairo Alberto Castellanos en el partido político Alianza Social Independiente. (...). Por estas consideraciones, no puede señalarse que una colectividad pueda, legalmente, «prestar» el aval a los aspirantes de otra, o la figura del «apalancamiento» como se plantea por la defensa, pues ello daría al traste con la importancia de dicho acto y con la seguridad jurídica que se genera frente a la militancia de los candidatos y el efecto que ello tiene frente al electorado, quien tiene la conciencia de apoyar al aspirante que representa los ideales y la plataforma programática del partido o movimiento político que soporta una candidatura en específico. Así las cosas, conforme lo señalado, esta Sala puede concluir que las consideraciones del acto demandado, al exponer que en el

marco de la coalición «Alianza Verde Centro Esperanza» resultaron elegidos tres senadores por el movimiento En Marcha, resultan contrarias a la realidad y desconocen la regulación electoral en la materia, pues es claro que los señores Guido Echeverri Piedrahita, Gustavo Moreno Hurtado y Jairo Alberto Castellanos fueron avalados por el partido Alianza Social Independiente y aceptaron la candidatura postulada por aquel, situación que conlleva a concluir, de forma ineludible, que se configuró el vínculo de la militancia con aquella y se perdió frente a En Marcha. (...). Conforme con lo dicho, se puede concluir que la motivación del acto administrativo demandado, en punto de la militancia y elección de los señores Guido Echeverri Piedrahita, Jairo Alberto Castellanos Serrano y Gustavo Adolfo Moreno Hurtado por la colectividad política En Marcha, es falsa. Lo anterior, en tanto se demostró que la militancia, aspiración democrática y posterior elección de aquellos como senadores de la República se realizó con el aval del partido Alianza Social Independiente y no en representación de En Marcha, como lo expuso la autoridad demandada en la resolución cuestionada.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 9 de mayo de 2024; C.P. Gloria María Gómez Montoya, radicación: 11001-03-28-000-2023-00038-00.](#)

## **4. Se negó la nulidad del acto de elección de los representantes principal y suplente de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío.**

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección de los representantes principal y suplente de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío, para el periodo 2024-2027, por presuntas irregularidades en el proceso de elección. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la apelación carece de objeciones y cuestionamientos específicos en contra de los fundamentos que respaldaron la decisión del Tribunal Administrativo del Quindío objeto de impugnación.*

### **NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE DE LAS COMUNIDADES NEGRAS ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / AUSENCIA DE CARGA ARGUMENTATIVA DEL RECURSO DE APELACIÓN / CONFIRMACIÓN DEL FALLO**

**Problema jurídico:** *Le corresponde a la Sala resolver si confirma, modifica o revoca la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues encontró que la norma reglamentaria del proceso de elección de los representantes principal y suplente de las comunidades negras ante el consejo directivo de las corporaciones autónomas dispone que el informe de verificación de cumplimiento de los requisitos se publica el día de la reunión en que se elige.*

**Tesis:** “De la carga argumentativa del recurso de apelación. La jurisprudencia de esta Sección ha establecido claramente que, al impugnar una providencia mediante el recurso de apelación, se deben presentar objeciones o reparos específicos para controvertir los fundamentos que respaldan la decisión cuestionada. En otras palabras, es necesario que la impugnación contenga una argumentación que exponga y justifique las razones por las cuales se discrepa o cuestiona la providencia apelada pues, de lo contrario, se desnaturalizaría su finalidad adversarial prevista en el artículo 320 del CGP (...). Caso concreto. La Sala confirmará la sentencia del 8 de febrero de 2024, por cuanto el recurso de apelación carece de objeciones y cuestionamientos específicos en contra de los fundamentos que respaldaron la decisión del Tribunal Administrativo del Quindío objeto de impugnación. Por el contrario, la apelante, si bien solicitó «que sea revocada la sentencia y todo se ajuste a la verdad procesal», lo cierto es que se limitó a referir otros aspectos que, una vez confrontados con el contenido de la providencia impugnada, se encontró que no hicieron parte de la motivación que expuso la primera instancia para negar las pretensiones. [L]a parte actora, al interponer el recurso, únicamente puso de presente que el tribunal no se pronunció sobre unos testimonios que solicitó al subsanar la demanda, los cuales tendrían incidencia de cara modificar la decisión adoptada pues, según su dicho, la CAR Quindío actuó de manera indebida en el proceso electoral del demandado, acomodando las circunstancias para permitir su reelección. (...). [P]ese a que se encontró que el recurso si cumplió con la carga argumentativa, lo cierto es que los fundamentos esgrimidos como sustento de aquel, no se opusieron a la tesis jurídica que expuso el juez

de primera instancia para negar la solicitud de nulidad del acto de elección demandado. Por el contrario, lo que se observa es que aquellos se dirigieron a que se revocara y se encontrara la verdad procesal a partir de unos testimonios que, como se infiere de su dicho, si se hubiesen practicado, tendrían incidencia para develar las irregularidades surgidas en el proceso de elección del demandado. Así las cosas, se tiene que la argumentación de la apelante fue imprecisa e insuficiente y, como tal, conlleva a la imposibilidad para el fallador de segundo grado de revocar o modificar la decisión cuestionada, en tanto que, aceptar dicho escenario, desconocería que el recurso de apelación es un medio de impugnación que permite desvirtuar una providencia judicial siempre que se presenten razones concretas de oposición frente a lo resuelto por la primera instancia. En esta orientación, como no se advierte reparo alguno frente al estudio que hizo el tribunal en relación con las razones y elementos probatorios en que edificó lo decidido, es decir, lo relacionado con el desconocimiento del traslado del informe de verificación regulado por el artículo 2.2.8.5A.1.4 del Decreto 1076 de 2015 y la oportunidad para recurrir dicho documento, se impone confirmar la providencia apelada.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 11 de abril de 2024; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2023-00075-01.](#)

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. La Sala exhorta al Gobierno Nacional para que presente un proyecto de ley que defina la composición, convocatoria y funcionamiento de la Comisión de Concertación y Decisión del Sistema Nacional de las Juventudes.

**Síntesis del caso:** El Gobierno Nacional, por intermedio del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, solicitó concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la creación, composición y funcionamiento de la Comisión de Concertación y Conciliación del orden nacional en el marco del Sistema Nacional de las Juventudes, el cual fue creado mediante la Ley Estatutaria 1622 de 2013.

**CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / SISTEMA NACIONAL DE JUVENTUD / PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA / FINALIDAD DE LA LEY ESTATUTARIA / LÍMITES DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**

**Problema jurídico 1:** ¿Es viable concluir la creación de una instancia de coordinación como la Comisión de Concertación y Decisión del orden Nacional a partir de lo establecido en los artículos 67 y 70 de la Ley Estatutaria 1622 de 2013 que creó el Sistema Nacional de las Juventudes para garantía del derecho a la participación de los jóvenes? **SI**

**Tesis:** “[P]ara la Sala, la Ley 1622 de 2013, efectivamente estableció la creación de la Comisión de Concertación y Decisión del orden nacional. Lo anterior se infiere de la necesidad de que esta comisión realice sus actuaciones en instancias de concertación y decisión del orden nacional, como lo prescribe el artículo 67 en cita. Asimismo, la ley reguló la Secretaría Técnica de la Comisión de Concertación y Decisión del orden nacional y señaló la forma de su designación, tal y como se observa en el contenido del artículo 70 antes citado. Sin embargo, como ya se dijo, la ley guarda silencio sobre su composición y en su defecto, la autoridad competente para definirla, así como su convocatoria y su funcionamiento, aspectos esenciales para que realmente la comisión pueda cumplir su cometido en el orden nacional. Es palpable la diferencia respecto de estas comisiones en el orden territorial, respecto de las cuales, la ley señala expresamente la competencia del alcalde o gobernador para su convocatoria; la manera en que deberían ser conformadas por delegados del Gobierno del ente territorial y por los Consejos de Juventud de cada ente territorial. (...) De esta forma, por ejemplo, resultaría improcedente y ajeno a la competencia reglamentaria señalar que cuando la norma habla de competencias del gobernador se debe entender que son las del presidente de la República en el nivel nacional. Se trata de dos órganos distintos, que no pueden ser equiparados vía interpretación, para extender las normas relativas a la composición y el funcionamiento de las Comisiones territoriales a la del orden nacional. Frente a los razonamientos anteriores, la Sala considera que no es posible completar o adicionar la ley estatutaria en los vacíos normativos evidentes en que incurrió en aspectos esenciales como son la composición, convocatoria y funcionamiento de esta comisión del orden nacional. En este mismo sentido, tampoco resultaría posible que por vía reglamentaria se pudieran suplir estos vacíos de la ley estatutaria, y menos por reglamento interno de la misma comisión. De la misma manera, la argumentación anterior resulta aplicable en cuanto a la composición de esta comisión del orden nacional para designar delegados de la Plataforma Nacional de Juventud. Lo anterior, pues no existe norma legal que defina que estos delegados hacen parte de su composición. Finalmente, como la ley no señaló las competencias de las autoridades para definir la composición, realizar su convocatoria y su conformación, por las mismas razones, tampoco resulta posible la designación de delegados de la Plataforma Nacional de Juventud para que actúen como veedores en la Comisión de Concertación y Decisión del orden nacional.”

**LEY ESTATUTARIA / CLASES DE LEY ESTATUTARIA / FINALIDAD DE LA LEY ESTATUTARIA / PREVALENCIA DE LA LEY ESTATUTARIA / PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA / LEY ESTATUTARIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Problema jurídico 2:** ¿La regulación sobre las comisiones de concertación, en aspectos esenciales como su composición, convocatoria y funcionamiento, son de reserva de ley estatutaria? **SI**

**Tesis:** “[C]ualquier regulación sobre estas comisiones de concertación, en aspectos esenciales como su

composición, convocatoria y funcionamiento, son de reserva de ley estatutaria, en los términos señalados por la Corte Constitucional. Por consiguiente, la interpretación de las normas señaladas no puede tener el alcance de completar la ley o desconocer la reserva de ley estatutaria. Esos límites en cuanto a la regulación de las comisiones de concertación y demás instituciones de esta ley son, en esencia, los mismos fijados por la Constitución al Legislador para la regulación de los derechos fundamentales pues, obviamente, el intérprete no puede tener un margen de apreciación mayor al del propio Legislador Estatutario. En este sentido, la interpretación de la norma debe ceñirse a los criterios que determinan la procedencia de dicha reserva de ley estatutaria. i) Que efectivamente se trate de derechos y deberes de carácter fundamental: La regla primera, y quizá fundamental, consiste en que solo tienen reserva de ley estatutaria algunas materias específicas, entre estos los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; ii) Que el objeto directo de la regulación sea el desarrollo del régimen de derechos fundamentales o un derecho fundamental en sí mismo: Si la interpretación que se propone supera la regulación que de forma directa ya hizo la norma estatutaria en un primer momento del derecho o derechos de carácter fundamental, o se materializa en una regulación distinta generando una afectación evidente, se excede la reserva de ley estatutaria, y se requeriría una nueva ley de carácter estatutario. Por el contrario, si la interpretación resulta ser un complemento indirecto respecto del derecho fundamental, o si sólo se refiere a materias relacionadas, marginales o aisladas no aplica la reserva de ley estatutaria. iii) Que la normativa pretenda regular, de manera integral, estructural y completa, un derecho fundamental: Este criterio refiere a la pretensión regulativa cuando tiene un carácter totalizador, es decir, que busca regular el derecho fundamental abarcando todas las facetas que lo integran. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional este rasgo definitorio aplica tanto para el derecho en sí mismo como para el mecanismo dispuesto para su protección. Ahora bien, el elemento estructural entonces supone: las premisas normativas y fácticas que subyacen al derecho, los mecanismos de protección que condicionan el margen de acción para el titular del derecho, y las obligaciones exigibles a los sujetos pasivos, las excepciones y condicionamientos para su ejercicio. (...) iv) que verse sobre el núcleo esencial y los principios básicos del derecho o deber, es decir, que regule los aspectos inherentes al ejercicio del derecho: Este criterio se refiere a las regulaciones dirigidas a la reforma o modificación de algún elemento cercano de lo que constituye el bloque de rasgos propios de la naturaleza del derecho fundamental. Es por ello que corresponde a un contenido sustancial inmodificable, lo que se conoce como núcleo esencial del derecho, que de ser afectado puede hacerlo nugatorio o derivar en una mutación a un derecho distinto, es por ello, que resulta ser un contenido sustancial. Lo anterior justifica que la regulación que pueda eventualmente afectar este núcleo al incorporar límites, restricciones, excepciones y prohibiciones sea sometida al procedimiento más exigente como es el de ley estatutaria. (...) v) que se refiera a la afectación o el desarrollo de los elementos estructurales del derecho, esto es, que consagre límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten la estructura general del derecho, como elementos cercanos a su núcleo esencial: El elemento estructural de un derecho fundamental abarca las premisas normativas y fácticas que subyacen al derecho, los mecanismos de protección que condicionan el margen de acción para el titular del derecho, y las obligaciones exigibles a los sujetos pasivos, las excepciones y condicionamientos para su ejercicio.”

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la reserva de ley estatutaria respecto a los mecanismos de participación de las juventudes, ver: Corte Constitucional, sentencia C-862 de 2012.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre los criterios que determinan la procedencia de la reserva de ley estatutaria, ver: Corte Constitucional, sentencias C-204 de 2019, C-370 de 2019, C-818 de 2011, C-385 de 2015, C-993 de 2004, C-756 de 2008 y C-204 de 2019.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; Concepto 2493 del 27 de septiembre de 2023; C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2022-00281-00\(2493\). Levantamiento de reserva mediante Auto del 11 de abril de 2024.](#)

### **Salvamento de voto de la consejera Ana María Charry Gaitán**

**SALVAMENTO DE VOTO / SISTEMA NACIONAL DE JUVENTUD / PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA / FINALIDAD DE LA LEY ESTATUTARIA / LÍMITES DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DE LA NORMA / INTERPRETACIÓN GRAMATICAL DE LA LEY / MÉTODO HISTÓRICO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY / INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA / INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA LEY / INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA LEY CIVIL**

**Problema jurídico:** ¿La Comisión de Concertación y Decisión del Sistema Nacional de las Juventudes del orden nacional sí fue creada a la luz de los distintos métodos de interpretación jurídica; su

*composición se puede establecer a partir del método extensivo de interpretación de la ley; y su funcionamiento podría fijarse desde la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional? SI*

**Tesis:** “[L]a postura sostenida por la Sala en esta oportunidad desconoce las anteriores reflexiones, pues el concepto se restringió a un criterio formalista, en lugar de ofrecer respuestas sustantivas que contribuyan a materializar los esfuerzos plasmados en una ley estatutaria. Brindar como alternativa al Gobierno Nacional el trámite de un nuevo proyecto de ley estatutaria, refleja el desconocimiento evidente de la necesidad que tiene el país y la democracia de garantizar en la administración pública los derechos fundamentales a través de mecanismos de participación de la población joven. (...) [L]as leyes estatutarias pueden adolecer, como en el caso presente, de vacíos que usualmente pueden superarse por vía interpretativa, a no ser que se trate de disposiciones que resulten contrarias a la Constitución, supuesto en el cual, le corresponde a la Corte Constitucional declarar su inexecutable. En mi concepto, en el caso de una ley estatutaria que adolezca de un vacío normativo, lo más correcto desde el punto de vista normativo, en aras de garantizar derechos fundamentales superiores, es integrar la norma por diferentes vías de interpretación. (...) Como lo sostiene la posición unánime, sí es posible concluir que el Legislador creó la Comisión de Concertación y Decisión del orden nacional, en el marco del Sistema Nacional de las Juventudes, pero además, en mi concepto, del mismo contenido normativo, es posible comprender su forma de composición y funcionamiento. Para sustentar esta tesis se echa de menos en el proyecto un análisis del artículo 67 de la Ley 1622 de 2013, a través de los métodos de interpretación gramatical, sistemático, teleológico e histórico, así como el estudio y aplicación de los principios previstos en la misma ley estatutaria. (...) [S]i la conclusión extraída para responder al primer problema jurídico aclara la existencia de la Comisión de Concertación y Decisión en el orden nacional, la consecuencia lógica derivada es que la regulación establecida para esas instancias de decisión es la misma aplicable a las entidades territoriales que establece la Ley Estatutaria en el artículo 68. En este sentido, la respuesta que exigía los problemas jurídicos 2, 3, y 5 debía considerar la aplicación no solo sistemática sino también extensiva de lo estipulado en el artículo 68 (...) la Ley Estatutaria establece una regulación que sirve de marco estructural para el funcionamiento de las Comisiones de Concertación y Decisión, tanto para el orden nacional como territorial, que de forma expresa abarca los dos órdenes en los artículos 67 y 70, y en lo demás se debe aplicar de forma extensiva lo estipulado para el orden territorial en el orden nacional según lo expuesto. La extensión de tales contenidos normativos resulta acorde con los principios y esquemas de coordinación, concurrencia, transversalidad y universalidad que se plantean a lo largo de la Ley Estatutaria, y supone un ejercicio interpretativo, en la medida en que se trata de hacer una aplicación amplia respecto de la regulación definida para una instancia de coordinación que tiene las mismas funciones y propósitos y que se diferencian por pertenecer unas al orden de las entidades territoriales y otra al orden nacional. No obstante lo anterior, es viable desde el punto de vista jurídico y con fundamento en la facultad reglamentaria de orden constitucional que ha sido otorgada al presidente en el artículo 189 de la Constitución Política, que desarrolle aspectos técnicos, operativos, accesorios, coyunturales o cambiantes subsidiarios que propendan por el mejor funcionamiento de las Comisiones de Concertación y Decisión, siempre y cuando no exceda el marco constitucional y de la ley estatutaria. De otra parte, no se puede concluir la misma viabilidad sobre la facultad de la Comisión para establecer su propio reglamento de funcionamiento porque no existe en la ley una habilitación para tal efecto. (...) [E]l Gobierno Nacional sí podría realizar reglamentaciones en ejercicio del artículo 189.11 siempre y cuando se encuentre en el estricto marco estatutario y se trate de temas técnicos y/o operativos, de carácter coyuntural o contextual, que no afecten la regulación de la ley estatutaria integral y sistemática sobre el derecho fundamental garantizado a través de los mecanismos de participación democrática de las juventudes.”

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la función consultiva de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ver: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, Consejo de Estado, Consulta Rad. No. 11001-03-06-000-2011-00003-00. Número interno: 2047; concepto 00295-00 de 2023.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la reserva de ley estatutaria y límites interpretativos de las normas estatutarias, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2020.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre el método de interpretación extensivo de la ley, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2166 de 2013

**2. La mesa de diálogo que se instalaría con ocasión de las protestas sociales que iniciaron el pasado 21 de noviembre de 2019 constituiría una instancia de diálogo, negociación, consulta y concertación.**

**Síntesis del caso:** *El Gobierno Nacional, por intermedio del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, solicitó concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la naturaleza de la mesa de discusión que se pretendía instalar dentro del marco de las protestas sociales que iniciaron el pasado 21 de noviembre de 2019.*

**ESTADO SOCIAL DE DERECHO / PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA / DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DEL CIUDADANO / PARTICIPACIÓN CIUDADANA / DIÁLOGO POLÍTICO / NEGOCIACIONES**

**Problema jurídico 1:** *¿El alcance de los conceptos de consulta, diálogo, negociación y concertación, dentro del marco de la participación ciudadana, dependerá del régimen constitucional y legal aplicable a las materias que sean tratadas en este proceso de participación? SI*

**Tesis:** “La participación ciudadana, bajo las modalidades de consulta, diálogo, negociación y concertación corresponden a un Estado Social y Democrático de Derecho. Este principio, recuerda la Sala, es uno de los pilares fundamentales de la Constitución de 1991. De igual manera, la participación ciudadana es una manifestación del paradigma de la gobernanza, que permite a los ciudadanos influir en el diseño e implementación de las políticas públicas y, de manera general, en la actividad de la Administración. Es necesario distinguir los conceptos de consulta, diálogo, negociación, y concertación. El alcance de cada uno de estos términos, dentro del marco de la participación ciudadana, dependerá del régimen constitucional y legal aplicable a las materias que sean tratadas en este proceso de participación. Los eventuales acuerdos que celebre el Gobierno nacional no son actos administrativos ni contratos estatales, sino actuaciones previas de una futura decisión administrativa, según se ha expuesto en este concepto. De tal suerte, para que tengan efectos jurídicos, deberán concretarse en una actuación administrativa posterior, que materialice los acuerdos. Cuando expresamente lo señale la ley, pueden existir negociaciones o concertaciones exigibles jurídicamente para la Administración, como se ha expuesto en este concepto. A título de ejemplo, se señala la negociación colectiva y, en forma específica, la negociación del salario mínimo, la cual requerirá de un acto administrativo posterior, que refleje los acuerdos entre los empleadores y los trabajadores. De todas maneras, el Gobierno nacional se encuentra llamado a obrar de manera diligente, leal y de buena fe para que los acuerdos, en la medida de lo posible, sean implementados, dentro de los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico. Corresponde al Gobierno nacional determinar cuáles son los asuntos sobre los cuales es competente, para, de este modo, establecer cuál es el alcance de su participación. En este caso, los diálogos y negociaciones podrán ser tomados en cuenta en el diseño e implementación de las políticas públicas correspondientes. Respecto de los temas sobre los cuales no tiene competencia, no será procedente la consecución de acuerdos. En todo caso, con fundamento en el principio constitucional de colaboración armónica entre los poderes públicos, el Gobierno nacional podrá acordar la realización de obligaciones de trámite ante las autoridades correspondientes, a fin de que ellas decidan sobre los asuntos así planteados.”

**DIÁLOGO POLÍTICO / NEGOCIACIONES / PARO NACIONAL / PLIEGO DE PETICIONES / NEGOCIACIÓN DEL PLIEGO DE PETICIONES**

**Problema jurídico 2:** *¿La mesa de diálogo que se instalaría con ocasión de las protestas sociales que iniciaron el 21 de noviembre de 2019 constituiría una instancia de diálogo, negociación, consulta y concertación? SI*

**Tesis:** “Las conversaciones entre el Gobierno nacional y el Comité Nacional de Paro son una manifestación del derecho a la participación ciudadana, y un espacio de deliberación acorde con el principio y el modelo constitucional de democracia participativa. Dentro de este marco, en relación con su carácter y habida cuenta de la diversidad de los asuntos que se abordan, la mesa que eventualmente se instale constituiría una instancia de diálogo, negociación, consulta, y aun de concertación, con base en la naturaleza de los temas, la voluntad de las partes y, especialmente, los límites establecidos en la Constitución y la ley, en los términos señalados en este concepto.”

**DIÁLOGO POLÍTICO / NEGOCIACIONES / PARO NACIONAL / PLIEGO DE PETICIONES / NEGOCIACIÓN DEL PLIEGO DE PETICIONES**

**Problema jurídico 3:** *¿Cuáles son los temas que se deben tratar en la mesa de diálogo que se instalaría con ocasión de las protestas sociales que iniciaron el 21 de noviembre de 2019, en el marco de las competencias constitucionales y legales dadas al Gobierno Nacional?*

**Tesis:** “El Gobierno nacional puede dialogar sobre los temas que, en el denominado pliego de condiciones, estén dirigidos a la consecución de los fines de interés general propios del Estado, y sean de su

competencia, de acuerdo con la Constitución y la Ley. En cualquier caso, teniendo en cuenta el principio constitucional de colaboración armónica (artículo 113 superior) y en forma consonante con las facultades de iniciativa que tiene respecto de otros poderes públicos, el Gobierno nacional puede llevar a cabo actuaciones de trámite, según lo considere pertinente, ante otras autoridades. Tales acciones pueden ser realizadas con el propósito de gestionar las peticiones planteadas por las organizaciones civiles y sociales, si lo considera procedente. De igual modo, conforme a los principios de la buena fe y los demás postulados de la función administrativa, el Gobierno nacional procurará que los eventuales acuerdos que surjan de estos espacios de deliberación puedan ser implementados, en el entendido de que serán congruentes con el interés general. En cualquier caso, los resultados que surjan de los diálogos y negociaciones que se establezcan con el Comité Nacional de Paro estarán circunscritos a las características y condiciones analizadas en este concepto.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; Concepto 2444 del 21 de abril de 2020; C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2020-00120-00 \(2444\). Levantamiento de reserva mediante Auto del 22 de abril de 2024.](#)

### **3. La Procuraduría General de la Nación es la autoridad competente para conocer de las quejas disciplinarias en contra de operadores de los procesos insolvencia de persona natural no comerciante.**

*Síntesis del caso: Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Provincial de Instrucción de Bucaramanga y la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Santander, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para conocer de una queja presentada en contra de una operadora de un proceso de insolvencia de persona natural no comerciante.*

#### **CONOCIMIENTO DEL PROCESO DISCIPLINARIO / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / CONCILIADOR / DISCIPLINADO / COMPETENCIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

*Problema jurídico 1: ¿El artículo 35 de la Ley 2220 de 2022 debe ser inaplicado en cuanto amplió la competencia de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial para investigar disciplinariamente a los conciliadores, a pesar de que el artículo 257A de la Constitución Política solo otorgó a dichos organismos competencia para ejercer la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y los empleados de la Rama Judicial, y sobre los abogados en ejercicio de su profesión? SI*

**Tesis:** “Es importante analizar que los conciliadores se encuentran sometidos para el ejercicio de sus funciones, a lo previsto en la Ley 2220 de 2022 la cual contiene disposiciones sobre el régimen disciplinario de los conciliadores. (...) La norma citada otorga la competencia a la Comisión de Disciplina Judicial para conocer de los procesos disciplinarios en contra de los conciliadores. No obstante, la sala reitera, que, al igual que las normas contenidas en la Ley 1952 de 2019, dicha competencia disciplinaria asignada a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a sus seccionales, resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 257A de la Constitución Política, adicionado por el artículo 19 del Acto Legislativo de 2015. La Sala insiste, en que la citada norma constitucional establece un mandato superior que determina, puntualmente, que la Comisión y sus seccionales ejercerán la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y los abogados en ejercicio de su profesión, sin facultar al Congreso de la República para atribuirles funciones adicionales. Por ello, resulta necesario acudir a los artículos 70 y 92 del Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019) los cuales establecen el régimen de competencia para disciplinar a particulares que ejercen funciones públicas, y en ese marco identificar el régimen disciplinario aplicable a los conciliadores.”

*Problema jurídico 2: ¿La Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Provincial de Instrucción de Cali, es la autoridad competente para conocer de la queja disciplinaria presentada en contra de una operadora de insolvencia de persona natural no comerciante? SI*

**Tesis:** “[A]ctualmente, las quejas disciplinarias presentadas en contra de los particulares que ocasional o transitoriamente ejerzan la función jurisdiccional son competencia de la Procuraduría General de la

Nación, a menos que frente a estas se haya iniciado indagación preliminar o investigación antes del 13 de enero de 2021 por parte de la sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o de los consejos seccionales. De acuerdo con los documentos que obran en el expediente del presente conflicto, la queja contra la conciliadora se presentó el 16 de diciembre de 2022, y los hechos que la motivaron tuvieron ocurrencia entre julio y agosto de 2022, esto es, después de la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y sus seccionales, autoridades que, según se ha explicado, sólo tienen competencia para investigar a servidores de la Rama Judicial y abogados en ejercicio de su profesión.”

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la competencia disciplinaria contra los conciliadores de conformidad con la Ley 2220 de 2022, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 5 de septiembre de 2023, exp. 11001-03-06-000-2023-00072-00.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; Decisión del 21 de febrero de 2024; C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00743-00\(C\)](#)

## **4. La Superintendencia de Sociedades es la autoridad competente para conocer las quejas por la violación del derecho de inspección de los accionistas de sociedades que tienen por objeto la explotación, operación, comercialización y distribución de juegos de suerte y azar.**

*Síntesis del caso: Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia Nacional de Salud y la Superintendencia de Sociedades, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para tramitar una queja por la presunta limitación a los accionistas de una sociedad para ejercer la inspección de los libros contables.*

**CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD / SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / FUNCIÓN SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / LIBROS DE CONTABILIDAD / INSPECCIÓN DE LIBROS DE CONTABILIDAD**

*Problema jurídico: ¿La Superintendencia de Sociedades es la autoridad competente para conocer la queja en contra de una sociedad, la cual fue formulada por dos accionistas minoritarios como consecuencia de la presunta limitación al derecho de inspección de los libros contables de la empresa? SI*

**Tesis:** “[E]s necesario establecer a quién corresponde ejercer la respectiva inspección, vigilancia y control sobre la empresa [R.E. S.A.], por la presunta, limitación a los accionistas minoritarios, en la inspección de los libros contables de la sociedad. Así las cosas, resulta claro que la queja presentada corresponde a un asunto relacionado con la gestión financiera y administrativa de una empresa que tiene como objeto social la explotación, operación, comercialización y distribución de juegos de suerte y azar, tales como apuestas permanentes y demás juegos de suerte y azar autorizados por la Ley. En esa medida, se tiene que la empresa Réditos Empresariales S.A. está sometida a la vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo previsto en el artículo 53 de la Ley 643 de 2001. No obstante, la Sala advierte que, al revisar las facultades, instrumentos y atribuciones específicas que tiene la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las sociedades que operan, explotan o administran el monopolio de juegos de suerte y azar, no encuentra ninguna que la habilite para conocer quejas que tengan como objeto la presunta violación al derecho de inspección de los libros contables. Ello, en la medida que el ejercicio de inspección, vigilancia y control de la Supersalud, en asuntos de juegos de suerte y azar, tales como apuestas permanentes y demás juegos de suerte y azar autorizados por la Ley, está directamente relacionado con el recaudo y aplicación de los recursos del monopolio de juegos de suerte y azar (...) [E]s claro que las facultades de la Supersalud en esta materia no se refieren al cumplimiento de las normas legales y estatutarias que regulan las relaciones entre los socios, o entre estos y los administradores; ni a la conformación y el funcionamiento de los órganos de dirección y administración, ni, en general, a los principios y reglas que rigen el funcionamiento interno de las sociedades y su relación con los accionistas. (...) [L]a Sala concluye que le corresponde a la Superintendencia de Sociedades conocer de la mencionada

queja, en ejercicio de la competencia residual asignada a dicha entidad (artículo 228 de la Ley 222 de 1995) y de la potestad de inspección sobre cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Financiera, prevista en el artículo 83 de la misma ley.”

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de febrero de 2018. Radicado número: 11001-03-06-000-2017-00129-00(C); Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 13 de diciembre de 2021, Rad. 11001-03-06-000- 2021-00082-00.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la competencia residual de la Superintendencia de Sociedades, ver: Consejo de Estado. Sentencia C – 746 de 2001; Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de septiembre de 2017. Radicado 11001-03-06-000-2017-00023-00 (C).

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; Decisión del 21 de febrero de 2024; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2023-00573-00\(C\)](#)

**SENTENCIAS DE  
UNIFICACIÓN**



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

---

**JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS**

## SECCIÓN TERCERA

**Se unificó la naturaleza de los actos unilaterales que emite una entidad estatal en desarrollo de contratos regidos por el derecho privado, como los proferidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, al señalar que, corresponden a la categoría de actos contractuales y no a la de actos administrativos**

*Síntesis del caso: "Emsirva E.S.P. abrió un concurso para seleccionar al contratista que ofreciera las mejores condiciones técnicas y económicas para el vaciado y tratamiento de 230.000 m<sup>3</sup> de lixiviados almacenados en las lagunas del relleno transitorio de Navarro, el cual culminó con la suscripción del contrato de obra 161 de 2005. (...) Durante la ejecución contractual, AG Consultores expresó su inconformidad frente a la exigencia de cumplimiento de condiciones no pactadas, tales como el vertimiento de agua bajo las normas de la CVC, circunstancia de la que se sirvió la contratante para no autorizar el pago de las actas de avance de obra (...) Con posterioridad a la presentación de la demanda, mediante Resolución GG-01117 del 11 de octubre de 2006, Emsirva efectuó la liquidación unilateral del contrato de obra e hizo efectiva la cláusula penal y la póliza de seguro de cumplimiento, acto que fue confirmado vía recurso de reposición mediante la Resolución GG-00033 del 24 de enero de 2007."*

CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / ACTIVIDAD CONTRACTUAL / ACTO CONTRACTUAL / ACTIVIDAD DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FALTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

*Problema jurídico 1: ¿Los actos unilaterales que emite una entidad estatal en desarrollo de contratos regidos por el derecho privado, como los proferidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, corresponden a la categoría de actos contractuales y no a la de actos administrativos?*

Tesis 1: "[E]s posible indicar que la naturaleza de los actos unilaterales que emite una entidad estatal en desarrollo de contratos regidos por el derecho privado, se afilia a la categoría de actos contractuales y no a la de actos administrativos. En estos términos, cuando una entidad pública está sometida al régimen de derecho común debe "actuar en las mismas condiciones que un particular, por lo cual no estaba habilitada para expedir un acto administrativo", ni puede adjudicarse, por sí misma, competencias que son de rango legal -sin perjuicio de aquellas hipótesis en que el legislador ha autorizado de manera excepcional la posibilidad de que las ESP puedan expedir actos administrativos-. (...) Esta plataforma autoriza volver sobre las bases que explican la noción y elementos del acto administrativo, pues permite clarificar el mecanismo procesal que se corresponde con la naturaleza del acto objeto de examen, indicando, desde ahora, que si no se trata de un acto administrativo, aunque sí de un acto jurídico contractual, el medio de control de nulidad y restablecimiento no está disponible para efectuar su examen, aun como pretensión promovida en sede de controversias contractuales, pues su objeto se dirige a enjuiciar la presunción de legalidad que sólo acompaña a tales actos, los administrativos, atributo del que carecen los actos

contractuales emitidos en desarrollo de negocios jurídicos sujetos al derecho común. (...) La noción de acto administrativo y sus elementos, también permite a la Sala ilustrar el escenario en que se ubica el *sub examine*, pues los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, con indiferencia de si son entidades públicas, privadas o mixtas, no ostentan el carácter de administrativos, conclusión a la que se arriba por medio de la constatación de que en estos casos dichas empresas no actúan -por regla general- en ejercicio de prerrogativas de poder. Este contexto confirma que el atributo relacionado con el ejercicio de tales prerrogativas consustanciales a la expedición de actos administrativos, no se identifica con el que atañe al régimen contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. (...) El servicio público implica una ejecución material o técnica en aplicación de mandatos constitucionales y legales para satisfacer las necesidades sociales, y se desarrolla en un marco económico de libertad de empresa y competencia, aspecto que descarta, por regla de principio, atributos de poder. (...) De modo que como los servicios públicos domiciliarios versan sobre la prestación de una actividad en condiciones de libre mercado, no es viable la aplicación de tratos diferenciados o prerrogativas a favor de los agentes públicos; por ende, se establece el actuar de todos los prestadores en condiciones equiparables en un panorama en el que “está fuera de discusión que el esquema general y usual de prestación de los servicios públicos sea el de la competencia en el mercado”, pues allí no cabe el uso de potestades administrativas en lo usual de sus escenarios. (...) Este aserto conduce a la Sala a reafirmar, en concordancia con la armonía y reconocimiento del régimen al cual están sometidos los contratos de las ESP, en la ausencia de uno de los requisitos esenciales para tener por configurado un acto administrativo en sus actos jurídicos contractuales, esto es, el ejercicio de una prerrogativa de poder (...). Por consiguiente, resulta opuesto a su naturaleza asignarles el carácter administrativo ante sus profundas distancias, pues ello significa negar su propia condición, lo que desdice abruptamente del régimen al cual están sometidos; de modo que así se presenten o sean nombrados sus actos como administrativos, es definitivo que no corresponden a tal categoría, ni la adquieren por la fuerza de su sola denominación. (...) Lo dicho conduce a que no sea procedente, por regla general, el examen judicial de los actos contractuales de las ESP como se hace frente a los actos administrativos. Entonces, si se advierte que el acto sometido a verificación no fue proferido en ejercicio de prerrogativas administrativas, esto es, no es un acto administrativo, resulta un contrasentido analizarlo como tal, dejando de lado el verdadero examen que demanda la solución definitiva del conflicto.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la naturaleza de los actos proferidos por entidades estatales en desarrollo de contratos regidos por el derecho privado, consultar providencias de 13 de mayo de 2004, Exp. 50001-23-31-000-2003-00020-01(AP), MP. María Elena Giraldo Gómez; de 30 de junio de 2011, Exp. 32018, MP. Ruth Stella Corea Palacio; de 19 de junio de 2019, Exp. 39800, MP. Alberto Montaña Plata; de 19 de junio de 2020, Exp. 46589, MP. María Adriana Marín; de 19 de junio de 2020, Exp. 64471, MP. Marta Nubia Velásquez Rico; de 3 de septiembre de 2020, Exp. 42003, MP. Alberto Montaña Plata; de 24 de septiembre de 2020, Exp. 44707, MP. José Roberto Sáchica Méndez; de 17 de marzo de 2021, Exp. 38237, MP. Alberto Montaña Plata; de 21 de mayo de 2021, Exp. 57822, MP. José Roberto Sáchica Méndez; de 21 de octubre de 2021, Exp. 36697, MP. Guillermo Sánchez Luque; de 18 de noviembre de 2021, Exp. 57537, MP. Martín Bermúdez Muñoz; de 23 de noviembre de 2022, Exp. 66700, MP. Alberto Montaña Plata; de 12 de diciembre de 2022, Exp. 66729, MP. Marta Nubia Velásquez Rico. En relación con los elementos de existencia del acto administrativo, consultar providencia de 6 de junio de 1978, Exp. 10198.

**UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / EXPEDICIÓN DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FALLO DE UNIFICACIÓN / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / ACTO CONTRACTUAL / ACTIVIDAD CONTRACTUAL / REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FALTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / APLICACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / REQUISITOS DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Problema jurídico 2:** *¿Debe unificarse la jurisprudencia del Consejo de Estado para definir la naturaleza de los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual y, determinar en ese sentido, que no son actos administrativos?*

**Tesis 2:** “Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial. Por tal razón,

para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación.”

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / APLICABILIDAD DE LA REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / FALLO DE UNIFICACIÓN / EXPEDICIÓN DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / ACTO CONTRACTUAL / ACTIVIDAD CONTRACTUAL / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / DEMANDA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA / INEXISTENCIA DE INEPTITUD DE LA DEMANDA / IMPROCEDENCIA DEL FALLO INHIBITORIO / IMPROCEDENCIA DE LA SENTENCIA INHIBITORIA / ESTUDIO DE FONDO DE LA SENTENCIA / EXAMEN DE FONDO / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / APLICACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / ADECUACIÓN DE LA DEMANDA / INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA / INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA POR EL JUEZ**

*Problema jurídico 3: ¿Dada la unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo relativo a la naturaleza de los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, cuando en los asuntos pendientes de solución se hubiere solicitado la nulidad de tales actos, se debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación?*

**Tesis 3:** “En los asuntos pendientes de solución bajo los que se hubiere solicitado la nulidad de tales actos por considerarlos actos administrativos, no podrá declararse la inepta demanda ni los jueces pueden inhibirse de emitir una decisión de fondo. En garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio iura novit curia, se debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación.”

**CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / CONCEPTO DE ACTO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / CONCEPTO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONDICIONES DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / OBJETO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETIVO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / NORMATIVA DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / NORMATIVA DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL / CLASES DE CLÁUSULAS DEL CONTRATO / ELEMENTO ACCIDENTAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / OBLIGACIONES DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL / CONTRATO DE OBRA**

*Problema jurídico 4: ¿La etapa de liquidación del contrato estatal de origen legal es exclusiva del régimen de derecho público, dado que, en el régimen de derecho privado, como lo es el que gobierna los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, tiene origen y corresponde a un pacto accesorio, respecto de lo cual no existe una norma que imponga llevar a cabo su realización?*

**Tesis 4:** “En aplicación de las normas que gobiernan los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, hay que señalar que la cláusula de liquidación tiene origen y corresponde a un pacto

accesorio, de modo que no existe en el curso final del contrato una norma que les imponga llevar a cabo su realización, como si sucede bajo el EGCAP. (...) Este panorama, junto con el marco normativo que hace distinción entre el régimen de derecho público y el de derecho privado, permite advertir la existencia de una etapa de liquidación de origen legal que es exclusiva del primero de ellos y que en su itinerario involucra la potestad unilateral de liquidación y la intervención del juez -ya sea para controvertir la presunción de legalidad de tales determinaciones, o para reprochar la omisión de dicho deber-. Se trata de un procedimiento que no es extensivo o aplicable a los contratos sometidos al derecho privado, pues además de que no son compatibles por su origen, atributos, objeto y finalidades, no existe una previsión o un tratamiento análogo que así lo disponga bajo las normas del derecho común. (...) Como el procedimiento de liquidación que estableció la ley de contratación pública corresponde al corte de cuentas del negocio jurídico en el que se incorpora el balance integral de lo acontecido a nivel técnico, económico y jurídico, y al ser el instrumento que define su estado de ejecución y cumplimiento pudiendo comprender los acuerdos, conciliaciones y transacciones para poner fin a las divergencias presentadas, se tiene que la función legal atribuida a la liquidación en el régimen público contractual obra como cierre integral y definitivo de todo tipo de relación surgida de la ejecución del contrato. (...) Por oposición a lo anterior, al acudir al régimen privado, tal procedimiento o fase de liquidación no existe como imperativo general, como tampoco se presume que está dotado de ese contenido. Bastaría recordar la connotación accesoria que tienen las cláusulas relacionadas con la liquidación del contrato para advertir la ausencia de un mandato legal en tal sentido y, por ende, la inexistencia de una ruta obligada para llegar a ese destino. (...) Valga decir que en estos casos, como la liquidación es fruto de las estipulaciones acordadas por las partes, éstas se comprometen a intentar concertar el balance del negocio jurídico como protagonistas de lo acontecido en el itinerario contractual, se trata de una obligación en que el papel central se mantiene en la autonomía de la voluntad y en el principio de libertad negocial, a partir del cual, son ellas quienes en ese momento definen si se logra o no un arqueo concertado y el alcance del mismo. (...) A su vez, si lo pactado es o subsidiariamente corresponde a una cláusula de liquidación unilateral bajo el derecho común, el resultado de tal gestión sigue siendo parte de una obligación contractual en cabeza de quien fue designado para realizar dicho encargo, en los términos en que tal autorización fue conferida. (...) [A] revisar la naturaleza y estructura del negocio jurídico sub lite, se advierte que corresponde a un contrato de obra -conforme al régimen de derecho común al que está sometido- el cual está regulado en el Código Civil bajo el capítulo de "LOS CONTRATOS PARA LA CONFECCIÓN DE UNA OBRA MATERIAL". (...) En cuanto a su fase conclusiva, constata la Sala que para este tipo contractual no hay una norma que disponga que las partes deben agotar una etapa de liquidación, y que haya lugar a que una de ellas pueda hacerlo unilateralmente, por lo que tales aspectos quedaron librados a la autonomía de la voluntad."

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA / TRATAMIENTO DE RESIDUOS LÍQUIDOS / OBRA DE TRATAMIENTO DE RESIDUOS LÍQUIDOS / VERTIMIENTO DE RESIDUOS LÍQUIDOS / PERMISO DE VERTIMIENTO DE RESIDUOS LÍQUIDOS / PERMISO AMBIENTAL / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA / OBLIGACIONES DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA PÚBLICA / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / VALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / NEGACIÓN DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Problema jurídico 5:** *¿La exigencia al contratista de los permisos ante la CVC para realizar el vaciado de los lixiviados constituyó el cumplimiento de condiciones no pactadas en el contrato de obra suscrito entre el demandante y la empresa de servicios públicos domiciliarios EMSIRVA E.S.P., con repercusión sobre la liquidación del contrato, al generar unos sobrecostos por mayor permanencia?*

**Tesis 5:** "La concesión de los permisos ante la CVC para realizar el vaciado de los lixiviados. (...) La parte actora afirmó que la demandada le exigió el cumplimiento de condiciones no pactadas, como el vertimiento de los lixiviados tratados en observancia de las normas de la CVC, circunstancia que utilizó la contratante como fundamento para no autorizar el pago de las actas de avance de obra, lo que le generó unos sobre costos por mayor permanencia. (...) Analizados los (...) medios probatorios, observa la Sala que el tratamiento de los lixiviados hasta alcanzar su vertimiento constituyó un propósito esencial del contrato, en donde la tarea de obtención de los permisos ambientales requeridos para realizar dicho vertimiento, al tenor de los diferentes documentos contractuales aludidos, estaba a cargo de la empresa seleccionada para celebrar el contrato. (...) Así las cosas, no tienen eco los argumentos aducidos por la contratista respecto del reproche así elevado contra el contratante, pues en los términos y documentos

referidos, y de manera explícita en su misma propuesta, el contratista se comprometió a cumplir con las normas requeridas por la CVC y a tramitar el permiso exigido ante dicha entidad como elementos inherentes e intrínsecos a la finalidad y objeto del contrato, ejecución de las obras “para el vaciado y tratamiento de 230.000 m<sup>3</sup> de lixiviados ...”. (...) De hecho, la inobservancia en el acatamiento de las normas ambientales derivó en un incumplimiento esencial o importante del negocio jurídico, en tanto no se logró uno de los principales objetivos del contrato, esto es, que en el tratamiento final de los residuos líquidos se logaran los niveles requeridos por las normas ambientales para obtener la autorización de su vertimiento; de nada serviría la ejecución de unas obras y su recibo, si éstas no contaban con las autorizaciones ambientales para su puesta en marcha, de cara a los fines del contrato. Así, este incumplimiento sustancial de las prestaciones pactadas derivó en la falta de pago total del objeto convenido (...).”

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / INEXISTENCIA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / TRATAMIENTO DE RESIDUOS LÍQUIDOS / OBRA DE TRATAMIENTO DE RESIDUOS LÍQUIDOS / VERTIMIENTO DE RESIDUOS LÍQUIDOS / PERMISO DE VERTIMIENTO DE RESIDUOS LÍQUIDOS / PERMISO AMBIENTAL / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / VALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / NEGACIÓN DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Problema jurídico 6:** *¿Se acreditó la falta de pago de la totalidad de la obra ejecutada por el contratista y, como consecuencia de esta, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administración en el contrato de obra suscrito entre el demandante y la empresa de servicios públicos domiciliarios EMSIRVA E.S.P., con repercusión sobre la liquidación del contrato?*

**Tesis 6:** “Falta de pago de la totalidad de la obra ejecutada. (...) Al respecto, (...) [la contratista] manifestó que, pese a que ejecutó aproximadamente el 94% de la obra, la entidad solo le pagó el 54% del valor del contrato. Señaló que la entidad dejó de pagar las facturas de venta 2176 y 2181, correspondientes, la primera, al pago del acta de avance de obra No. 2, por un valor de \$194'436.480 y, la segunda, por concepto del acta de avance de obra No. 3, por la suma de \$220'669.335. (...) Al examinar el expediente, encuentra la Sala que carece de fundamento probatorio la aseveración esgrimida por la actora, puesto que sólo obra el balance remitido por la contratista a la empresa al momento de promover la liquidación bilateral del negocio jurídico, al que acompañó de fotocopias que contenían unos registros fotográficos de los equipos, las cuales no constituyen elemento de convicción suficiente, comoquiera que las imágenes aportadas no son nítidas, se trata de fotocopias a blanco y negro, y de baja definición, que no permiten constatar que los bienes que allí aparecen sean los equipos reclamados por la demandante, y no es posible determinar sus características e identificación, ni corroborar el año y tampoco el lugar en que fueron tomadas, como tampoco su autor. (...) En suma, ante una llana manifestación del demandante (...), no es posible concluir que tales sucesos se encuentran probados, puesto que ninguna de las partes del contrato goza de una prerrogativa que permita tener por ciertos los supuestos que señala en su demanda y, contrario a ello, la ley establece una regla de juicio que ata la comprobación de tal hipótesis a la actividad demostrativa que deriva de la utilización oportuna de los diversos medios de convicción; razón por la cual no es procedente realizar un juicio de responsabilidad por un presunto incumplimiento contractual, huérfano de prueba sobre la supuesta falta de inclusión por parte de la interventoría de: un sistema de aireación mixto, dos electrodos que se desprendieron de la barcaza en el momento de realización del inventario, cuatro unidades de filtros y dos unidades de clarificación, dada la precariedad que se evidencia de la fotocopia de unas fotos -que fue lo aportado- por lo que, en consecuencia, no es posible acceder a tal petición. (...) Asimismo, en los términos de los informes de interventoría -también vertidos en el acto de liquidación-, la entidad se negó a pagar dos actas de obra argumentando que el tratamiento de los residuos líquidos no cumplió con la normativa ambiental. (...) [E]l cumplimiento del objeto del contrato estaba atado a la observancia de la normativa ambiental, con el propósito de descargar los residuos líquidos tratados en las fuentes hídricas dispuestas para tal fin y, con ello, liberar el espacio de almacenamiento de las lagunas de Emsirva. De manera que, para lograr el cometido pactado, la contratista debía acogerse a las citadas previsiones, con el fin de alcanzar los criterios de calidad previstos en éstas y obtener el pago acordado al vaciar los metros cúbicos de lixiviados tratados. (...) Al examinar el avance del convenio negocial, constata la Sala que la entidad canceló la primera acta parcial de obra al verificar el cumplimiento del 100% de

ejecución de los dos primeros ítems de pago -constituidos por: 1) ingeniería, diseño, ensamble de equipos, y 2) acondicionamiento de sitio, red hidráulica y eléctrica, obras civiles-; sin embargo, como se vio, se abstuvo de cancelar las actas de avance 2 y 3 cuyo pago se pidió mediante las facturas 2176 y 2181, al advertir que la contratista no alcanzó el vertimiento de la totalidad de los metros cúbicos presupuestados. (...) De modo que como la descarga de las aguas tratadas constituía un requisito ineludible para alcanzar el ítem 4 de pago, esto es, tratamiento secundario para el cumplimiento de las normas de vertimiento de residuos líquidos de la CVC garantizado con niveles finales aceptables de DBO, DQO, SST, metales pesados y patógenos, y la sociedad actora no logró los criterios de calidad exigidos por la autoridad ambiental para el vertimiento de los lixiviados tratados, la Sala considera fundado el no pago de las últimas actas de avance obra conforme a lo pactado en el negocio jurídico, conducta que acató el principio de normatividad (artículo 1602 del Código Civil), toda vez que las partes expresamente indicaron que “la medida para el pago del contrato será el metro cúbico extraído, tratado y descargado” (...), razón por la cual no hay lugar a considerar que la empresa incumplió el acuerdo negocial al no cancelar las sumas correspondientes a las últimas actas de obra.”

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / FALTA DE PRUEBA / DAÑO / FALTA DE PRUEBA DEL DAÑO / INEXISTENCIA DE DAÑO / FALTA DE CERTEZA DE LA OCURRENCIA DEL DAÑO / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / MORA ADMINISTRATIVA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / NEGACIÓN DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

*Problema jurídico 7: ¿Debe reconocerse indemnización de perjuicios por mayor permanencia en obra del contratista, al tener que asumir sobrecostos directos de personal y funcionamiento, por la demora en la liquidación del contrato de obra suscrito entre el demandante y la empresa de servicios públicos domiciliarios EMSIRVA E.S.P.?*

*Tesis 7:* “Incrustada en la pretensión segunda de la demanda inicial se solicitó “el pago de costos directos de personal y/o funcionamiento, por la no liquidación del contrato, hasta la liquidación del mismo”. Sobre esta pretensión la única mención que se hace en los hechos de la demanda se limita a mencionar que la falta de liquidación del contrato “... le está generando al contratista unos perjuicios y sobrecostos que desequilibran económicamente el contrato”. Ninguna mención adicional en tal escrito o en el que reformó la demanda incorporando nuevos hechos se efectuó sobre la indemnización así reclamada. (...) De manera concreta la Sala recaba en que uno de los principales elementos de la responsabilidad contractual reside en la acreditación del daño. Bajo el expediente y, además, según el recuento hecho de las pruebas solicitadas y decretadas por el propio Tribunal en la sentencia recurrida, no obra medio de prueba o convicción que acredite los costos reclamados por la no liquidación del contrato. En este sentido, no basta simplemente expresar la existencia de un daño, sino que se impone que éste se haya configurado y esté respaldado en material de prueba necesario y suficiente para avanzar en su análisis. Tampoco el paso del tiempo, a la llana, es factor suficiente y constitutivo de un perjuicio, en tanto el actor es el llamado a cumplir con la carga de la prueba para sostener su petición. (...) Por esta razón, la pretensión de indemnización por costos directos de personal y funcionamiento por demora en la liquidación del contrato será negada (...). Corolario delo anterior y en atención a lo expuesto a lo largo de esta providencia, la Sala negará las súplicas insistidas en la apelación.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 9 de mayo de 2024; C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 76001-23-31-000-2006-03320-03\(53962\)](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / ACTO JURÍDICO UNILATERAL / ACTO JURÍDICO PRIVADO / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTO ADMINISTRATIVO / ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / OBLIGATORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EJECUTIVIDAD DEL ACTO**

**ADMINISTRATIVO / ALCANCE DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

*Problema jurídico 1: ¿Los actos jurídicos unilaterales de derecho privado, a diferencia de los actos administrativos, vinculan a quien lo expide, pero no a otro sujeto mientras este no lo consienta, por lo que no son oponibles ni a su destinatario ni a ningún tercero, ya que no gozan del atributo de obligatoriedad y ejecutividad?*

**Tesis 1:** “En lo que concierne a la solución del caso particular, aunque estimo completa la motivación que llevó a la Sala a no emitir pronunciamiento sobre las Resoluciones GG-01117 del 11 de octubre de 2006 y GG-00033 del 24 de enero de 2007, veo útil explicitar los atributos de los que carece el acto producto de la autonomía privada en comparación con el acto administrativo. (...) El acto unilateral de derecho privado vincula a quien lo expide en cuanto le obliga a ser consecuente con su propia decisión. No es vinculante para ningún otro sujeto, mientras este no lo consienta. Cosa diferente ocurre con el acto administrativo, que una vez adquiere firmeza, obliga a sus destinatarios y la administración puede llevar a cabo su ejecución aun contra la voluntad de aquellos, lo que se explica porque en atención al principio de legalidad que los rige este debe expedirse con estricta sujeción a la Ley. Ahora bien, los atributos de obligatoriedad y ejecutividad del acto administrativo en firme los hace efectivos el ordenamiento jurídico válido de su presunción de legalidad. Esta presunción tiene por consecuencia el traslado, a quien pretenda decisión judicial contraria al contenido del acto, de la carga de demostrar su ilegalidad, esto es, de abatir tal presunción y obtener sentencia declarativa de la invalidez del acto. Como las resoluciones demandadas en este proceso son actos de derecho privado, no gozan de tales atributos. Esto explica que la sección haya podido pronunciarse sobre las pretensiones de condena sin hacerlo previamente sobre la validez de aquellas. No huelga decir que las Resoluciones GG-01117 del 11 de octubre de 2006 y GG-00033 del 24 de enero de 2007 existen, en cuanto actos jurídicos, pero para mayor claridad resulta útil decir que no son oponibles ni a su destinatario ni a ningún tercero, y que no gozan del atributo de ejecutividad, ni puede la empresa que los profirió, derivar de ellos consecuencia alguna (...).”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia del 9 de mayo de 2024, A.V. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 76001-23-31-000-2006-03320-03\(53962\)](#)

**Aclaración de voto del consejero William Barrera Muñoz**

**ACLARACIÓN DE VOTO / CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN EXCEPTUADO DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTIVIDAD DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTIVIDAD CONTRACTUAL / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / ACTIVIDADES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / ALCANCE DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / ACTO JURÍDICO PRIVADO / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / NORMATIVA DEL CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / ACTO ADMINISTRATIVO / NATURALEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CONTRATISTA / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

*Problema jurídico 1: ¿La actividad contractual de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, comporta el ejercicio de función administrativa?*

**Tesis 1:** “Dentro de los antecedentes que han obrado en la materia, se puede señalar aquella tendencia que afirma que la presencia de los principios de la función administrativa hace que los actos emitidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios sean de carácter administrativo. Tratadistas, señalan que el derecho administrativo es el derecho de la función administrativa, y por ende el acto administrativo es expresión natural de ésta última. Tal dogmática no puede trasladarse de forma pura a los contratos estatales, donde la existencia de un acuerdo negocial, el alcance impartido por las partes, el régimen

jurídico aplicable, así como el sector correspondiente resultan preponderantes. (...) En desarrollo de lo anterior, la extensión que hizo la ley 1150 de 2007, a toda contratación con recursos públicos, no implica de suyo que no deban modularse y analizarse la aplicación de los principios de la función administrativa a los acuerdos del Estado en todas sus formas (artículo 13). Dicho análisis adquiere aún más relevancia en sectores donde desde la propia Constitución, como bien lo afirma la decisión, es aún más cercana o exclusiva la aplicación del derecho privado. En tal sentido, no considero que el derecho de la contratación pública sea el derecho de la función administrativa. Un contratista no ejerce ésta última, colabora en el interés público ínsito en el acuerdo celebrado; se aumentan sus deberes y responsabilidades por tal motivo, lo que es distinto. Debe entonces anteponerse la característica y naturaleza de los actos, como en este caso de derecho privado, frente a la aplicación de principios propios de la función administrativa, que como he referenciado son ajenos a su desarrollo. Para ello debe primar el alcance de las reglas contractuales pactadas, no puede afirmarse por ejemplo que bajo a la aplicación de los principios allí señalados, actuaciones como la liquidación de los contratos deban obedecer a parámetros de moralidad.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Acerca de la naturaleza de los actos emitidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios, consultar providencias de 13 de abril de 2011, Exp. 37423, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; de 9 de octubre de 2013, Exp. 30763, MP. Mauricio Fajardo Gómez; de 12 de febrero de 2014, Exp. 28209, MP. Mauricio Fajardo Gómez; de 10 de febrero de 2016, Exp. 38696, MP. Marta Nubia Velásquez Rico; de 24 de octubre de 2016, Exp. 45607, MP. Marta Nubia Velásquez Rico; de 6 de julio de 2017, Exp. 51920, MP. Marta Nubia Velásquez Rico.

**ACLARACIÓN DE VOTO / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INTERPRETACIÓN DEL JUEZ / CLÁUSULA DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / TERMINACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA ADOPTAR DECISIÓN CONTRACTUAL**

**Problema jurídico 2:** *¿La facultad de liquidación unilateral ejercida por EMSIRVA no surgió de lo pactado en el contrato, sino de una interpretación errónea de la cláusula de terminación unilateral?*

**Tesis 2:** “[C]onsidero que la facultad de liquidación unilateral ejercida por EMSIRVA, no surgió de la cláusula pactada, sino de una interpretación errónea de aquella derivada de la terminación unilateral. Es por ello que se citaron ambas cláusulas en el acto mediante el cual se liquidó el contrato.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia del 9 de mayo de 2024, A.V. William Barrera Muñoz, radicación 76001-23-31-000-2006-03320-03\(53962\)](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / JUEZ ADMINISTRATIVO / FACULTADES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / JUEZ / DEBERES DEL JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / DEBERES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / FACULTADES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / SENTENCIA JUDICIAL / ASPECTOS FÁCTICOS / REGLA JURÍDICA / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / DERECHO COMPARADO / FUENTES DEL DERECHO / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / ACTO CONTRACTUAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / APLICABILIDAD DE LA REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**

**Problema jurídico 1:** *¿Debe el juez administrativo al momento de proferir una sentencia resolver en primer lugar la situación fáctico -jurídica que tiene en frente, es decir, el caso en concreto, para luego crear las reglas de derecho?*

**Tesis 1:** “La jurisprudencia como fuente requiere una manera precisa de pensar el derecho y de acercarse a él. El punto de partida ha de ser, siempre, la labor principal que desempeña un juez: administrar justicia.

Hago esta reflexión por la más sencilla de las razones; el juez cuando profiere una sentencia debe, antes que nada, resolver la situación fáctico-jurídica que tiene en frente. La labor de identificar las reglas de derecho que surgen de una decisión judicial, tanto en el Common Law como en nuestra propia tradición, ha sido una labor posterior que realizan los propios jueces, los practicantes o la academia. En ese orden de ideas, ha sido una realidad de todos los tiempos, salvo los nuestros, que el juez decide el caso presente y con posterioridad este se identifica como precedente para decisiones posteriores. Por todo lo señalado, nuestra práctica unificadora es peculiar y muy propia de nuestro tiempo y contexto. No conozco, en el derecho comparado, otra Corte que identifique la regla jurisprudencial que va a “proferir” cuando decide un caso. Pese a esa particularidad, muy nuestra, he de confesar que confío en el sistema que ha desarrollado el Consejo de Estado de identificar cuál es la regla unificada; creo que ello aporta a la seguridad jurídica y a la predictibilidad del sistema de justicia, valores ellos en sí mismos. No obstante, debo señalar, una vez más, que me distancia de la mayoría de la Sala mis diferencias sobre el estilo, la estructura y la forma en la que se extraen las reglas jurisprudenciales. La decisión adoptada por la Sala primero unifica sobre unas reglas de derecho y, luego de ello, decide el caso. No puedo compartir esa manera de extraer las reglas, identificarlas, presentarlas, y decidir. Me opongo a que los jueces creen primero unas reglas y luego decidan el caso con base en ellas. Si el juez piensa en las reglas que define, o crea, antes que, en la resolución del caso, ese juez se está apartando de su labor primaria, original y principal: administrar justicia. Si primero se crea la regla y después se decide el caso, el juez actúa de manera similar a un legislador y crea el derecho primero para que luego sea aplicado. Por demás, casi de manera retroactiva a un caso cuyos hechos ocurrieron tiempo atrás. Reitero, como lo he expresado antes, que concibo a la jurisprudencia como un elemento que permite sistematizar y ordenar el derecho existente y, eventualmente, como una fuente de reglas de derecho. Sin embargo, estas reglas deben tener sustento en el raciocinio concreto que guía la labor del juez que decide un caso, y no de un legislador que prevé consecuencias generales para una situación alejada de particularidades fácticas. (...) En la sentencia que aclaro, una vez lograda una lectura bajo la comprensión que tengo del asunto, entiendo que la regla jurisprudencial que se creó pudo haber sido construida a partir de la solución del caso. Por ello comparto la regla jurisprudencial que se crea, aunque con un ejercicio mental y argumentativo distinto. (...) Hasta allí llegan los acuerdos. No solo el asunto que se escogió para unificar la jurisprudencia sobre la naturaleza de los actos contractuales de las ESP contenía muchos más retos que posibilidades, sino que la técnica a través de la cual se unificó la jurisprudencia me parece desacertada. Esto, porque estoy convencido de que la función de unificación supone que, primero se deba resolver el caso sometido a estudio, para, luego, con fundamento en la decisión, inferir las reglas jurisprudenciales unificadas, no lo contrario.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Cuarta, salvamento de voto a la sentencia del 24 de mayo de 2023, exp. 11001-03-15-000-2020-00471-00, MP. Milton Chaves García.

## **ACLARACIÓN DE VOTO / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / APLICABILIDAD DE LA REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FUENTES DEL DERECHO / APLICABILIDAD DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / ALCANCE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL**

**Problema jurídico 2:** *¿Las decisiones posteriores a las cuales se aplica una regla jurisprudencial deben tener una identidad fáctica perfecta y los hechos deben ser iguales para que pueda hablarse de precedente?*

**Tesis 2:** “[No comparte el consejero de Estado) (...) [Q]ue se unifique o use la jurisprudencia como fuente del derecho en ausencia de similitudes fáctico - jurídicas que justifiquen la aplicación de una regla jurisprudencial. Así las cosas, las decisiones posteriores a las cuales se aplica una regla que surge de la jurisprudencia, ha de decirse, no deben tener una identidad fáctica perfecta; no todos los hechos deben ser iguales para que pueda hablarse de precedente. Basta, en ese sentido, una similitud o semejanza fáctico-jurídica para que la regla jurisprudencial resulte aplicable. De lo contrario, la jurisprudencia como fuente del derecho se tornaría inútil por la escasez, o acaso imposibilidad, de una identidad fáctica perfecta. Cuando se tiene esta idea (poco original y bastante común) de la unificación y el precedente, cuesta trabajo leer, entender y compartir una unificación que construye una regla jurisprudencial para solucionar un “caso concreto”, como si no todas las sentencias judiciales que adopta la Sección Tercera del Consejo de Estado se refieran (Sic) la solución de un caso.”

## **ACLARACIÓN DE VOTO / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / APLICABILIDAD DE LA REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FUENTES DEL DERECHO / APLICABILIDAD DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / ALCANCE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL**

**Problema jurídico 3:** *¿Debe aplicar la Empresa de Servicios Públicos en su actividad precontractual y contractual los principios de la función administrativa?*

**Tesis 3:** “[A]l igual que ocurrió en la Sentencia de 3 de septiembre de 2020, en esta ocasión se debió dejar claro, que las ESP, tanto en su actividad precontractual como la contractual, deben darle plena aplicación a los principios de la función administrativa, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Las posturas minoritarias que abogan por su eventual exclusión, por ser directamente contrarias a la ley y abiertamente inconstitucionales, merecen una contundente y abierta oposición. Me tranquiliza que el resto de la Sala coincidió conmigo en la claridad de que, a las ESP, así como al resto de regímenes exceptuados o especiales, les resultan plena e incontestablemente aplicables los principios de la función administrativa, por lo que, cualquier interpretación contraria, no podría fundar decisiones futuras.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Cuarta, salvamento de voto a la sentencia del 24 de mayo de 2023, exp. 11001-03-15-000-2020-00471-00, MP. Milton Chaves García.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: sentencia del 9 de mayo de 2024, A.V. Alberto Montaña Plata, radicación 76001-23-31-000-2006-03320-03. \(53962\)](#)

**Aclaración de voto del consejero Fernando Alexei Pardo Flórez**

**ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTO JURÍDICO UNILATERAL / CONTENIDO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / PROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA ADOPTAR DECISIÓN CONTRACTUAL / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / ACUERDO DE VOLUNTADES / ALCANCE DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

**Problema jurídico 1:** *¿La empresa de servicios públicos domiciliarios EMSIRVA E.S.P. estaba facultada para liquidar unilateralmente el contrato, imponer la cláusula penal y aplicar directamente las pólizas, cuando se observa que, al tratarse de un contrato estatal gobernado por el derecho privado, las facultades debieron quedar registradas de forma expresa?*

**Tesis 1:** “De la cláusula 21 del contrato, que se denominó liquidación, se derivan elementos diferentes a la concesión de facultades unilaterales (...). Así, se corrobora que no se otorgó a la ESP unilateralidades. Para reclamar el saldo que consideraba a su favor, debía demandar al contratista y, para hacer efectivas las garantías, le correspondía -inicialmente- acudir ante la aseguradora, al amparo de las reglas del Código de Comercio. Y, ante la eventual ausencia de pago, demandarla. Por su parte, la cláusula 30, sobre la terminación anormal, se separa del caso concreto, por cuanto el contrato -como se reconoce en la sentencia objeto de la presente aclaración- finalizó por el vencimiento del plazo de ejecución pactado. Esto es, la prerrogativa de terminar el negocio jurídico no era aplicable y, por tanto, no soportaba -tampoco- la liquidación unilateral. En ese contexto, al tratarse de un contrato estatal gobernado por el derecho privado, las facultades debieron quedar registradas de forma expresa, diáfana e inequívoca. Así, no se percibe, de las cláusulas reseñadas, la intención de las partes de dotar a la ESP de dichas prerrogativas. En este sentido, los extremos de la relación contractual, en punto de la liquidación, la cláusula penal pecuniaria y las garantías, decidieron -desde el pacto- mantenerse en aquel derecho privado. En el asunto particular, se itera, ni la ley ni el negocio permitían que la ESP unilateralmente liquidara el contrato, impusiera la cláusula penal y aplicara directamente las pólizas. Aspecto diferente es que la ESP se haya comportado como un ente sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, como la demandante no cuestionó esa circunstancia (...), no era dable un pronunciamiento judicial al respecto.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Cuarta, salvamento de voto a la sentencia del 24 de mayo de 2023, exp. 11001-03-15-000-2020-00471-00, MP. Milton Chaves García.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: sentencia del 9 de mayo de 2024, A.V. Fernando Alexei Pardo Flórez, radicación 76001-23-31-000-2006-03320-03\(53962\)](#)

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

**SALVAMENTO DE VOTO / ACTO PRECONTRACTUAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO PRECONTRACTUAL / ACTO CONTRACTUAL / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PRESUPUESTO PÚBLICO / ACTO ADMINISTRATIVO / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / RÉGIMEN EXCEPTUADO DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN**

**Problema jurídico 1:** *¿Los actos precontractuales y contractuales de las Empresas de Servicios Públicos ESP tienen la naturaleza de actos administrativos en tanto afectan el presupuesto público?*

**Tesis 1:** “[L]as empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial -tal como ocurre con EMSIRVA ESP para el caso concreto- hacen parte del sector descentralizado por servicios de conformidad con lo prescrito en el literal d) del numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 –por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política-. En consecuencia, no puedo compartir las conclusiones contenidas en la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, expediente 42.003, en relación con la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las ESP y que ahora se hacen extensivas a los actos proferidos durante la ejecución del contrato, pues, este tipo de manifestaciones unilaterales de la voluntad de las entidades y autoridades administrativas directamente encaminadas a producir efectos jurídicos revisten la connotación de actos administrativos, en tanto afectan el presupuesto público y, por lo tanto, su expedición debe adecuarse a los postulados de los principios de las funciones administrativa y fiscal, razón por la cual esos actos pueden ser sometidos a controles de validez y de legalidad y no solo contrastados con parámetros de buena fe objetiva. En ese orden de ideas, a diferencia de lo señalado en la providencia de la referencia, la teoría del acto administrativo no está circunscrita o asociada a la denominada “prerrogativa de poder público”, porque es perfectamente posible que una entidad sometida a un régimen exceptuado de contratación pueda expedir actos administrativos, en la medida que compromete el presupuesto de la entidad estatal, con independencia de que intervenga en un mercado de libre competencia o de libre participación.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las ESP, ver: Sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, exp. 42003, MP. Alberto Montaña Plata.

**SALVAMENTO DE VOTO / RÉGIMEN EXCEPTUADO DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / GESTIÓN FISCAL / PRINCIPIOS DEL CONTROL FISCAL / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / SISTEMA ELECTRÓNICO PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA / ACTIVIDAD CONTRACTUAL / REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL / ACTO PRECONTRACTUAL**

**Problema jurídico 2:** *¿Los regímenes exceptuados de la contratación pública, conforme con la Ley 80 de 1993, deben aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, garantizar el principio de publicidad contractual y se les hace extensivo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de dicha ley?*

**Tesis 2:** “[L]as empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial -tal como ocurre con EMSIRVA ESP para el caso concreto- hacen parte del sector descentralizado por servicios de conformidad con lo prescrito en el literal d) del numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 –por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política-. En consecuencia, no puedo compartir las conclusiones contenidas en la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, expediente 42.003, en relación con la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las ESP y que ahora se hacen extensivas a los actos proferidos durante la ejecución del contrato, pues, este tipo de manifestaciones unilaterales de la voluntad

de las entidades y autoridades administrativas directamente encaminadas a producir efectos jurídicos revisten la connotación de actos administrativos, en tanto afectan el presupuesto público y, por lo tanto, su expedición debe adecuarse a los postulados de los principios de las funciones administrativa y fiscal, razón por la cual esos actos pueden ser sometidos a controles de validez y de legalidad y no solo contrastados con parámetros de buena fe objetiva. En ese orden de ideas, a diferencia de lo señalado en la providencia de la referencia, la teoría del acto administrativo no está circunscrita o asociada a la denominada “prerrogativa de poder público”, porque es perfectamente posible que una entidad sometida a un régimen exceptuado de contratación pueda expedir actos administrativos, en la medida que compromete el presupuesto de la entidad estatal, con independencia de que intervenga en un mercado de libre competencia o de libre participación.”

**SALVAMENTO DE VOTO / ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN / APROPIACIÓN DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN / EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN / CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL / ACTO CONTRACTUAL / NÓMINA / CONTRATO / ACTIVIDAD CONTRACTUAL / ENTIDAD DESCENTRALIZADA / ENTIDAD CENTRALIZADA**

*Problema jurídico 3: ¿Todo acto administrativo que afecte una apropiación presupuestal, para la ejecución del presupuesto en pago de nómina, o conciliaciones y condenas judiciales o celebración de contratos, sea de entidades públicas del sector central o descentralizado, cuyo capital es público o con 90% o más de carácter estatal, debe contar con el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal previo que garantice la existencia de suficientes recursos para atender esos gastos?*

**Tesis 3:** “[E]s necesario precisar que la forma como se ejecuta el presupuesto es a través del pago de la nómina, el pago de conciliaciones y condenas judiciales y, con la celebración de contratos; en ese orden de ideas, las entidades públicas, con independencia de si pertenecen al sector central o al descentralizado, al suscribir negocios jurídicos comprometen el presupuesto público, en otros términos, el erario, con mayor razón si se trata de empresas oficiales en las que su capital social es totalmente público al menos con 90% o más de carácter estatal. Por su parte, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 dispone, explícita y puntualmente, que todo acto administrativo que afecte una apropiación presupuestal debe contar con el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal previo que garantice la existencia de suficientes recursos para atender esos gastos”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las ESP, ver: Sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, exp. 42003, MP. Alberto Montaña Plata

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A: sentencia del 9 de mayo de 2024, S.V. Fredy Ibarra Martínez, radicación 76001-23-31-000-2006-03320-03\(53962\)](#)

**Salvamento de voto de la consejera María Adriana Marín**

**SALVAMENTO DE VOTO / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / NORMATIVA DEL CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / ACTIVIDAD CONTRACTUAL / ACTIVIDAD DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTO ADMINISTRATIVO / EXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO / NATURALEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

*Problema jurídico 1: ¿Los actos unilaterales que emite una entidad estatal en desarrollo de contratos regidos por el derecho privado, como los proferidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, corresponden a la categoría de actos administrativos?*

**Tesis 1:** “[C]onsidero que los actos de las ESP -precontractuales o contractuales- son administrativos, pues todo acto unilateral de la administración destinado a producir efectos jurídicos goza de esta naturaleza, al margen del régimen contractual que sea aplicable -en el caso de estas entidades, el derecho privado-. En el proveído del cual me aparto se condiciona la existencia o inexistencia del acto administrativo al uso de prerrogativas de poder público. Este criterio, en mi opinión, es limitado, pues reduce las actuaciones de la administración pública a expresiones de imperio, soberanía, poder o autoridad. Si bien es cierto que la administración actúa de diferentes maneras, no en todas ellas está involucrado el poder coercitivo del Estado (...). En ese sentido, estoy convencida de que toda manifestación unilateral de la voluntad administrativa destinada a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas -en especial, cuando tales efectos se orientan a garantizar los fines del Estado o a proteger los derechos superiores-, adquiere la connotación de un acto administrativo, lo cual no solo dota de herramientas a la administración para hacer cumplir sus decisiones (a partir de sus atributos de obligatoriedad y ejecutividad), sino que le permite a los ciudadanos poner en marcha diferentes mecanismos de control (...). [E]stimo irrelevante que el régimen de las ESP sea el derecho privado, ya que eso no les impide expedir actos administrativos. Es claro que existe una diferencia entre el régimen sustantivo aplicable y la naturaleza del acto, por lo que las decisiones unilaterales de las ESP serán actos administrativos, aun cuando su objeto (su contenido material) se someta a la normativa civil y mercantil. (...) En complemento de estas ideas, también debe tenerse en cuenta que las ESP oficiales (como lo era en esta oportunidad EMSIRVA) administran exclusivamente recursos públicos, por lo que sus determinaciones, cuando afectan el presupuesto estatal, adquieren el carácter de actos administrativos, sin que haya otra actividad más típicamente administrativa que la de ordenar y comprometer el gasto público.”

**SALVAMENTO DE VOTO / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / ACTIVIDADES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / ALCANCE DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / GESTIÓN FISCAL / PRESUPUESTOS DE GESTIÓN FISCAL / CONTRATACIÓN ESTATAL / REGLAS DE CONTRATACIÓN ESTATAL / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / ACTIVIDAD CONTRACTUAL / ACTO CONTRACTUAL / ACTO JURÍDICO / ACTO JURÍDICO UNILATERAL / ACTO ADMINISTRATIVO / EXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

**Problema jurídico 2:** *¿Resulta procedente afirmar que son de naturaleza privada los actos que emite una entidad estatal en desarrollo de su actividad contractual, cuando se observa que está regida por un régimen mixto, y que deben en consecuencia atender los principios de la función administrativa?*

**Tesis 2:** “[E]s innegable que el régimen de las ESP no es privado en su totalidad, puesto que deben observarse los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal (contenidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución). En efecto, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 cristalizó la voluntad del legislador, en virtud de la cual todos los regímenes excluidos o exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública debían aplicar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, equidad, desarrollo sostenible y valoración de costos ambientales. ¿Cómo podría argumentarse que un acto es privado si debe atender los principios de la función administrativa? Es imposible. Debe recordarse que las decisiones de las ESP no se reducen a simples actos de gestión empresarial, orientados a actuar como un agente más del mercado, por cuanto también buscan prestar adecuadamente los servicios a su cargo, asegurando -de esa forma- el interés general. Aunque la Sala, en la providencia de la referencia, se abstuvo de mencionar la Ley 1150 de 2007 (teniendo claro que el contrato objeto de debate era del año 2005), es indiscutible que esta norma impone un régimen mixto para las ESP (oficiales o mixtas), las cuales, al obedecer los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, estarán profiriendo necesariamente actos administrativos”.

**SALVAMENTO DE VOTO / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTIVIDAD DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTIVIDAD CONTRACTUAL / ACTO CONTRACTUAL / ACTO JURÍDICO / ACTO JURÍDICO UNILATERAL / INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FALTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO / CONTROL DE LEGALIDAD DEL**

**ACTO ADMINISTRATIVO / CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / SOLICITUD DE CONTROL DE LEGALIDAD / IMPROCEDENCIA DEL CONTROL DE LEGALIDAD / CONTROL DE LEGALIDAD**

*Problema jurídico 3: ¿El hecho de que no sean administrativos los actos contractuales de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, implica la imposibilidad de impugnar su legalidad y limita la vigilancia que puede ejercer la ciudadanía frente a este tipo de decisiones?*

Tesis 3: "Soy consciente de que las entidades que actúan en competencia con el sector privado deben gozar de un mayor grado de libertad, pero ello no puede auspiciar la falta de control sobre las decisiones administrativas. Que los actos contractuales de las ESP no sean administrativos, se refleja en la imposibilidad de impugnar su legalidad, en tanto el único control que podría hacerse sería en el marco de un incumplimiento, lo cual resulta deficiente y permite la subsistencia de actos que, aunque a todas luces son ilegales, no pueden invalidarse por no ser pasibles de la pretensión de nulidad. (...) Con todo, creo que el razonamiento de la Sala representa un retroceso para la vigilancia que puede ejercer la ciudadanía frente a las decisiones que adoptan los prestadores de servicios públicos domiciliarios, a pesar de la importancia que tienen estos servicios en el cumplimiento de los fines estatales."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia del 9 de mayo de 2024, S.V. María Adriana Marín, radicación 76001-23-31-000-2006-03320-03\(53962\)](#)

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

**SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FALLO DE UNIFICACIÓN / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / OPOSICIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / ACTIVIDAD CONTRACTUAL / ACTO CONTRACTUAL / ACTIVIDAD DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTO JURÍDICO / ACTO ADMINISTRATIVO / NATURALEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA ADOPTAR DECISIÓN CONTRACTUAL / FALTA DE COMPETENCIA / NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ANULACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / SOLICITUD DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DEMANDA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDABLE / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CARGA DE LAS PARTES EN LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / REQUISITOS DE LA DEMANDA**

*Problema jurídico 1: ¿La regla de unificación que debió adoptarse en la sentencia no debió referirse a la calificación de los actos expedidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios, sino a que las mismas no tienen competencia para adoptar decisiones unilaterales mediante actos administrativos cuando se encuentran desarrollando un contrato; por lo que resultan anulables mediante la acción de controversias contractuales, en la cual puede pedirse como medida cautelar la suspensión provisional de sus efectos?*

Tesis 1: "En [la] (...) regla de unificación, (...) la Sala optó por establecer que los actos que expiden las ESP en su actividad no son actos administrativos. No estoy de acuerdo con esta regla porque creo que lo que debía determinarse, siguiendo el ordenamiento legal vigente, es si las ESP tienen competencia para expedir estas decisiones mediante acto administrativo (...) y esa discusión surgía del hecho de que los actos que profieran dichas entidades están sujetos a los principios de la función administrativa y adicionalmente son del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. Al concluir que las ESP no tienen competencia para adoptar decisiones unilaterales en el desarrollo de un contrato mediante acto administrativo, simplemente debía establecerse, conforme con lo dispuesto en la ley, que tales actos

estaban viciados de nulidad, y que su anulación podía pretenderse mediante la acción de controversias contractuales, en la cual puede pedirse, como medida cautelar, la suspensión provisional de sus efectos. (...) En vez de formular una regla (las ESP no tienen competencia para expedir actos administrativos contractuales) se hizo una calificación o descripción (estas declaraciones no son actos administrativos) y se adoptó una consecuencia contraria a la que prevé el ordenamiento jurídico: en vez de establecer que son nulos, se determinó que debían conservar su vigencia para estudiarlos como actos jurídicos particulares. (...) Para que la solución adoptada en la sentencia objeto de este salvamento fuera legítima, era necesario establecer la razón por la cual se estimaba inaplicable la solución prevista expresamente en el ordenamiento jurídico (los actos administrativos dictados por quien no tiene competencia son nulos). Solo estableciendo la existencia de un vacío normativo o mostrando que la solución prevista en la ley era inaplicable, resultaba legítimo adoptar una regla distinta: «estos actos no son nulos, conservan vigencia y deben tratarse como actos privados». (...) El ordenamiento jurídico establece una consecuencia clara para los casos en los cuales se expida un acto administrativo sin competencia. Así las cosas, no había necesidad de interpretar ni de crear nada. (...) Las consideraciones anteriores, según las cuales no se puede pedir la anulación de los actos que, como acto administrativo expidan las ESP en su actividad contractual, son contradictorias con la regla de unificación adoptada porque en ella, en relación con los actos contractuales de las ESP se indica que «para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación». Si no tiene la carga quiere decir que puede solicitar su anulación; y si puede hacerlo esto quiere decir que tales actos sí pueden considerarse como anulables por haber sido expedidos sin competencia.”

**SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FALLO DE UNIFICACIÓN / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / OPOSICIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / APLICABILIDAD DE LA REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / FALLO DE UNIFICACIÓN / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / MODULACIÓN DE EFECTOS DEL FALLO / MODULACIÓN DE LA SENTENCIA / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA**

**Problema jurídico 2:** *¿En este caso la regla de transición del fallo de unificación, debía referirse a la situación de las ESP que hayan adoptado decisiones unilaterales en el contrato mediante acto administrativo, considerando que podían hacerlo y prevalerse de los efectos de tales actos; y respecto a la situación de los contratistas que pidieron en sus demandas la anulación de tales actos?*

**Tesis 2:** “La regla de transición o de modulación de efectos de una sentencia de unificación en la cual se modifican las reglas anteriores, tiene como propósito garantizar la confianza legítima de todos los que se atuvieron a la regla anterior. En consecuencia, en este caso esa regla debía referirse (i) a la situación de las ESP que hayan adoptado decisiones unilaterales en el contrato mediante acto administrativo considerando que podían hacerlo y prevalerse de los efectos de tales actos y (ii) a la situación de los contratistas que pidieron en sus demandas la anulación de tales actos. (...) Unos y otros, como ocurre en este caso, obraron conforme con la regla anterior: la ESP liquidó el contrato mediante un acto administrativo y se consideró amparada en sus efectos; y el contratista no solicitó su anulación porque dicha entidad no tuviera competencia para hacerlo (incompetencia orgánica); la solicitó porque la ESP profirió ese acto extemporáneamente, después de haber sido notificada del auto admisorio de la demanda. (...) La regla adoptada simplemente se refiere a la situación de los contratistas que hayan solicitado la anulación del acto administrativo; como en la primera parte de la regla se indica que esos actos no son susceptibles de anulación, se dispone que la demanda debe adecuarse y fallarse de fondo, conforme con la unificación. (...) Eso supone que hay que entender que el contratista, en lugar de pedir la nulidad de la decisión unilateral adoptada por la ESP, pidió que se declarara que esta incumplió el contrato porque adoptó la decisión desconociendo lo pactado en la estipulación contractual que la autorizaba a adoptar decisiones unilaterales dentro del contrato. Debe suponerse que el contratista afirmó que la ESP expidió el acto unilateral sin que estuvieran cumplidas las condiciones contractuales para que pudiera tomar esa determinación: hizo efectiva la cláusula penal y la póliza que garantizaba el cumplimiento, aunque el contratista no incumplió el contrato. (...) Si se supone que esto fue lo que pidió el contratista (que la estipulación fue mal aplicada), el juez del contrato tendría que pronunciarse sobre dicha pretensión”.

**SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FALLO DE UNIFICACIÓN / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / OPOSICIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / APLICABILIDAD DE LA REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / UNIFICACIÓN**

**JURISPRUDENCIAL / OMISIÓN DE PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / OMISIÓN DEL JUEZ / ACTO JURÍDICO / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / ACTO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ANULACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / SOLICITUD DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DEMANDA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

**Problema jurídico 3:** *¿El fallo de unificación omitió pronunciarse sobre el contenido de la resolución de liquidación unilateral del contrato y sus efectos, pese a que tal acto fue demandado por el accionante, al ser expedido de forma extemporánea?*

**Tesis 3:** “En la sentencia de la que me aparto: (...) No se decretó la anulación de la resolución de liquidación en virtud del planteamiento que sustenta la regla de unificación. (...) Considero que la Sala debió anular por incompetencia la resolución de liquidación porque tal pretensión fue formulada expresamente por el demandante. Y debió disponer que se ordenara el reintegro de lo pagado por el contratista o por la compañía de seguros como consecuencia de lo dispuesto en ella. Esta determinación debió adoptarse para suprimir los efectos producidos por tal acto. (...) [E]stando demostrado que la liquidación unilateral fue expedida extemporáneamente, esta consideración era suficiente para anularla y ordenar las restituciones correspondientes para el caso de que la ESP hubiese cobrado la suma impuesta en esta resolución al contratista o a la compañía de seguros. El artículo 141 del CPACA, al regular la acción de controversias contractuales a través de la cual el contratista puede solicitar que se declare el incumplimiento del contrato y se condene a la contratante al pago de perjuicios, dispone que en la misma acción puede solicitarse la nulidad de los actos proferidos «con ocasión de la actividad contractual»; y el artículo 137 del mismo código que consagra como causal de nulidad la «falta de competencia para expedir el acto». (...) Creo que esta decisión de anular el acto debía adoptarse, incluso, aplicando la regla de unificación adoptada, en donde se indica que el contratista no tiene la carga de pedir la anulación de los actos administrativos lo que no impide que lo haga, como efectivamente lo hizo en este caso. (...) Si la Sala consideraba que lo anterior no era procedente porque la resolución «no es un acto administrativo» y por lo tanto no puede anularse, debió entonces estudiar las disposiciones adoptadas en la resolución de liquidación como un acto jurídico o declaración unilateral de voluntad, como lo indica en la regla adoptada; debió determinar si las estipulaciones en las que se fundó eran válidas; y debió establecer si la potestad ejercida por la ESP se ajustaba o no a lo pactado en ellas. Todo lo anterior debió hacerlo con el objeto de establecer si debían dejarse sin efectos las determinaciones tomadas en ella y ordenar los reintegros a que hubiera lugar. (...) De acuerdo con lo anterior, la resolución de liquidación quedó incólume: no se dispuso nada sobre sus efectos, ni tampoco se dispuso nada sobre el contenido de sus decisiones.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia del 9 de mayo de 2024, S.V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 76001-23-31-000-2006-03320-03\(53962\)](#)

**GÉNERO Y NO  
DISCRIMINACIÓN**



# **BOLETÍN**

**DEL CONSEJO DE ESTADO**

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

## SECCIÓN SEGUNDA

**En decisión con perspectiva de género, se enfatizó que la violencia doméstica no es un asunto familiar privado ajeno al Estado o a sus autoridades, pues a éstos les asiste la obligación de tomar medidas preventivas conducentes a preservar y garantizar el adecuado ejercicio de los derechos en las relaciones entre individuos, máxime cuando el Estado colombiano tiene compromisos internacionales para enfrentar la discriminación y las diversas formas de violencia contra la mujer. En ese sentido, también se aclaró la causal de “defecto fáctico” por la omisión en el decreto y práctica de pruebas.**

*Síntesis del caso:* El actor a través de apoderado cuestionó las decisiones disciplinarias por las cuales fue sancionado, considerando que la entidad demandada incurrió en vulneración del derecho al debido proceso, por defecto fáctico a causa de la omisión en la práctica de pruebas decretadas, especialmente aquella de orden psicológico destinada a establecer el estado mental del disciplinado, a quien le fue aplicada la sanción de destitución con inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por ejercer violencia intrafamiliar contra su señora causándole la muerte.

**PROCESO DISCIPLINARIO / DERECHO AL DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO / DEFECTO FÁCTICO / CAUSALES DEL DEFECTO FÁCTICO / DEFECTO FÁCTICO POR LA OMISIÓN EN EL DECRETO Y LA PRÁCTICA DE PRUEBAS / CAUSALES DEL DEFECTO FÁCTICO POR LA OMISIÓN EN EL DECRETO Y LA PRÁCTICA DE PRUEBAS / PRÁCTICA DE PRUEBAS / VALORACIÓN PROBATORIA / PRUEBA ÚTIL, CONDUCENTE Y PERTINENTE / VIOLENCIA INTRAFAMILIAR / CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER / CONVENCION PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER —CONVENCION DE BELÉM DO PARÁ / APLICACION DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

*Problema jurídico:* Deberá la Sala determinar si ¿al demandante se le vulneró su derecho de defensa y contradicción dentro del marco del proceso disciplinario adelantado en su contra?

*Tesis:* «[...] el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como a las de carácter administrativo, e implica que nadie pueda ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez competente y con observancia de las formas propias de cada juicio. En lo que concierne a la resolución del caso (...) tanto de las providencias judiciales, como de los actos administrativos, puede predicarse la vulneración sustancial del derecho al debido proceso, la cual se materializa en los distintos defectos identificados por la jurisprudencia constitucional, interesándonos, particularmente, la posible materialización del defecto fáctico. Por defecto fáctico se ha entendido aquel que se estructura “[...] siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso”, las cuales pueden generarse como consecuencia: i) De una omisión, que ocurre cuando se niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; ii) De una acción positiva, que se presenta cuando se aprecian pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución, o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto. iii) Del desconocimiento de las reglas de la sana crítica. A continuación, se reseña la subcategoría que es de interés al caso que nos ocupa. Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la

práctica de pruebas (dimensión negativa). Esta dimensión se presenta cuando el operador jurídico, al momento de valorar la prueba, la niega o la valora de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y, sin razón valedera, da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. [...] este defecto se configura, entre otros, en los siguientes supuestos cuando: i) En contra de la evidencia probatoria, el operador decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido. ii) A pesar de existir pruebas ilícitas, el operador no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva. iii) Hay incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro. iv) El operador valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, es decir, elementos probatorios que no guardan relación con el asunto debatido en el proceso. v) El operador da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso. Y vi) el operador no valora pruebas debidamente aportadas en el proceso. [...] a juicio de esta Sala de subsección, la entidad demandada no incurrió en vulneración al debido proceso, porque no se configuró la dimensión negativa del defecto fáctico al no observarse que el operador disciplinario se haya separado de los hechos debidamente probados; se hubiese abstenido de excluir pruebas ilícitas; se haya valorado pruebas manifiestamente inconducentes; no se valorase pruebas debidamente aportadas en el proceso; o porque se hubiesen probado hechos que no contaban con soporte probatorio dentro del proceso. [...] el acervo probatorio aportado al proceso disciplinario y valorado allí, permite establecer que el demandante incurrió en la falta gravísima de “realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo”, consagrada en el numeral 9°, del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006; es decir, con las pruebas con las que contaba el ente disciplinario, era posible inferir que el actor, presuntamente, incurrió en una conducta penalmente tipificada como delito. [...] esta Sala de subsección concluye que es palmario que el operador disciplinario sí practicó las pruebas que se habían decretado en el auto de apertura de indagación preliminar el cual fue notificado personalmente al demandante; motivo por el cual este tuvo conocimiento del material probatorio que pretendía recaudar la entidad demandada y, pudo ejercer su derecho de defensa y contradicción. [...] respecto al argumento de que no se decretó el examen psicológico al demandante por parte de un perito del Instituto Nacional de Medicina Legal con el fin de establecer si este pudo o no haber cometido el hecho, esta Sala de subsección considera que no se trataba de una prueba útil, conducente o pertinente, máxime cuando el conjunto probatorio que ya obraba en el plenario era claro al ubicar al demandante en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, como sujeto activo de la falta disciplinaria, lo cual fue el argumento del operador disciplinario para negarla al señalar que el acervo probatorio que tenía en su poder era suficiente indicador de que los únicos que se encontraban en esa casa eran el demandante y la occisa, sumado a las declaraciones de los policías que habían estado la noche anterior y la versión libre del actor. Además, teniendo en cuenta que en el expediente obra prueba de que en el núcleo familiar del demandante había indicios de que se gestaba violencia intrafamiliar, es claro que un dictamen pericial como el solicitado no suplía ni desvirtuaba el acervo probatorio que ya se encontraba recaudado en el proceso, porque los demás medios probatorios permitieron que el operador disciplinario concluyera, más allá de toda duda razonable, sobre la certeza de la comisión de la falta disciplinaria. En este punto, la Sala de subsección considera pertinente aclarar que la violencia doméstica no es un asunto familiar privado en el que se haya impuesto límites infranqueables al Estado o a sus autoridades; por el contrario, a estos les asiste la obligación de tomar medidas preventivas conducentes a preservar y garantizar el adecuado ejercicio de los derechos en las relaciones entre los individuos, máxime cuando el Estado colombiano ha asumido compromisos internacionales para enfrentar la discriminación y las diversas formas de violencia contra la mujer. Esto se observa en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo aprobadas por la Ley 51 de 1981 y la Ley 984 de 2005, respectivamente; así como la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —Convención de Belém do Pará—, incorporada al derecho interno por la Ley 248 de 1995. [...] se resalta que la Comisión de Género de la Rama Judicial profirió el documento “Criterios de Equidad para una Administración de Justicia con Perspectiva de Género”, en el cual señaló una serie de criterios para guiar a los jueces a identificar los casos en que se debe aplicar la perspectiva de género al momento de adoptar la respectiva decisión judicial, entre los cuales se encuentran la inclusión de un listado de diez preguntas clave que el servidor judicial puede hacerse para establecer si, en un caso concreto, debe aplicar la perspectiva de género como método analítico de la cuestión jurídica a resolver. [...] es claro que a la luz de los criterios de equidad, los hechos que dieron origen a la investigación disciplinaria dan cuenta de la presencia de relaciones de poder y desigualdad, porque el señor (...) prevalido de su fuerza y autoridad —propios de su formación policial que no pudo desligar en su hogar—, presuntamente atentó en contra quien era su esposa, de quien se infiere que en su condición de víctima estaba sometida por el miedo que tenía respecto de su agresor, pues recuérdese que de la declaración de la agente de policía (...) se extrae que al atender el caso la noche anterior al fallecimiento de la señora (...) esta inicialmente manifestó la intención de interponer la denuncia por violencia intrafamiliar; sin embargo, momentos después, comunicó que desistía de hacerlo. Por ende, este caso exige la aplicación de la perspectiva de género en el entendido que el demandante, como

miembro activo de la Policía Nacional y sujeto disciplinable, no solo estaba en el deber de cumplir con sus obligaciones de seguridad y protección a la población civil, en general, sino que también debía hacer lo propio al interior de su núcleo familiar, máxime cuando de su condición de agente estatal se impone el deber de enmarcar su actuar dentro de la legalidad. Por consiguiente, esta Sala de subsección no solo confirmará el fallo de primera instancia con base en que no se logró acreditar que los actos administrativos demandados incurrieran en vulneración al debido proceso por violación al derecho de defensa y contradicción; sino que, con enfoque de género, es preciso advertir sobre la gravedad de la conducta de un agente estatal que, encargado de luchar contra la discriminación y la violencia contra la mujer, es agente de la misma. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de veintitrés \(23\) de mayo de dos mil veinticuatro \(2024\), C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 25000-23-42-000-2015-03335-01 \(3526-2019\)](#)

## SECCIÓN TERCERA

**Fiscalía General de La Nación vulneró los derechos de una menor de edad al investigarla por el delito de aborto sin competencia para ello y porque existieron atropellos desproporcionados en su realización, como el uso de estereotipos, prejuicios y sesgos de género.**

*Síntesis del caso: "Se demanda la responsabilidad del Estado porque la Fiscalía, dentro de un proceso penal, inició una investigación previa en la que investigó a una menor de edad de manera irregular, por el delito de aborto en estado de gestación de 16 semanas, lo que causó daños a los demandantes."*

ENFOQUE DIFERENCIAL / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / PERSPECTIVA DE GÉNERO / DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO / DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER / DISCRIMINACIÓN / DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER EMBARAZADA / PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER / PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN / CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER / CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER / PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LA MUJER / PROTECCION A LA MUJER / ABORTO / DERECHOS DE LA MUJER / DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER / MENOR DE EDAD / DAÑO A MENOR DE EDAD / PROCESO PENAL CONTRA MENOR DE EDAD / DERECHOS DEL MENOR DE EDAD / PROTECCION AL MENOR DE EDAD / ACTUACION DEL JUEZ / DEBERES DEL JUEZ / OBLIGACIONES DEL JUEZ

*Problema jurídico 1: ¿El asunto sub-lite debe ser estudiado con un enfoque diferencial en atención a que la víctima directa fue una mujer menor de edad, a la que se le adelantó una investigación penal por el delito de aborto, en estado de gestación de 16 semanas?*

**Tesis 1:** "El presente asunto propone la discusión sobre la responsabilidad del Estado, específicamente de la Fiscalía General de la Nación por adelantar, en contra de una mujer menor de edad, en el año 2004, una investigación penal por el delito de aborto, en estado de gestación de 16 semanas. (...) Para la Sala la cuestión debatida, necesariamente, debe ser estudiada con un enfoque diferencial en atención a que la víctima directa fue una menor de edad (enfoque diferencial de niños, niñas y adolescentes) y fue una mujer (enfoque de género), pues ello salta a la vista con la sola enunciación de los componentes del debate. Sin perjuicio de lo anterior, frente a posibles dudas sobre el uso de esta herramienta, debe indicarse que el enfoque diferencial aludido, en este caso, no constituye una posibilidad, sino un deber del juez en el Estado Social y Constitucional de Derecho por las siguientes razones: 1. Se trata del supuesto atropello que sufrió una mujer menor de edad por parte del Estado, específicamente, por la autoridad competente del impulso de la acción penal. 2. El asunto involucra la violación de derechos y la exposición pública de la menor por la persecución del delito de aborto en un estado de gestación de 16 semanas. 3. Por la tipificación y naturaleza del entonces delito, quien debía padecer la persecución por parte de la autoridad investigativa, por su condición, es justamente la mujer. 4. Finalmente, en este caso, se alega que la Fiscalía ejerció un hostigamiento contra la menor y trasgredió el derecho de respetar su integridad, salud psicológica y emocional y, en general, su dignidad. (...) La necesidad de hacer el estudio del caso con un enfoque diferencial no es, entonces, un capricho de la Sala, resulta del deber constitucional que se deriva de la conjunción de los principios de dignidad humana y de igualdad, en particular, del mandato de igualdad material. Además, esta herramienta metodológica que guía la labor judicial y que el juez debe observar, incluso, en los términos del Código Iberoamericano de Ética Judicial, no se activa en este caso de manera ligera e inútil, mucho menos se trata de banalizarla con la simple transcripción aislada de piezas jurisprudenciales o doctrinales. De lo que se trata, por el contrario, es de entender su dimensión, de reivindicar la importancia de su uso en determinados asuntos y evidenciar la posibilidad de utilizarla, incluso, como un instrumento para atender los mandatos del ordenamiento interno e internacional. (...) En ese orden, la Sala entiende que una forma de combatir la discriminación por parte de quienes administran justicia consiste en activar, precisamente, el enfoque de género que constituye una herramienta metodológica que introduce al razonamiento judicial unos componentes o presupuestos particulares para

la valoración probatoria y el razonamiento jurídico que conduce a adoptar una decisión que, de no aplicar dicho enfoque, posiblemente sería diferente. Por ejemplo, activar este enfoque implica que el juez, al estudiar el caso, entre otros, deba observar: a) las formas en que interactúan las mujeres, los hombres, las niñas y los niños en sus diferentes ámbitos, b) las estructuras y procesos de diferente índole, que pueden perpetuar patrones de desventaja de las mujeres con respecto a los hombres, y de niños y niñas con respecto a adultos, c) los impactos que tienen las intervenciones de todo tipo en el desarrollo de mujeres, hombres, niñas y niños.”

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / REPARACIÓN DIRECTA POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PROCEDENCIA DEL DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INVESTIGACIÓN PENAL / IRREGULARIDAD EN LA INVESTIGACIÓN PENAL / MENOR DE EDAD / DAÑO A MENOR DE EDAD / PROCESO PENAL CONTRA MENOR DE EDAD / ABORTO / PERSPECTIVA DE GÉNERO / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / MUJER / DERECHOS DE LA MUJER / PROTECCIÓN A LA MUJER / DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER / PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD / INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD / VÍCTIMA MENOR DE EDAD / DERECHO A LA INTEGRIDAD / DERECHO A LA INTEGRIDAD MORAL DEL MENOR DE EDAD / AGRAVIO A LA INTEGRIDAD MORAL / DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / DERECHO DE LA MUJER A LA DIGNIDAD / RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

**Problema jurídico 2:** *¿Debe declararse la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación al iniciar y adelantar de manera irregular una investigación penal contra una mujer menor de edad, por el delito de aborto en estado de gestación de 16 semanas?*

**Tesis 2:** “[S]e demanda la responsabilidad del Estado porque la Fiscalía, dentro de un proceso penal, inició una investigación previa en la que investigó a una menor de edad de manera irregular, por el delito de aborto en estado de gestación de 16 semanas (...). [L]a parte demandante pidió que se revocara la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones. En síntesis, sostuvo que la investigación fue ilegal y se configuró un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia porque: la Fiscalía General de la Nación adelantó la investigación sin competencia; se violaron los derechos de la menor, porque, entre otras, se recibió su declaración sin los protocolos y requisitos de ley y se le ordenaron exámenes forenses y, adicionalmente, porque (...) [la víctima] fue sometida a un escarnio público desproporcionado y de importantes consecuencias dada su doble condición: tanto de mujer como de menor de edad. (...) Para resolver, la Sala sostendrá que, por regla general, una investigación de tipo penal constituye una carga que los ciudadanos deben soportar con el fin de que el Estado pueda esclarecer los hechos y conductas que amenacen determinados bienes jurídicos tutelados y, en consecuencia, pueda impartir justicia y consolidar un Estado de Derecho. En ese sentido, es posible concluir que, en principio, tales investigaciones no constituyen daños reparables, sino, justamente, actuaciones tendientes a dirimir controversias y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. No obstante, cuando se prueba que la investigación rebasó lo que, normalmente, podría afectar una investigación, por ejemplo, porque existieron atropellos desproporcionados en su realización, hay lugar a que el Estado responda y repare a las víctimas. (...) En el caso concreto, la Sala considera que la investigación surtida dentro del proceso penal de la menor (...) por el delito de aborto en estado de gestación de 16 semanas, le ocasionó un daño antijurídico comoquiera que la Fiscalía General de la Nación, con su actuación ilegal, arbitraria e irregular afectó de una manera grave y excesiva los derechos de la menor, (...) comoquiera que tuvo que resistir, de manera ostensiblemente ilegítima, el hostigamiento y la persecución del Estado lo que, a su vez, evidenció un atropello en el interés superior del menor y específicamente en la integridad y dignidad (...). [C]on ese daño, la Fiscalía afectó desproporcionadamente a una mujer menor de edad, en la que confluyeron dos condiciones de especial vulnerabilidad y, en consecuencia, protección: ser mujer y ser menor de edad. Esa intersección resultó fundamental en el desarrollo de esta decisión porque le permitió a la Sala a. identificar el daño padecido (...) con una perspectiva de género, b. mostrar que, en efecto, la

investigación penal adelantada incluyó violencia, discriminación, prejuicios, estereotipos, sesgos y estigmatización en la mujer menor de edad, c. Ser consiente del papel de la judicatura en evidenciar las dificultades que padecen las mujeres en la sociedad, reparar un daño concreto y generar un mensaje que permita prevenir la eliminación de todo acto de violencia contra la mujer.”

**DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PROCEDENCIA DEL DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INVESTIGACIÓN PENAL / IRREGULARIDAD EN LA INVESTIGACIÓN PENAL / ABORTO / ABORTO ESPONTÁNEO / MENOR DE EDAD / DAÑO A MENOR DE EDAD / PROCESO PENAL CONTRA MENOR DE EDAD / COMPETENCIA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / FALTA DE COMPETENCIA / ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / FALTA DE COMPETENCIA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ENFOQUE DIFERENCIAL**

**Problema jurídico 3:** *¿La Fiscalía conocía que la víctima era una menor de edad y pese a ello adelantó la investigación penal por el delito de aborto, sin tener competencia, por un término de 1 mes y 5 días?*

**Tesis 3:** “De la valoración de ese expediente, es posible extraer cinco conclusiones para resolver el caso: 1) La Fiscalía conocía que (...) [la víctima] era una menor de edad y pese a ello adelantó la investigación penal por el delito de aborto, sin tener competencia, por un término de 1 mes y 5 días. El 8 de septiembre de 2004, día en que ocurrió el aborto en la vía pública ubicada en las inmediaciones del colegio de (...) [la menor], la Fiscalía General de la Nación efectuó la inspección al cadáver del feto NN Sexo Masculino. La Fiscalía acudió al lugar por el llamado de la Policía que informó el hecho. (...) [E]s claro que la Fiscalía, desde el 8 de septiembre de 2004, fecha en que ocurrieron los hechos, conocía que la mujer sobre la que recaía la investigación penal por el delito de aborto, era menor de edad. Por lo expuesto, la Sala no comparte lo resuelto por el Tribunal de primera instancia que afirmó que la Fiscalía, “tan pronto conoció la edad de la menor remitió las diligencias a los Juzgados de Menores” comoquiera que, de lo expuesto, la Fiscalía conoció que (...) tenía menos de 18 años, desde el 8 de septiembre de 2004 y solo envió las diligencias al Juzgado de Menores para que adelantara la investigación el 13 de octubre de 2004. (...) Llama la atención de la Sala que, durante 1 mes y 5 días, pese a que evidentemente carecía de competencia, en actitud que, por las evidencias hasta entonces recolectadas, solo puede calificarse de terca, obstinada e intransigente, la Fiscalía: 1) continuó con la investigación y persecución por el delito de aborto, 2) en desarrollo de competencias que se arrogó, y en perjuicio de los derechos sustanciales y procesales de la víctima directa como menor de edad, el día de los hechos, desplegó un equipo de 7 personas para hacer averiguaciones de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió el delito, 3) decretó pruebas para adelantar la investigación previa y emprendió acciones rápidas e inmediatas para perseguir a la presunta responsable de manera contundente con el fin de esclarecer lo acontecido. Lo anterior, deja en evidencia un afán, quizá desmesurado, por perseguir este delito y controlar lo ocurrido con la mujer menor de edad.”

**DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INVESTIGACIÓN PENAL / IRREGULARIDAD EN LA INVESTIGACIÓN PENAL / MENOR DE EDAD / DAÑO A MENOR DE EDAD / PROCESO PENAL CONTRA MENOR DE EDAD / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD / DERECHO A LA INTIMIDAD DEL MENOR DE EDAD / DERECHO A LA PRIVACIDAD / DERECHO A LA INTIMIDAD DE NIÑOS Y ADOLESCENTES / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD / DERECHO DE LA MUJER A LA INTIMIDAD / FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / RESPONSABILIDAD DE**

## LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

**Problema jurídico 4:** *¿La Fiscalía respetó la privacidad de la vida de la menor en la investigación que adelantó?*

**Tesis 4:** “La Fiscalía no respetó la privacidad de la vida de la menor en la investigación que adelantó. (...) En el caso concreto, sin que tuviera competencia, la Fiscalía adoptó medidas que, sin duda alguna, expusieron a la menor en su entorno escolar y familiar y generaron un ambiente propicio para la discriminación, el aislamiento y la exacerbación de los sentimientos de culpa de (...) [la víctima]. (...) [L]a Fiscalía, que ya se había arrogado arbitrariamente una competencia para adelantar una investigación previa que no tenía, no respetó el derecho a la vida privada de la menor mientras adelantó sus actuaciones, pues desplegó una amplia comisión al colegio y a la casa de la menor y dispuso que un grupo de trabajo acudiera al círculo cercano de la menor con el propósito de averiguar al detalle todo lo relativo a la gestación y posterior aborto que sufrió la menor. Lo anterior, como se verá más adelante, cuando se estudie lo relativo a los perjuicios, afectó directa y grave a [la menor de edad]. (...) En este punto, se resalta que, si bien los hechos relativos al aborto ocurrieron en la vía pública contigua al colegio del menor, no se puede concluir, como lo hizo la primera instancia, que esa situación por sí sola fue la que la expuso públicamente. Salta a la vista que la presencia del despacho de la Fiscalía, compuesto por 7 personas que incluían 2 investigadores del CTI, no solo en la vía pública sino en el interior del colegio de la menor y en su hogar, genera una alarma, exposición, notoriedad y difusión de lo ocurrido en el ambiente de (...) [la víctima]. De todo ello da cuenta el testimonio de quien, en esa época, era su novio.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 20 de mayo de 2024; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 15001-23-31-000-2007-00161-01\(54302\)](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INVESTIGACIÓN PENAL / IRREGULARIDAD EN LA INVESTIGACIÓN PENAL / MENOR DE EDAD / DAÑO A MENOR DE EDAD / PROCESO PENAL CONTRA MENOR DE EDAD / ABORTO / PERSPECTIVA DE GÉNERO / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / MUJER / VÍCTIMA MENOR DE EDAD / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURÍDICO / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / VALORACIÓN DEL DAÑO / INTENSIDAD DEL DAÑO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / PRUEBA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / CONFIGURACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / AGRAVIO A LA INTEGRIDAD MORAL**

**Problema jurídico 1:** *¿La declaratoria de la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación porque incurrió en defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por la vinculación ilegal e irregular de una menor a una investigación penal por el delito de aborto, debió enfatizarse en el daño particular y grave sufrido por la víctima, y no en la conducta antijurídica de la demandada?*

**Tesis 1:** “La sentencia declaró la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación porque incurrió en defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por la vinculación ilegal e irregular de la menor a la investigación penal por el delito de aborto. La decisión señaló que la Fiscalía (i) adelantó la investigación penal con pleno conocimiento que no tenía competencia; (ii) desconoció la normatividad (Código del menor) y tomó la declaración de la menor sin el lleno de garantías, y (iii) no respetó su privacidad y utilizó estereotipos de género, prejuicios y la discriminó. (...) Considero que la decisión debió enfatizar el daño particular y grave sufrido por la víctima y no la conducta antijurídica de la demandada. Lo anterior porque, en los términos del artículo 90 constitucional, el fundamento de la responsabilidad

estatal es la existencia de un daño antijurídico. (...) En el proceso quedó acreditado el daño antijurídico causado a la víctima. La particularidad y la gravedad del daño se acreditaron con las declaraciones obrantes en el proceso, las cuales demostraron que toda la comunidad se enteró de la investigación de la Fiscalía, que la menor tuvo que irse a otra ciudad hasta que pasara «el escándalo» y que incluso su abuelo la recriminaba y le decía que le generaba vergüenza. La sentencia no le dio relevancia a lo anterior e, inclusive, al momento de analizar el perjuicio moral derivado del hecho, confundió la angustia y tristeza de la menor por el evento traumático (aborto) con el perjuicio derivado por la exposición pública de la víctima, que era lo relevante en el caso concreto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 20 de mayo de 2024; A.V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 15001-23-31-000-2007-00161-01\(54302\)](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INVESTIGACIÓN PENAL / IRREGULARIDAD EN LA INVESTIGACIÓN PENAL / MENOR DE EDAD / DAÑO A MENOR DE EDAD / PROCESO PENAL CONTRA MENOR DE EDAD / ABORTO / PERSPECTIVA DE GÉNERO / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / MUJER / VÍCTIMA MENOR DE EDAD / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURÍDICO / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / VALORACIÓN DEL DAÑO / INTENSIDAD DEL DAÑO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / PRUEBA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / CONFIGURACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / AGRAVIO A LA INTEGRIDAD MORAL**

*Problema jurídico 1: ¿El análisis del caso concreto debió iniciarse por la identificación del daño y luego su imputación a la Fiscalía, no al revés?*

Tesis 1: “Aunque comparto la decisión adoptada por la Sala de Decisión en el proceso de la referencia, por ser la que en derecho corresponde, disiento de la forma como fue abordado el análisis del caso concreto respecto del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, pues, primero debió identificarse el daño causado para luego explicar por qué este es imputable a la Fiscalía General de la Nación y no abordar primero la falla de la administración.”

**ACLARACIÓN DE VOTO / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL / ERROR JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL ERROR JUDICIAL/ INVESTIGACIÓN PENAL / IRREGULARIDAD EN LA INVESTIGACIÓN PENAL / DECLARACIÓN DEL TESTIGO MENOR DE EDAD / MENOR DE EDAD / DAÑO A MENOR DE EDAD / PROCESO PENAL CONTRA MENOR DE EDAD / ABORTO / PERSPECTIVA DE GÉNERO / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / MUJER / VÍCTIMA MENOR DE EDAD / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / AGRAVIO A LA INTEGRIDAD MORAL**

*Problema jurídico 2: ¿La sentencia también debió estudiar el error judicial del ente investigador que mediante resolución ordenó la declaración de la menor de edad?*

Tesis 2: “[A]unque en la sentencia solo se estudia el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, lo cierto es que también se depreca el error judicial en la medida que el ente investigador en resolución del 22 de septiembre de 2024 ordenó la declaración de la menor de edad sin tener competencia

para ello y, si bien la fiscalía luego ordenó remitir la investigación previa a los juzgados de menores, lo cierto es que fue por causa de la mentada resolución que la menor fue oída sin ser acompañada de un defensor de familia.”

**ACLARACIÓN DE VOTO / INVESTIGACIÓN PENAL / IRREGULARIDAD EN LA INVESTIGACIÓN PENAL / MENOR DE EDAD / DAÑO A MENOR DE EDAD / PROCESO PENAL CONTRA MENOR DE EDAD / ABORTO / PERSPECTIVA DE GÉNERO / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / MUJER / VÍCTIMA MENOR DE EDAD / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / AGRAVIO A LA INTEGRIDAD MORAL**

*Problema jurídico 3: ¿La Fiscalía General de la Nación uso estereotipos de género al solo decretar y practicar la declaración de la mujer menor de edad y no la de su novio?*

**Tesis 3:** “Asimismo, no comparto el argumento del párrafo 67 en el cual se menciona que la fiscalía utilizó estereotipos de género en la medida que solo decretó y practicó la declaración de la menor de edad cuando también debía haber ordenado la declaración del novio de aquella, discrepo de lo anterior, por cuanto la fiscalía era incompetente para adelantar la investigación previa y, en ese sentido, no se le puede exigir que ordene la declaración del joven, quien de por sí también era menor de edad.”

**ACLARACIÓN DE VOTO / INVESTIGACIÓN PENAL / IRREGULARIDAD EN LA INVESTIGACIÓN PENAL / MENOR DE EDAD / DAÑO A MENOR DE EDAD / PROCESO PENAL CONTRA MENOR DE EDAD / ABORTO / PERSPECTIVA DE GÉNERO / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / MUJER / VÍCTIMA MENOR DE EDAD / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / AGRAVIO A LA INTEGRIDAD MORAL**

*Problema jurídico 4: ¿Era necesario aludir a los tratados internacionales para otorgar una reparación integral que incluya disculpas a la menor de edad?*

**Tesis 4:** “Finalmente, aunque no desconozco los convenios y tratados internacionales que se citan a lo largo de la sentencia, considero que bastaba aludir al artículo 90 de la Constitución y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 para señalar que la reparación integral conlleva a que en este caso no solo se deba dar una indemnización pecuniaria por perjuicios morales, sino que también se debía ordenar las disculpas a la menor de edad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 20 de mayo de 2024; A.V. Fredy Ibarra Martínez, radicación 15001-23-31-000-2007-00161-01\(54302\)](#)

## ACCIÓN DE TUTELA

### Protección a madre cabeza de familia y sus hijos menores de edad en situación de vulnerabilidad.

**Síntesis del caso:** *El compañero permanente de la accionante y padre de sus tres hijos menores de edad, falleció el 22 de septiembre de 2021. El 16 de marzo de 2022, la tutelante, a través de apoderado judicial, presentó una solicitud ante Colfondos a efectos de que le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes. A la fecha del ejercicio de la acción no había recibido respuesta a su requerimiento. El 24 de enero de 2024, la tutelante radicó una demanda ordinaria laboral contra Colfondos S.A., a fin de obtener el reconocimiento pensional. El abogado de la demandante tuvo una crisis de salud y perdió la visión, por lo que, actualmente, esta no cuenta con un acompañamiento legal. La accionante y sus hijos se encuentran deambulando por las calles de Pereira, sin recibir ayuda estatal y, a la espera de obtener la respuesta frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión.*

#### IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA / INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / PROCESO JUDICIAL EN TRÁMITE / PROCESO LABORAL / RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / COLFONDOS

**Problema jurídico 1:** *¿La acción de tutela es procedente para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, habida cuenta que actualmente se encuentra en curso un proceso ordinario laboral para discutir la decisión de Colfondos de negar el reconocimiento de la pensión?*

**Tesis 1:** “Respecto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la tutela no cumple con este presupuesto, en la medida que actualmente está en curso un proceso ordinario laboral, que es el escenario para discutir si la decisión de Colfondos de eventualmente negar el reconocimiento del derecho pensional resulta adecuada a las disposiciones sobre la materia. (...) En cuanto a los derechos de los menores de edad, la acción de tutela resulta procedente, dado que son destinatarios de medidas que garanticen efectivamente el goce de sus garantías fundamentales, por ser sujetos de especial protección constitucional.”

#### ACCIÓN DE TUTELA / COLFONDOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN / AUSENCIA DE RESPUESTA A LA SOLICITUD ELEVADA EN EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICIÓN / RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

**Problema jurídico 2:** *¿Colfondos violó el derecho fundamental de petición de la tutelante debido a la falta de respuesta frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes?*

**Tesis 2:** “En el presente asunto, el 16 de marzo de 2022 la señora [M.C.D.] presentó solicitud ante Colfondos a efectos de que le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes. (...) De acuerdo con lo manifestado por la accionante, no ha recibido una respuesta clara, de fondo, suficiente, efectiva y congruente a su solicitud pensional. (...) En este punto esta Subsección recuerda que el artículo 20 del Decreto Ley 2591 de 1991 hace expresa alusión a la presunción de veracidad, según la cual se presumen como “ciertos los hechos” cuando el juez requiera informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere presentado el amparo y no son rendidos. (...) En tal medida, es evidente la vulneración al derecho fundamental de petición de la interesada por parte de Colfondos, dado que desde marzo de 2022 no ha recibido una respuesta clara y concreta en la que se le indique si tiene o no derecho a la pensión de sobrevivientes, dejando a la actora y su grupo familiar en una indeterminación respecto a su derecho pensional, que a la postre no le permite utilizar adecuadamente los medios para hacer efectiva esta prestación. (...) Esta manifestación hecha por la interesada no fue desvirtuada por el fondo de pensiones tutelado, pese a que así se le pidió en el auto admisorio y se le requirió en providencia posterior. (...) Así las cosas, esta Sala procederá a amparar el derecho fundamental de petición en relación con la necesidad de definir específicamente si la señora [M.C.D.] tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del señor [H.I.F.]”

#### ACCIÓN DE TUTELA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS / POBLACIÓN VULNERABLE / SUJETO

**DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / MADRE CABEZA DE FAMILIA /  
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES /  
GOBERNACIÓN / DEPARTAMENTO DE RISARALDA / ICBF**

*Problema jurídico 3: ¿Hay lugar a amparar los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la especial protección de los niños en situaciones de vulnerabilidad y, en consecuencia, ordenar a la Gobernación de Risaralda y al ICBF– Regional Risaralda que garanticen la protección de los sujetos de especial protección constitucional, como lo son la tutelante y sus tres hijos menores de edad?*

**Tesis 3:** “Los artículos 13 y 46 superiores establecen la necesidad de otorgar una especial protección a ciertos sujetos que, por sus condiciones de manifiesta vulnerabilidad, pueden ver restringidas sus posibilidades en la consecución de una igualdad material. En lo que respecta a la condición de sujetos de especial protección, corresponde a circunstancias particulares, a saber, físicas, psicológicas o sociales que merecen un amparo reforzado en aras de lograr una igualdad real y efectiva. Dentro de los grupos de especial protección se encuentran los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia, personas en extrema pobreza y todas aquellas que por su situación de debilidad manifiesta se ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población. (...) En cuanto a los derechos de los menores de edad, la acción de tutela resulta procedente, dado que son destinatarios de medidas que garanticen efectivamente el goce de sus garantías fundamentales, por ser sujetos de especial protección constitucional. Hay lugar a amparar los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la especial protección de los niños en situaciones de vulnerabilidad, y en consecuencia, se debe ordenar a la Gobernación de Risaralda y al ICBF– Regional Risaralda que garanticen la protección de los sujetos de especial protección constitucional, como lo son la tutelante y sus tres hijos menores de edad?”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de febrero de 2024, C.P.: Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2023-07142-00 \(AC\).](#)