

EDICIÓN  
**266**

MAYO 2023



#MeSuscriboMeActualizo

# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

### JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL  
ISSN: 2711-385X

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

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

## COMITÉ EDITORIAL

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

## RELATORÍAS

**Sección Primera de lo Contencioso Administrativo**  
Liliana Marcela Becerra Gámez  
**Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo**  
Gloria Cristina Olmos Leguizamón  
Antonio José Sánchez David  
**Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo**  
Jorge Eduardo González Correa  
Daniel Felipe Mayorga Alejo  
Guillermo León Gómez Moreno  
Nubia Yaneth Pajarito Navarrete  
**Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo**  
María Magaly Santos Murillo  
**Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo**  
Wadith Rodolfo Corredor Villate  
**Sala de Consulta y Servicio Civil**  
Juan Sebastián Solarte Álvarez  
**Sala Plena de lo Contencioso Administrativo**  
Juan Sebastián Solarte Álvarez  
**Acciones Constitucionales**  
Pedro Javier Barrera Varela  
Camilo Augusto Bayona Espejo  
Juan Alejandro Suárez Salamanca

## PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.  
Jurisprudencia y Conceptos.  
No. 266, mayo de 2023  
ISSN: 2711-385X  
www.consejodeestado.gov.co  
Consejo de Estado  
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.  
Palacio de Justicia  
Bogotá D.C. – Colombia

# CONTENIDO

<b>CONTENIDO</b>	<b>3</b>
<b>EDITORIAL</b>	<b>5</b>
<b>I. NORMAS ANULADAS Y EXHORTOS</b>	<b>6</b>
➤ C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2009-00397-00	
➤ C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 05001-23-33-000-2023-00205-01	
➤ C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2020-00018-00 (25352)	
<b>II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES</b>	<b>8</b>
➤ C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-15-000-2022-04473-01 (AC).	
➤ C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 11001-03-15-000-2022-01032-00 (AC).	
➤ C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 11001-03-15-000-2022-05055-01 (AC).	
➤ C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2023-00144-00 (AC).	
➤ C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-23-41-000-2015-02355-02 (AP).	
<b>III. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO</b>	<b>18</b>
➤ C.P. Wilson Ramos Girón: 11001-03-15-000-2022-03430-00(PI) (acumulado 11001-03-15-000-2022-04444-00).	
➤ C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 11001-03-15-000-2022-05367-00(PI)	
➤ C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-15 000-2022-05197-00(REV)	
➤ C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-15 000-2021-07312-00(S)	
<b>IV. SECCIÓN PRIMERA</b>	<b>30</b>
➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001 03 27 000 2006 00036 00 acumulado con los procesos 11001 03 24 000 2008 00060 00 y 11001 03 24 000 2008 00386.	
➤ C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2009-00397-00.	
<b>V. SECCIÓN SEGUNDA</b>	<b>34</b>
➤ C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación 17001-23-33-000-2016-00095-01(3826-2021).	
➤ C.P. César Palomino Cortés, radicación 660001-23-33 -000-2017-00521-01 (3657-2019)	
➤ C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación 88001-23-33-008-2018-00013-01 (2503-2021)	
➤ C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 27001-23-33-000-2016-00117-01(5258-2019)	
➤ C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 05001-23-33-000-2014-01025-01(1239-2016)	
<b>VI. SECCIÓN TERCERA</b>	<b>47</b>
➤ C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 05001-23-31-000-2005-04773-01(49372)	
➤ C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 05001-23-31-000-2011-00091-01 (59776).	
<b>VII. SECCIÓN CUARTA</b>	<b>53</b>
➤ C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación 11001-03-27-000-2020-00018-00 (25352)	
➤ C. P. Milton chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2018-00237-01 (26262).	
➤ C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2017-00785-01 (24973)	
➤ C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 25000-23-37-000-2017-01596-01 (26963)	
<b>VIII. SECCIÓN QUINTA</b>	<b>54</b>
➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00035-00 (acumulado).	
➤ C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00240-00 (acumulado).	
➤ C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00166-00 (acumulado).	

- C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00151-00.

## **IX. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

**77**

- C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00062-00(2496).
- C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00014-00(C)
- C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2023-00057-00(C)
- C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2022-00247-00(C)

## **X. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN**

**85**

- C.P. María Adriana Marín, radicación: 85001-23-33-000-2015-00330-01(60187)

# EDITORIAL

*Para la edición 266 del mes de mayo, el Consejo de Estado, compiló pronunciamientos relevantes en las diferentes temáticas de su competencia.*

*En una acción de tutela contra providencia judicial resuelta por la Sección Primera, se indicó que se incurre en defecto procedimental y desconocimiento del precedente y, por ende, se viola el derecho al debido proceso, al sancionar a una de las partes del proceso con multa, por presuntamente incurrir en maniobras dilatorias, sin permitir a aquella el ejercicio del derecho de contradicción y defensa.*

*En asunto de la misma naturaleza, la Dirección Nacional de Inteligencia solicitó amparo, porque en un recurso de insistencia se ordenó por parte de la autoridad judicial accionada, que se informara a la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP), los datos relacionados con los nombres de las herramientas tecnológicas que usa la entidad tutelante para el monitoreo de fuentes abiertas de información. El juez de amparo en este caso, protegió los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la DNI, tras definir que en efecto la información solicitada, pese a ser pública, gozaba de una reserva legal, al tenor de la Ley 1621 de 2013, ante la posible afectación a la seguridad nacional y el orden público.*

*En una acción popular, la Corporación falló que la construcción que desarrolló la Universidad Externado de Colombia, en cercanías a los cerros orientales de Bogotá, no vulneró los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa, la existencia del equilibrio ecológico y la seguridad y salubridad pública, puesto que dicho inmueble no hacía ni hace parte de un área protegida, ni de su zona de adecuación.*

*Por otro lado, en ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del ex senador Rodolfo Hernández Suárez, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por presuntamente haber incurrido en la causa de tráfico de influencias; la Sala Plena del Consejo de Estado, encontró que no se reunieron los presupuestos de configuración de la causal prevista por los artículos 183.5 CN y 296.5 LOC, por no cumplimiento de los requisitos objetivos.*

*En asuntos de competencia de la Sección Segunda, se decidió que no tiene derecho al reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia, la hermana invalida, cuando la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral tiene ocurrencia con posterioridad a la muerte de la beneficiaria de dicha prestación; puesto que no se demostró en el juicio que, la demandante padecía de alguna enfermedad que limitara su capacidad laboral con antelación al fallecimiento de la pensionada.*

*En punto de equidad de género y no discriminación, la Sección Tercera profirió condena al Estado, dentro de una acción de reparación directa por falla del servicio médico ginecobstétrico, a un hospital al ocasionar lesiones a recién nacida durante el parto.*

*Los invitamos a consultar las 12 ediciones anuales del Boletín de Jurisprudencia y Conceptos del Consejo de Estado.*

# I. NORMAS ANULADAS Y EXHORTOS

## ANULADAS SECCIÓN PRIMERA

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

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de marzo de 2023; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001 03 27 000 2006 00036 00 acumulado con los procesos 11001 03 24 000 2008 00060 00 y 11001 03 24 000 2008 00386. \(ver página 30 de este boletín\).](#)

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

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

## SECCIÓN CUARTA

El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria”, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: el artículo 1.2.1.25.6, adicionado por el Decreto 2235 de 2017.

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

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de febrero de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2020-00018-00 \(25352\) \(ver página 54 de este boletín\).](#)

## EXHORTOS SECCIÓN QUINTA

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

Sobre el particular dispuso en la parte considerativa lo siguiente: “Adicionalmente, la sala encuentra que el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda y resolvió la solicitud de medida cautelar en dos

providencias diferentes, no obstante que el artículo 277 del CPACA indica que ambas decisiones deben incorporarse al auto admisorio de la demanda de nulidad electoral, por lo que se exhorta a la referida corporación judicial a proceder en adelante en tal sentido.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 20 de abril de 2023, C. P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 05001-23-33-000-2023-00205-01.](#)

**ASUNTOS  
CONSTITUCIONALES**



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

---

**JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS**



# ACCIONES DE TUTELA

**1. Se incurre en defecto procedimental y desconocimiento del precedente y, por ende, en violación del derecho al debido proceso, al sancionar a una de las partes con multa por, presuntamente, incurrir en maniobras dilatorias, sin permitir a aquella el ejercicio del derecho de contradicción y defensa.**

*Síntesis del caso:* El Tribunal Administrativo de Nariño, en el marco de un proceso de nulidad electoral, expidió el auto del 14 de enero de 2022, por medio del cual inadmitió la demanda y, a pesar de ser un juicio de electoral, otorgó el término de 10 días para su corrección. Mediante el proveído del 2 de febrero de 2022, se admitió la demanda frente a las pretensiones de nulidad electoral e inadmitió sobre las de nulidad ordinaria, por lo que se volvió a otorgar un nuevo término de corrección por tres 3 días. El Tribunal dio trámite a una solicitud de aclaración y, en auto del 14 de febrero de 2022, la resolvió de forma negativa, por lo que otorgó, por tercera vez, el término de subsanación de demanda. En el auto del 23 de febrero de 2022 el Tribunal, por cuarta vez, estudió la admisibilidad de la demanda. El Tribunal instaló la audiencia inicial, dentro de la que la parte actora en tutela presentó "solicitud de ejercicio de funciones oficiosas", con el fin de que se abordara el tema de la omisión de subsanación de la demanda en la oportunidad legalmente establecida, a lo cual la autoridad judicial decidió suspender la diligencia. El 11 de julio de 2022 se reanudó la audiencia y el Tribunal negó la petición de revisión oficiosa por considerarla impertinente, por lo que le impuso multa a la tutelante, al calificarla como una maniobra dilatoria.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / FACULTAD CORRECCIONAL DEL JUEZ / PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MULTA / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / AUSENCIA DE IMPUTACIÓN / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN / IMPROCEDENCIA DE SOLICITUD DE NULIDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DEFECTO PROCEDIMENTAL / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / AUDIENCIA INICIAL / MEDIDAS DE SANEAMIENTO DEL PROCESO / AUTO QUE ADMITE LA DEMANDA / MANIOBRAS DILATORIAS EN PROCESO JUDICIAL**

*Problema jurídico:* ¿El Tribunal Administrativo de Nariño, en sala unitaria, vulneró los derechos fundamentales invocados por la parte actora, al imponer la multa dentro de la audiencia inicial del 11 de julio de 2022, dentro del medio de control de nulidad electoral identificado con el número único de radicación 2022-00010-00?

*Tesis:* "[A]l alegarse el defecto procedimental contra una providencia judicial, lo correcto es que el interesado ilustre la manera en que la autoridad judicial accionada desconoció el trámite establecido para la adopción de aquella, esto es, que demuestre que el proceso judicial que dio lugar a la decisión acusada fue adelantado sin observar el trámite que las normas adjetivas establecen para tal efecto. [L]a Corte Constitucional precisó que el desconocimiento del precedente constituye una causal de procedibilidad de la acción de tutela cuando la decisión judicial afecta derechos fundamentales de las partes. En especial, respecto del precedente vertical, la Jurisprudencia de esa Corporación ha sido enfática en sostener que el

Juez no sólo está vinculado por el artículo 13 de la Constitución Política, que impone la igualdad de trato jurídico en la aplicación de la ley, sino también que su autonomía se encuentra limitada por la eficacia de los derechos fundamentales y, en particular, del debido proceso judicial. (...) [L]a Jurisprudencia Constitucional también ha admitido la posibilidad de que un Juez se aparte de su propio precedente o del precedente de su superior jerárquico, siempre y cuando se sustenten debidamente las razones de su posición (...). [L]a Asamblea Departamental de Nariño, estando en la etapa de saneamiento del proceso, manifestó que se les dio a las pretensiones de nulidad de actos ordinario el trámite especial de nulidad electoral, además, que la demanda original no fue debidamente subsanada, lo que llevaba al rechazo de la misma. (...) [E]l Tribunal resolvió que no estaban llamados a prosperar, toda vez que el apoderado de la parte actora en el proceso ordinario procedió a subsanar la demanda en debida forma y dentro del término legal, sumado a ello, se aceptaron los argumentos expuestos para acumular las pretensiones, por lo que procedió a admitir la demanda, momento en el cual corrió traslado a las partes, quienes formularon excepciones, abordando el mismo tema de la indebida acumulación de pretensiones, mismas que fueron resueltas de manera desfavorable en providencias de 5 de abril y 3 de junio de 2022 y sobre las cuales no se interpuso recurso alguno. (...) [L]a autoridad judicial accionada procedió a denegar por impertinente las peticiones formuladas por la Asamblea Departamental de Nariño, la señora [I.J.M.N.] y la Universidad de la Costa y, en consecuencia, impuso a cada una multa de 5 SMLMV. (...) [Q]ue tanto la Asamblea Departamental de Nariño, como la señora [I.J.M.N.] y la Universidad de la Costa, interpusieron recursos de apelación contra la anterior decisión, ante lo cual el Tribunal los concedió en el efecto suspensivo en lo atinente a la negativa de las peticiones y, frente a la imposición de la multa, los adecuó al recurso de reposición al no ser procedente el de apelación, disenso resuelto en esa misma diligencia en el sentido de no reponer la decisión de la sanción. (...) [L]a parte actora aseveró que el Tribunal incurrió en defecto procedimental absoluto y en desconocimiento del precedente jurisprudencial, toda vez que no se cumplieron los criterios para imponer la sanción, vulnerando de esta forma los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y contradicción. (...) [L]a Sala considera pertinente traer a colación los artículos 58 y siguientes de la Ley 270 de 1996, que plantean la facultad correccional del juez del proceso. (...) [E]n cuanto a las peticiones impertinentes, los recursos y las nulidades improcedentes, el CPACA dispuso que serían consideradas como formas de dilatar el proceso y tendrían una multa de cinco a diez SMLMV. (...) [L]a Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos, ha discurrido sobre el particular que los poderes correctivos del juez y la imposición de una multa, deben estar antecedidos de una actuación que cumpla los mínimos del debido proceso, publicidad, contradicción y defensa (...) [L]os jueces conductores de un proceso cuentan con la facultad correccional, a través de la cual pueden sancionar a los particulares que con sus conductas entorpezcan el correcto funcionamiento de la administración de justicia, de tal forma que los comportamientos contrarios a ello y que pretendan dilatar el desarrollo normal del proceso, podrán acarrear la imposición de una multa. (...) [E]l director del proceso deberá atender las razones de defensa del presunto infractor y si estas no fueren satisfactorias, procederá a imponer sanción, la cual estará motivada, decisión contra la que procede el recurso de reposición. (...) [P]ara la Corte Constitucional, cuando el juez conductor advierta una conducta dilatoria, en ejercicio de sus facultades correctivas, deberá concederle al presunto infractor la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, a fin de que de las razones que considere oportunas, ante lo cual, el juez valorará los argumentos y frente a estos, decidirá si tales motivos son o no razonables para así proceder a analizar la procedencia de la sanción. (...) [E]l Tribunal se limitó a discurrir respecto de las razones por las cuales no resultaba procedente la petición de la Asamblea Departamental de Nariño, ordenando de inmediato a la imposición de la sanción con multa, sin antes escuchar las razones de defensa o explicaciones frente a las acusaciones que le endilgaban una conducta dilatoria o reprochable. (...) [L]a autoridad judicial accionada procedió a sancionar a la actora por supuestas conductas dilatorias, omitiendo ponerle de presente las implicaciones de ello y sin permitirle ejercer su derecho de defensa y contradicción, en la medida que únicamente se refirió al hecho de que las irregularidades puestas de presente ya habían sido resueltas en una etapa anterior, sin advertir con claridad las razones por las cuales su conducta resultaba entorpecedora del desarrollo normal del proceso y sin escuchar las explicaciones de su actuar. (...) [L]a autoridad judicial accionada no garantizó los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y contradicción, por lo que no resultan de recibo los argumentos expuestos por el Tribunal en el escrito de impugnación, dado que, de las pruebas obrantes en el proceso no se observa que a la actora se le haya dado la palabra a fin de que expusiera sus razones de defensa. (...) [A]un cuando se le permitió recurrir la decisión y se adecuó el recurso de apelación al de reposición, no se advierte que previo a la imposición de la sanción se le hubiese dado la oportunidad de explicar el porqué de su petición y de su conducta supuestamente dilatoria, lo cual va en contravía del procedimiento establecido en la norma y de la

jurisprudencia dispuesta para el asunto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de marzo de 2023, C.P.: Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-15-000-2022-04473-01 \(AC\).](#)

## **2. No se vulnera el derecho fundamental de petición cuando se impide el acceso a información pública reservada relacionada con el nombre de las herramientas tecnológicas empleadas para el monitoreo de fuentes abiertas de información.**

*Síntesis del caso:* La Dirección Nacional de Inteligencia presentó acción de tutela porque en un recurso de insistencia se ordenó, por parte de la autoridad judicial accionada, que se informara a la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP), los datos relacionados con los nombres de las herramientas tecnológicas que usa la entidad tutelante para el monitoreo de fuentes abiertas de información. El juez de tutela amparó los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia invocados por la entidad accionante, tras establecer que en efecto la información solicitada, pese a ser pública, goza de una reserva legal, comprendida en la Ley 1621 de 2013; de modo que, lo procedente era efectuar un análisis sobre la reserva legal de esos datos, ante la posible afectación a la seguridad nacional y el orden público.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / RECURSO DE INSISTENCIA / DERECHO DE PETICIÓN / INFORMACIÓN RESERVADA / DIRECCIÓN NACIONAL DE INTELIGENCIA / DIVULGACIÓN DE HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS / SERVICIO DE INTELIGENCIA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / ERROR EN LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

*Problema jurídico:* [¿Incurrió la autoridad judicial accionada en un defecto sustantivo, por error en la interpretación de la norma, relacionada con la reserva contenida en el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013 y el análisis del daño presente, probable y específico alegado por la entidad accionante?]

*Tesis:* “Valoradas las circunstancias fácticas que dieron lugar a que se accediera a la solicitud de información elevada por la FLIP, la evidencia documental obrante y el contenido de las providencias que se reprochan, en esta oportunidad encuentra la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca efectivamente incurrió en el defecto específico que acaba de caracterizarse. Ciertamente, de la lectura del proveído objeto de censura, puede extraerse que la autoridad judicial demandada accedió a la solicitud de insistencia elevada por la FLIP en contra de la DNI y se ordenó a esta última entidad acceder a la petición de información realizada por el señor [J.C.B.], y en consecuencia, se dispuso que esta debía expedir a costas del solicitante la información que se relaciona con los nombres de las herramientas tecnológicas o técnicas (software) que utiliza la entidad para realizar monitoreo de fuentes abiertas de información. Lo anterior, al considerar que la información requerida no estaba sujeta a ningún tipo de reserva legal. (...) [Ahora bien,] la autoridad accionada consideró que la razón por la cual no se avizoraba la existencia de un daño probable, presente y específico, ni la materialización de una amenaza real o afectación de tal magnitud que pudiera amenazar la estabilidad de la democracia nacional y el orden público, se debía a que: (i) la información sobre fuentes abiertas precisamente circula sin mayores restricciones en internet y redes sociales, pero su monitoreo permite perfilamientos y abuso de la información recopilada y analizada, por lo que también es necesario el control de estos programas; (ii) la solicitud de información proviene del representante legal de la Fundación para la Libertad de Prensa, la cual es una organización no

gubernamental que defiende la libertad de expresión, por lo que negarle el acceso a la información requerida podía impedir el ejercicio de control ciudadano sobre el ejercicio del poder y la gestión pública; y, (iii) la información solicitada no está sujeta a ningún tipo de reserva legal explícita. (...) En este punto es importante precisar que para determinar si los nombres de las herramientas tecnológicas solicitadas se encontraban cobijados en por la reserva consagrada en los artículos de la Ley 1621 de 2013, el Tribunal se encontraba obligado a establecer el alcance de los conceptos elementos técnicos, medios y métodos utilizados por el legislador para definir la reserva en dicha norma, y ante la ausencia de una definición legal de los mencionados términos, era necesario no solo acudir, en calidad de criterio auxiliar de interpretación, a las consideraciones planteadas por la Corte Constitucional en las Sentencias C- 540 de 2012 y C-913 de 2010, sino también a los argumentos expuestos en la Sentencia C-540 de 2012. (...) Así, en el presente caso, el Tribunal concluyó que no se avizoraba una amenaza a la seguridad y defensa nacional por la entrega de los nombres de las herramientas técnicas o tecnológicas (software) que utiliza la Dirección Nacional de Inteligencia para el monitoreo de fuentes abiertas y desarrollo de actividades de inteligencia, sin verdadero análisis y ponderación, comoquiera que: (i) sin referencia científica, técnica o siquiera de la literatura especializada, consideró que con el solo suministro del nombre, no se evidencia de forma clara un daño probable, presente y específico que conlleve a una amenaza real o afectación de tal magnitud que amenace la estabilidad de la democracia nacional, el orden público y los derechos fundamentales, soportado en el silogismo equivocado de que dado que la información sobre fuentes abiertas precisamente circula sin mayores restricciones en internet y redes sociales, su monitoreo permite perfilamientos y abuso de la información recopilada y analizada, por lo que es necesario el control de estos programas, como si de lo que se trata fuera de controlar a la inteligencia del Estado confundiendo los conceptos de información que obra en fuentes abiertas con la actividad de inteligencia sobre ellas, lo que de admitir una acertada formulación en un silogismo, no podría conducir al efecto útil que vio en que la información sobre las herramientas de inteligencia debe ser de acceso público; (ii) la solicitud de información provenía del representante legal de la Fundación para la Libertad de Prensa, la cual es una organización no gubernamental que defiende la libertad de expresión, por lo que, la información solicitada era necesaria para la investigación de posibles afectaciones a los derechos fundamentales de quienes ejercen el periodismo y, negar su acceso impediría el ejercicio de control ciudadano sobre el ejercicio del poder y la gestión pública, sin formulación de un test de proporcionalidad entre los derechos comprometidos en la petición, privilegiando uno de ellos a partir de una opinión. Visto lo anterior, la Sala considera que la decisión atacada se limitó y sustentó en los beneficios y afectaciones de los derechos comprometidos, sin realizar un verdadero ejercicio de ponderación en los términos establecidos en la jurisprudencia constitucional. (...) Con base en lo anterior, esta Sala advierte que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual accedió a la solicitud de información elevada por la FLIP, vulnera su derecho constitucional fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Como ya se señaló en acápite antecedente, el hecho de no incluir un análisis detallado sobre la reserva consagrada en el artículo 33 de la Ley 1621 de 2013 ni del daño propuesto por la DNI, implicó una interpretación desfavorable no solo de los intereses de la entidad sino de la seguridad nacional y el orden público, que trajo como consecuencia la restricción injustificada de bienes que por su naturaleza gozan de especial protección constitucional, sin que de contera se evidenciara que la negativa a su acceso se proyectara como restricción no permitida para la efectiva realización del derecho a la información requerido por la ONG petente. En consecuencia, para hacer efectiva la orden de protección y, a su turno, preservar el principio de seguridad jurídica, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la [entidad accionante].”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 31 de marzo de 2023, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 11001-03-15-000-2022-01032-00 \(AC\).](#)

**3. No se incurre en los defectos fáctico y por desconocimiento del precedente judicial, cuando se valora de manera adecuada el concepto de la junta médico laboral para negar el reintegro de un ex**

## **miembro de la fuerza pública por padecer una enfermedad mental que le impide continuar en el servicio activo.**

*Síntesis del caso:* Se presenta acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, por la presunta vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, con ocasión de la sentencia proferida el 19 de abril de 2022, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que fue negada la pretensión sobre reintegro al servicio activo de la Fuerza Pública del accionante. El juez de tutela, en segunda instancia, declaró la improcedencia de la tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, respecto a los defectos sustantivo y por violación del principio de non reformatio in pejus y, por otro lado, confirmó la negativa del amparo de los derechos fundamentales invocados, en la medida en que no se configuraron los defectos fácticos y por desconocimiento del precedente judicial. También consideró que, la autoridad judicial accionada valoró, en debida forma, las pruebas allegadas al plenario, en especial los conceptos y actas de las juntas médico laborales, en las que se determinó que el accionante no era apto para continuar en el servicio activo de la Fuerza Pública dada su patología mental y la pérdida de capacidad laboral diagnosticada por sus médicos tratantes.

### **IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN**

*Problema jurídico 1:* [¿Respecto a los cargos formulados por violación a los principios de non reformatio in pejus y de congruencia, se supera en el presente asunto el requisito adjetivo de subsidiariedad, que habilite el estudio de fondo de la acción de tutela contra providencia judicial?]

Tesis 1: “C]onsidera la Sala que el cargo relativo a la non reformatio in pejus, en realidad, corresponde a una denuncia por violación del principio de congruencia de la sentencia, pues se funda en que el Tribunal desconoció los argumentos del recurso de apelación y emitió una decisión extra petita; por ende, esta queja no cumple con el requisito genérico de subsidiariedad, en razón a que debió ventilarse a través del recurso extraordinario de revisión. En punto de ello, se debe explicar que, en tratándose del desconocimiento del principio de congruencia, esta Corporación ha decantado que ello da lugar a una nulidad originada en la sentencia, de modo que procede el recurso extraordinario de revisión, al configurarse la causal consignada en el numeral 5º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011. Por lo anterior, si la intención es debatir que la accionada se pronunció sobre algún aspecto que excedía su competencia, se debía acudir de manera preferente al recurso extraordinario referido para alcanzar la validez de los derechos que se alegan afectados. Ello, a fin de que la acción de tutela no llegue a reemplazar aquellos recursos previstos por el legislador para el efecto.”

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DEL EJÉRCITO NACIONAL / ENFERMEDAD MENTAL DEL SOLDADO / PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REINTEGRO / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / ADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / CONCEPTO MÉDICO / AUSENCIA DE DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / NEGACIÓN DEL AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Problema jurídico 2:** *[¿Incurrió la autoridad judicial accionada en los defectos fáctico y por desconocimiento del precedente judicial, con ocasión de la providencia de 19 de abril de 2022, en la que se revocó parcialmente la decisión de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 11001-33-35-703-2014-00215-01, para negar el reintegro laboral y limitar el pago de los salarios y prestaciones sociales del accionante?]*

**Tesis 2:** “[A juicio de la Sala,] no se considera configurado el defecto fáctico alegado, puesto que el Tribunal convocado se basó en las actas de la Junta y del Tribunal Médico Laboral, que concluyeron que la especial patología de [S.L.] le impide ejercer actividades propias de la actividad militar o, incluso, pertenecer a una institución jerarquizada en la que estaría rodeado de numerosos factores que podrían generar reacciones impredecibles. Además, hizo un estudio de las capacidades aprovechables para el Ejército Nacional y estableció que, con excepción de su entrenamiento como soldado, no había ninguna que pudiera ser usada en el campo administrativo o académico. (...) Ahora bien, en cuanto a las sentencias que citó la parte actora como sustento de su reproche, se observa que la C-539 de 2011, es ajena al caso, pues en ella se estudió la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, mediante el cual se adoptaron medidas de descongestión judicial. Por otra parte, en la T-470 de 2010 se estudió un caso en el que el Tribunal Médico Laboral había sugerido la reubicación del actor, lo que hace el caso considerablemente diferente al sub iudice; y en la T-503 de 2010 ni siquiera se analizaron los conceptos emitidos por la Junta y el Tribunal Médico Laboral, por lo que tampoco resulta aplicable al caso. (...) En consecuencia, la Sala no encuentra un precedente que se halle claramente desconocido y, al margen del criterio que hubiese sostenido como juez ordinario, no nota que la postura sostenida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sea abiertamente contraria a la posición de la Corte Constitucional, la que no ha negado la plausibilidad de acudir a las condiciones puntuales del caso para negar la reubicación del afectado incluso si la pérdida de capacidad no ha superado el 50%, por lo que no se puede colegir la configuración del defecto [por desconocimiento del precedente judicial. En consecuencia, se niega el amparo presentado por la parte actora].”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 10 de marzo de 2023, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 11001-03-15-000-2022-05055-01 \(AC\).](#)

## **4. Se vulnera el derecho fundamental de petición al emitir respuestas evasivas frente a las solicitudes de información sobre la totalidad de las mujeres que apoyan, gestionan o participan en los diálogos de paz con el ELN.**

**Síntesis del caso:** *El medio de comunicación digital Cuestión Pública, en nombre propio, ejerció la acción de tutela en procura de la protección de sus derechos fundamentales de petición, de acceso a la información pública y a la libertad de información, que estima transgredidos por el Alto Comisionado para la Paz – Presidencia de la República, al dar una respuesta vaga e imprecisa a la petición radicada el 25 de noviembre de 2022.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ / PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN / INVALIDEZ DE LA RESPUESTA DEL DERECHO DE PETICIÓN / PARTICIPACIÓN DE LA MUJER / ACUERDO DE PAZ**

**Problema jurídico:** *¿El Alto Comisionado para la Paz y/o Presidencia de la República vulneró el derecho de petición de la sociedad accionante, al dar una respuesta vaga e imprecisa a la petición radicada el 25 de noviembre de 2022?*

**Tesis:** “De conformidad con el Título 2 de la Ley 1437 de 2011 (“CPACA”), en desarrollo del artículo 23 de la Constitución, toda persona puede presentar peticiones a las autoridades. Sobre sus requisitos, además de los establecidos en el artículo 16 del CPACA, también se ha definido que deben ser respetuosas frente a quienes se elevan o, de lo contrario, serán rechazadas. Adicionalmente, han de ser claras, o serán devueltas para que en el término de 10 días se corrijan, so pena de su archivo. (...) [R]especto a la respuesta, esta debe ser (i) oportuna, de manera que la autoridad se manifieste dentro del término que exige la ley; (ii) clara, es decir, sencilla y fácil de comprender; (iii) precisa, de forma tal que atienda solo lo solicitado, sin presentar información impertinente o elusiva; (iv) congruente, en tanto absuelva de fondo a la solicitud y; finalmente, (v) consecuente, en relación con el trámite dentro del cual el requerimiento es presentado. (...) En el sub examine se encuentra acreditado que el 25 de noviembre de 2022 Cuestión Pública con NIT de El Escarbabajo S.A.S. radicó petición ante la Presidencia de la República para solicitar información sobre las medidas adelantadas para garantizar la aplicación de la Resolución 1325 de 2000 de las Naciones Unidas en la negociación de paz con el ELN, la cual instó a los Estados Miembros a velar porque aumente la representación de la mujer en la consolidación de la paz y se adopten medidas especiales para protegerlas de la violencia por razón de género. (...) De lo anterior se concluye que, la entidad respondió de forma precisa el numeral 1.3. de la petición, en tanto adujo que la única medida adelantada es la paridad de género por parte de sus delegados. (...) No obstante, frente a la respuesta 1.3.1., no describió detalladamente las acciones para tal fin, es decir, no explicó cuántos son los delegados ni qué proporción son mujeres, o desde qué fecha están vinculados, o si se espera que aumente la participación de mujeres. (...) Se precisa que la regla general es el derecho de acceso a los documentos e información pública, salvo los casos de reserva expresamente contenidos en la constitución y la ley. (...) Esta Sala no le halla razón a la entidad demandada en cuanto a la falta de subsidiariedad, dado que el recurso de insistencia presentado se refiere únicamente al numeral 2 de la petición. (...) Así las cosas, esta Sala procederá a amparar el derecho fundamental de petición en relación con la respuesta 1.3.1. y requerirá al Alto Comisionado para la Paz para que entregue la información respectiva o justifique si tiene el carácter de reservado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 17 de febrero de 2023, C.P.: Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2023-00144-00 \(AC\).](#)

## ACCIONES POPULARES

**La construcción que desarrolló la Universidad Externado de Colombia, en cercanías a los cerros orientales de Bogotá, no vulneró los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa, la existencia del equilibrio ecológico y la seguridad y salubridad públicas.**

**Síntesis del caso:** *Un grupo de ciudadanos ejerció una acción popular contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, las Secretarías de Planeación y Ambiente del Distrito Capital de Bogotá, el Sistema Distrital de Gestión del Riesgo y Cambio Climático, la Curaduría Urbana N.º 3 de Bogotá D.C. y la Universidad Externado de Colombia, por la construcción que, para aquel momento, pretendía desarrollar la Universidad en un predio que se encontraba, presuntamente, dentro de la Reserva Forestal Protectora del Bosque Oriental de Bogotá. El Consejo de Estado encontró que los actos administrativos que autorizaron el desarrollo urbanístico del predio no transgredieron el régimen de la reserva forestal protectora Bosque*

*Oriental de Bogotá, puesto que dicho inmueble no hacía ni hace parte de esa área protegida ni de su zona de adecuación.*

**ACCIÓN POPULAR / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR EN SEGUNDA INSTANCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / LICENCIA DE URBANISMO / ÁREA PROTEGIDA / DELIMITACIÓN DE ÁREA PROTEGIDA / LINDEROS / RESERVA FORESTAL / RESERVA FORESTAL PROTECTORA / ZONA DE RESERVA FORESTAL / EXCLUSIÓN DE LA ZONA DE RESERVA FORESTAL / CERROS ORIENTALES DE BOGOTÁ / FRANJA DE ADECUACIÓN DE LOS CERROS ORIENTALES DE BOGOTÁ / BOSQUE ORIENTAL DE BOGOTÁ / INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE / INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA**

*Problema jurídico: ¿Los actos administrativos que autorizaron el desarrollo urbanístico del predio identificado con matrícula inmobiliaria N.º 50C-122607, transgredieron los derechos colectivos reconocidos en los literales a), b), c), g), l) y m) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, dado que dicho inmueble hace parte de la reserva forestal protectora Bosque Oriental de Bogotá o de su zona de adecuación?*

**Tesis:** “[L]a actuación cuestionada por los demandantes no generó una transgresión de los derechos (...) y, por el contrario, las diferentes decisiones de la autoridad urbanística (1987, 2009 y 2012) responden a que antes del año 2005 no existía certeza científica y técnica sobre la delimitación de los linderos del área protegida. (...) [E]l predio identificado con la matrícula inmobiliaria N.º 50C122607 no integra el área de la Reserva Forestal Protectora del Bosque Oriental de Bogotá ni su franja de adecuación. [E]l Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y la Secretaría Distrital de Planeación coinciden en señalar que, (...) el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial adoptó, a través de la Resolución 463 de 2005, la cartografía oficial de la Reserva declarada en el Acuerdo 30 de 1976. (...) [E]s claro que las autoridades urbanísticas del Distrito no transgredieron los derechos colectivos (...) cuando otorgaron a la Universidad Externado de Colombia la licencia de construcción cuestionada (Resolución 12-3-0693 de 8 de agosto de 2012) porque ese predio no es parte integrante del área protegida. (...) [E]l apoderado judicial de los accionantes, en primer lugar, afirmó que la sentencia de primera instancia desconoce que la Reserva Forestal Protectora del Bosque Oriental, para el tiempo de su constitución, fue delimitada con base en el sistema de referencia de alturas del «Acueducto de Bogotá». (...) [E]n segundo lugar, (...) indicó que la vía denominada actualmente avenida circunvalar parte occidente no existía al momento de la expedición del Acuerdo 30 de 1976 y, por ello, el lindero del «Paseo Bolívar era la circunvalar parte occidental». En tercer lugar, afirmó que la Universidad Externado de Colombia quebrantó el permiso conferido por la Curaduría Urbana N.º 3 de Bogotá D.C., a través de la Resolución 12-3-0693 de 8 de agosto de 2012, porque la obra autorizada era de «dos torres de 7 pisos y dos sótanos», pero la universidad construyó «dos torres de 8 pisos y tres sótanos». En cuarto lugar, adujo (...) que esa licencia urbanística desconoció las decisiones judiciales adoptadas en la acción popular N.º 25000-2325-000-2005- 00662-0349, pues el Tribunal de la primera instancia suspendió a partir del año 2005 el otorgamiento de todo tipo de licencias, concesiones, permisos y autorizaciones para la realización de proyectos o actividades dentro del área de la RFP-BOB, y dejó sin efectos la redelimitación efectuada por la Resolución 463. [A]gregó que la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante sentencia de 5 de noviembre de 2013, ordenó implementar la franja de adecuación de la reserva para el sector que cobija al predio objeto del litigio. (...) [E]l hecho consistente en que ambos sistemas generen distintas topografías no implica que la Resolución 463 de 2005 desconozca los derechos colectivos invocados como transgredidos, si se tiene en cuenta que el Acuerdo 30 de 1976 y la Resolución 76 de 1977 no señalaron expresamente que el Estado únicamente debía utilizar el sistema de referencia de alturas denominado “Acueducto de Bogotá” para la construcción de la respectiva cartografía. (...) [L]a Sala observa que la redelimitación de la reserva forestal se fundamenta en razones válidas que la parte accionante no cuestionó y mucho menos logró desvirtuar. Para empezar, la parte motiva de la Resolución 463 precisa que esa reserva requería de un marco normativo unificado que contuviera una zonificación y ordenamiento coherente con la realidad del territorio. En tal virtud, el MAVDT, la CAR, el IGAC y el DAMA suscribieron el Convenio 12 de 2001 para efectos de: (i) realizar un diagnóstico de la Reserva Forestal con base en estudios biofísicos y socioeconómicos; (ii) diseñar políticas y estrategias para el manejo de la Reserva, y



(iii) redelimitar el área de la Reserva conforme a una cartografía de escala 1:10000 y estudios catastrales y de coberturas y uso del suelo. (...) [L]os demandantes tampoco acreditaron la premisa de su apelación consistente en que la vía denominada actualmente avenida circunvalar parte occidente no existía al momento de la expedición del Acuerdo 30 de 1976. Contrario sensu, la Universidad Externado de Colombia (...), aportó el (...) mapa del sector de 1956 que ilustra ambos caminos. (...) [T]ampoco puede prosperar el alegato sostenido por la parte demandante conforme al cual el límite dispuesto en el Acuerdo 30 refería a la circunvalar parte occidente y no al costado oriental de la Avenida Circunvalar, pues los accionantes no demostraron la veracidad de esa afirmación. (...) [E]l Acuerdo 30 se refirió tanto a la carretera circunvalación como al Paseo Bolívar, y la obra cuestionada colinda actualmente con la avenida circunvalar, en sus dos costados, antes denominados “Paseo Bolívar” y “carretera circunvalación”. (...) [E]n tercer lugar, (...) alegó que la Resolución 12-3-0693 de 8 de agosto de 2012 autorizó una obra de «dos torres de 7 pisos y dos sótanos, y ahora está para dos torres de 8 pisos y tres sótanos». (...) [L]o anterior significa que a la parte actora tampoco le asiste la razón en el presente reparo, pues no demostró que la Universidad Externado de Colombia desconociera los límites de la autorización urbanística concedida. (...) Finalmente, el apoderado judicial de la parte demandante adujo que esa licencia urbanística también quebrantó las decisiones judiciales adoptadas en el marco de la acción popular N.º 25000-2325-000-2005-00662-03 (...) explicó que el Tribunal de la primera instancia suspendió a partir del año 2005 el otorgamiento de todo tipo de licencias, concesiones, permisos y autorizaciones para la realización de proyectos o actividades dentro del área de la reserva, y dejó sin efectos la redelimitación efectuada por la Resolución 463. Además, la Sala Plena del Consejo de Estado ordenó en la sentencia de 5 de noviembre de 2013, implementar la franja de adecuación de la Reserva Forestal Protectora del Bosque Oriental. (...) [L]uego de revisar las decisiones proferidas por esta jurisdicción en la acción popular N.º 2005-662, la Sala observa que las mismas no resultaban aplicables al caso concreto por cuanto el predio identificado con matrícula inmobiliaria N.º 50C-122607 no pertenece a la Reserva Forestal Protectora del Bosque Oriental o de su franja de adecuación (...).”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 31 de marzo de 2023, C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-23-41-000-2015-02355-02 \(AP\).](#)

## SALA PLENA DEL CONTENCIOSO



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. No se configura el elemento subjetivo de la causal de pérdida de investidura por la vulneración del régimen de inhabilidades por desconocimiento de lo previsto en el numeral 5 del artículo 179 Superior, en lo referido al dolo, cuando no se acredita que la voluntad del congresista estaba dirigida a quebrantar el ordenamiento jurídico.

*Síntesis del caso:* En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra de la representante a la cámara Gloria Elena Arizabaleta Corral, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por una presunta violación del régimen de inhabilidades, específicamente por tener vínculos de parentesco en segundo grado de consanguinidad con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / AUTORIDAD CIVIL / EJERCICIO DE LA AUTORIDAD CIVIL / AUTORIDAD POLÍTICA / ELEMENTO TEMPORAL DE LA CAUSAL DE INHABILIDAD / ELEMENTO TERRITORIAL DE LA CAUSAL DE INHABILIDAD / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / ELEMENTO OBJETIVO DE LA CAUSAL DE INHABILIDAD / ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

*Problema jurídico 1:* ¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se acreditó elemento objetivo respecto a la vulneración del régimen de inhabilidades por parte de la representante a la Cámara Gloria Elena Arizabaleta Corral por desconocer lo previsto en el numeral 5 del artículo 179 Superior, esto es, por tener parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política?

**Tesis 1:** “[L]a finalidad de la inhabilidad prevista en el numeral quinto del artículo 179 de la Constitución Política es impedir que el poder proveniente del Estado influya sobre los electores para provecho o beneficio de los parientes o allegados, con el fin de garantizar el principio de igualdad entre los candidatos y evitar que el poder político se acumule en una misma familia. Ahora, conforme con el artículo 179 de la Constitución Política, para que se configure dicha causal de inhabilidad por parte de un congresista, deben concurrir los siguientes supuestos: - Vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco hasta en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, entre el Congresista y quien ejerce la autoridad civil o política. - Que el pariente, cónyuge o compañero permanente de quien resultó electo tenga la calidad de funcionario. - Que dicho funcionario, en el marco de las funciones que ejerce, ostente autoridad civil o política. - Que el funcionario esté investido de autoridad civil o política dentro del límite temporal establecido por el ordenamiento jurídico. - Que las circunstancias o condiciones inhabilitantes tengan lugar en la circunscripción territorial de la respectiva elección. La ausencia de alguno de los supuestos descritos impide la configuración de la inhabilidad y, por consiguiente, es causa suficiente para negar las pretensiones del medio de control de pérdida de investidura. (...) [E]stá probado en el expediente que los señores [G.E.A.C.] y [C.E.A.C.] tienen la condición de hermanos, según dan cuenta los registros civiles de nacimiento en los que se advierten que son hijos de los señores [E.A.C.] y [M.E.C.], por tanto, tienen vínculo de parentesco en el segundo grado de consanguinidad. En ese orden de ideas, no cabe duda de que el supuesto del parentesco se cumple en este caso. (...) En los términos de la ley y la jurisprudencia antes referida, es claro para la Sala que el señor [C.E.A.C.] ostenta la calidad de funcionario (empleado público) como lo exige el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, en razón a que fue nombrado gerente y representante legal de la Red de Salud del Sur Oriente E.S.E. del Distrito de Santiago de Cali. Por ende, este supuesto también se cumple en el caso aquí analizado. (...) [E]sta Sala Especial de Decisión de Pérdida de Investidura acoge la posición reiterada de la Sala Plena de la Corporación respecto a que la autoridad civil y la autoridad administrativa son diferentes y, que a efectos de analizar la causal de inhabilidad del artículo 179-5 de la Constitución, lo que se debe demostrar es el ejercicio de autoridad

política o civil. Para efectos de analizar en este caso el ejercicio de autoridad civil, se tendrá en cuenta lo expuesto por la Sala Plena en la sentencia del 11 de febrero de 2008, en la que se estableció que la autoridad civil suele expresarse a través de i) la toma de decisiones, o su injerencia efectiva en ellas, o ii) de la ejecución de las mismas. (...) De conformidad con el numeral 2 del artículo 188 de la Ley 136 de 1994 y la jurisprudencia citada anteriormente, un funcionario ejerce autoridad civil cuando tiene asignada la facultad de nombrar y remover libremente los empleados de la dependencia. En el caso de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, el numeral 17 del artículo 4 del Decreto 139 de 1996 establece expresamente que tienen como función la de "Nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia de acuerdo con las normas de administración de personal que rigen para las diferentes categorías de empleo, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud". En el mismo sentido, el numeral 11 del artículo 20 del Acuerdo Municipal 106 de 2003 señala que los gerentes de las Empresas Sociales del Estado creadas en el municipio de Santiago de Cali tienen como función la de "ejercer la facultad nominadora, nombrando, contratando y removiendo, según el caso, al personal de empleados públicos y trabajadores oficiales de la Empresa, y resolviendo las situaciones administrativas y laborales de sus servidores de conformidad con las normas vigentes sobre la materia". En el caso concreto, el señor [C.E.A.C.], en calidad de gerente y representante legal de la Red de Salud del Sur Oriente E.S.E. de la ciudad de Cali, efectuó varios nombramientos de personal dentro de la estructura orgánica de la entidad durante el periodo inhabilitante de la congresista, esto es, entre el 13 de noviembre de 2021 y el 13 de marzo de 2022. Lo anterior es suficiente para concluir que el señor [A.C.] no solo tenía la facultad nominadora dentro del periodo inhabilitante que tenía su hermana para inscribirse y ser elegida, sino que, además, como quedó probado, hizo uso de esa atribución. Sin duda, al tener asignada la función nominadora ejerció autoridad civil. (...) En el caso bajo estudio se tiene que el 13 de diciembre de 2021 se realizó la inscripción definitiva de candidatos a la Cámara de Representantes para el periodo 2022 – 2026, por la Coalición Pacto Histórico en el Valle del Cauca, en la cual aparece la señora [G.E.A.C.] en el renglón 102. Además, según acta parcial del escrutinio general de las elecciones de la Cámara de Representantes del departamento del Valle del Cauca del 13 de marzo de 2022 del Consejo Nacional Electoral, la señora [A.C.] fue elegida congresista. Conforme con lo anterior, el periodo inhabilitante corrió entre el 13 de diciembre de 2021 y el 13 de marzo de 2022, correspondiente a la fecha de inscripción de la candidatura y la fecha de las elecciones, y dado que para dicho espacio de tiempo el hermano de la congresista ostentaba la calidad de gerente de la Red de Salud del Sur Oriente E.S.E., con domicilio en la ciudad de Cali, se entiende configurado, también, el elemento temporal. (...) [E]stá demostrado que el señor [E.A.C.] se desempeñó como gerente de la Red de Salud del Sur Oriente E.S.E., con domicilio en la ciudad de Cali, entidad que forma parte de la circunscripción territorial del departamento del Valle del Cauca, por la cual fue elegida representante a la Cámara, su hermana, [G.E.A.C.], para el periodo constitucional 2022-2026. En esa medida se encuentra cumplido el requisito de circunscripción territorial."

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre el alcance y la naturaleza de la pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado, Sala Sexta Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia del 16 de julio de 2019, Expediente: 11001-03-15-000-2019-02830-00(PI), C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la aplicación restrictiva de las causales de pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil del 30 de abril de 2015, C.P. Álvaro Namén Vargas. Radicado: 11001-03-06-000-2015-00058-00 (2251) y Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Oscar Darío Amaya Navas. Bogotá D.G. 24 de julio de 2018, Radicado 2391.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre las inhabilidades e incompatibilidades fundadas en los nexos familiares, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación del 29 de enero de 2019, expediente 110010328 000 2018 00031 00 (SU), C.P. Rocío Araújo Oñate y Consejo de Estado, Sala Séptima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia del 18 de enero de 2023. Expediente 11001-03-15-000-2022-03485-0, C.P. Oswaldo Giraldo López.

**NOTA DE RELATORÍA 4:** Sobre la inhabilidad del congresista por tener vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política, ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de septiembre de 2018, Expediente 11001-03-28-000-2018-00055-00, C.P. Rocío Araújo Oñate; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de septiembre de 2018, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Expediente 11001-03-28-000-2018-00025-00.

**NOTA DE RELATORÍA 5:** Sobre el parentesco entre el Congresista y quien ejerce la autoridad civil o política, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 27 de enero de 1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque, Expediente AC-5397.

**NOTA DE RELATORÍA 6:** Sobre la noción de funcionario, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de enero de 2019. C.P. Rocío Araújo Oñate. Expediente

11001032800020180003100; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencias de 26 de marzo de 2015. Expediente 11001-03-28-000-2014-00058-00 y del 5 de mayo de 2016, radicación 54001-23-33-000-2015-00530-01. C.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de marzo de 2006. Consejero ponente Tarsicio Cáceres Toro. Expediente 4885-2004.

**NOTA DE RELATORÍA 7:** Sobre los conceptos de autoridad civil, autoridad administrativa y autoridad política, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de agosto de 2002, expediente PI-025; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de septiembre de 2019, expediente: 11001-03-15-000-2019-01598-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 7 febrero de 2019, expediente 11001-03-28-000-2018-00048-00, 11001-03-28-000-2018-00017-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 mayo de 2019, expediente 11001-03-28-000-2018-00091-00, 11001-03-28-000-2018-00601-00, C.P. Rocío Araujo Oñate; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de junio de 1998, expediente AC-5779, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo., sentencia de 22 de enero de 2008, expediente 11001-03-15-000-2007-00163-00(PI), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 11 de febrero de 2008. Radicación 11001-03-15-0002007-00287-00 y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencias de 15 de febrero de 2011, C.P. Enrique Gil Botero, expediente 11001-03-15-000-2010-01055-00(PI), 16 de noviembre de 2011, C.P. María Elizabeth García González, expediente 11001-03-15-000-2011-00515-00, 17 de julio de 2012, C.P. Bertha Lucía Ramírez Páez, expediente 11001-03-15-000-2011-00438-00, 21 de julio de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, expediente 11001-03-15-000-2014-02130-00(PI), 17 de septiembre de 2019 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expediente 11001-03-15-000-2019-01598-01, 3 de marzo de 2020, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, expediente 11001-03-15-000-2019-03209-02 (PI) y 10 de agosto de 2020, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 11001-03-15-000-2020-00061-00.

**NOTA DE RELATORÍA 8:** Sobre el tiempo durante el cual opera la inhabilidad dispuesta en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de enero de 2019, C.P. Rocío Araujo Oñate. Expediente: 11001032800020180003100.

**NOTA DE RELATORÍA 9:** Sobre el elemento territorial de la inhabilidad dispuesta en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de mayo de 2018. C.P. William Hernández Gómez, Expediente: 11001-03-15-000-2015-00110-00(REV-PI).

## **RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA**

**Problema jurídico 2:** *¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se acreditó elemento subjetivo respecto a la vulneración del régimen de inhabilidades por parte de la representante a la Cámara Gloria Elena Arizabaleta Corral por desconocer lo previsto en el numeral 5 del artículo 179 Superior, esto es, por tener parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política?*

**Tesis 2:** “[L]a jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que para establecer si se configura el elemento subjetivo de la causal de pérdida de investidura, se debe verificar: (i) si el congresista estaba en condiciones de comprender el hecho o circunstancia configurativa de la causa, (ii) si le era exigible otra conducta o comportamiento, (iii) si el congresista atendió las normas jurídicas y, finalmente, (iv) si la sanción de pérdida de investidura, en el caso concreto, es necesaria para garantizar los fines fijados en la Constitución. (...) [L]a Sala de Decisión al analizar las pruebas obrantes en el expediente, encontró que la congresista demandada contaba con las capacidades académicas y profesionales para comprender el régimen de inhabilidades y su configuración, sin embargo, los demandantes no demostraron que el actuar de la señora [A.C.] haya estado encaminado a defraudar el ordenamiento jurídico que regula dicho régimen. En otras palabras, no se encuentra probado si su intención fue la de ser elegida congresista a pesar de estar incurso en una inhabilidad. De otra parte, lo que si se evidencia es que la congresista obró con el cuidado requerido, lo que impide el reproche subjetivo de su obrar, al conocer y asesorarse de los deberes que el cargo le imponía. En efecto, la Sala encuentra que la señora [A.C.] consultó si incurría en la inhabilidad del numeral quinto del artículo 179 de la Constitución mientras su pariente se encontraba ejerciendo autoridad civil durante el período inhabilitante y, en este se observa que la respuesta dada fue que no se configuraba la inhabilidad. Si bien el concepto rendido por el exmagistrado del Consejo de Estado Alberto Yepes Barreiro, tiene como fecha 6 de diciembre de 2021, lo cierto es que no existe certeza en el expediente en qué fecha fue solicitado por la congresista, ni tampoco en qué fecha fue efectivamente entregado a ésta. Además, la opinión jurídica es contraria a los precedentes jurisprudenciales de esta

Corporación, en lo que tiene que ver con el aspecto objetivo de la causal (casos en que se está frente al ejercicio de autoridad civil) tal y como quedó demostrado en el análisis realizado al aspecto objetivo en la presente providencia. Luego, en principio, dicho concepto, por sí solo, no demostraría la diligencia necesaria por parte de la congresista para exonerarse de la sanción de pérdida de investidura. Sin embargo, a juicio de la Sala, la existencia de la Resolución 655 del 2 de marzo de 2022, mediante la cual el Consejo Nacional Electoral validó la legalidad de la inscripción de la demandada como candidata al Congreso de la República, al negar la revocatoria de la inscripción por no encontrar que estuviera incurso en la inhabilidad del numeral quinto del artículo 179 de la Constitución, generó en la señora [A.C.] la convicción de no encontrarse inhabilitada para su ejercicio como congresista. Por tanto, a pesar de que el concepto jurídico y la Resolución 655 de 2022 son contrarios a la jurisprudencia de esta Corporación, lo que interesa para la Sala en este caso es la conducta ejercida por la congresista demandada, que da cuenta de que no era ajena a la posible inhabilidad en la que estaría incurso y, en atención a eso, solicitó un concepto, cuya conclusión fue ratificada por el Consejo Nacional Electoral. Lo anterior deja ver que la congresista actuó con el pleno convencimiento, sustentado en que su actuación se encontraba acorde a la ley, pues contaba con el concepto de un ex magistrado de la sección quinta (precisamente dedicado a los asuntos electorales) y lo expuesto por el máximo órgano electoral quien precisamente se ocupó de estudiar una solicitud de revocatoria de inscripción por la causal de inhabilidad que aquí se estudia. Bajo las anteriores premisas, la Sala concuerda con la representante del Ministerio Público, ya que, pese a que la señora [G.A.C.] incurrió objetivamente en la causal de pérdida de investidura, lo cierto es que no se configura el elemento subjetivo, pues no obra prueba en el expediente de que la voluntad de la congresista hubiese estado dirigida a quebrantar el ordenamiento jurídico, circunstancias que permiten descartar el dolo. Lo anterior, en razón a que –se repite, consultó frente a la configuración de la inhabilidad y la respuesta que obtuvo fue negativa, así como también fundamentó su actuación en la Resolución que negó la revocatoria a la inscripción como candidata al Congreso, de modo que actuó con el convencimiento de que su conducta estaba ajustada al ordenamiento jurídico”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el elemento subjetivo de las causales de pérdida de investidura, ver: Corte Constitucional, sentencias SU-424 del 11 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y SU-326 del 14 de septiembre de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 8 de octubre de 2019, C.P. Alberto Montaña Plata, expediente 11001-003-15-000-2018-02417-01 (PI), del 25 de mayo de 2017, Sección Primera, C.P. María Elizabeth García González, Expediente 81001-23-39-000-2015-00081-01, del 18 de enero de 2023, Sala Séptima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, C.P. Oswaldo Giraldo López, Expediente 11001-03-15-000-2022-03485-00, del 20 de febrero de 2019, Sala Séptima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura. C.P. María Adriana Marín (E), Expediente 11001-03-15-000-2018-03883-00(PI).

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Tercera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 9 de marzo de 2023; C.P. Wilson Ramos Girón: 11001-03-15-000-2022-03430-00\(PI\) \(acumulado 11001-03-15-000-2022-04444-00\).](#)

### **Salvamento de voto del consejero Gabriel Valbuena Hernández**

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA**

**Problema jurídico:** *¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se acreditó elemento subjetivo respecto a la vulneración del régimen de inhabilidades por parte de la representante a la Cámara Gloria Elena Arizabaleta Corral por desconocer lo previsto en el numeral 5 del artículo 179 Superior, esto es, por tener parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política?*

**Tesis:** “En mi sentir, no es dable considerar que la congresista hubiese actuado movida por la confianza legítima de estar actuando conforme a derecho, a partir del concepto emitido por un destacado profesional del derecho y del pronunciamiento efectuado por el Consejo Nacional Electoral en la Resolución 1655 del 2 de marzo de 2022, en los que se indicó que en ese caso no se configuraba la inhabilidad, por cuanto “la gerencia de la Red de Salud del Suroriente E.S.E. no es un cargo investido con autoridad civil, pues conforme con las funciones, estas no comprenden “la expedición de ordenes dirigidas al público en general o el cumplimiento de estas por vía coactiva” (...). Tal como se analizó en la misma sentencia, “la opinión

jurídica es contraria a los precedentes jurisprudenciales de esta Corporación, en lo que tiene que ver con el aspecto objetivo de la causal (casos en que se está frente al ejercicio de autoridad civil)” (sic), de manera que dar alcance a dichos elementos probatorios es desconocer el valor normativo de la jurisprudencia reinante y pacífica en ese momento, y que, tal como se explicó en la página 17 de la sentencia, se remitía a decisiones de la Sala Plena del año 2008, reiterada en los años 2011, 2012, 2015, 2018, 2019 y 2020. (...) Por último, no comparto la afirmación que se hace en la página 26 de la sentencia según la cual, el análisis de la culpabilidad está circunscrito a “la presunta actuación dolosa de la congresista, pues fue lo alegado por los demandantes” (sic), toda vez que el juez de la pérdida de investidura también se encuentra habilitado para analizar la culpabilidad bajo los títulos de la culpa grave. Así se desprende de lo dispuesto en el art. 4º de la Ley 2003 de 2019, cuando al modificar el art. 1º de la Ley 1881 de 2018 dispuso que la acción de pérdida de investidura se ejercerá “en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución”, de allí que el operador judicial está en el deber de analizar los hechos y resolver si la conducta endilgada al congresista le es imputable a título de dolo o culpa, sin que la fórmula propuesta por el demandante sobre la culpabilidad, deba tenerse como una camisa de fuerza. Lo anterior, por tratarse de una acción pública que bien puede ser incoada por cualquier ciudadano, por lo cual resultaría desproporcionado exigirle al solicitante de la pérdida de investidura que una especial rigurosidad técnica al calificar la conducta del congresista encartado”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Tercera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 9 de marzo de 2023; S.V. Gabriel Valbuena Hernández: 11001-03-15-000-2022-03430-00\(PI\) \(acumulado 11001-03-15-000-2022-04444-00\).](#)

**2. Para que se configure la causal de desinvestidura de tráfico de influencias debidamente comprobado se requiere que la persona que ejerce la influencia tenga o haya tenido la calidad de congresista; que se invoque esa calidad ante el servidor público y se ejerza sobre este un influjo que lleva al servidor a realizar la actividad que el congresista pretende; que el congresista reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva; y que el beneficio pretendido por el congresista provenga de un asunto que el otro servidor público se encuentre conociendo o vaya a conocer.**

*Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del ex senador Rodolfo Hernández Suárez, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por presuntamente haber incurrido en la causa de tráfico de influencias debidamente comprobado.*

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / TRÁFICO DE INFLUENCIAS / TRÁFICO DE INFLUENCIAS POR SERVIDOR PÚBLICO / ELEMENTOS DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS POR SERVIDOR PÚBLICO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS POR SERVIDOR PÚBLICO / ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

**Problema jurídico:** *¿El exsenador Rodolfo Hernández Suárez incurrió en la causal de pérdida de investidura de tráfico de influencias debidamente comprobado por pedir a una representante a la Cámara, integrante del mismo movimiento político, que considerara unas hojas de vida para la integración de una UTL?*

**Tesis:** “La causal de desinvestidura de tráfico de influencias se configura cuando un congresista antepone su investidura frente a un servidor público que, bajo el influjo de la dignidad congresal, realiza una actividad que no adelantaría de no ser por la calidad de quien lo solicita. De modo que se produce una relación en la que el congresista, gracias a su investidura, influye en el otro servidor para injerir en el sentido de la decisión que aquel le solicita. Esta causal de desinvestidura se configura si se reúnen los siguientes elementos, que deben aparecer demostrados en el proceso de forma concurrente: (i) que la persona que ejerce la influencia tenga o haya tenido la calidad de congresista, que se adquiere a partir de la posesión en el cargo; (ii) que se invoque esa calidad ante el servidor público y se ejerza sobre este un influjo, que lleva al servidor a realizar la actividad que el congresista pretende, sin que resulte relevante la relación de jerarquía entre el congresista y el otro servidor público; (iii) que el congresista reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con las salvedades o excepciones que la LOC establece en cuanto a las gestiones de los congresistas en favor de sus regiones y (iv) que el beneficio pretendido por el congresista provenga de un asunto que el otro servidor público se encuentre conociendo o vaya a conocer y que ese beneficio se origine, precisamente, en un asunto donde el servidor público tenga competencia o la vaya a tener, pues esa es la razón por la que el congresista aborda al servidor. (...) Para la fecha de envío del mensaje de datos, tal como lo advirtió el agente del Ministerio Público, Rodolfo Hernández Suárez no había tomado posesión de la curul en el Senado de la República, pues ello sucedió el 20 de julio de 2022 [hecho probado 6.1. y art. 138 CN]. Asimismo, como [M.C.T.] también adquirió el derecho para ocupar una curul en la Cámara de Representantes, por haber sido la fórmula vicepresidencial del Movimiento Liga de Gobernantes Anticorrupción en las elecciones presidenciales de 2022 (art. 24 Ley 1909 de 2018), cuando se envió el mensaje de datos tampoco tenía la condición de congresista y, por ello, no era servidora pública (art. 123 CN). De modo que no se cumple el primer presupuesto de la causal de desinvestidura, pues el exsenador acusado no había tomado posesión del cargo ni tenía investidura de congresista. En la misma situación se encontraba la destinataria del alegado influjo indebido, es decir, [M.C.T.]. (...) [T]ampoco se encuentra configurado el segundo presupuesto de la causal de tráfico de influencias, pues no se probó que Hernández Suárez hubiera invocado su condición de senador ante [M.C.T.] para influirla y obtener de esta la postulación de unos profesionales en su UTL. Por demás, ni el influenciador, ni la supuestamente influida tenían la condición de servidores públicos para la fecha de envío del correo electrónico del 7 de julio de 2022 [hecho probado 6.1. y núm. 8 y 12]. (...) Como no se probó que el exsenador Hernández Suárez hubiera influido indebidamente en la representante a la Cámara [M.C.T.] para que postulara unas personas en su UTL, tampoco es posible tener por demostrado la promesa de dinero o dádiva, o el recibo efectivo de estos, en favor de Hernández Suárez u otra persona, que es el tercer presupuesto de configuración de la causal de desinvestidura. (...) Si no se demostró que el exsenador Rodolfo Hernández Suárez influenció, de manera indebida, a la representante a la Cámara [M.C.T.] para que postulara alguna persona en su UTL, tampoco es posible la configuración del cuarto requisito de la causal en estudio. Si bien para la época de los hechos la representante a la Cámara estaba seleccionando a quienes iba a postular para integrar su UTL, de conformidad con el artículo 376.5 LOC, porque estaba próxima a asumir la curul, conforme a las pruebas, no se evidenció que esa postulación estuviera condicionada por un influjo indebido de Rodolfo Hernández Suárez. De manera que, no se reunieron los presupuestos de configuración de la causal de desinvestidura de tráfico de influencias debidamente comprobado, prevista por los artículos 183.5 CN y 296.5 LOC. Como no se cumplieron esos requisitos objetivos de la causal de desinvestidura, no hay lugar a hacer el juicio de reproche subjetivo a la conducta del exsenador Rodolfo Hernández Suárez. Por ello, se negará la solicitud”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre el tráfico de influencias debidamente comprobado como causal de pérdida de investidura de los congresistas, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de noviembre de 2000, Rad. n°. AC-11349 y Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de julio de 1996, Rad n°. AC-3640.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 20 de abril de 2023; C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 11001-03-15-000-2022-05367-00\(PI\)](#)

**3. Para la configuración de la causal de revisión del numeral segundo del artículo 250 del C.P.A.C.A. se**



**requiere que concorra la falsedad o adulteración de uno o más documentos; que estos hayan sido fundamentales para proferir la sentencia recurrida, al punto que, sin su consenso o su incidencia, la sentencia se hubiera tomado en otro sentido; y que la falsedad sea material o ideológica.**

*Síntesis del caso: En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, se solicitó infirmar la sentencia del 13 de agosto de 2021, mediante la cual la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado confirmó el fallo de primera instancia del 22 de agosto de 2019, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander en donde se negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación gracia.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSAL DE REVISIÓN POR DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA / DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA / REQUISITOS DEL DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO**

*Problema jurídico 1: ¿En la sentencia proferida el 13 de agosto de 2021 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se incurrió en la causal de revisión prevista en el numeral 1 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concreto: si se encontró o recobró, después de dictada la sentencia, un documento decisivo, con el cual se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlo al proceso por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria?*

**Tesis 1:** “[L]a Sala advierte que para la configuración de la causal relacionada con la prueba recobrada se deben acreditar los siguientes supuestos: Que la prueba documental sea recobrada después de proferida la sentencia objeto de revisión. Esta Corporación ha considerado que la prueba recobrada es un elemento probatorio nuevo que existía al tiempo de proferida la sentencia, pero no fue conocido por el fallador, porque solo llegó a poder del recurrente con posterioridad a ello, es decir, que antes de proferirse la sentencia se encontraban extraviados, perdidos o refundidos. Por este motivo, son inadmisibles en este recurso extraordinario documentos fechados con posterioridad a la sentencia como tampoco es válido edificar la causal con documentos que, aun siendo anteriores a esa providencia, claramente pudieron haber sido aportados o solicitados en las oportunidades procesales correspondientes, pues el recurso extraordinario de revisión no puede aprovecharse para subsanar errores o actitudes negligentes de las partes respecto a la carga probatoria. Que la prueba no se aportó por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria, debidamente acreditadas. Las razones para no aportar la prueba documental durante el proceso deben ser las expresamente establecidas por el legislador (fuerza mayor, caso fortuito u obra de la parte contraria) y, además, deben acreditarse en el recurso interpuesto. (...) Que la prueba debe ser de tal entidad que pueda sustentar una decisión distinta a la impugnada. (...) [S]e debe tratar de aquellas con las cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente; de lo contrario, los documentos que aclaren o complementen lo que se intentó probar en el proceso no cumplen la característica para poner en marcha el recurso de revisión, pues se trataría de una extensión del ejercicio probatorio desarrollado en segunda instancia. El requisito hasta ahora referido alude, específicamente, a documentos que aporten nuevo conocimiento al sentenciador, de manera que si hubiera considerado las pruebas recobradas su decisión habría variado. (...) [N]o es de recibo pretender, como lo hace la parte demandante, que, mediante el recurso extraordinario de revisión, se perfeccione, mejore, o simplemente se repita, para volver a valorar en sede del recurso extraordinario de revisión, aquellas pruebas que fueron oportunamente practicadas y valoradas, pero cuyo alcance no resultó favorable para sus pretensiones. Por tanto, el recurso extraordinario de revisión no es un medio idóneo para suplir deficiencias de la actuación procesal que corresponde a las partes dentro de la tramitación de la instancia ni tampoco para pretender que en se haga una nueva valoración del acervo probatorio. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala concluye que en el presente asunto no se configuran los presupuestos fácticos para la procedibilidad de la causal invocada. Por esta razón, el recurso no tiene vocación de prosperidad.”

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre el concepto de documento recobrado y sus requisitos para ser alegado como causal de revisión, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Quince de Decisión, sentencia de 7 de mayo de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, número único de radicación: 11001 03 15 000 2017 03100 00; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 26 de febrero de 2013. C.P. Alberto Yepes Barreiro, número único de radicación 11001-03-15-000-2008-00638-00; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 1º de diciembre de 1997, Rad. REV-117 y 12 de julio de 2005, Rad. 2000-00236; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 4 de mayo de 1994, Rad. REV-054, 1o de diciembre de 1997, Rad. REV-117, 26 de julio de 2005, Rad. 1998- 00177. Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 7 de abril de 2011, Rad. 0242-09; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 8 de noviembre de 2005. Rad.: 1999 - 00218; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de: 12 de julio de 2005. Rad.: 1997-00143; 12 de julio de 2005. Rad.: 2000-00236; y 26 de febrero de 1986. Rad.: 004; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sala Especial Veintiséis. Sentencia de 3 de febrero de 2015. C.P. Olga Mérida Valle De la Hoz, número único de radicación 11001 03 15 000 1997 00138 00; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiuno Especial de Decisión, sentencia de 3 de diciembre de 2019, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, número único de radicación 11001 03 15 000 2014 01303 00.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** En la presente sentencia la Sala Especial de Decisión realizó un recuento del marco normativo y jurisprudencial aplicable al reconocimiento de la pensión gracia de los docentes oficiales.

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSAL DE REVISIÓN POR HABERSE DICTADO LA SENTENCIA CON FUNDAMENTO EN DOCUMENTO FALSO O ADULTERADO / DOCUMENTO FALSO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO**

**Problema jurídico 2:** *¿En la sentencia proferida el 13 de agosto de 2021 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se incurrió en la causal de revisión prevista en el numeral 2 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concreto por presuntamente haberse dictado la sentencia revisada con fundamento en documentos falsos o adulterados?*

**Tesis 2:** “Esta Corporación ha considerado que para la configuración de esta causal concurren tres elementos: i) la falsedad o adulteración de uno o más documentos; ii) que haya o hayan sido fundamental(es) para proferir la sentencia recurrida, al punto que, sin su consenso o su incidencia, la sentencia se hubiera tomado en otro sentido; y iii) la falsedad puede ser material o ideológica, siendo la primera la mutación física del documento y correspondiendo la segunda a la alteración intelectual de su contenido. Para la configuración de la citada causal se deben tener en cuenta las siguientes características: Solo se configura cuando la calificación de falsedad, o de adulteración, recae sobre el documento o documentos que sirvieron de fundamento principal para la decisión recurrida, por tanto, no puede basarse en un documento o documentos intrascendentes. Para demostrar la falsedad o adulteración no se requiere de sentencia penal que declare su existencia y por tanto, no se establece la prejudicialidad en el recurso extraordinario de revisión (...). Para estructurar la causal de falsedad material, se exige el cotejo de distintos documentos con miras a establecer la afectación de su integridad material, sea porque se crea uno nuevo, o porque se altera alguno de los elementos que conforman su contenido. Para estructurar la causal de falsedad ideológica se requiere de la acreditación del dolo, so pena de que la alteración intelectual del contenido del documento pueda imputarse a un simple error o imprecisión involuntaria de su autor. Por lo expuesto anteriormente, se colige que esta causal no puede ser empleada para subsanar la omisión de las partes en relación con conductas que debieron ejercer en la etapa procesal y, en ese sentido, su procedencia está sujeta a la aparición de evidencias o situaciones posteriores a la decisión definitiva. (...) Respecto de la presunta falsedad material de las resoluciones: i) 004 de 2 de febrero de 1977, mediante la cual fue nombrada como docente en la “Escuela urbana Fe y Alegría” del municipio de Barrancabermeja, hasta el 6 de noviembre de 2002 ii) 12559 de 29 de octubre de 2002, por la que fue reubicada en la concentración Escolar El Campestre del municipio de Barrancabermeja, se considera que no es procedente su estudio a través del recurso extraordinario de revisión, toda vez que los hechos constitutivos de la presunta falsedad no fueron conocidos con posterioridad a la sentencia que se revisa sino durante el trámite del proceso ordinario y, en esa medida, debió poner en conocimiento del juez natural de la causa dicha situación antes de que se proferiera la sentencia. (...) Es decir, el recurso extraordinario de revisión no puede ser utilizado para subsanar la falta de actividad probatoria o gestión procesal de las partes, sino para cuando aparezcan situaciones o evidencias posteriores a la decisión definitiva que no pudieron ser puestas en conocimiento del juez antes de que proferiera la sentencia. Por último, respecto de la presunta falsedad ideológica, se considera que las citadas resoluciones no pueden ser catalogadas como falsas o contrarias a la verdad, toda vez que el carácter nacional de las

vinculaciones como docente se constató con los demás medios de prueba obrante en el expediente; en especial; i) el Formato Único para la Expedición de Certificado de la Historia Laboral; y ii) en la historia laboral expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Barrancabermeja, donde se observa que el tipo de vinculación es de carácter nacional. Asimismo, la sentencia recurrida fue proferida conforme los criterios jurisprudenciales establecidos por la Sección Segunda del Consejo de Estado para el reconocimiento de la pensión de jubilación gracia; por lo que la validez y relevancia probatoria que se le pueda otorgar a las citadas resoluciones, correspondía a una discusión que se tenía que dar al interior del proceso ordinario y no a través de este mecanismo extraordinario.”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la causal de revisión de haberse dictado sentencia con fundamento en un documento falso o adulterado, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiuno Especial de Decisión, sentencia de 3 de diciembre de 2019, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, número único de radicación 11001 03 15 000 2014 01303 00; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de octubre de 1993, radicación núm: REV-040; Consejo de Estado; Sala Plena, sentencia de 15 de julio de 2010. Expediente 52001-23-31-000-2007- 00267-01; Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 1 de agosto de 2016, radicado 2015-00027-00(21635), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

### **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONDENA EN COSTAS / IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS**

**Problema jurídico 3:** *¿Resulta procedente la condena en costas y agencias en derecho en el recurso extraordinario de revisión bajo estudio al haberse declarado infundado?*

**Tesis 3:** “[L]a Sala considera que no hay lugar a imponer una condena en costas a la parte demandante, en la medida que, si bien se declarará infundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto, no se acreditó probatoriamente su causación”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Quince Especial de Decisión; sentencia del 14 de febrero de 2023; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-15 000-2022-05197-00\(REV\)](#)

#### **Salvamento parcial de voto del consejero Pedro Pablo Vanegas Gil**

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

**Problema jurídico:** *¿La sentencia que resolvió el recurso extraordinario de revisión debió condenar en costas en por el componente de agencias en derecho?*

**Tesis:** “[L]a existencia de actuaciones efectuadas dentro del proceso por la parte vencedora constituye un factor determinante para establecer si debe o no condenarse en costas a la parte vencida, en la modalidad de agencias en derecho. Es decir, en la medida en que se hayan presentado una o más actuaciones tendientes a la defensa de los intereses de la parte favorecida con la decisión deberá existir un valor concedido en su favor por concepto de agencias en derecho, el cual deberá definirse de acuerdo con las tarifas establecidas para el efecto por el Consejo Superior de la Judicatura. Así, el monto de la condena en costas por el concepto en mención debe fluctuar entre los límites fijados por dicha corporación, en atención a «la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente». En el caso bajo examen, tal y como quedó indicado en los párrafos 21, 21.1 y 21.2 de los antecedentes de la providencia, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, en calidad de demandado, presentó escrito de contestación de la demanda. Por tal motivo, debió imponerse a la parte recurrente una condena en costas por concepto de agencias en derecho entre uno y veinte salarios mínimos, de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 de 20162.”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Quince Especial de Decisión; sentencia del 14 de febrero de 2023; S.P.V. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-15 000-2022-05197-00\(REV\)](#)

## **4. El recurso extraordinario de revisión es procedente frente a una sentencia ordinaria proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, aunque en dicha sentencia se haya decidido la apelación de un fallo que fue proferido como consecuencia de una orden del juez constitucional en el marco de una acción de tutela.**

*Síntesis del caso: Recurso de súplica interpuesto en contra del auto por medio de cual se rechazó por improcedente un recurso extraordinario de revisión en tanto que los problemas jurídicos que se debatían ya habían sido resueltos en una acción de tutela.*

**RECURSO DE SÚPLICA / AUTO QUE DECIDE EL RECURSO DE SÚPLICA / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / RECHAZO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / RECHAZO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN POR IMPROCEDENTE / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA**

*Problema jurídico: ¿El recurso extraordinario se torna improcedente para cuestionar una sentencia cuando la controversia objeto de debate fue presuntamente resuelta dentro de una acción de tutela, por lo que no habría lugar a emitir un nuevo pronunciamiento al respecto?*

**Tesis:** “[P]ara que la acción de tutela desplaze o sustituya al recurso extraordinario de revisión como mecanismo judicial principal e idóneo en la configuración de las causales de revisión expresamente establecidas por el legislador, es necesario que se evidencie el abuso palmario de un derecho y que el mismo no sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso, asimismo, deberán valorarse las implicaciones del reconocimiento pensional en el Sistema General de Pensiones y que las causales de revisión alegadas no se encuadren dentro de los hechos denunciados por el accionante, lo cual no ocurre en el caso de autos, debido a que se alega que la sentencia cuestionada incurrió en la causal del literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003. (...) Conforme se advierte, la regla de improcedencia que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional se erige para los casos en que se pretende incoar una acción de tutela frente a una controversia previamente resuelta en el recurso extraordinario de revisión y no a la inversa, como lo consideró el auto impugnado. De allí que no le asista la razón al a quo cuando declaró la improcedencia del recurso de la referencia, con sustento en que lo debatido en este proceso ya se había resuelto en un trámite constitucional anterior. (...) Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la Sala tampoco estima que la controversia suscitada dentro del proceso de tutela con radicado 11001-03-15-000-2015-00363-01 haya resuelto el fondo de las pretensiones elevadas en el presente proceso (...). (...) [L]a Sala coincide con lo manifestado por el recurrente, en el sentido de indicar que no existe identidad de objeto y causa petendi en relación con el proceso de tutela de radicado 11001-03-15-000-2015-00363-01 y el recurso extraordinario que nos ocupa, pues si bien el fallo de amparo incidió en la decisión objeto de revisión, la realidad es que el juez ordinario -en ejercicio de su autonomía e independencia judicial- fue quien profirió la sentencia que puso fin a la controversia y respecto de la cual se alega el desconocimiento de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional en materia de Ingreso de Base de Liquidación -IBL-. Adicionalmente, se debe resaltar que, mientras que en el primer proceso se decidió lo concerniente a la vulneración de derechos fundamentales -debido proceso y acceso a la administración de justicia - por la indebida liquidación de la bonificación por servicios de que tratan artículos 45 y 46 del Decreto Ley 1042 de 1978 y el artículo 1° del Decreto 247 de 1997, en la acción de revisión de la referencia se debate el presunto desconocimiento de las reglas jurisprudenciales contenidas en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, proferidas por la Corte Constitucional, y en las que se aborda el tema del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de los factores salariales que deben incluirse al momento de liquidar la mesada pensional, de que trata el Decreto 1158 de 1994. En ese orden de ideas, y comoquiera que la consagración de las causales de revisión de previstas en la Ley 797 de 2003 propenden porque no se paguen -con dineros del erario- mesadas pensionales que estén por encima de los valores reconocidos por el ordenamiento jurídico, el recurso extraordinario de revisión ciertamente resulta procedente para dilucidar si la pensión reconocida en la sentencia de 24 de

julio de 2020, desconoció o no los precedentes jurisprudenciales que regulan el IBL en el caso de los aquí recurrentes. Finalmente, la Sala tampoco comparte el argumento del a quo en el sentido de indicar que la acción de tutela era el mecanismo judicial oportuno que tenía la aquí accionante para controvertir la sentencia objeto de revisión. En primer lugar, porque en ese momento no se había proferido la sentencia de 24 de julio de 2020 -objeto de revisión- y, en segundo término, porque las normas procesales que regulan el trámite del recurso extraordinario no disponen la prohibición de incoar dicho mecanismo judicial por el hecho de que la sentencia objeto de análisis haya sido proferida en relación con otra que devino o surgió de una orden de tutela”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la improcedencia del mecanismo de amparo para la protección de derechos fundamentales cuando estos derechos también pueden ser protegidos a través del recurso extraordinario de revisión, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-136 de 2022.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecinueve Especial de Decisión; auto del 17 de abril de 2023; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-15 000-2021-07312-00\(S\)](#)

SECCIÓN  
PRIMERA



# BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Es nulo el acto administrativo que definió los costos de vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud para el año 2007, al incluir como variable los gastos de inversión.

*Síntesis del caso:* Se presentaron demandas, en ejercicio de la acción de nulidad, para obtener la nulidad de los artículos 1 y 2 de los Decretos 2787 de 2001 y 3237 de 2002 y en contra de los artículos 1 de los Decretos 1076 de 2004, 148 de 2005, 1873 de 2006, 3168 de 2007 y 2000 de 2008, todos expedidos por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

**SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD / TASA A LA ENTIDAD VIGILADA POR LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD / FIJACIÓN DE TASA / GASTOS DE INVERSIÓN / CLASES DE AFILIADO / COSTOS / GASTOS DE FUNCIONAMIENTO / SUJETO PASIVO DE LA TASA / GASTOS / OBJETO DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LA SALUD / INFRACCIÓN DE LA NORMA EN QUE DEBÍA FUNDARSE / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

*Problema jurídico:* [D]eterminar si es nulo el acto administrativo que definió los costos de vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud para el año 2007, si incluye como variable los gastos de inversión.

**Tesis:** Al respecto, previamente se debe entonces precisar si es cierto que en la determinación de la tasa de supervisión y control que debe serle reconocida a la Superintendencia Nacional de Salud para el año 2007, se incluyeron gastos de inversión. Resolver ese aspecto impone traer nuevamente a colación el artículo 1 del Decreto 3168 de 2007 [...] Ahora, del Oficio número 8022-1-0300234 del 14 de noviembre de 2007, suscrito por la Secretaria General de la Superintendencia Nacional de Salud, se desprende que, para calcular la tasa, es decir, los veinticinco mil trescientos cincuenta y un millones seiscientos un mil doscientos setenta y ocho pesos (\$25.351.601.278), se tuvo en cuenta la suma de cuatro mil novecientos veintidós millones seiscientos seis mil doscientos setenta y ocho pesos (\$4.922.606.278), como presupuesto de gastos de inversión; [...] Vistas así las cosas, el fundamento de la tesis formulada por el demandante tiene total asidero, lo que conduce a resolver el problema en derecho inicialmente planteado, o, en otras palabras, definir si era jurídicamente procedente incluir como variable de la tasa los gastos de inversión. Para ese fin, es relevante traer a colación lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 448 de 1998, pues fue allí en donde se determinó el sistema y método que orienta la determinación de dicho tributo [...] Se deriva de lo dicho que el Congreso dispuso que los valores a incluir son: (i) los costos de supervisión y control, y (ii) la evaluación de factores sociales, económicos y geográficos de los vigilados; también se desprende de la normativa que el método para fijar el monto de la tarifa consiste en asignar un coeficiente a cada uno de los factores anotados y que ese coeficiente se establezca considerando la ubicación geográfica y las condiciones socioeconómicas de la población. Así, teniendo el coeficiente y los factores variables, la orden del Legislador fue sintetizarlos en una fórmula matemática. [...] Nótese de lo expuesto que los parámetros de determinación del valor de la tarifa a pagar son producto: (i) de la valoración dineraria de la actividad que despliega la Superintendencia, y (ii) de la ponderación de las actividades que desarrollan los entes vigilados, así como las circunstancias en las que éstos se encuentran. Ahora, al examinar el Decreto 1405 de 1999, que reglamentó el artículo 98 de la Ley 488 de 1998, se desprende que se incluyó como base para el cálculo de la tasa el costo de la función de inspección, pero teniendo en cuenta "los factores que signifiquen actividades directas o indirectas de la Superintendencia respecto de los sujetos pasivos de la tasa" [...] A su vez, para la asignación del coeficiente costo-beneficio, se precisó que estaría determinado por la actividad del vigilado, según fuere: recaudador de recursos (EPS o entidades asimiladas), generador de recursos (licoreras, por ejemplo), prestadores de servicios (IPS) o que realizaran simultáneamente dos o más de esas actividades [...] También, determinó el coeficiente de dicho costo o beneficio, y para ello tuvo en cuenta la ubicación geográfica y las condiciones socioeconómicas de la población que resultarían en la aplicación de Factor Ajuste OMEGA según la ecuación que definió [...] En tal orden, el desarrollo legal y reglamentario de la tasa permite connotarla dentro del concepto de gastos de funcionamiento que, según el entendimiento de esta Corporación, son "aquellos gastos que tengan una relación directa o indirecta, pero eso sí, necesaria e inescindible con la prestación de los servicios sometidos a la vigilancia, control, inspección y regulación" O lo que, en palabras del Decreto 4579

del 27 de diciembre de 2006<sup>45</sup>, “Son aquellos que tienen por objeto atender las necesidades de los órganos para cumplir a cabalidad con las funciones asignadas en la Constitución Política y la Ley” (artículo 40, literal A). Dicho de otra manera, para la Sala es claro que la autorización que diera el Legislador en 1998 a la Superintendencia para el cobro de la mencionada tasa, se orientó a que los sujetos pasivos de la misma sufragaran los gastos en que incurría este ente para el desarrollo de su objeto mismo, estos son: “Los gastos necesarios para el sostenimiento o manejo de una entidad, son los gastos conocidos y denominados por la doctrina como de funcionamiento, pues son las erogaciones necesarias para el sostenimiento de los servicios públicos o de la función pública, y que se invierten en la adquisición de bienes de consumo y en servicios personales. De consiguiente, y tal como lo precisa el profesor Alejandro Ramírez Cardona, los gastos de funcionamiento se clasifican en gastos de servicios que comprenden los sueldos, salarios, honorarios, prestaciones sociales, etc., de los trabajadores del Estado, y gastos de consumo, que comprenden, los bienes durables de consumo, tales como los automóviles, muebles y enseres, los bienes semidurables de consumo (implementos de duración generalmente inferior a un año), y bienes de consumo perecederos v gr. gasolina para los automóviles oficiales”. Bajo tal perspectiva, ni el reglamento ni la Ley habilitaron a la Superintendencia Nacional de Salud y al Presidente de la República para incluir los gastos de inversión dentro del valor exigible a los sujetos destinatarios de esa obligación tributaria, entendiéndose por tales aquellos que el mismo Presupuesto General de la Nación para el año 2007 definió como las: “erogaciones susceptibles de causar réditos o de ser de algún modo económicamente productivas, o que tengan cuerpo de bienes de utilización perdurable, llamados también de capital por oposición a los de funcionamiento, que se hayan destinado por lo común a extinguirse con su empleo. Asimismo, aquellos gastos destinados a crear infraestructura social. La característica fundamental de este gasto debe ser que su asignación permita acrecentar la capacidad de producción y productividad en el campo de la estructura física, económica y social. Las inversiones que estén financiadas con recursos del crédito externo, para poder ejecutarse, deberán tener el recurso incorporado en el Presupuesto, tener aprobación de la Dirección General de Crédito Público y someterse a los procedimientos de contratación administrativa. [...] No se halla, en efecto, ninguna disposición del Decreto 1405 de 1999 y menos de la Ley 488 de 1998 o de la sentencia de exequibilidad, que conduzca a concluir que la tasa cobrada a los entes sujetos de control de la Superintendencia Nacional de Salud, busque acrecentar la capacidad de producción o productividad de ésta, o que pretendan aumentar su patrimonio. En consecuencia, dado que el artículo 1 del Decreto 3168 de 2007, fue expedido infringiendo las normas que se han citado al incluir los gastos de inversión dentro de los costos de supervisión y control pagaderos por los vigilados de la anotada Superintendencia, debe declararse su nulidad, en tanto incluye tales gastos de inversión, como se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

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

## **2. Es nula la expresión “registrado para el momento en que se fije la compensación del producto sujeto de estabilización” contenida en el literal c) del artículo 3 del Acuerdo núm. 08 de 2009.**

**Síntesis del caso:** Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, para obtener la nulidad de: i) el párrafo del artículo 3 y el artículo 8 del Acuerdo núm. 7 de 21 de mayo de 2009; ii) los artículos 1, 2 y 3 del Acuerdo núm. 8 de 21 de mayo de 2009; y iii) los párrafos 2 y 3 del artículo 2 y los artículos 3, 4 y 5 del Acuerdo núm. 9 de 21 de mayo de 2009.

**FONDO DE ESTABILIZACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA EXPORTACIÓN DE CARNE, LECHE Y SUS DERIVADOS / REGLAMENTO / PRECIO DE REFERENCIA / MERCADO / BIEN / COMPENSACIÓN / INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

**Problema jurídico:** [D]eterminar si la expresión “registrado para el momento en que se fije la compensación del producto sujeto de estabilización”, contenida en el literal c) del artículo 3 del Acuerdo núm. 08 de 2009 está viciada de nulidad, dado que no coincide con las expresiones del artículo 40 de la Ley 101 ni la del Decreto 1187 de 1999 en su artículo 3.



**Tesis:** La parte demandante manifestó que el apartado acusado “[...] cambia el momento de determinación del precio internacional señalado en la ley, pues esta lo precisa “para el día en que se registre la operación en el Fondo de Estabilización de Precios...”, en tanto que el Acuerdo 8 en el aparte que en este punto demandamos, establece que dicho precio es el “registrado para el momento en que se fije la compensación del producto sujeto de estabilización”. [...] Como quedó visto en las normas que regulan el procedimiento para las operaciones de los fondos de estabilización de precios de productos agropecuarios y pesqueros, el artículo 40 de la Ley 101 dispone como punto de referencia del precio del mercado internacional, el del “[...] día en que se registre la operación en el fondo [...]”: por un lado, para el pago de la cesión de estabilización cuando fuere superior al precio de referencia, y por el otro, para el pago de la compensación cuando fuere inferior al precio de referencia, regla que reitera el Decreto 1187 de 1999 en su artículo 3. Con respecto al cargo de la parte demandante referente a que la expresión del Acuerdo acusado “registrado para el momento en que se fije la compensación del producto sujeto de estabilización” no coincide con las expresiones del artículo 40 de la Ley 101 ni la del Decreto 1187 de 1999 en su artículo 3, la Sala encuentra que se tratan de dos momentos distintos. En efecto, bajo el entendido que la cesión o compensación son medidas de salvaguardia de la producción nacional de bienes agropecuarios o pesqueros frente a la volatilidad de los precios internacionales, el legislador previó como parámetro de referencia a tener en cuenta del precio internacional el del “[...] día en que se registre la operación en el fondo [...]”: Sin embargo, este parámetro es modificado por el literal c) del artículo 3 del Acuerdo núm. 08 de 2009 al disponer que corresponde al “registrado para el momento en que se fije la compensación del producto sujeto de estabilización”. Uno y otro no se causan al mismo tiempo ni de manera simultánea, toda vez que lo dispuesto en la norma acusada, (fijación de la compensación del producto) ocurre cronológicamente con posterioridad a la fecha de registro de la operación en el Fondo, y los precios en una y otra oportunidad, dado el carácter volátil del mercado pueden ser diferentes. Entender que el precio internacional de la carne, la leche o de sus derivados, para un día diferente al previsto en la ley y su Decreto reglamentario, desconocería la realidad del mercado y las condiciones fácticas en las que se encontraba el mercado al momento de llevar a cabo la operación. Con fundamento en lo anterior, la Sala declarará la nulidad de la expresión “registrado para el momento en que se fije la compensación del producto sujeto de estabilización”, contenida en el literal c) del artículo 3 del Acuerdo núm. 08 de 2009.

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

## SECCIÓN SEGUNDA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. No tiene derecho al reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia la hermana inválida, cuando la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral tiene ocurrencia con posterioridad a la muerte de la causante.

*Síntesis del caso:* La hermana inválida solicitó el 9 de octubre de 2014 a la UGPP el reconocimiento y pago de la sustitución pensional de la pensión gracia de la causante, quien falleció el 25 de abril de 2006. El reconocimiento se negó por la entidad prestacional por encontrar demostrado que la incapacidad laboral se estructuró con posterioridad a la muerte de la beneficiaria de la pensión gracia, esto es, el 7 de octubre de 2011.

## PENSIÓN GRACIA / SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / NORMA APLICABLE A LA SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / REQUISITOS DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL / HERMANA INVÁLIDA / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL

*Problema jurídico:* ¿Tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión gracia la hermana inválida, a pesar que la estructuración de la pérdida de su capacidad laboral tuvo ocurrencia con posterioridad a la muerte de la causante?

**Tesis:** “[...]Si bien la pensión gracia, como pensión especial no contiene una regulación propia sobre la sustitución pensional, la jurisprudencia de esta corporación ha recurrido a las normas generales para su reconocimiento. En efecto, en la sentencia del 4 de marzo de 2010, se consideró que la gratuidad de la pensión gracia no impide ‘su aptitud para ser sustituida en caso de muerte del beneficiario’ [...] Valga precisar que la norma [artículo 43 de la ley 110 de 1993] acude a la noción de pensión de sobrevivientes en dos supuestos fácticos, así: i) la muerte del pensionado, y ii) el fallecimiento del afiliado. Sin embargo, esta corporación ha señalado que ‘cuando fallece el pensionado que tenía un derecho consolidado se está en el campo de la sustitución pensional, mientras que cuando quien muere es el afiliado se habla de pensión de sobrevivientes’ A su vez, de la norma en cita se advierte que existen tres grupos de beneficiarios excluyentes entre sí, toda vez que a falta de uno lo sucederá el otro, así: i) cónyuge o compañera permanente, hijos con derecho y/o inválidos; ii) padres con derecho; y iii) hermanos con derecho. De los aludidos grupos de beneficiarios, y en atención a lo que es objeto de debate en el caso sub examine, se procederá al estudio de los requisitos que deben cumplirse por parte de los hermanos inválidos. En ese orden, de conformidad con la norma referida, el hermano que pretenda ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes deberá acreditar los siguientes requisitos: i) ausencia de otros beneficiarios, a menos que se encuentren en el mismo orden; ii) parentesco con el causante; iii) calidad jurídica de inválido y iv) dependencia económica respecto del fallecido. [...] En los términos de la norma aludida [artículo 38 de la Ley 100 de 1993], la invalidez se encuentra determinada por la incapacidad física o síquica de la persona con ocasión de su estado de salud, la cual deberá ser calificada con un porcentaje igual o superior al 50% por parte de la Junta Regional de Calificación, que es la entidad encargada de dictaminar, además, el origen y la fecha de su estructuración. Esta calificación, a su vez, se encuentra reglamentada en el Decreto 2463 de 2001. (...)Adviértase que la fecha de estructuración de la invalidez es el momento a partir del cual la persona pierde de manera permanente y definitiva su capacidad laboral y en consecuencia, la capacidad de generar los ingresos para su manutención.[...] En cuanto al primero de los requisitos, esto es, ausencia de otros beneficiarios, no se observa dentro del plenario prueba alguna que demuestre que (...) hubiese dejado al momento de su deceso cónyuge, hijos o padres que los hiciera acreedores de la sustitución de la pensión gracia, por ende, la única con derecho a reclamar este beneficio prestacional es la demandante, en calidad de hermana. Por su parte, para efectos de acreditar el parentesco, fueron allegadas las partidas de bautismo tanto de la demandante como de(...), en las que se registran, como sus padres, (...), con lo cual queda demostrado la calidad de hermanas.[...] En lo que tiene que ver con el estado de invalidez, se observa que en el cuaderno de antecedentes administrativos del expediente digital obra un dictamen realizado el 20 de noviembre de 2014 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, en el que se determinó que a (...) se le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 62.34%, por enfermedad común, con fecha de estructuración del 7 de octubre de 2011, esto es, después del

fallecimiento de la causante, el cual se produjo el 2 de mayo de 2006. [...] De la valoración probatoria resultan relevantes tres aspectos en particular: el primero, el estado de incapacidad de la demandante, en consideración a las deficiencias que le impiden obtener los recursos necesarios para su sustento 'máxime si se tiene en cuenta que tiene 91 años'; el segundo, su participación laboral en la actualidad es nula; y el tercero, que las Juntas Regional y Nacional de Calificación de invalidez determinaron que las patologías que padece se estructuraron con posterioridad a la fecha del fallecimiento (...), esto es, 25 de abril de 2006. [...] En tal sentido, aun cuando las enfermedades que padece la demandante se agudizaron con posterioridad al fallecimiento de (...), las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez opinaron que la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral se había causado el 7 de octubre de 2011 y el 4 de diciembre de 2007, respectivamente, lo cual hace inviable el reconocimiento de la prestación solicitada, comoquiera que no se demostró que la aludida disminución ocurriera antes del fallecimiento de la causante. Valga precisar que si bien, excepcionalmente, esta Corporación ha considerado que la determinación de invalidez no se puede limitar a lo expresado por la Junta Nacional de Calificación o a la Junta Regional de Calificación, pues es posible hacer uso de otros medios de convencimiento para demostrar tal particularidad, también lo es que en el sub judice no se demostró que la demandante padecía de alguna enfermedad que limitara su capacidad laboral con antelación al fallecimiento de la pensionada. [...] no es de recibo el argumento propuesto por el a quo, según el cual la demandante padecía de un deterioro intelectual progresivo, por cuanto dentro del plenario no obra prueba que indique que tal condición la adquirió con antelación al fallecimiento de (...) Al respecto, nótese, que las Juntas de Calificación de Invalidez no encontraron elementos clínicos que permitieran variar en favor de la demandante la fecha de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, de ahí que se tomara como fecha de estructuración el 4 de diciembre de 2007, puesto que fue el concepto médico más antiguo. [...] es necesario acreditar la totalidad de los requisitos exigidos por la ley para efectos del reconocimiento de la sustitución pensional o de la pensión de sobrevivientes, según sea el caso, por cuanto ello sería tanto como desconocer el procedimiento de la calificación de la incapacidad laboral, establecido en el artículo 62 del Decreto 1848 de 1969, los fundamentos para la calificación del origen y grado de pérdida está regulado en el Decreto 2463 de 2001; y, el grado de incapacidad de invalidez que debía tener aquel aspirante a obtener la sustitución pensional. [...]"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 30 de marzo de 2023, C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación 17001-23-33-000-2016-00095-01\(3826-2021\).](#)

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

**Problema jurídico:** *¿Debe el juez escrudiñar los medios de convicción con el ánimo de establecer la fecha real de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, para efecto del establecer la procedencia del reconocimiento de la sustitución pensional, atendiendo el grado de incapacidad psicofísica y la protección del mínimo vital?*

**Tesis :** [...] Cabe recordar que si bien la fecha de estructuración de la invalidez que determinan las juntas de calificación de invalidez constituye, entre otros requisitos, parámetro para decidir controversias relacionadas con asuntos pensionales, esta Corporación y la Corte Constitucional han precisado que, en todo caso, debe ser valorada con otras pruebas que se aporten por los interesados, con el propósito de que no se afecten, por un «rigorismo», derechos como el acceso a la seguridad social y el mínimo vital.(...) En tal virtud, corresponde al juez examinar, cuando se trata de situaciones que involucran personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, (i) si encuentra los elementos de juicio que permiten establecer si la persona cumple los requisitos de acceso a la pensión o (ii) si se debe optar por disentir de la fecha fijada en el referido dictamen, al existir otras evidencias que la desvirtúan, dada su situación médica y laboral. En el asunto *sub judice*, aunque la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que el porcentaje de disminución de la capacidad laboral de la accionante se encuentra en el 62.34%, con fecha de estructuración el 4 de diciembre de 2007, esto es, con posterioridad al deceso de su hermana (causante), del concepto inicialmente rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena el 20 de noviembre de 2014, se anotó que en diciembre de 2006, cuando contaba con «87 años de edad», padecía «dolor cervical, adinamia, astenia, visión borrosa, HTA, de 4 días de evolución. Se ordena tratamiento para hipertensión arterial», patologías que, entre otras, han desmejorado las condiciones de salud de la demandante. A partir de lo anterior, a mi juicio, no es dable aplicar a rajatabla la normativa sin prestar mientes en las condiciones reales y actuales de la actora, además de que es una

persona que supera los 91 años de edad (nació el 1º de agosto de 1931) y, de suyo, no podría desarrollar actividades productivas para procurar su propio sostenimiento, sin contar con la ayuda de su finada hermana.(...) De acuerdo con lo expuesto, no se puede desconocer el precedente de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en asuntos análogos, que exigen del funcionario judicial escudriñar los medios de convicción con el ánimo de establecer, entre otras exigencias, la fecha real de estructuración de la invalidez de quien pretende acceder a la sustitución de la pensión que devengaba un familiar del que dependía económicamente, en razón a su estado de discapacidad psicofísica, por cuanto ello afecta no solo su derecho a acceder a esa prestación, sino también su mínimo vital ...[...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 30 de marzo de 2023, S.V. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación 17001-23-33-000-2016-00095-01\(3826-2021\).](#)

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

**Problema jurídico:** *¿Debe escudriñar el juez la fecha de estructuración de la invalidez, pues, puede llegar a ser anterior a la fecha de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral fijada en el respectivo dictamen emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez?*

**Tesis:** El primer motivo obedece a los efectos inocuos que tiene la decisión de revocar la providencia de primera instancia para en su lugar negar las súplicas de la demanda, como quiera que luego de consultado el Registro Único de Afiliados RUAF del Sistema Integral de Información de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social, la vigencia de la cédula de ciudadanía de la demandante la reporta como fallecida, hecho que se constituye en un lamentable y desafortunado suceso. El segundo argumento alude a razones jurídicas, como quiera que el suscrito Magistrado reitera la postura consignada en el precedente jurisprudencial del cual fui ponente en el que la Sala determinó que la fecha de estructuración de la invalidez, puede llegar a ser anterior a la fecha de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral fijada en el respectivo dictamen emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez.(...) De acuerdo con lo expuesto, no se puede desconocer el precedente de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en asuntos análogos, que exigen del funcionario judicial escudriñar los medios de convicción con el ánimo de establecer, entre otras exigencias, la fecha real de estructuración de la invalidez de quien pretende acceder a la sustitución de la pensión que devengaba un familiar del que dependía económicamente, en razón a su estado de discapacidad psicofísica, por cuanto ello afecta no solo su derecho a acceder a esa prestación, sino también su mínimo vital. Por último, resulta importante precisar que si bien esta subsección ha fijado su postura en cuanto a que en el caso de enfermedades o accidentes tanto de origen común como laboral, que conducen a una pérdida de capacidad permanente y definitiva, la fecha de estructuración coincide con la fecha de ocurrencia del hecho establecido en los dictámenes de calificación médica, lo cierto es que, se insiste, debe analizarse en armonía con las demás pruebas adosadas, que conduzcan a inferir que la disminución de su salud pudo haberse estructurado con antelación.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 30 de marzo de 2023, A.V. Cesar Palomino Cortés, radicación 17001-23-33-000-2016-00095-01\(3826-2021\).](#)

## **2. Procede el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez frente a situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.**

**Síntesis del caso:** *Se solicitó al Hospital San Jorge del departamento de Risaralda el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por una servidora pública que laboró en calidad de Auxiliar de Enfermería desde el 1º de junio de 1977 y hasta el 30 de enero de 1988, por contar con 58 años de edad, pero no con las semanas ni el tiempo de*

*servicios como requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez. La ESE negó la reclamación con el argumento que la entidad no efectuó descuentos por dicho concepto con destino a cubrir la contingencia pensional, razón por la cual no hay lugar a indemnizar ni a devolver dineros.*

**INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ / REQUISITOS DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ / RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ / VINCULACIÓN A ENTIDAD PÚBLICA / ANTERIOR A LA VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993/ SERVIDOR PÚBLICO DE ENTIDAD TERRITORIAL/ APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL / PROTECCIÓN A LA PERSONA DE LA TERCERA EDAD / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD**

**Problema jurídico 1:** *¿Procede el derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de su pensión de vejez a la servidora pública que se vinculó al servicio con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993?*

**Tesis 1:** “[...]La Sala llama la atención en el sentido de que la disposición transcrita [artículo 37 de la Ley 100 de 1993] supone tres supuestos fácticos para el otorgamiento de la indemnización sustitutiva de pensión: i) que el empleado haya cumplido la edad para obtener la pensión de vejez; ii) que no haya cotizado el mínimo de semanas exigidas y, iii) que declare su imposibilidad de continuar cotizando. Se encuentra debidamente acreditado en el expediente que la señora (...), prestó sus servicios laborales en su momento al Hospital Universitario San Jorge, entre el 11 de julio de 1977 cuando fue posesionada como ayudante de anestesiología hasta el 9 de febrero de 1988 cuando se declaró vacante el cargo de auxiliar de enfermería que ocupaba. Por tanto, estuvo vinculada por más de diez años a la entidad de salud demandada (...) De acuerdo con las anteriores pruebas, resulta evidente que la señora (...) estuvo vinculada al sector público con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -que en las entidades territoriales comenzó a partir del 30 de junio de 1995-, que contaba con 58 años de edad para el año 2016 cuando solicitó de la administración la indemnización sustitutiva de pensión y, que estaba en imposibilidad de seguir cotizando. Por tanto, no cabe duda que los tres requisitos legales del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, son cumplidos por la señora (...), por cuanto no alcanzó a laborar en el servicio público por más de 20 años, a pesar de ya haber superado los 50 años de edad. Como la accionante laboró entre los años 1977 y 1988, su derecho pensional estaba configurado bajo el marco normativo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985. Continuando la disertación, el legislador del año 1993 concibió la figura de la indemnización sustitutiva de pensión, precisamente ante situaciones como la expuesta en la que los afiliados al sistema pensional tienen la posibilidad de acceder a esta prestación económica, con el fin de lograr el reintegro de los dineros ahorrados a lo largo de su vinculación laboral ante la contingencia inexorable del cumplimiento de la edad mas no del tiempo de servicio para pensionarse, previo el lleno de ciertos requisitos exigidos según el tipo de indemnización sustitutiva que solicite, esto es por vejez, por invalidez o por muerte del afiliado.(...) Los supuestos fácticos exigidos en el literal a) del artículo 1° del Decreto 4640 de 2005 se avienen al caso en estudio, como quiera que fue con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que la señora (...) encontrándose ya retirada del servicio desde el año 1988, cumplió el requisito de la edad -58 años al año 2016- pero no acreditó el número mínimo de semanas de cotización para tener derecho a su pensión de vejez, quien además declaró su imposibilidad seguir cotizando. (...)no obstante la indemnización sustitutiva de pensión haber sido tipificada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 de Seguridad Social Integral, ello no quiere decir que no se deba reconocer a situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la expedición y entrada en vigencia de esta legislación como ocurrió en el caso *sub judice*, dado el fin principal que no es otro que el de garantizar los derechos constitucionales de la población vulnerable, es decir, el de las personas que ya han cumplido la edad para pensionarse, que no se encuentran en capacidad de continuar laborando ni de seguir cotizando. Por otra parte, el legislador no previó para el otorgamiento de la indemnización sustitutiva de pensión, exigencias distintas a las consignadas en los artículos 37 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1730 del 27 de agosto de 2001 modificado en su artículo 1° por el Decreto 4640 del 19 de diciembre de 2005, normas transcritas en precedencia..(...)la entidad accionada ha manifestado como argumento defensivo que no está en capacidad de desembolsar la indemnización sustitutiva reclamada por la actora, como quiera que en la época en que transcurrió la vinculación laboral no se efectuaron los descuentos de la nómina de la señora(...), para lo cual aportó las respectivas copias de los certificados mensualizados de salarios devengados por la accionante entre junio de 1977 y enero de 1988, con el fin de acreditar que los

aportes a la seguridad social no se efectuaron, razón por la que dijo se está lejos de configurar un supuesto enriquecimiento sin justa causa. La Sala no acoge esta inconformidad, por cuanto resulta innegable también, de acuerdo con el certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Salud, que a pesar de no haberse descontado para seguridad social como lo consignó la casilla 31, los aportes fueron efectuados por el propio Hospital Universitario San Jorge, tal y como así lo acredita la casilla 32. CAJA, FONDO O ENTIDAD A LA CUAL SE REALIZARON LOS APORTES. Nombre HOSPITAL U. SAN JORGE (...) no sirve de excusa el afirmar que la ESE Hospital Universitario San Jorge en su momento, no trasladó los aportes a una caja o fondo prestacional, por cuanto a pesar de que la relación laboral con la accionante se hubiera terminado, lo cierto es que la entidad empleadora asumió los descuentos que debieron haber sido aportados a la seguridad social de la demandante, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. La anterior afirmación se corrobora, porque durante el periodo comprendido entre los años 1995 y 2016, es decir, entre la fecha en que entró en vigencia el sistema de seguridad social integral y el momento en que la accionante reclamó en sede administrativa, la entidad hospitalaria debió cumplir el mandato consignado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, por cuanto no obra en el expediente prueba que acredite el traslado de las cotizaciones obligatorias de la señora (...) a la respectiva entidad pensional, **por lo que en principio le correspondería a la ex empleadora responder por la totalidad del aporte a pesar de que no hubiera efectuado los respectivos descuentos en su oportunidad a la trabajadora.** Es pues con fundamento en las anteriores motivaciones, que no cabe duda alguna en el sentido de que a la (...) le asiste el derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión, en el marco del artículo 46 de la Constitución Política, que le otorga especial protección por parte del Estado a las personas de la tercera edad, dada su situación de debilidad manifiesta, por lo que resulta apremiante garantizarle su derecho a la protección social. [...]

**INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ / PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ / LLAMADO EN GARANTÍA / ENTIDAD ENCARGADA DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ / SERVIDOR PÚBLICO DE ENTIDAD TERRITORIAL / VINCULACIÓN A ENTIDAD PÚBLICA / ANTERIOR A LA VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993 / PASIVO PRESTACIONAL / SECTOR SALUD / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD TERRITORIAL / BONO PENSIONAL / LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

**Problema jurídico 2:** *¿El reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez le corresponda al departamento de Risaralda, en su condición de llamado en garantía?*

**Tesis 2:** “[...]el certificado de beneficiarios 9 del 18 de septiembre de 1997 en el que aparece el nombre de la demandante en el orden 1095, al hacer parte integrante del contrato de concurrencia 858 de 1998, ubica a la señora (...) como beneficiaria del fondo del pasivo prestacional del sector salud, que implica *per se* que lo sea del bono pensional como acertadamente lo afirmó el impugnante y por ende de la consecuente indemnización sustitutiva de pensión, no obstante de tratarse de dos eventos distintos. Por tanto, al haberse presupuestado los bonos pensionales en el ítem reserva pensional de activos, la Sala considera que encaja en la situación de la señora (...) a quien le fue reconocido su derecho a bono pensional como ya se analizó y, que la expresión “activos”, no implica que la vinculación laboral no se haya extinguido como erradamente lo interpretó la apoderada del departamento de Risaralda al descorrer los alegatos de conclusión, al afirmar que “*dicho acuerdo no opera en el caso de la señora (...) por cuanto no es posible para la gobernación de Risaralda, ..realizar el pago de bonos pensionales del personal retirado del Hospital Universitario San Jorge de Pereira*”. La expresión “activo” no implica en este caso, que el vínculo laboral no haya terminado dejando por fuera la situación de la señora (...) quien desde el año 1988 se retiró del servicio de lo cual no hay duda, sino que la obligación en favor del trabajador se encuentra **activa o vigente**, tal y como en el presente caso operó en virtud del certificado N° 9 del 18 de septiembre de 1997. Ahora bien, la Sala no puede perder de vista, que muy seguramente la señora (...) no alcanzó a que la partida presupuestal que le fue reservada en el contrato de concurrencia del 30 de diciembre de 1998 en el rubro “retirados con derecho a bono pensional”, se concretara como tal en bono pensional, como quiera que en el año 2016 declaró la demandante su imposibilidad de continuar cotizando para pensión pues vivía en otro país y porque dada su edad no alcanzaba a acceder a la pensión”. Ante tal situación y en aras de garantizar los derechos superiores de la demandante, no obstante tenerse la certeza en cuanto a las diferencias que existen entre los bonos pensionales y la indemnización sustitutiva de pensión, desde la óptica de la forma en que se adquieren, se liquidan y se cancelan, lo cierto es que se considera que en el *sub judice* ante la imposibilidad de hacerse efectivo el bono pensional reconocido en el contrato de concurrencia en favor de

la actora, este derecho enervará el de la indemnización sustitutiva de pensión reclamada. (...) la Sala no puede hacer abstracción de los supuestos fácticos contemplados en el artículo 7° del Decreto 306 del 2 de febrero de 2004 "Por el cual se reglamentan los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001", legislación que derogó el Decreto 530 de 1994 con fundamento en el cual se expidió el contrato de concurrencia 000858 de 1998 (...) Mediante sentencia del 21 de octubre de 2010 radicación número 11001-03-25-000-2005-00125-00 (5242-2005) M.P. Alfonso Vargas Rincón, fue declarada la nulidad parcial de la expresión "y las instituciones hospitalarias concurrentes" contenida en el literal d) artículo 3°, en los incisos 3° y 4° del numeral 1 del artículo 7° y en los artículos 10° y 11° del Decreto 306 de 2.004, al considerar que "el gobierno al incluir a las instituciones hospitalarias como responsables financieras del pasivo prestacional del sector salud en forma concurrente, introdujo modificaciones sustanciales a la estructura de la ley reglamentada y excedió su potestad al actuar sin competencia, ya que esta materia, por virtud de la Carta Política, es de competencia exclusiva del legislador ordinario". (...) Finalmente el Decreto 0700 del 12 de abril de 2013 "Por el cual se reglamentan los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001" prescribe: Artículo 1°. Financiación del pasivo prestacional del sector salud. La financiación del pasivo causado hasta el 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías y pensiones de los trabajadores del sector salud que hubieren sido reconocidos como beneficiarios del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales. (...) En conclusión, de acuerdo con el marco legal y el precedente jurisprudencial transcrito, el pago de la indemnización sustitutiva de pensión a la que tiene derecho la señora (...) le corresponderá hacer a la entidad territorial llamada en garantía departamento de Risaralda, atendiendo el procedimiento legal previsto en el Decreto 0700 de 2013 que derogó el Decreto número 306 de 2004. [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 9 de marzo de 2023, C.P. César Palomino Cortés, radicación 660001-23-33 -000-2017-00521-01 \(3657-2019\)](#)

### **3. No tener la residencia en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por ser un requisito del concurso de méritos en la Rama Judicial, impide que quien optó y fue nombrado en el cargo de profesional grado 16 del Juzgado Único Administrativo pueda ser confirmado por el nominador y, en consecuencia, hace imposible su posesión en el cargo.**

*Síntesis del caso: El demandante como consecuencia de participar en un concurso de méritos de la Rama Judicial fue nombrado en propiedad en el cargo de profesional universitario grado 16 del Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, designación que aceptó. El titular de ese despacho judicial se abstuvo de confirmar su nombramiento porque no cumplió el requisito de tener residencia en el Archipiélago, lo cual impidió la posesión en el cargo.*

**LIMITACIONES DE RESIDENCIA EN EL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA / ACREDITACIÓN DE RESIDENCIA EN EL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA / CONCURSO DE MÉRITOS EN LA RAMA JUDICIAL / NOMBRAMIENTO DEL EMPLEADO DE CARRERA / CONFIRMACIÓN DEL NOMBRAMIENTO / POSESIÓN EN EL CARGO PÚBLICO**

*Problema jurídico: ¿Al demandante le asiste derecho a ser posesionado en el cargo de profesional universitario grado 16 en el Juzgado Único Administrativo del Circuito del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, pese a que no tiene residencia en ese departamento, porque fue*



*nombrando por concurso de méritos, convocado por la Rama Judicial y optó por esa plaza?*

**Tesis :** [...]Para la permanencia dentro del mencionado departamento existen limitaciones a los derechos de circulación y residencia en aras del control de la densidad demográfica, sustentada en la supervivencia del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la necesidad de protección de los raizales, entre otros derechos relacionados con la vida; pero esta restricción, en virtud de la soberanía, no cobija a las personas no residentes en el departamento que tengan la condición de autoridades nacionales en el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, la restricción de obtener la residencia se aplica a los extranjeros y a los nacionales colombianos no residentes en el departamento que no sean autoridades nacionales. Ahora bien, en lo atinente a los empleados de la Rama Judicial, se tiene que el Consejo Superior de la Judicatura agregó, como requisito para optar por una vacante en un cargo de empleado en los despachos ubicados en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el acreditar, de conformidad con lo establecido en el Decreto ley 2762 de 1991 y la Ley 47 de 1993, la calidad de residente.(...) La Sala observa que dentro del concurso para acceder al cargo de manera expresa, previa y diáfana se previó por medio del Acuerdo 574 de 14 de septiembre de 1999, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, el requisito de tener la calidad de residente de la Isla y aportar la «*certificación expedida por la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE- donde conste*»; este requisito no fue soslayado por el Acuerdo 195 de 29 de noviembre de 2013, por el cual la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar adelantó el procedimiento de selección y convocó al concurso de méritos para la conformación del registro seccional de elegibles para la provisión de los empleos en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Se repite, previo a que el demandante se inscribiera al concurso, en forma clara se dispuso que tenía que colmar el requisito de la residencia ante las autoridades encargadas de este trámite. Ahora bien, el hecho de que dentro del concurso de méritos se exigiera satisfacer el requisito de la residencia, implica que este comporta carácter vinculante y obligatorio, pues, como ya lo ha dicho esta subsección, sus reglas son vinculantes para los participantes. Pero, al margen de la obligación prevista en el concurso, la Sala no advierte la inconstitucionalidad o ilegalidad que aduce el demandante, pues, por un lado, dentro de la autorregulación que tiene la Rama Judicial el Consejo Superior de la Judicatura optó por exigir el requisito de la residencia para la posesión; y, por otro, omitir ese requisito conlleva una violación del derecho a la igualdad de los demás participantes, quienes sí deben observar su cumplimiento, por tratarse de una regla del concurso de méritos. En efecto, la regla general es que dentro del Archipiélago esté restringido su ingreso y las normas de carrera judicial también lo limitan; no existe razón alguna para desconocerlas o soslayarlas. Además, el demandante, en el momento en que optó por la sede, debió tener en cuenta que existían normas de su conocimiento que exigían el requisito de la residencia, la que, dicho sea de paso, ni siquiera se molestó en demostrar que hizo algún trámite ante la oficina de control de circulación y residencia (OCCRE) o que esta dependencia le denegara su inscripción (ff. 29 a 31, e.d.); por ende, los actos administrativos, que se abstuvieron de confirmar su nombramiento por carecer del requisito de la residencia en la Isla, se encuentran ajustados a derecho [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 23 de marzo de 2023, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación 88001-23-33-008-2018-00013-01 \(2503-2021\)](#)

**4. Para la contabilización del término extintivo de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, ha de considerarse que la petición en sede administrativa, orientada a obtenerla, interrumpe hasta por un lapso igual, la prescripción del derecho. Esta Corporación ha sostenido que los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro sí pueden ser beneficiarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, pues dicha normativa no los**

## excluye de su aplicación.

**Síntesis del caso:** El demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por conducto de apoderada, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en orden a que se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago inoportuno «de las cesantías de los años 1.999, 2.000, 2001, 2.002, 2.003, 2.004, 2.005, 2.006, 2.007, 2.009 y 2.009» tiempo durante el cual laboró para el Fondo Educativo Regional del Chocó. El departamento del Chocó contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de sus pretensiones. Para efecto de lo anterior, señaló que los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro no tienen derecho a la sanción moratoria que se reclama en la demanda, sino que, en caso de retraso por parte del empleador para el pago de las cesantías, este debe reconocer el doble del interés bancario corriente, el cual se causa a favor del fondo y no del trabajador. El Tribunal Administrativo del Chocó, mediante sentencia proferida el 18 de julio de 2019, declaró probada, de oficio, la excepción de prescripción de los derechos reclamados por el demandante.

### SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / APLICACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA / RÉGIMEN DE LIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS / CESANTÍAS ANUALIZADAS / FONDO NACIONAL DEL AHORRO / CAJANAL / PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA / INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DEL DERECHO

**Problema jurídico:** «¿Se configuró la prescripción extintiva de la sanción moratoria, tal como lo declaró el tribunal de instancia o si, al realizar el análisis, se inadvirtió la petición que se formuló en sede administrativa, tendiente a reclamar dicha penalidad, y a través de la cual se habría interrumpido la causación de dicho fenómeno?»

**Tesis:** «[...] En el expediente está demostrado que el demandante terminó su relación laboral con la entidad, el 23 de agosto de 2012; producto de lo anterior, a través de la solicitud radicada el 24 de octubre de 2012, le reclamó a su empleador el reconocimiento y pago de las cesantías que le adeudaban por algunos periodos que están comprendidos dentro de los extremos inicial y final de su vinculación. En el expediente no obra prueba de que la entidad se hubiera pronunciado en torno a tal petición; por el contrario, en la demanda se afirmó que hubo silencio, por parte de aquella, y la entidad tuvo por cierto el hecho de la omisión de respuesta, además de que la entidad está en proceso de sanear y depurar los pasivos relacionados con las acreencias laborales destinadas al Fondo Nacional de Ahorro. Ahora bien, ante la tardanza en obtener el pago de su prestación, el demandante formuló petición el 13 de septiembre de 2015 dirigida a lograr el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 2.º de la Ley 244 de 1995. Frente a la anterior petición, el departamento del Chocó emitió respuesta desfavorable, del 2 de febrero de 2016, notificada al actor, por intermedio de su apoderada, el 8 de febrero siguiente. Corolario de lo anterior, surge que como las cesantías fueron reclamadas el 24 de octubre de 2012, la administración disponía de 15 días hábiles para responder la petición y ordenar su reconocimiento, esto es, hasta el 16 de noviembre de 2012; sin embargo, guardó silencio; por lo tanto, de haber sido expedido oportunamente el acto, sería necesario que transcurrieran 10 días más para lograr su ejecutoria, es decir, hasta el 30 de noviembre de 2012 y, a partir del día siguiente, se debían contabilizar los 45 días para que el pago hubiera sido oportuno, lo que lleva al 6 de febrero de 2013. Lo expuesto implica que, a partir del 7 de febrero de 2013 se empezó a causar la sanción moratoria y se hizo exigible la obligación, por parte del titular del derecho. [...] dentro de las pruebas aportadas con la demanda y decretadas en la oportunidad correspondiente, se tuvo como tal, la petición formulada (...) el 13 de septiembre de 2015, por medio de la cual reclamó la sanción moratoria por el pago inoportuno de sus cesantías definitivas, es decir, que la petición, a través de la cual se interrumpió el fenómeno extintivo, se radicó en forma oportuna, pues, el interesado estaba en tiempo para reclamar su derecho hasta el 7 de febrero de 2016 y antes de esa fecha —el 13 de septiembre de 2015— presentó la reclamación en sede administrativa. [...] en el sub lite, no se configuró la prescripción extintiva de la sanción moratoria, como en forma equivocada lo interpretó el tribunal. Valga aclarar que, tal como lo indicó la apoderada del demandante en el escrito del recurso, para la contabilización del

término extintivo, el a quo omitió considerar que la parte actora radicó petición en sede administrativa, orientada a obtener la sanción moratoria pretendida y, con ello, interrumpió hasta por un lapso igual, el fenómeno extintivo. Siendo así, la obligación se hizo exigible el 7 de febrero de 2013, por lo que, en principio, la reclamación podía formularse hasta el 7 de febrero de 2016, para interrumpir, por un lapso igual, el fenómeno extintivo; no obstante, el actor radicó la petición ante la administración, antes de que se venciera ese término, esto es, el 13 de septiembre de 2015, con lo cual interrumpió la configuración del término de prescripción; además, la demanda se radicó el 16 de agosto de 2016, lo que lleva a concluir que su reclamación fue oportuna y, en consecuencia procede revocar la sentencia de primera instancia que declaró probada, de oficio, la prescripción extintiva. [...] es preciso indicar que en el expediente no hay prueba de que la entidad territorial demandada haya pagado a favor del demandante las cesantías definitivas por los años 1999 a 2009; por el contrario, la parte actora aseguró que formuló reclamación tendiente a lograr su pago e, incluso, la administración, en la contestación de la demanda, estuvo de acuerdo en el hecho de que no ha reconocido ni dispuesto el pago de las cesantías destinadas al Fondo Nacional de Ahorro. [...] Así las cosas, es claro que la entidad no ha reconocido las cesantías pretendidas, de ahí que se corrobora la mora que da lugar a la imposición de la sanción prevista por el legislador ante tal circunstancia. Por otro lado, la entidad demandada, en la contestación al libelo, manifestó que el demandante, por ser afiliado al Fondo Nacional de Ahorro, no tiene derecho a la aplicación de la Ley 244 de 1995 y, por ende, al reconocimiento de la sanción moratoria pretendida; sin embargo, esta Corporación ha sostenido que los afiliados al aludido fondo sí pueden ser beneficiarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, pues dicha normativa no los excluye de su aplicación. [...] Consecuentes con lo expuesto, el departamento del Chocó deberá pagar (...) la sanción moratoria en el equivalente a un día de salario por cada día de retraso en el pago de sus cesantías definitivas, a partir del 7 de febrero de 2013 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la obligación. El salario a tener en cuenta para el anterior reconocimiento es aquel que el actor devengaba al momento en que se produjo la desvinculación del servicio. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de veintisiete \(27\) de febrero de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 27001-23-33-000-2016-00117-01\(5258-2019\)](#)

**5. La posibilidad de reclamar el pago de las mesadas pensionales puede verse afectado por el fenómeno prescriptivo, si el interesado no acude dentro de los tres años siguientes de realizada su solicitud a demandar el acto administrativo que las negó. Las reiteradas solicitudes que se formulen a ese respecto no prorrogan el término de tres años que establece la ley, comoquiera que el supuesto normativo no condiciona a que la entidad accionada emita o no respuesta a ese respecto. El pago de los intereses por mora únicamente procede cuando ya se ha reconocido la prestación y la entidad de previsión no la cancela o lo hace de forma tardía.**

*Síntesis del caso: El demandante a través de apoderado judicial, solicitó fueran declarados nulos los actos administrativos proferidos en su momento por CAJANAL y por la UGPP, que negaron el reconocimiento de la pensión de jubilación gracia por él pedida en forma reiterada desde el año 2008 hasta el 2012, la nulidad parcial de la resolución con la que le fue*

*posteriormente reconocida y pagada la pensión en comento, así como también, aquellas otras decisiones que negaron su reliquidación con la inclusión del factor salarial prima de vacaciones devengado en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus pensional; por último, también demandó la indexación sobre el reajuste desde el momento en que se causó hasta el momento en que se realice el pago efectivo.*

## **PENSIÓN GRACIA / MESADA PENSIONAL / PRESCRIPCIÓN DE LA MESADA PENSIONAL / PRESCRIPCIÓN TRIENAL / INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN / OPERANCIA DE LA PRESCRIPCIÓN**

**Problema jurídico 1:** «Teniendo en cuenta las múltiples solicitudes radicadas por el accionante, tendientes a obtener el reconocimiento de la pensión gracia, ¿cuál fue la petición que tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción de las mesadas pensionales?»

**Tesis 1:** «[...] se tiene que el 7 de febrero de 1996, el accionante solicitó a CAJANAL el reconocimiento y pago de la pensión gracia, la cual fue resuelta negativamente (...) por no haber acreditado 20 años de servicios como docente de primaria. Doce años después, el 20 de junio de 2008 el actor presentó ante CAJANAL, una nueva solicitud de reconocimiento y pago de la pensión gracia. Al respecto, se resalta que con posterioridad el actor insistió en la petición de reconocimiento y pago de la pensión gracia, específicamente, en las siguientes fechas: - 8 de junio de 2011 - 14 de marzo de 2012 - 20 de marzo de 2012 - 6 de junio de 2012. Adicionalmente, resulta necesario precisar que la demanda objeto de análisis fue interpuesta el 16 de junio de 2014 [...]. Dilucidado lo anterior, cobra relevancia recordar que el término de prescripción empieza a correr desde la fecha en la que el derecho se hace exigible y la interrupción ocurre por una sola vez en un lapso igual contado desde la reclamación administrativa. Por tanto, no puede perderse de vista que el peticionario cuenta con 3 años para demandar desde la primera reclamación, sin que el supuesto normativo hubiese condicionado a que la entidad accionada emita o no respuesta al respecto, de manera que, si dentro de los 3 años referidos no se acude a demandar la voluntad de la administración, se activará el fenómeno prescriptivo y se extinguirá la posibilidad de reclamar el pago de las mesadas que se vean afectadas por el transcurso del tiempo. [...] atendiendo que el actor en el asunto objeto de estudio discute que debió tenerse en cuenta la solicitud que radicó el 20 de junio de 2008 para efectos de interrumpir la prescripción de las mesadas pensionales, bajo el entendido de que con posterioridad, de manera reiterativa presentó varios escritos con la intención de no afectar su derecho por el paso del tiempo; y, por otro lado, la accionada reprocha que no basta con presentar peticiones sucesivas para interrumpir la prescripción, esta Sala procederá a efectuar las siguientes aclaraciones: 1. El fenómeno de la prescripción no puede entenderse suspendido por la espera de un pronunciamiento de la entidad administrativa. 2. La reclamación sobre el derecho o prestación debe incoarse dentro de los 3 años siguientes a que el derecho se hizo exigible, so pena de verse afectado por el fenómeno prescriptivo. 3. Dicho reclamo del derecho tiene la virtualidad de interrumpir por una sola vez en un lapso igual contado desde la presentación de la reclamación administrativa. [...] teniendo en cuenta que la demanda se radicó el 16 de junio de 2014, la única petición en sede administrativa que tuvo la virtualidad de interrumpir el fenómeno de la prescripción, es la que data del 14 de marzo de 2012. Lo anterior, toda vez que las solicitudes presentadas con anterioridad no lograron interrumpir la prescripción dado que el actor dejó transcurrir entre la presentación de las peticiones y la demanda, un término mayor a los tres años. En consecuencia, la UGPP en la Resolución UGM 059734 del 29 de noviembre de 2012, mediante la cual revocó la Resolución UGM 55140 del 30 de agosto de 2012 y, en su lugar, accedió al reconocimiento de la pensión gracia del demandante, en efecto incurrió en un error, por cuanto aplicó la prescripción teniendo en cuenta la interposición del recurso de reposición del 27 de septiembre de 2012 y, por ende, declaró los efectos fiscales a partir del 27 de septiembre de 2009. De manera que, la entidad no tuvo en cuenta que la solicitud de reconocimiento de la pensión gracia del 14 de marzo de 2012, fue radicada dentro de los 3 años que el legislador contempló para interrumpir el término prescriptivo, condicionado a la interposición de la demanda. [...] Por lo anterior, se modificará el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar el reconocimiento de la pensión de jubilación gracia del accionante con los factores inicialmente reconocidos en la Resolución UGM 059734 del 29 de noviembre de 2012, con efectos fiscales a partir del 14 de marzo de 2009, por prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a dicha fecha. En consecuencia, habrá lugar a efectuar el pago de las mesadas causadas del 14 de marzo de 2009 hasta el 26 de septiembre de 2009. [...].»

## **PENSIÓN GRACIA / RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / PRIMA DE VACACIONES / BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / FACTORES DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / PRESCRIPCIÓN TRIENAL**

**Problema jurídico 2:** «*Tiene derecho el accionante a la reliquidación de la pensión gracia con la inclusión de la prima de vacaciones?*»

**Tesis 2:** «[...] El 22 de mayo de 2013, el accionante solicitó la reliquidación pensional con la intención de que le fuera incluida la prima de vacaciones, la cual fue devengada en el último año de servicio anterior a la consolidación del estatus de pensionado [...] esta Sala constató que el accionante sólo con la petición radicada el 22 de mayo de 2013 solicitó la inclusión de la prima de vacaciones [...] se pudo comprobar que en efecto el actor devengó la prima de vacaciones y, por ende, resulta procedente su inclusión en una doceava parte para efectos de liquidar la respectiva mesada pensional. En consecuencia, deberá declararse la nulidad de los actos administrativos demandados, toda vez que no se encuentran ajustados a derecho y, en esa medida, debe incluirse el factor. Teniendo en cuenta lo anterior, la UGPP debe reajustar la pensión gracia reconocida al libelista en cuantía del 75% de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional con la inclusión además de los factores ya reconocidos, con la prima de vacaciones en una doceava parte. [...] en atención a que el actor tiene derecho a lo reclamado, es de anotar que debemos verificar si el fenómeno prescriptivo afecta el pago de las mesadas pensionales, pues la prescripción opera en materia pensional sobre las mesadas que hubiere lugar a reconocer y no sobre el derecho en sí mismo, por lo que, siendo el interesado aún titular de la prerrogativa jurídica reclamada ante la UGPP, la prescripción debe contarse desde el momento en que la misma fue radicada (22 de mayo de 2013), de modo que hay lugar a declarar la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 22 de mayo de 2010. [...] se aclara que si bien al resolver el primer problema jurídico se pudo determinar que la parte demandante tiene derecho al pago de las mesadas causadas desde el 14 de marzo de 2009 hasta el 26 de septiembre de 2009, al advertirse que la prescripción fue indebidamente declarada por la entidad demandada en el acto de reconocimiento pensional, lo cierto es que debe entenderse que la pensión liquidada con la prima de vacaciones solo tendrá efectos fiscales a partir del 22 de mayo de 2010, toda vez que frente a la petición de inclusión de esta también operó el fenómeno prescriptivo, de modo que las mesadas a pagar anteriores a esta fecha se cancelarán como inicialmente lo ordenó el acto que reconoció la pensión gracia. [...]»

## **PENSIÓN GRACIA / RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / REAJUSTE DE PENSIÓN GRACIA / INTERÉS MORATORIO / IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE INTERÉS MORATORIO / INTERÉS MORATORIO EN EL PAGO DE LA MESADA PENSIONAL**

**Problema jurídico 3:** «*Hay lugar o no al reconocimiento y pago de los intereses de mora o la indexación sobre las mesadas causadas en el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2005 y el 26 de septiembre de 2009 que no han sido pagadas, y las causadas desde el 27 de septiembre de 2009 y el 26 de febrero de 2013 que fueron pagadas tardíamente?*»

**Tesis 3:** «[...] En desarrollo a la protección de los pensionados, en el artículo 53 de la Constitución Política se estableció «El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.» [...] mesadas, deberá reconocer y pagar al pensionado intereses moratorios. Específicamente la norma en comento dispuso: «ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.» [...] de la norma transcrita se concluye que los intereses de mora proceden cuando las mesadas pensionales no están en discusión, es decir, que el reconocimiento de la prestación ya fue efectuado en favor del pensionado y únicamente se presenta una omisión por parte de la entidad de realizar el pago de la respectiva mesada. [...] De manera que, dicha solicitud no es procedente en el caso concreto, puesto que, si los intereses que se deprecian son con ocasión de la reliquidación de la pensión gracia, tal como se expuso, el pago de los intereses por mora únicamente procede cuando ya se ha reconocido la prestación y la entidad de previsión no la cancela o lo hace de forma tardía. Situación que no ocurrió en el sub lite. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A.](#)

[sentencia de dos \(2\) de marzo de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 05001-23-33-000-2014-01025-01\(1239-2016\)](#)

## SECCIÓN TERCERA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Docentes de colegio en Medellín incumplieron sus deberes de vigilancia en caso de menor de edad al que le cayó encima una cancha mixta de microfútbol y baloncesto.

*Síntesis del caso: Responsabilidad del Estado por accidente ocurrido en una institución educativa. Se confirma la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda. Los docentes de la institución educativa incumplieron sus deberes de vigilancia y custodia respecto de la víctima, por lo cual el daño causado le es imputable al Municipio de Medellín. Se confirma la condena por lucro cesante futuro a favor de la víctima y se actualiza.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACREDITACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO DE PROTECCIÓN / FALLA DEL SERVICIO DE VIGILANCIA / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / LESIONES FÍSICAS / LESIONES FÍSICAS A CIUDADANOS / MENOR DE EDAD / VÍCTIMA MENOR DE EDAD / POSICIÓN DE GARANTE / DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / OMISIÓN DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / INSTITUCIÓN EDUCATIVA / COLEGIO PÚBLICO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA / MUNICIPIO DE MEDELLÍN / DAÑO CAUSADO POR OMISIÓN / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / INEXISTENCIA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / HECHO DE LA VÍCTIMA / INEXISTENCIA DEL HECHO DE LA VÍCTIMA / CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA / RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO / MUNICIPIO / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / DAÑO AL ESTUDIANTE EN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO / DAÑO CAUSADO A ESTUDIANTE / DEBER DE CUSTODIA DEL ESTUDIANTE / OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS ALUMNOS / OBLIGACIÓN DE VIGILANCIA DE LOS ALUMNOS / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

*Problema jurídico 1: ¿Resulta procedente condenar patrimonialmente a título de falla en el servicio al Municipio de Medellín en su calidad de representante de la Institución Educativa, por las lesiones que sufrió la víctima menor de edad en un accidente ocurrido dentro del establecimiento educativo en la cual estudiaba, en cuanto, los docentes del plantel educativo incumplieron sus deberes de vigilancia y custodia respecto al afectado?*

**Tesis 1:** “El daño alegado es imputable a la entidad demandada por omitir sus deberes de vigilancia y custodia respecto de los estudiantes. Los docentes de la Institución Educativa (...) tenían una obligación de vigilancia y custodia respecto de los menores de la institución, incluso en los periodos de descanso. Está acreditado que esta obligación no fue cumplida por los docentes de la institución. (...) Así las cosas, el daño se concretó por el incumplimiento de la obligación de vigilancia y custodia de los menores por parte de los profesores, y por tal razón, el daño es imputable al Municipio de Medellín en su calidad de representante de la Institución Educativa (...). El peligro se hubiese podido evitar mediante el cumplimiento adecuado de los deberes de vigilancia y custodia de los docentes sobre los niños. Dicha omisión fue la causa eficiente del daño, y, por ende, no se puede excusar el cumplimiento de sus funciones bajo la consideración de que, por sí sola, la conducta del menor fue la causa del daño. En consecuencia, en concepto de esta Sala, en el presente caso no se configura la culpa exclusiva de la víctima. (...) Finalmente,



la entidad demandada alegó que en la medida en que la cancha que causó el accidente estaba ubicada inicialmente en el lugar de las obras, esta necesariamente tuvo que ser movida por parte de los contratistas, y, en consecuencia, estos son responsables por haberla dejado sin ningún tipo de señalización en el lugar donde ocurrió el accidente. Este argumento de defensa no fue propuesto en la contestación de la demanda y, aun si estuviera acreditado que fueron los contratistas quienes movieron la cancha al lugar donde ocurrió el accidente, lo anterior no exime a la entidad demandada de su deber de velar porque en la institución no existan objetos que puedan poner en riesgo la integridad de los estudiantes, como indicó correctamente el tribunal.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de marzo de 2022, exp. 51095, C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

**LUCRO CESANTE FUTURO / LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE FUTURO / RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE FUTURO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / PRESUNCIÓN DEL LUCRO CESANTE / PRESUNCIÓN DEL SALARIO / MENOR DE EDAD / LESIONES FÍSICAS / LESIONES FÍSICAS A CIUDADANOS / PERJUICIO MATERIAL / ACTUALIZACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / ACTUALIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / ACTIVIDAD ECONÓMICA / ACTUALIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE / ACTUALIZACIÓN DE LA TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE / PARÁMETROS DE LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**

*Problema jurídico 2: ¿La liquidación del lucro cesante futuro a la víctima, derivado de la pérdida de la capacidad laboral, se ajusta a los parámetros dispuestos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, puesto que, se presume que las personas en edad de actividad económica devengan por lo menos un salario mínimo?*

Tesis 2: “Respecto de los perjuicios materiales reconocidos a título de lucro cesante a favor del menor (...). La Sala observa que la liquidación del lucro cesante futuro a la víctima, derivada de la pérdida de la capacidad laboral certificada por la Junta de Calificación de Invalidez, se ajusta a los parámetros dispuestos por la jurisprudencia de esta Corporación. Además, contrario a lo afirmado por la entidad demandada en su recurso, no era necesario que se acreditara que la víctima trabajara para reconocerle la indemnización, toda vez que, de conformidad con la jurisprudencia referida, se presume que las personas en edad de actividad económica devengan por lo menos un salario mínimo. (...) En consecuencia, se confirmará la condena por concepto de perjuicios materiales y se actualizará a la fecha de la sentencia (...).”

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 31172, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 1 de marzo de 2023; C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 05001-23-31-000-2005-04773-01\(49372\)](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO A ESTUDIANTE / TEORÍA DE LA CAUSA ADECUADA / CAUSA GENERADORA DEL DAÑO / CAUSAS DEL DAÑO / CAUSA EFICIENTE DEL DAÑO / CONSTRUCCIÓN / MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN / MENOR DE EDAD / NEXO DE CAUSALIDAD / RELACIÓN DE CAUSALIDAD / ARGUMENTO DE LA SENTENCIA / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA**

*Problema jurídico 1: ¿La causa adecuada del daño demandado no era la presencia de los menores en el lugar, sino la indebida disposición de materiales y objetos en una zona en que podrían confluír menores de edad?*

**Tesis 1:** “[D]isiento de las consideraciones respecto de la causa adecuada del daño (...). La Sala entendió que la presencia de los menores en el lugar era el riesgo jurídicamente relevante, por esa razón, el estudio de la causalidad se centró en si fue adecuado el cuidado de los niños por parte de los docentes. No se cuestionó en el proyecto si, realmente, la causa adecuada del daño fue la indebida disposición de materiales y objetos en una zona en que podrían confluír menores de edad pues, en un ambiente escolar, tales elementos son generadores de riesgo.”

**ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ESTUDIANTE / DAÑO CAUSADO A ESTUDIANTE / CONSTRUCCIÓN / CONTRATISTA / RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA / DAÑO CAUSADO POR CONTRATISTA / CONTENIDO DE LA DEMANDA / ARGUMENTO EN LA DEMANDA / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA / ARGUMENTO DE LA SENTENCIA**

**Problema jurídico 2:** *¿Debía estudiarse en la sentencia la responsabilidad de la contratista, al ser un argumento señalado en la demanda?*

**Tesis 2:** “[D]isiento de las consideraciones respecto del (...) estudio de la responsabilidad del contratista. (...) En el mismo sentido, la Sala se abstuvo de estudiar la responsabilidad que pudiera asistirle al contratista, porque no fue un argumento de defensa propuesto en la contestación de la demanda, sin embargo, sí fue un argumento de la demanda, lo que obligaba a estudiarlo pues, insisto, el peligro radicaba en las obras, no en los estudiantes. Los contratistas debían velar por la adecuada disposición de elementos potencialmente peligrosos. No obstante, sin que la Sala hubiera estudiado la responsabilidad del contratista, me es imposible apartarme de la decisión y aventurarme a decir si se hubiera condenado también por la conducta del contratista o no.”

**ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ESTUDIANTE / DAÑO CAUSADO A ESTUDIANTE / DAÑO AL ESTUDIANTE EN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO / MENOR DE EDAD / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN / RECURSO DE APELACIÓN / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / CONTENIDO DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / ESTIMACIÓN DE LA CONDENA EN PERJUICIOS / INCONFORMIDAD EN LA TASACIÓN DE PERJUICIOS / PERJUICIO MATERIAL / PERJUICIO INMATERIAL / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MATERIAL**

**Problema jurídico 3:** *¿Se debió interpretar en el marco más amplio el alcance del recurso, en el sentido que la parte apeló el reconocimiento de perjuicios, y, en consecuencia, no haber limitado esta instancia al estudio de los perjuicios materiales?*

**Tesis 3:** “[D]isiento de las consideraciones respecto del (...) estudio de los perjuicios inmateriales. (...) Finalmente, considero que se debió interpretar en el marco más amplio el alcance del recurso en el sentido que la parte apeló el reconocimiento de perjuicios, en ese sentido, no haber limitado esta instancia al estudio de los perjuicios materiales, sino, haber estudiado todas las tipologías reconocidas, máxime cuando en primera instancia se condenó por daño a la vida de relación, una categoría de perjuicios que ya no es reconocida por la jurisprudencia y, en su lugar, haber estudiado el reconocimiento de acuerdo con las tipologías actualmente establecidas.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 1 de marzo de 2023; A.V. Alberto Montaña Plata, radicación: 05001-23-31-000-2005-04773-01\(49372\)](#)

## **2. La atención médico asistencial idónea pero no oportuna puede dar lugar a responsabilidad del Estado por pérdida de oportunidad.**

**Síntesis del caso:** *Un menor de veintidós meses de edad fue atropellado por un automotor. En principio los médicos tratantes determinaron que el paciente se encontraba en buenas condiciones generales y que los exámenes de rayos X arrojaban resultados normales. Posteriormente, ante los persistentes dolores abdominales, se ordenó una laparotomía en la que se encontró estallido gástrico. Durante la posterior intervención quirúrgica el menor presentó paro cardio respiratorio, falleciendo horas después.*

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / MUERTE DEL PACIENTE MENOR DE EDAD / DAÑO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL / DEMORA EN ATENCIÓN AL PACIENTE / INDEBIDA ATENCIÓN AL PACIENTE / DEBERES DEL DEMANDANTE / PRUEBA DEL NEXO CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA / RESPONSABILIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO HOSPITALARIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD /**

**Problema jurídico:** *¿Se acreditó la falla del servicio médico asistencial en relación con la muerte del menor de edad, por no habersele brindado atención oportuna?*

Tesis: “[A] partir de los hechos probados referidos, la Sala concluye que se acreditó una falla del servicio médico asistencial por parte del Hospital Antonio Roldán Betancur de Apartadó, la cual estuvo causalmente relacionada con la muerte de la paciente, puesto que de haberse diagnosticado a tiempo la afección del paciente (trauma toraco abdominal severo con estallido de víscera), se hubiera brindado un tratamiento médico oportuno que hubiera evitado su fatal desenlace tres días después de su ingreso a ese hospital, de ahí que ese resultado dañoso le resulte imputable al ente hospitalario demandado. En consecuencia, en el caso concreto la atención brindada por el cuerpo médico y paramédico al menor [...] si bien fue idónea en principio, no fue oportuna, porque de serlo le hubiese brindado una expectativa mayor de recuperación o salvación. En ese orden de ideas, la Sala estima que la Administración Pública demandada está llamada a responder patrimonialmente en este proceso, pero no por la muerte del menor, sino por la pérdida de la oportunidad de haber podido sobrevivir a la complejidad de su cuadro clínico.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la declaración de responsabilidad del Estado con fundamento en la pérdida de oportunidad, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de julio de 2011, rad. 20139, C. P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 11 de agosto de 2010, rad. 18593, C. P. Enrique Gil Botero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de diciembre de 2022, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 05001-23-31-000-2011-00091-01 \(59776\).](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL / RESPONSABILIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO HOSPITALARIO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL / DEBER DE DILIGENCIA / NEGLIGENCIA DEL PROFESIONAL DE LA SALUD / FALTA DE CUIDADO / ATENCIÓN INTEGRAL AL PACIENTE / RECUPERACIÓN DEL PACIENTE / HECHO FUTURO E INCIERTO / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / PORCENTAJE DE POSIBILIDADES DE SOBREVIVENCIA DEL PACIENTE / DECISIÓN DE LA SENTENCIA / LÍNEA JURISPRUDENCIAL**

Tesis: “[A]unque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con diligencia el paciente hubiere recuperado su salud, [...] si el centro hospitalario hubiese obrado de conformidad, es decir, con la pericia y el cuidado necesarios, no le habría hecho perder el chance u oportunidad de recuperarse. [E]n esos casos, considero que es necesario verificar la concurrencia de tres elementos, a saber: i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) certeza de la existencia de una oportunidad y iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima [...]. A mi juicio, si bien esos elementos se configuraron en el presente asunto y, por ello, la entidad demandada estaba llamada a responder, hubiera sido muy relevante que los mismos fueran

analizados en detalle en la sentencia, lo que, no solo brinda claridad en la decisión sino que, además, permite identificar con certeza la línea que en estos asuntos adopta la Sala.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la pérdida de oportunidad de sobrevida, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de abril de 2017, rad. 25706, C. P. Ramiro Pazos Guerrero.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de diciembre de 2022, A. V. María Adriana Marín, radicación: 05001-23-31-000-2011-00091-01 \(59776\).](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / CONDENA CONTRA EL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA ENTIDAD PÚBLICA / INTERPRETACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CAUSAS DEL DAÑO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / CONCURRENCIA DE CAUSAS / DESMEJORAMIENTO DEL PACIENTE / MUERTE DE MENOR DE EDAD**

Tesis: “El petitum hace referencia a lo que se pide, mientras que la causa petendi a los supuestos fácticos que le sirven de sustento a la pretensión, por tal razón, en el sub lite la omisión imputada no correspondía al daño que se pidió indemnizar, sino a su causa. [E]stimo que no era procedente una condena en los términos en los que se sustentó -por pérdida de oportunidad-, sino que el daño a indemnizar era la muerte, el cual, en congruencia con la demanda [...], daba lugar a una sentencia favorable a la parte actora, en la medida en que se encontró acreditada la falla en la atención médica, falencia que, al concurrir con la mala condición de salud del menor, llevó al deceso, por manera que se presentó una contribución causal, situación suficiente para condenar a la entidad, con observancia de su grado de participación en el resultado final.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causa petendi y el petitum de la demanda, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 13 de julio de 2016, rad. 55802, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de diciembre de 2022, A. V. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 05001-23-31-000-2011-00091-01 \(59776\).](#)

SECCIÓN  
CUARTA



**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

**1. Es ilegal la definición de ingresos asociados a la etapa de construcción en los contratos de concesión y las asociaciones público privadas APP contenida en el artículo 1.2.1.25.6 del Decreto 1625 de 2016, adicionado por el Decreto 2235 de 2017 y, consecuentemente, el Oficio DIAN 012212 de 2018, al quedar desprovisto de fundamento jurídico en cuanto se limitaba a aplicar el referido artículo.**

*Síntesis del caso: Se anularon el artículo 1.2.1.25.6 del Decreto Único 1625 de 2016 DURT, que definió los ingresos asociados a la etapa de construcción en el contexto del tratamiento fiscal en el impuesto sobre la renta y complementarios de los contratos de concesión y las asociaciones público privadas APP y, consecuentemente, el Oficio DIAN 012212 del 10 de mayo de 2018, en la parte en que aplicó dicho artículo al señalar que como los rendimientos financieros de la «empresa en periodo improductivo» no cumplen lo establecido en el inciso primero del mismo, se debían reconocer en el periodo en que se realicen. Para la Sala, el artículo 1.2.1.25.6 del DUR estableció una limitación al tratamiento de los ingresos, no prevista por el legislador en la normativa especial aplicable, pues desconoció la existencia de otros ingresos que no necesariamente están vinculados al costo y gasto del activo intangible, como, por ejemplo, los rendimientos financieros, a la par que desatendió la dinámica de las aludidas formas asociativas para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios bajo el modelo de «activo intangible», afectando la seguridad, la armonía y la coherencia sistemática del debido orden jurídico, con infracción de las normas superiores y consiguiente exceso de la facultad reglamentaria. Por contera, se declaró la ilegalidad del aparte acusado del Oficio DIAN 012212 de 2018, al quedar desprovisto de fundamento jurídico en razón de la anulación del artículo 1.2.1.25.6 del DUR y, por ende, ser contrario a la ley.*

CONTRATOS DE CONCESIÓN O ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA APP - Tratamiento fiscal en el impuesto sobre la renta y complementarios / ETAPA DE CONSTRUCCIÓN EN CONTRATOS DE CONCESIÓN O ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA APP – Momento en que se entiende cumplida / COSTO FISCAL DE LOS ACTIVOS INTANGIBLES EN LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN EN CONTRATOS DE CONCESIÓN O ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA APP / INGRESOS ASOCIADOS A LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN EN CONTRATOS DE CONCESIÓN O ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA APP – Definición / INGRESOS ASOCIADOS A LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN EN CONTRATOS DE CONCESIÓN O ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA APP - Acumulación como pasivo por ingresos diferidos / CONTRATO DE CONCESIÓN – Noción, alcance y características / ETAPAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / TRATAMIENTO FISCAL EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS ACTIVOS INTANGIBLES EN LAS ETAPAS DE CONSTRUCCIÓN Y DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN O ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA APP / TRATAMIENTO FISCAL EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS ACTIVOS INTANGIBLES EN CONTRATOS DE CONCESIÓN O ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA APP - Reglas y principio de especialidad / ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA APP - Noción y características / REMUNERACIÓN POR UNIDADES FUNCIONALES, HITOS O ETAPAS EN CONTRATOS DE CONCESIÓN O ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS APP - Presupuestos de procedencia / RECONOCIMIENTO DEL INGRESO FISCAL EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN O ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS APP / DEFINICIÓN DE INGRESOS ASOCIADOS A LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN EN CONTRATOS DE CONCESIÓN O ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA APP – Ilegalidad del artículo 1.2.1.25.6 del Decreto 1625 de 2016, adicionado por el Decreto 2235 de 2017. Exceso de la facultad reglamentaria

**Problema jurídico 1: ¿El artículo 1.2.1.25.6 del Decreto 1625 de 2016, adicionado por el Decreto 2235 de 2017, infringió las normas en que debía fundarse y excedió la facultad reglamentaria?**

**Tesis 1:** “[L]os contratos de concesión no se reducen a un contrato de construcción, sino que corresponden a acuerdos complejos en virtud de los cuales el concesionario se obliga a suministrar servicios que se van a pagar con un activo monetario (dinero) o con un intangible que garantiza la contraprestación al concesionario, ante el desconocimiento del valor recaudable por el pago del servicio. Así, el desarrollo de la concesión implica tanto incurrir en costos y gastos, como ganar ingresos, pero desde el punto de vista financiero, porque a ciencia cierta no se sabría el costo final del contrato; de lo contrario el contrato tendría un valor fijo. Bajo esa premisa, la dinámica contractual supone que se va recaudando a medida que disminuye el activo y disminuye el pasivo, y que al llegar a \$0 se completaría el pago del contrato. Ahora bien, en el entendido de que en la etapa de construcción del activo se pueden identificar los ingresos del concesionario en cumplimiento de las obligaciones de los contratos de concesión o Asociaciones Público Privadas - APP, el artículo 1.2.1.25.6 del DUR refirió los *«ingresos devengados por el contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios asociados a la etapa de construcción»*, como el *«monto total de costos y gastos reconocidos como activo intangible para efectos fiscales»*, de acuerdo con el artículo 1.2.1.25.4 *ib.*, que incluye entre los costos y gastos, a los derivados de préstamos, previendo su capitalización y reconocimiento como activo intangible de conformidad con el numeral 1 del artículo 32 del ET, modificado por el artículo 31 de la Ley 1819 de 2016. Así, dicha norma legal estableció el modelo de *«activo intangible»* para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios en los contratos mencionados que incorporan las etapas de construcción, administración, operación y mantenimiento, con sujeción a las siguientes reglas específicas: En la **etapa de construcción** que, según la norma acusada, se entiende cumplida a partir de la entrega del activo intangible a la entidad competente: 1. El costo fiscal de los activos intangibles corresponde a todos los costos y gastos devengados durante esta etapa, incluyendo los costos por préstamos, que se capitalizan con sujeción al artículo 66 del ET y demás normas relacionadas; 2. **Los ingresos devengados por el concesionario**, asociados a esta etapa hasta su finalización y aprobación por parte de la entidad correspondiente, cuando sea del caso, **deben acumularse para efectos fiscales como un pasivo por ingresos diferidos**; 3. Ese pasivo por ingresos diferidos se reversa **y se reconoce como ingreso fiscal** en línea recta, en iguales proporciones, teniendo en cuenta el plazo de la concesión, **a partir del inicio de la etapa de operación y mantenimiento**. En la **etapa de operación y mantenimiento**: 1. Se amortiza el costo fiscal del activo intangible en línea recta, en iguales proporciones, teniendo en cuenta el plazo de la concesión; 2. Los ingresos diferentes a los devengados por el concesionario, asociados a la etapa de construcción, se reconocen en la medida en que se vayan prestando los servicios concesionados, incluyendo las compensaciones, aportes o subvenciones que el Estado le otorgue al concesionario; 3. En caso de que el operador deba rehabilitar el lugar de operación, reponer activos, hacer mantenimientos mayores o cualquier tipo de intervención significativa, los gastos incurridos por esos conceptos se capitalizan para su amortización, en línea recta e iguales proporciones, según el plazo de la rehabilitación, la reposición de activos y los mantenimientos mayores o la intervención significativa, durante el término que dure dicha actividad. En virtud del principio de especialidad, las reglas señaladas se aplican de forma prevalente sobre las disposiciones generales de los artículos 28, 59 y 105 del ET, como precisa el artículo 1.2.1.25.3 del DUR, pues son parámetros legales fijados en la reforma tributaria adoptada por la Ley 1819 de 2016, para regular ingresos, costos y deducciones aplicables al impuesto sobre la renta y complementarios de los contratos de concesión y APP, en el contexto de las etapas de construcción, administración, operación y mantenimiento, y considerando el modelo del activo intangible. La dinámica tributaria y contable del modelo de activo intangible en la determinación del impuesto sobre la renta de las Concesiones y Asociaciones Público Privadas, opera de acuerdo con la naturaleza jurídica de dichas formas asociativas legalmente previstas para la explotación de bienes y servicios estatales. Según la Ley 80 de 1993 (*art. 32-4*), las concesiones se desarrollan a través de contratos celebrados por entidades estatales para *«otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo de aquél y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden»*. Finalizada la concesión, los elementos directamente afectados y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio concesionado, pasan a ser propiedad de la Nación o de la entidad oficial contratante, a título de reversión sin indemnización o compensación alguna a favor del contratista concesionario, en quien existe una remuneración producida durante el tiempo de ejecución del contrato y que permite amortizar los costos de la inversión. Doctrinalmente se reconocen tres etapas en los contratos de concesión: i) **La preoperativa**, que incluye la fase de *«preconstrucción»*, con actividades previas a la construcción, desde el inicio del contrato hasta la suscripción del acta de inicio de la fase de construcción, cuando comienza la fase de *«construcción»*, hasta la suscripción de la última acta de terminación de unidad funcional, en la cual se realiza la obra contratada por obra completa o por unidades

funcionales, caso en el cual puede recibir recursos públicos en la medida en que se vayan entregando las unidades funcionales conforme a las condiciones contractuales. ii) *La operativa*, desde cuando se suscribe la última acta de terminación de unidad funcional hasta cuando termina la etapa de operación y mantenimiento, según el caso, surgiendo el derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del bien o servicio, o de cualquier retribución, siempre que la infraestructura esté disponible, que se hayan cumplido los estándares de calidad y los niveles de servicio de las unidades funcionales y, iii) *La reversión o terminación*, al terminar la etapa de operación, cuando se adelantan las actividades necesarias para la reversión de los bienes transfiriéndolos a la contratante, que concluye con la suscripción del acta de reversión o con la terminación anticipada del contrato o al vencerse el plazo máximo de esta etapa. La Ley 1508 de 2012 [1, 2] concibió dichos contratos en los esquemas de Asociaciones Público Privadas - APP, definidas como instrumentos de vinculación de capital privado materializados en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y servicios relacionados, que involucran la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura. Este régimen de vinculación de capital opera con sujeción a principios de la función administrativa, de contratación y de sostenibilidad fiscal, cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestran su eficiencia o necesidad, y aplica a contratos en los que las entidades estatales encargan a inversionistas privados el diseño y construcción de una infraestructura y de servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, incluyendo la operación y mantenimiento de aquella, a cambio del derecho a explotarla económicamente, en las condiciones y tiempos pactados, con aportes estatales cuando la naturaleza del proyecto lo requiera [3, 4 *ib.*]. Los esquemas APP también versan sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos y, en general, sólo pueden implementarse respecto de proyectos cuyo monto de inversión supere los 6.000 smmlv, bajo las modalidades de proyectos de infraestructura pública de iniciativa pública o privada, ésta última con desembolsos o no de recursos públicos [3, 9-13, 14-21 *ejusdem*]. El artículo 5 *ib.*, del régimen especial precisó que el derecho a recibir desembolsos de recursos públicos o cualquier otra retribución por la explotación económica del proyecto se supedita a la disponibilidad de infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, así como a los demás requisitos determinados en el reglamento, sin perjuicio del derecho a la retribución por unidades funcionales, con las autorizaciones previas del caso, siempre que el proyecto se encuentre totalmente estructurado y que para ello contemple las unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución puede haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma, con remuneración condicionada a la disponibilidad de aquella y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad previstos para las respectivas unidades. El legislador permitió el derecho a retribución por etapas o fases sucesivas en el tiempo definidas en el contrato para desarrollar o mejorar las unidades funcionales específicas, siempre que: el proyecto esté totalmente estructurado; se defina en etapas sucesivas en el tiempo, según las necesidades del servicio respecto de las que se fija un alcance específico en el contrato y sus correspondientes niveles de servicio y estándares de calidad; durante el plazo inicial del contrato se ejecuten todas las etapas previstas; la retribución al inversionista privado se condicione a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad, y se cumplan las demás condiciones previstas por el gobierno nacional. Partiendo de la estructura contractual de la concesión y las APP y dada la especialidad y consiguiente prevalencia del artículo 32 del ET para determinar el impuesto sobre la renta de dichas formas asociativas, surge la aplicación del modelo de activo intangible que allí se prevé para los contratos en los que se incorporan las etapas de construcción, administración, operación y mantenimiento, y la sujeción de las mismas a las reglas que la norma enumera. Frente a la etapa de construcción, la norma especial contempla dos reglas específicas: la primera [1], para el tratamiento de todos los costos y gastos devengados en esa fase y, la segunda [3], para el tratamiento de los «*ingresos igualmente devengados por el concesionario*», desde el inicio de la obra contratada por obra completa o por unidades funcionales, hasta su finalización, cuando se suscribe la última acta de terminación de unidad funcional, según lo explicado, previendo que dichos ingresos deben acumularse para efectos fiscales como un «*pasivo por ingresos diferidos*». Dicho tratamiento acumulativo implica que en la etapa de construcción el legislador no reconoció ingresos fiscales, bajo la lógica de que todo recurso recibido se debe hasta que la construcción entre en operación, pues expresamente la norma señala que, a partir del inicio de la etapa de operación y mantenimiento, el pasivo por ingresos diferidos en la etapa de construcción debe reversarse y reconocerse como ingreso fiscal en línea recta, en iguales proporciones, según el plazo de la concesión. Y es que, a la luz de la norma especial, todas las erogaciones reconocidas como costos y gastos en la etapa de construcción generan un mayor valor en el costo fiscal del «*activo intangible*» donde ese activo está llamado a generar una contrapartida de «*pasivo por ingresos diferidos*» por el mismo valor y, al iniciar la etapa de operación comienza a amortizarse en línea recta, de manera proporcional en el tiempo, disminuyéndose así el costo fiscal y valor del activo intangible, y, consecuentemente, el del pasivo que aparejó, el cual debe reversarse en la misma proporción para pasar a reconocer el ingreso fiscal real asociado en la fase de operación. En otros términos, en la etapa de construcción de la concesión se aumenta el valor del activo intangible mediante la acumulación de costos, gastos, prestamos, etc, para



constituir el costo fiscal del mismo, mientras que en la etapa de operación y mantenimiento pasa a amortizarse ese activo intangible de la etapa de construcción y a disminuirse el pasivo por ingresos diferidos, es decir, posteriores o aplazados en el tiempo, para luego, en la operación de la concesión, reconocer el ingreso real u ordinario del respectivo contrato. Además, los artículos 21 y 28 del ET regulan de forma general el reconocimiento contable y tributario de los ingresos mediante el método de «*devengo*» o «*caja*», en contextos diferentes a los del impuesto sobre la renta y complementarios de los contratos de concesión y APP, en los que se incorporan las etapas de construcción, administración, operación y mantenimiento, regulados por las reglas especiales del artículo 32 *ib.* Sin duda, el artículo 1.2.1.25.6. del Decreto 1625 de 2016, adicionado por el Decreto 2235 de 2017, dista de esas reglas especiales en la medida en que definió los «*Ingresos devengados por el contribuyente del impuesto sobre la renta y complementario asociados a la etapa de construcción*» como el monto total de los costos y gastos reconocidos como activo intangible para efectos fiscales; con ello aplicó la regla legal 1 sobre integración del «*costo fiscal del activo intangible*», al presupuesto de la regla 3 sobre «*ingresos devengados asociados a la etapa de construcción*», sin distinguir el tipo de ingreso asociado y pese al claro y expreso tratamiento fiscal que la regla 4 dispuso para esos ingresos como «*pasivos por ingresos diferidos*». Por tanto, ese concepto reglamentario de ingreso se encuentra descontextualizado frente a las reglas 3 y 4 del artículo 32 de ET y, en todo caso, limitante de los ingresos del concesionario únicamente a los costos y gastos de la concesión, pues lo que hizo fue restringir los ingresos recibidos para incurrir en costos o gastos de la construcción, no obstante que la concesión misma puede generar otro tipo de ingresos no necesariamente vinculados con esos costos o gastos. En suma, la disposición reglamentaria establece una limitación al tratamiento de los ingresos, no prevista por el legislador en la normativa especial aplicable, conllevando el desconocimiento de la existencia de otros ingresos que no necesariamente están vinculados al costo y gasto del activo intangible, como, por ejemplo, los rendimientos financieros. De manera que, bajo el pretexto de desarrollar la ley con la definición del ingreso, el reglamento propició la colisión de dos reglas legales especiales y concretas, y desconoció de la dinámica de los contratos de concesión y APP para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios bajo el modelo de «*activo intangible*», afectando la seguridad, armonía y coherencia sistemática del debido orden jurídico, con infracción de las normas superiores y consiguiente exceso de la facultad reglamentaria. En consecuencia, la Sala anulará el artículo 1.2.1.25.6. del Decreto 1625 de 2016.”.

**OFICIO DIAN 012212 DE 2018 - Contenido / OFICIO DIAN 012212 DE 2018 - Naturaleza jurídica de acto general demandable / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD CONTRA EL OFICIO DIAN 012212 DE 2018 - Procedencia / DOCTRINA OFICIAL DE LA DIAN – Sujeción a la ley / OFICIO DIAN 012212 DE 2018 - Ilegalidad**

**Problema jurídico 2:** *¿El Oficio DIAN 012212 de 2018 es un acto demandable? ¿El parte demandado del Oficio DIAN 012212 de 2018 infringió las normas en que se debía fundar e incurrió en falta de motivación por indebida aplicación del artículo 1.2.1.25.6 del DUR?*

**Tesis 2:** “Sobre la pregunta si el concepto de «*empresa en período improductivo*» debería considerarse con independencia del tratamiento contable y la potencial obtención de menores ingresos y rendimientos financieros, para efectos de la depuración de la renta presuntiva, el Concepto DIAN 012212 del 10 de mayo de 2018 respondió que tales rendimientos no cumplen con el inciso 1 de la norma reglamentaria demandada y, que por tanto, debían reconocerse en el periodo en que se realicen. La demanda cuestiona la legalidad de dicha respuesta por infracción de las normas en que debía fundarse y falta de motivación por indebida aplicación del artículo 1.2.1.25.6 del DUR. El Ministerio de Hacienda señaló que dicho oficio no era un acto demandable, pues se limitó a resolver una consulta particular sin efectos generales; no obstante, aquel se expidió en el marco del artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, para absolver una pregunta formulada de forma indeterminada, sin comprometer intereses jurídicos particulares, sobre la vigencia del concepto de «*empresa en período improductivo*» para la depuración de renta presuntiva, con independencia del tratamiento contable y la potencial obtención de ingresos menores como rendimientos financieros. En concordancia con dicha formulación, la respuesta cuestionada se rindió en forma impersonal, invocando normas generales y abstractas vigentes (*art. 21-1 del ET y 1.2.1.25.6 del DUR*) con base en las cuales la DIAN expresó una regla interpretativa oficial sobre el supuesto consultado, a partir de la obligatoriedad de la disposición reglamentaria (*ingresos asociados a la etapa de construcción*) que ahora se enjuicia, llamada a producir efectos jurídicos vinculantes indeterminados. Se trata, por tanto, de una manifestación unilateral de la Administración que nace de la potestad de interpretar de manera oficial las normas tributarias, con carácter «*autorregulador*» de la actividad administrativa y orientadora en la aplicación del impuesto, en este caso, para la depuración de la renta presuntiva. Así, comoquiera que el oficio demandado no creó, modificó ni extinguió situaciones jurídicas individuales y concretas, se estima que podía demandarse a través del medio de control de nulidad impetrado y que, por tanto, procede el análisis de legalidad solicitado ante esta judicatura. Con ese propósito, observa la Sala que dicho oficio es producto de un único ejercicio de subsunción en la preceptiva del artículo 1.2.1.25.6 del DUR, el cual se limitó a aplicar, de modo que la anulación de la norma reglamentaria dejaría desprovisto de fundamento

jurídico al aparte acusado de ese oficio (No. 2-), el cual, en consecuencia, ha de correr la misma suerte de tal norma, pues la doctrina e interpretación oficial plasmada los actos administrativos expedidos al amparo del artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, no pueden contrariar la ley. Y es que, no siendo los ingresos financieros un costo o gasto de la construcción, cuando el oficio acusado señala que no cumplen con la norma reglamentaria acusada y que deben regularse por la norma general, no hace nada distinto que aplicar lo previsto en la norma reglamentaria acusada que esta sentencia anulará, y ello, sin duda alguna, apareja la nulidad consecencial del referido oficio. Por lo anterior, se anulará el aparte demandado del Oficio DIAN 012212 de 2018.”.

### **Salvamento de voto de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello**

**INGRESOS POR INTERESES RECIBIDOS POR EL CONCESIONARIO EN LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN EN CONTRATOS DE CONCESIÓN O ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA APP – Tratamiento fiscal en el impuesto sobre la renta. No forman parte del precio de la concesión y por ello no cumplen con los criterios previstos en el artículo 32 del Estatuto Tributario ni con el reglamento que reguló la materia para ser diferidos y, por ende, se debían reconocer siguiendo las reglas generales de realización previstas en el Estatuto, razón por la que no procedía la declaratoria de nulidad del artículo 1.2.1.25.6 del Decreto 1625 de 2016 / TRATAMIENTO FISCAL EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN O ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS APP – Reglas / INGRESOS ASOCIADOS A LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN EN CONTRATOS DE CONCESIÓN O ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA APP – Legalidad del artículo 1.2.1.25.6 del Decreto 1625 de 2016, adicionado por el Decreto 2235 de 2017. Al desarrollar la ley y cumplir la finalidad perseguida por el legislador no se encontraba viciado de nulidad por no desbordar la potestad reglamentaria**

**Tesis:** “De manera respetuosa, salvo el voto respecto de la sentencia del 23 de febrero de 2023 que anuló el artículo 1.2.1.25.6 del Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016 adicionado por el Decreto 2235 de 2017 y el aparte del concepto DIAN 012212 del 10 de mayo de 2018, que señaló que los ingresos por rendimientos financieros percibidos por los concesionarios en la etapa de construcción no cumplen con los criterios definidos en el reglamento para ser diferidos y por ende debían reconocerse siguiendo las reglas generales de realización previstas en el Estatuto Tributario, en mi opinión los ingresos por intereses que perciba el concesionario en esta etapa y los demás ingresos que no se asocian al costo de la construcción, no forman parte del precio de la concesión y por ello no cumplen con los criterios previstos en el artículo 32 del Estatuto Tributario ni con el reglamento que reguló la materia y por ende no procedía la declaratoria de nulidad. Al respecto debe observarse que de acuerdo con lo establecido en la Ley 1819 de 2016, aunque se reconoció para los obligados a llevar contabilidad, que el marco de las Normas de Contabilidad e Información Financiera (NCIF) sería la base para la determinación de los ingresos, costos y deducciones en materia fiscal, se reservó el derecho de regular ciertas materias como es el caso del tratamiento de los contratos de concesión y APP, el cual fue incluido mediante la modificación al artículo 32 del Estatuto Tributario, y que pretendía de una parte reconocer un modelo que no impactara a los concesionarios (modelo del intangible) y ceder los ingresos, costos y gastos de los concesionarios diferentes de la actividad propia del intangible concesionado para que tributaran sobre las reglas generales fiscales. De acuerdo con lo anterior tenemos que, apartándose de los reconocimientos contables, para efectos fiscales la ley determinó para los concesionarios a partir del año gravable 2017 las siguientes reglas: 1. En la etapa de construcción el costo fiscal del intangible corresponde a todos los costos y gastos devengados, incluyendo los costos por préstamos (intereses pagados), esta partida difiere todos los costos y gastos del proyecto, la cual se reconoce contra las cuentas por pagar de la concesión o contra la caja del proyecto. 2. A su turno el ingreso devengado por el concesionario, asociado a la etapa de construcción, hasta su finalización y aprobación por la entidad debe reconocerse como un pasivo por ingreso diferido, pasivo que se reconoce contra una cuenta por cobrar por los efectos de la partida doble y el efecto patrimonial del mismo. 3. El activo intangible fiscal y el pasivo por ingresos diferidos se amortizan en línea recta en iguales proporciones en el plazo de la concesión, a partir del inicio de la etapa de operación y mantenimiento. 4. Los ingresos costos y deducciones diferentes de peajes, vigencias futuras, tasas y tarifas tributan sobre la regla general del Estatuto Tributario. Este mismo tratamiento se aplicará a las concesiones que se otorguen únicamente para la construcción o únicamente para la administración, operación y mantenimiento. Siguiendo el anterior marco legal el Decreto Reglamentario señaló que los ingresos asociados a la construcción (ingreso diferido) corresponden al monto total de los costos y gastos reconocidos como activos intangibles para efectos fiscales en que haya incurrido el concesionario, desarrollando los numerales 3 y 5 del artículo 32 del Estatuto Tributario (y confirmando que las dos partidas eran iguales) con lo cual los concesionarios tributarían a medida que se recibe la retribución y esta exceda la cuenta por cobrar, y así el impuesto de renta se causa una vez se han recuperado los costos y gastos del proyecto, en la medida en que efectivamente percibían la caja. Así las

cosas, los ingresos por intereses percibidos en la etapa de construcción no cumplen las reglas establecidas en el artículo 32 porque insisto no forman parte de la contraprestación de los contratos de concesión y no pueden cumplir con la dinámica del ingreso diferido que legalmente va unido a los costos y gastos del proyecto. Por lo anterior consideró que el artículo al desarrollar la ley y cumplir la finalidad perseguida por el legislador no se encontraba viciado de nulidad por no desbordar la potestad reglamentaria.”.

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

## **2. Se precisa el alcance de los requisitos para la autorización de la reducción del anticipo del impuesto sobre la renta.**

**Síntesis del caso:** *Se estudió la legalidad del acto administrativo por el cual la DIAN rechazó la solicitud que formuló la demandante, tendiente a que se le autorizara la reducción del anticipo del impuesto sobre la renta para el período 2018, a liquidar en la declaración del año gravable 2017. La Sala confirmó la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda, al estimar que no procedía la reducción del anticipo, dado que la actora no logró acreditar la disminución de los ingresos en el primer trimestre del año 2018 respecto del año 2017. Al respecto, se aclaró que no son suficientes las expectativas o proyecciones de que no se van a recibir ingresos futuros, en la medida en que el requisito que exigen el artículo 809 del Estatuto Tributario y la Circular DIAN 0044 de 2009 no es la posibilidad de que disminuyan los ingresos, sino que efectivamente se demuestre que ello ocurrió, situación que se puede acreditar a través de cualquier medio probatorio idóneo, conducente y pertinente, lo que no sucedió en el asunto analizado.*

**ANTICIPO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA / AUTORIZACIÓN DE LA REDUCCIÓN DEL ANTICIPO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA – Presupuestos / REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE REDUCCIÓN DEL ANTICIPO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA / TRÁMITE DE LA SOLICITUD DE REDUCCIÓN DEL ANTICIPO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA / REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE REDUCCIÓN DEL ANTICIPO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA – Prueba efectiva de la disminución de los ingresos del contribuyente / SOLICITUD DE REDUCCIÓN DEL ANTICIPO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Improcedencia respecto del año gravable 2018. Falta de prueba de la disminución de los ingresos del contribuyente en el primer trimestre del 2018 respecto de los obtenidos en el año 2017 / PRUEBA DE LA DISMINUCIÓN DE LOS INGRESOS DEL CONTRIBUYENTE PARA LA AUTORIZACIÓN DE LA REDUCCIÓN DEL ANTICIPO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Libertad probatoria y alcance de la prueba**

**Problema jurídico:** *¿Procede la reducción del anticipo liquidado en la declaración de renta del año gravable 2017, para el año 2018, conforme con el artículo 809 del Estatuto Tributario?*

**Tesis:** “El artículo 807 del Estatuto Tributario establece el cálculo que están obligados a realizar los contribuyentes a título de anticipo del impuesto sobre la renta del año siguiente al gravable, el cual es liquidado en la respectiva declaración conforme con los porcentajes allí establecidos, y cuyo valor podrá ser deducido en la declaración del año gravable siguiente. Por su parte, el artículo 809 del Estatuto Tributario prevé que la administración tributaria autorizará la reducción del anticipo previa solicitud de los contribuyentes, siempre que se cumpla alguno de los presupuestos allí establecidos (...) En ese orden, la solicitud de reducción del anticipo debe ser acompañada de las pruebas necesarias que acrediten la disminución (sic) de los ingresos del contribuyente durante los primeros tres o seis meses del año al que corresponde el anticipo, en los porcentajes allí establecidos respecto de los ingresos por el mismo periodo del año anterior. Mediante la Circular nro. 044 de 2009, la DIAN instruyó sobre el trámite de las solicitudes de reducción de anticipo, y los requisitos para su radicación (...) En virtud de lo anterior y atendiendo a que en el presente caso la solicitud de la reducción del anticipo corresponde a la liquidada para el año 2018, para determinar su procedencia, se debían comparar los ingresos percibidos durante el primer trimestre del año 2018 frente a los del año anterior, esto es el 2017. La Sala advierte que el artículo 809 del Estatuto Tributario dispone que se debe acreditar la disminución de ingresos a través de pruebas idóneas y no de

meras expectativas o proyecciones. Es decir que, para la solicitud de reducción de anticipo no basta con la simple afirmación de que en el futuro no se percibirán ingresos, pues debe demostrarse que efectivamente se redujeron los ingresos durante la primera parte del año. La parte demandante alega que la solicitud presentada cumplió con todos los requisitos exigidos en el artículo 809 del Estatuto Tributario y la Circular 0044 de 2009. En el presente caso está probado que la sociedad demandante en escrito radicado el 15 de febrero de 2018, solicitó la autorización de la reducción del anticipo para el año 2018, con fundamento en que el contrato suscrito con Anadaro Colombia Company Sucursal Colombia, única fuente de ingresos, finalizó el 2 de julio de 2017, razón por la cual no generaría rentas derivadas de su actividad comercial para el primer trimestre del año 2018. Al anterior escrito, la demandante aportó como prueba para la procedencia de la reducción, el certificado suscrito por la apoderada y la contadora pública en el que se señaló que durante el primer semestre del año 2017, la sucursal generó ingresos por un total de \$38.518.587.349 y no generó ingresos durante el segundo semestre del 2017, y frente al año 2018, indicó que la sucursal no generó ingresos al cierre del mes enero. Además, que *“no se esperan recibir ingresos durante los meses de febrero y marzo del 2018, pues el contrato que reportaba los ingresos recibidos por la sucursal estuvo vigente hasta el dos (02) de julio de 2017, y no existen acuerdos, contratos distintos o adicionales que les reporten o vayan a reportar ingresos a la sucursal por el primer trimestre del año 2018”*. Por solicitud de la Administración, el 28 de febrero de 2018, la sociedad aportó una proyección de la declaración de renta del año 2017 en la cual se liquidó un anticipo por \$7.728.187.250. El 12 de marzo de 2018, la demandante presentó un memorial dando alcance a la solicitud de reducción con la proyección de la declaración de renta con el valor del anticipo ajustado, junto con el certificado suscrito por la apoderada y la contadora pública en el que consta que durante el mes de febrero de 2018, la sucursal no obtuvo ingresos. De acuerdo con lo anterior, la Sala comparte la decisión del tribunal de que las pruebas aportadas por la demandante no cumplen con lo establecido en el artículo 809 del Estatuto Tributario, en la medida que los certificados de la contadora pública aportados con la solicitud no dan cuenta que efectivamente se disminuyeron los ingresos en el primer trimestre de 2018. Si bien los certificados de la contadora evidencian de que no hubo ingresos en los dos primeros meses del año, el artículo 809 del Estatuto Tributario exige demostrar que en los tres (3) primeros meses del periodo gravable se disminuyeron los ingresos al quince por ciento de los obtenidos en el año anterior. En ese orden, la demandante no logró acreditar la disminución de los ingresos en el primer trimestre del año 2018 respecto del año 2017. Aunado a que no son suficientes las expectativas o proyecciones de que no se van a recibir ingresos futuros en virtud de la terminación del contrato del 2 de julio de 2017, con la sociedad Anadaro Colombia Company Sucursal Colombia, pues el requisito exigido no es la posibilidad que se disminuyan los ingresos, sino que efectivamente se demuestre que tal hecho ocurrió. La Administración no exigió requisitos adicionales a los previstos en la norma para el reconocimiento de la reducción, pues su procedencia no está limitada a la prueba contable, sino que admite cualquier medio probatorio idóneo, conducente y pertinente que demuestre la efectiva disminución de los ingresos en los términos establecidos en la ley. En consecuencia, los actos demandados no adolecen de una indebida motivación por cuanto, la administración cuestionó que la demandante no acreditó mediante pruebas la disminución de los ingresos que diera lugar a la procedencia de la reducción del anticipo. Con todo, y atendiendo a que la demandante no logró demostrar que los ingresos del primer trimestre del año 2018 fueron inferiores en un 15% respecto a los del año 2017, pues solo aportó las certificaciones de los meses de enero y febrero de 2018, no había lugar a la autorización de la reducción del anticipo solicitado. Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.”.

### **Salvamento de voto de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello**

**PROCEDENCIA DE LA REDUCCIÓN DEL ANTICIPO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA / AUTORIZACIÓN DE LA REDUCCIÓN DEL ANTICIPO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA / REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE REDUCCIÓN DEL ANTICIPO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Prueba de la disminución de los ingresos del contribuyente / SOLICITUD DE REDUCCIÓN DEL ANTICIPO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Procedencia respecto del año gravable 2018. Existencia de prueba de la disminución de los ingresos del contribuyente en el primer trimestre del 2018 respecto de los obtenidos en el año 2017**

**Tesis:** “En este caso la Sala indicó que *“los actos demandados no adolecen de una indebida motivación por cuanto, la administración cuestionó que la demandante no acreditó mediante pruebas la disminución de los ingresos que diera lugar a la procedencia de la reducción del anticipo.”* De manera respetuosa, me aparto de esa decisión porque considero que en este caso procedía la reducción del anticipo liquidado en la declaración de renta del año gravable 2017 para el año 2018, en acatamiento del artículo 809 del Estatuto Tributario, por las siguientes razones: Debe considerarse en primer lugar que, la sociedad demandante en escrito radicado el 15 de febrero de 2018, solicitó la autorización de la reducción del anticipo para el año 2018, con fundamento en que el contrato suscrito con Anadaro Colombia Company Sucursal Colombia, única fuente de ingresos, finalizó el 2 de julio de 2017, razón por la cual no generaría rentas derivadas de

su actividad comercial para el primer trimestre del año 2018. A este escrito, la actora adjuntó como prueba para la procedencia de la reducción, el certificado suscrito por la apoderada y la contadora pública en el que se acreditaba que no obtuvo ingresos durante el segundo semestre del 2017, y frente a la vigencia 2018, indicó que la sucursal no generó ingresos al cierre del mes enero. Y, el 12 de marzo de 2018, la demandante presentó certificado suscrito por la apoderada y la contadora pública en el que consta que, durante el mes de febrero de 2018, la sucursal no tuvo ingresos. Además, advirtió en la solicitud de reducción del anticipo que el certificado correspondiente a los ingresos de marzo de 2018 sería aportado los primeros días del mes de abril y, según afirma el actor en el concepto de la violación adjuntó con la demanda ese documento suscrito por la contadora el 9 de abril de 2018. De lo expuesto, a mi juicio, es claro que la demandante dadas las fechas de presentación de la declaración de renta, de manera anticipada presentó en el mes de febrero la solicitud en comento y, en dicha petición, advirtió que allegaría los documentos necesarios para acreditar los requisitos de que trata el artículo 809 del Estatuto Tributario, que como referí líneas atrás fueron presentados por la actora. Por esto, ante la constatación en sede judicial del cumplimiento del artículo 809 *ibidem* se debía acceder a la solicitud de reducción del anticipo.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de marzo de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2018-00237-01 \(26262\).](#)

### **3. Para la valoración probatoria del costo de ventas, se analiza el alcance de varios medios demostrativos a través de los cuales se puede soportar y se explica la incidencia del mayor o menor valor del inventario final en la determinación del costo, según el método de inventarios que se utilice.**

*Síntesis del caso:* La demandante presentó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2013, en la que registró un saldo a favor que pidió en devolución. La DIAN inició investigación previa a la devolución y mediante requerimiento especial propuso la modificación de la declaración para rechazar: i) costos de ventas, ii) deducción del GMF y, iii) compensación del exceso de renta presuntiva del año 2012, además planteó una sanción por inexactitud. Al responder el requerimiento, el contribuyente aceptó el rechazo de la deducción del GMF, para lo cual adjuntó la declaración de corrección y siguió discutiendo las demás glosas. La DIAN profirió liquidación oficial de revisión en la que desconoció la declaración de corrección provocada por incluir rubros que no fueron glosados, por lo que mantuvo el desconocimiento de las deducciones por GMF y las compensaciones de excesos de renta presuntiva y disminuyó el rechazo de costos de ventas a la suma de \$35.131.577.000. En el recurso de reconsideración, la actora reiteró la aceptación del rechazo de la deducción del GMF, para lo cual adjuntó una segunda corrección y se opuso a las demás modificaciones planteadas en la liquidación oficial. La DIAN insistió en no avalar la declaración de corrección y efectuó una nueva determinación del tributo en la que rechazó costos de ventas por \$12.436.201.000, mantuvo el desconocimiento de deducciones por GMF (dada la invalidez de la corrección) y aceptó la compensación del exceso de renta presuntiva del año 2012. Lo anterior llevó a determinar un impuesto a cargo de \$5.749.595.000 y una sanción por inexactitud de \$4.994.640.000. Luego de efectuar la valoración probatoria de los soportes del costo de ventas aportados en sede administrativa y judicial, la Sala confirmó la sentencia apelada en cuanto anuló parcialmente la liquidación oficial y el acto que la confirmó, pero modificó el restablecimiento del derecho en el sentido de i) tener en cuenta la declaración corregida por cumplir los requisitos de ley, ii) reliquidar el impuesto de renta en la forma prevista en la parte motiva de la sentencia y, iii) ordenar el reintegro del saldo a favor junto con los intereses moratorios y corrientes procedentes. Lo anterior, porque concluyó que el rechazo del costo de ventas fijado en los actos acusados por \$12.436.201.000, solo se mantenía en la suma de \$2.124.825.646, dado el desconocimiento de compras de productos tubulares en \$2.122.442.719 y logísticos por \$2.382.927, lo que dio lugar a determinar el costo de ventas en \$340.298.693.838. Para el efecto señaló que el contribuyente estableció el inventario final en \$60.310.140.950 y la Administración en \$58.064.167.920, lo cual tiene incidencia en la determinación del costo,

*porque en la medida que el inventario final sea menor el costo de ventas aumenta y, por el contrario, si el inventario final es mayor el costo de ventas disminuye. En consecuencia, la Sala fijó el inventario final en la suma que reportó la demandante, quien aceptó que fue mayor, de modo que reconoció el efecto de aquel en la determinación del costo de ventas (el cual disminuye aumentando la renta gravable). Finalmente, se mantuvo la sanción por inexactitud respecto de las glosas rechazadas.*

**COSTO DE VENTAS / VALORACIÓN PROBATORIA DEL COSTO DE VENTAS / CERTIFICADO DEL REVISOR FISCAL - Requisitos / ALCANCE PROBATORIO DEL CERTIFICADO DEL REVISOR FISCAL / VALOR PROBATORIO DEL DICTAMEN PERICIAL / ALCANCE DEL DICTAMEN PERICIAL / MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIA TRIBUTARIA - Reiteración de jurisprudencia / PROCEDENCIA DE COSTOS EN MATERIA TRIBUTARIA / PRUEBA DE LA REALIDAD DE LAS OPERACIONES ECONÓMICAS REGISTRADAS EN LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS**

*Problema jurídico 1: ¿Procede otorgar pleno valor probatorio a la contabilidad, los certificados del revisor fiscal, el dictamen pericial, las facturas y demás documentos externos que soportan el costo, como lo solicita la parte actora apelante?*

Tesis 1: “Solicita el apelante que se le otorgue pleno valor probatorio a la contabilidad, los certificados del revisor fiscal, el dictamen pericial, las facturas y demás documentos externos que soportan el costo. La Sala pone de presente que conforme con el artículo 743 del Estatuto Tributario, esos documentos se tendrán como prueba en la medida que cumplan las exigencias legales para establecer el hecho por demostrarse, o dependiendo del grado de conexión con lo que se pretende probar, o el valor de convencimiento que pueda atribuírsele, siempre que no se encuentren desvirtuados con otros medios de prueba allegados al expediente. Al respecto, debe precisarse que, si bien el certificado de revisor fiscal constituye prueba contable conforme con el artículo 777 del Estatuto Tributario, la idoneidad de esa clase de certificaciones dependerá de su grado de detalle y de la calidad de los comprobantes que los acompañen, lo cual será constatado en esta providencia. En cuanto al dictamen pericial, se advierte que el mismo fue objeto de contradicción por parte de la demandada, bajo el argumento de que versa sobre puntos de derecho al afirmar que las facturas cumplen los requisitos de ley, y que no aporta los documentos que le sirven de fundamento a sus apreciaciones ni a su experiencia como perito en asuntos tributarios, además, que no es claro ni preciso. También advirtió que no es imparcial en sus apreciaciones, toda vez que afirma que revisó asuntos del año 2014 relativos a notas créditos sin revelar su relación con las facturas del 2013. Y que el dictamen se hizo con salvedades, porque fue realizado con la información que le suministraron y no con la que tenía que revisarse. Al respecto, se precisa que los argumentos de la DIAN no le restan validez probatoria al dictamen pericial, toda vez que la experticia responde a lo solicitado como objeto de la prueba, que se concretó en la verificación contable y fiscal de los valores registrado como costo de ventas, la cual fue realizada de manera clara y detallada por cada uno de los conceptos discutidos de ese rubro. No obstante, no se tendrá en cuenta la calificación jurídica que realizó de las 1.220 facturas aportadas como soporte de costos por logísticos de ventas y otras compras y servicios (...), en la medida que la competencia para decidir al respecto corresponde al juez. En cuanto a la aportación de los documentos que soportan la experticia, esa situación se verificará en el cargo respectivo que se valore como prueba. Y en relación con los soportes de su experiencia como perito en aspectos tributarios, se advierte que con el dictamen se allegó la hoja de vida en la que informa su profesión de contadora pública, estudios y experiencia en la materia, a la cual anexó las certificaciones respectivas (...), lo que resulta suficiente para demostrar la idoneidad y la experiencia técnica del perito. Frente a la afirmación sobre las notas créditos del año 2014, se considera que no es una apreciación subjetiva del perito, sino que la misma deviene del análisis que realizó del registro contable, de las facturas de las compras y las notas créditos (...). En todo caso, debe tenerse en cuenta que las afirmaciones del perito no conducen a que se den por ciertos los hechos de la demanda, ya que esto corresponde a aspectos propios del estudio de fondo de los cargos y del análisis de las pruebas recaudadas en el expediente. De acuerdo con las anteriores precisiones, se realizará la valoración probatoria en esta providencia.”

**DETERMINACIÓN DEL COSTO DE VENTAS / APOORTE DE NUEVAS O MEJORES PRUEBAS EN EL PROCESO JUDICIAL - Procedencia. Reiteración de jurisprudencia / DETERMINACIÓN DEL COSTO DE VENTAS – Incidencia del mayor o menor valor del inventario final en la determinación del costo, según el método de inventarios que se utilice / REALIDAD DE LAS OPERACIONES ECONÓMICAS REGISTRADAS EN LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS / VALORACIÓN PROBATORIA DEL COSTO DE VENTAS / COSTOS LOGÍSTICOS DE IMPORTACIÓN Y ARANCELES - Existencia de incongruencia en la sentencia apelada / INCIDENCIA DEL INVENTARIO FINAL EN LA**

**DETERMINACIÓN DEL COSTO DE VENTAS / INVENTARIO FINAL - Concepto / RECONOCIMIENTO DE OTROS COSTOS Y COMPRAS DE SERVICIOS – Procedencia. El valor probatorio de los documentos soporte no se desconoció en los actos demandados, de modo que deben ser aceptados como parte integrante de los costos de ventas incurridos por la actora en la vigencia fiscal analizada / RECHAZO DEL COSTO DE VENTAS – Ilegalidad parcial de los actos acusados**

**Problema jurídico 2: ¿Procedía el rechazo del costo de venta?**

**Tesis 2:** “[S]e advierte que, en los actos demandados, la aplicación del sistema de inventarios no es el motivo por el cual se rechaza el costo de venta, ni en los mismos se impone una sanción bajo ese supuesto. En efecto, si bien la DIAN advirtió inconsistencias en los registros contables y los estados de costos reportados por el contribuyente, que llevó a cuestionar la aplicación del sistema de inventario permanente y verificar la determinación del costo de ventas, lo cierto es que el fundamento del rechazo radica en que el contribuyente no aportó todas las facturas que respaldan las compras, ni los documentos que soportan los ajustes incluidos en el cálculo del costo de ventas. Lo anterior, se corrobora en que la Administración realizó un recalcule del costo de ventas por el sistema de juego de inventarios, a partir de las pruebas allegadas por el contribuyente, por lo que independientemente del sistema aplicado, el desconocimiento se presentó por la falta de soporte. Así, se aclara que la discusión sobre el costo de ventas gira en torno a un tema probatorio, en cuanto a si los elementos que lo determinan y fueron cuestionados por la DIAN, se encuentran demostrados por la sociedad. Por lo anterior, la Sala examinará la determinación del costo de venta, siguiendo el sistema utilizado en los actos demandados, y teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente, incluyendo, las aportadas por el actor en sede judicial, por ser una de las oportunidades legales que le permiten presentar nuevas pruebas o mejorar las recaudadas en la actuación administrativa, en virtud de lo dispuesto en los artículos 162 (numeral 5), 166 (numeral 2), y 175 (numeral 4) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. **Rechazo del costo de ventas.** El costo de ventas desconocido por la DIAN, se desprende de los valores no soportados en el siguiente cálculo del costo de venta presentado a manera de juego de inventarios:

Glosas	Conceptos	Tenaris	DIAN	Diferencia
	<b>Inventario Inicial</b>	123.823.875.754	123.823.875.754	0
	<b>Más:</b>			
(1)	Compras de productos tubulares	277.063.263.842	274.940.664.853	2.122.598.989
(2)	Logísticos de importación y de arancel	11.089.840.783	11.066.244.856	23.595.927
	<b>Total compras</b>	<b>288.153.104.625</b>	<b>286.006.909.709</b>	<b>2.146.194.916</b>
(3)	<b>Menos:</b> Total inventario final	60.310.140.950	58.064.167.920	-2.245.973.030
	<b>Otras compras y otros costos</b>			
(4)	Otros costos y compra de servicios	12.535.979.994	0	12.535.979.994
(5)	Ajustes precios de transferencia	-9.790.852.944	-17.936.045.545	8.145.192.601
	Otros ajustes créditos de costos	-8.145.192.601	0	-8.145.192.601
	<b>Total</b>	<b>-5.400.065.551</b>	<b>-17.936.045.545</b>	<b>12.535.979.994</b>
	<b>Costo de ventas contable</b>	<b>346.266.773.878</b>	<b>333.830.571.998</b>	<b>12.436.201.880</b>
	Menos ajustes fiscales por provisiones contables no deducibles	-3.843.254.394	-3.843.254.394	0
	<b>TOTAL COSTO DE VENTAS RENTA</b>	<b>342.423.519.484</b>	<b>329.987.317.604</b>	<b>12.436.201.880</b>

En ese orden, se analizarán las glosas discutidas por el apelante. Además, se incluirá un acápite sobre el inventario final, porque aunque fue establecido por menor valor en los actos demandados (\$58.064.167.920), lo que genera un aumento del costo de ventas (por efectos de la aplicación de la fórmula del juego de inventarios y que riñe con la naturaleza del proceso de liquidación de impuestos), se advierte que en el cálculo del costo de ventas realizado en la demanda, el actor acepta que su valor (\$60.310.140.950), lo que tiene una incidencia en la determinación del costo de ventas, como se explicara más adelante. **2.1. Rechazo de compras de productos tubulares.** El contribuyente registró compras de tubos por valor de \$277.063.263.842, pero la Administración determinó ese rubro en la suma de \$274.940.664.853, porque desconoce la suma de \$2.122.598.989, con fundamento en que: i) \$156.270, no coincidían con el valor registrado en la factura E00055300 de 2013, expedida por la proveedora Tenaris Global Services S.A., y la información contable suministrada por la actora en los folios (...) ii) \$2.122.442.719, respecto de las facturas FT008529 (13/12/2013), FT008532 (13/12/2013), FT008542 (16/12/2013), FT008568 (18/12/2013) y FT008579 (19/12/2013) expedidas por el proveedor Tubo Caribe Ltda. por cuanto halló 5 notas crédito que reversaban la operación. En cuanto a las compras realizadas a Tenaris Global Services S.A. es del caso aclarar que aun cuando en la resolución que decidió el recurso de reconsideración también se indicó el rechazo de la factura E00062942 del 13 de noviembre de 2013 (...), el mismo no se vio reflejado en el desconocimiento de las compras a la citada proveedora, el cual finalmente se dio sólo por \$156.270 (...) correspondiente a la diferencia no justificada de la factura E00055300 de 2013. Así, al revisar los asientos contables de la factura E00055300 del 17 de mayo de 2013 (...), no se advierte el faltante de \$156.270 que alega la Administración, por el contrario, en este registro se

evidencia que el valor de compra de los 6 artículos adquiridos con dicha factura es de USD\$100.077,53, y COP\$184.180.834, que corresponde al mismo monto de la factura (...) y el registrado en SAP (...). Frente al rechazo de las compras realizadas a Tubo Caribe Ltda. en las facturas (...), la Sala precisa que, respecto de las mismas fueron expedidas las notas créditos NV 2346, 2347, 2348, 2349 y 2350 del 24 de febrero de 2014, (...), que informan en el encabezado "014. Anul. Factura sin devol COP" y en la descripción consta la observación "devolución de tuberías". De tal manera que, las notas créditos informan la devolución de compras de mercancías de un período anterior. Con la expedición de las notas créditos, se encuentra demostrado que los inventarios registrados en las mencionadas facturas del año 2013, fueron objeto de devolución en el 2014, lo que implica que estos bienes no fueron utilizados o consumidos por la compañía, y en consecuencia, no pueden hacer parte del costo de venta. Esto encuentra explicación en el artículo 11 del Decreto 2649 de 1993, vigente para la época, según el cual, "Los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia o realidad económica y no únicamente en su forma legal". En ese entendido, no es procedente determinar el costo de ventas con unas mercancías devueltas por la empresa, en tanto la realidad económica de la operación, es que la compra fue reversada, los bienes salieron del inventario, y por lo tanto, no se destinaron a la venta por parte del contribuyente. Así, teniendo en cuenta que las mercancías fueron devueltas en febrero de 2014, se trata de un hecho posterior al cierre contable, pero previo a la publicación de los estados financieros y a la presentación de la declaración del impuesto de renta de 2013, de manera que, la compañía debió hacer el ajuste al cierre contable y a los estados financieros del 2013 excluyendo las compras devueltas del costo de ventas, y en caso de no haber procedido como señalan las reglas contables debió reflejar el ajuste en la conciliación fiscal al momento de elaborar su declaración de renta. De tal manera que, la expedición de las notas créditos en el 2014 no afecta fiscalmente el costo de ventas del año 2014, sino del año 2013, porque reversa las compras facturadas en dicho año (2013). Así, el costo de ventas del año 2013 debió ajustarse a la realidad económica de esta operación (devolución de compras), además, porque se repite el hecho fue conocido antes de la publicación de los estados financieros y la presentación de la declaración de renta del año 2013. Así las cosas, frente a las compras declaradas por la contribuyente se acepta la suma de \$156.270 por compras a Tenaris Global Services S.A., y se rechaza el valor de \$2.122.442.719 por las compras devueltas a Tubo Caribe Ltda. En consecuencia, se establece que el monto de compras para la vigencia fiscal 2013 es de \$274.940.821.123.

**2.2. Rechazo de logísticos de importación y de arancel.** En este punto, es del caso señalar que la apelante acusa de incongruente la sentencia de primer grado porque sobre el rubro de costos logísticos de importación y aranceles la suma discutida corresponde a "\$23.865.927", y no a \$10.104.488.921 como lo entendió el Tribunal. En este aspecto, al revisar la resolución que decidió el recurso de reconsideración se advierte que la Administración aceptó esta glosa por valor total de \$11.066.244.856 (\$2.455.357.000 por aranceles, y \$8.610.887.856 por logísticos de importación) de los \$11.089.840.783 solicitados por el contribuyente; en consecuencia, la suma no aceptada es de \$23.595.927 (...). De tal manera que, la sentencia apelada no fue congruente con el valor discutido por las partes, pero se aclara que la consecuencia de esta determinación no es la revocatoria de la sentencia apelada, sino la reconducción oficiosa del debate, en garantía del debido proceso de ambas partes. Por lo anterior, procede la Sala estudiar si hay lugar al desconocimiento de la deducción por logísticos de importación y aranceles por \$23.595.927 efectuado por la Administración. Verificado el expediente, se advierte que en el dictamen pericial y en el recurso de apelación se explica que la diferencia de esta glosa se desvirtúa con las facturas Nros. 88309 por \$5.386.500, 59299 por \$5.386.500 y TON-005914 por \$10.440.000 (...), por valor total de \$21.213.000, las cuales fueron aportadas con la demanda. A ese respecto, destaca la Sala, que las citadas facturas se encuentran dentro del listado de facturas rechazadas por la Administración por costos logísticos de importación (...), y fueron desconocidas porque las dos primeras no se aportaron a la actuación administrativa y la tercera porque era ilegible. Sin embargo, al hallarse aportadas al proceso en copias legibles como se aprecia a folios 283 a 285 del cuaderno principal 2, deben aceptarse, pero en el valor acreditado de \$21.213.000, conforme con lo cual subsiste una diferencia no justificada de \$2.382.927. Por lo anterior, la Sala determina que el costo de logísticos de importación y aranceles corresponde a la suma de \$11.087.457.856, la cual debe ser considerada para la determinación del costo de ventas.

**2.3. Diferencia inventario final.** En cuanto al inventario final, como se indicó en líneas atrás, se advierte que el contribuyente lo establece en la suma de \$60.310.140.950, mientras que la Administración en \$58.064.167.920. Esto tiene una incidencia en la determinación del costo, porque en la medida que el inventario final sea menor el costo de ventas aumenta, y por el contrario, si el inventario final es mayor el costo de ventas disminuye. Para una mayor precisión debe observarse que el inventario final es la cantidad, y el valor total, de los bienes en producción y posesión de una empresa al final del año e incluye mercancías que aún no han sido vendidas, o que se encuentran en proceso de transformación, en el caso de entidades manufactureras, por ello para su determinación es importante considerar el número de unidades disponibles y el método de valoración de inventarios que aplique la entidad, aspectos que no fueron objeto de controversia en la actuación oficial, toda vez que esta información fue asumida por la DIAN de un reporte inicial de costo de ventas que se presentó en una solicitud previa y que estaba incidido por el manejo de los inventarios en tránsito y los costos indirectos de fabricación sin afectar el resultado final. Por lo anterior y dado que el actor en la respuesta al requerimiento especial y en la demanda, en el cálculo del costo de ventas que presenta, informa que el



valor del inventario final es de \$60.310.140.950, aceptando que fue mayor, y en tal sentido, reconoce el efecto que tiene en la determinación del costo de ventas (disminuye aumentado la renta gravable), la Sala fija el inventario final en la suma de \$60.310.140.950. **2.4. Rechazo de otros costos y compras de servicios.** La sociedad solicita otros costos y compras de servicios por la suma de \$12.535.979.994 que fueron soportados en el recurso de reconsideración, con las facturas de servicios de ranurados y transporte, y relación de dichos costos (...). En los actos demandados este concepto no se tiene en cuenta para determinar el costo de venta, sin embargo, la Sala advierte que en los mismos, la Administración no presentó argumentos que sustentaran su desconocimiento, como tampoco controvertió las pruebas aportadas por el contribuyente como soporte (...). [L]a discusión de la entidad fiscal gira en torno al ajuste de otros costos y compras, aplicado al costo de logísticos de ventas y otras compras de servicios, pero no sobre este último concepto, sobre el cual solo mencionó que se enunciaba hasta esa instancia, lo que no es cierto como se constata en la respuesta al requerimiento especial. En todo caso, la Sala enfatiza que el recurso de reconsideración era una de las oportunidades con las que contaba el contribuyente para aportar pruebas que soportaran los costos de ventas, y que las mismas podía ser discutidas por la DIAN al resolver el recurso o en sede judicial, lo que no ocurrió. De manera que, por encontrarse documentados esos costos, y teniendo en cuenta que su desconocimiento no fue sustentado en la actuación demandada, en tanto no fue controvertido este concepto en la suma indicada por el contribuyente, ni el valor probatorio de los documentos soportes, deben ser aceptados como parte integrante de los costos de ventas incurridos por la actora en la vigencia fiscal analizada. **2.5. Rechazo de ajustes de precios de transferencia, y ajustes de otras compras y otros costos.** El contribuyente disminuye la determinación del costo con los siguientes ajustes: i) ajustes por precios de transferencia de \$9.790.852.944. ii) ajustes de otras compras y otros costos por \$8.145.192.601, de los cuales \$3.159.615.122 corresponden a rebates (descuentos) y \$4.985.577.479 por mercancías despachadas en el 2013 y facturadas en el 2014. Por su parte, la DIAN reconoció ajustes por la suma total de \$17.936.045.545, relativos a ajustes de precios de transferencia, con el argumento de que así lo había informado el contribuyente (...). Conforme con lo anterior, la Administración y el contribuyente reconocen ajustes por la suma total de \$17.936.045.545. En efecto, aunque las partes los presentan de manera separada, la Administración solo por concepto de ajustes de precios de transferencia (\$17.936.045.545), y el contribuyente por ajustes de precios de transferencias y por ajustes de otras compras y costos (\$9.790.852.944 + \$8.145.192.601 = \$17.936.045.545), lo cierto es que ambas coinciden en llevar el mismo valor por ajustes. De tal manera que, no hay lugar a entrar en la discusión de los conceptos que lo conforman, si la demandante y la demandada llegan a la misma suma. Así las cosas, la Sala encuentra que al aplicar los ajustes que aceptan las partes de (\$17.936.045.545), sobre los otros costos y compras de servicios por \$12.535.979.994, que fueron reconocidos en el cargo anterior, se obtiene la suma negativa de (\$5.400.065.551) que registra el demandante.

Conceptos	Tenaris	DIAN	Consejo de Estado
<b>Otras compras y otros costos</b>			
Otros costos y compra de servicios	12.535.979.994	0	12.535.979.994
Ajustes precios de transferencia	-9.790.852.944	-17.936.045.545	-17.936.045.545
Otros ajustes créditos de costos	-8.145.192.601	0	
<b>Total</b>	<b>-5.400.065.551</b>	<b>-17.936.045.545</b>	<b>-5.400.065.551</b>

Por las anteriores razones, la Sala determina los ajustes al costo en la suma de \$17.936.045.545. En consecuencia, el renglón de otras compras y otros costos, debe determinarse con ajustes del costo por valor de \$17.936.045.545, suma negativa que se descuenta de los costos de otras costos y compras de \$12.535.979.994 reconocidos en el cargo anterior, lo que genera un valor total de esta partida en -5.400.065.551. **2.6. Determinación del costo de venta** A continuación la Sala realiza la liquidación del costo de venta, la cual tendrá en cuenta las determinaciones hechas en esta sentencia.

Glosas	Conceptos	Tenaris	DIAN	Consejo de Estado
	<b>Inventario Inicial</b>	123.823.875.754	123.823.875.754	123.823.875.754
	<b>Más:</b>			
(1)	Compras de productos tubulares	277.063.263.842	274.940.664.853	274.940.821.123
(2)	Logísticos de importación y de arancel	11.089.840.783	11.066.244.856	11.087.457.856
	<b>Total compras</b>	<b>288.153.104.625</b>	<b>286.006.909.709</b>	<b>286.028.278.979</b>
(3)	<b>Menos: Total inventario final</b>	<b>60.310.140.950</b>	<b>58.064.167.920</b>	<b>60.310.140.950</b>
	<b>Otras compras y otros costos</b>			
(4)	Otros costos y compra de servicios	12.535.979.994	0	12.535.979.994
(5)	Ajustes precios de transferencia	-9.790.852.944	-17.936.045.545	-17.936.045.545
	Otros ajustes créditos de costos	-8.145.192.601	0	
	<b>Total</b>	<b>-5.400.065.551</b>	<b>-17.936.045.545</b>	<b>-5.400.065.551</b>
	Menos ajustes fiscales por provisiones contables no deducibles	-3.843.254.394	-3.843.254.394	-3.843.254.394
	<b>TOTAL COSTO DE VENTAS RENTA</b>	<b>342.423.519.484</b>	<b>329.987.317.604</b>	<b>340.298.693.838</b>

Como se observa, el desconocimiento de compras de productos tubulares en \$2.122.442.719 y logísticos por \$2.382.927, generan que el costo de ventas se determine en la suma de \$340.298.693.838. En consecuencia, el rechazo del costo de venta determinado en los actos por \$12.436.201.000, solo se mantiene en la suma de \$2.124.825.646. Por tanto, prospera parcialmente el recurso de apelación”.

### **SANCIÓN POR INEXACTITUD POR INCLUSIÓN DE COSTO DE VENTAS IMPROCEDENTE - Configuración / SANCIÓN POR INEXACTITUD – Presupuestos / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL RÉGIMEN SANCIONATORIO TRIBUTARIO - Procedencia**

*Problema jurídico 3: ¿Procedía la imposición de la sanción por inexactitud?*

**Tesis 3:** “Respecto de los valores no aceptados en esta providencia, debe mantenerse la sanción por inexactitud, en la medida que la demandante incurrió en una de las conductas tipificadas como sancionable, como es la inclusión de un mayor costo de ventas al procedente, lo que corresponde a la utilización de costos que no fueron consumidos y facturas que no fueron debidamente acreditadas, de lo cual derivó una menor carga impositiva, lo que de ninguna manera es atribuible a una diferencia de criterios, comoquiera que no se deriva de la interpretación de las normas aplicables. Así mismo, se aclara al apelante que para imponer la sanción por inexactitud, no se requiere probar que el contribuyente actuó con intención dolosa, sino haber incurrido en una de las conductas sancionables en el artículo 647 del Estatuto Tributario, como ocurrió en el presente caso. Por consiguiente, la Sala reliquidará la sanción por inexactitud, manteniendo la aplicación del principio de favorabilidad que realizó el Tribunal, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 282 de la Ley 1819 de 2016”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 27 de abril de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2017-00785-01 \(24973\).](#)

## **4. La aplicación del incentivo tributario por la generación de empleo para contribuyentes que se asentaran por primera vez en el municipio de Chía exigía la contratación de un 50% de personal oriundo del mismo, con independencia del sistema de contratación escogido para la construcción de sus sedes en dicha entidad territorial.**

**Síntesis del caso:** *Se demandó la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales el municipio de Chía negó a la demandante el beneficio tributario por generación de empleo que solicitó, consistente en la aplicación de las tarifas progresivas del ICA y previsto por el artículo 44 del Acuerdo 52 de 2013, del concejo municipal. La Sala confirmó la sentencia apelada que no accedió a la nulidad de dichos actos, porque concluyó que, con prescindencia del sistema de contratación escogido por el obligado tributario para la construcción de su sede en el municipio, para acceder al mencionado beneficio tributario se debía observar la normativa vigente que ordenaba que el 50% de la mano de obra calificada y no calificada en desarrollo de la referida construcción fuera oriunda de Chía, exigencia que no cumplió la empresa demandante. Así mismo, estimó que el municipio no violó el principio de confianza legítima de la empresa, porque si bien, las respuestas a los escritos de petición que esta presentó, sí possibilitaban la interpretación extensiva que reclama, al señalar que la autoridad consideró que no era obligatorio cumplir con la aludida exigencia cuando la construcción de su sede se contratara con un tercero, lo cierto es que una interpretación en tal sentido sería contra legem y, por ende, no podría ser aplicada, dado que el parágrafo 2.º del artículo 44 del Acuerdo 52 de 2013 expresamente determinaba, sin excepción alguna, que quienes «pretendieran asentarse por primera vez» en el municipio de Chía y quisieran beneficiarse del incentivo tributario debían acreditar los requisitos allí previstos, disposición que además imponía una interpretación restrictiva, por ser norma de excepción.*

**INCENTIVO TRIBUTARIO POR GENERACIÓN DE EMPLEO EN EL MUNICIPIO DE CHÍA - Aplicación de tarifas progresivas del ICA / REQUISITOS DEL INCENTIVO TRIBUTARIO POR GENERACIÓN DE EMPLEO EN EL MUNICIPIO DE CHÍA / INCENTIVO TRIBUTARIO POR GENERACIÓN DE EMPLEO EN EL MUNICIPIO DE CHÍA - Finalidad / INCENTIVO TRIBUTARIO POR GENERACIÓN DE EMPLEO EN EL MUNICIPIO DE CHÍA - Exigencia de contratación de un 50 % de empleados oriundos de Chía para contribuyentes que se asentaran por primera vez en el municipio**

**Problema jurídico 1:** *¿Para acceder a la aplicación de las tarifas progresivas del ICA otorgadas por el artículo 44 del Acuerdo 52 de 2013 del municipio de Chía, la contribuyente debía acreditar que el 50% de la mano de obra calificada y no calificada vinculada en desarrollo de la construcción de su sede era oriunda de dicho municipio, pese a haber encargado a un tercero esta construcción?*

**Tesis 1:** “Con miras a desatar la litis, la Sala precisa que el artículo 44 del Acuerdo nro. 52 de 2013, vigente para la época de los hechos, consagraba un «incentivo tributario por generación de empleo» que se concretaba en la aplicación de tarifas progresivas del ICA, a cuyos efectos, determinaba en el parágrafo 1.º, como “requisito habilitante” efectuar una inversión de no menos de 25.000 UVT en (i) compra de inmuebles; (ii) construcción de obras nuevas y mejoras y adecuaciones a construcciones preexistentes, y seguidamente en el parágrafo 2.º, determinaba: *Para los industriales, comerciantes y prestadores de servicios que por primera vez pretendan asentarse en el Municipio de Chía y que quieran beneficiarse de los incentivos a que se refiere el presente artículo deberán cumplir con los siguientes requisitos: (...) b. En el año 1o, el 50% de la mano de obra calificada y no calificada deberá ser del Municipio de Chía, en el desarrollo de la actividad constructiva de la sede de la empresa. (...).* Repárese en que, para acceder al beneficio de las tarifas progresivas de ICA, por parte de contribuyentes que se asentaran por primera vez en el municipio, la norma exigía no solo la inversión mínima tasada en UVT (requisito habilitante), como lo pretende la apelante, sino también, la acreditación de otras condiciones, las cuales listó en el parágrafo 2º (literales del a. al i.), entre ellas, la que interesa al proceso, consistente en que la mitad de los trabajadores para el desarrollo de la construcción, debían ser del municipio de Chía (literal b), exigencia que se explica en función de la finalidad del beneficio prevista en el inciso 1.º del artículo 44 del acuerdo 52 de 2013, cual era, promover el asentamiento de empresas, en procura de la generación de empleo y el desarrollo económico del municipio. Ahora bien, no advierte la Sala, que la norma haya previsto alguna situación especial o de excepción que, de cumplirse, dispensara al obligado tributario del cumplimiento del señalado requisito, como por ejemplo el encargo de la construcción de la sede; de manera que sí la sociedad actora pretendía beneficiarse con las tarifas progresivas del ICA debió asegurarse de poder acreditar tal condición. Con prescindencia del sistema de contratación escogido por el obligado tributario para la construcción de su sede en el municipio de Chía, debía observarse la normativa vigente que ordenaba la contratación de un número de empleados oriundos del municipio.”

**REQUISITOS DEL INCENTIVO TRIBUTARIO POR GENERACIÓN DE EMPLEO EN EL MUNICIPIO DE CHÍA / INCENTIVO TRIBUTARIO POR GENERACIÓN DE EMPLEO EN EL MUNICIPIO DE CHÍA - Finalidad / INCENTIVO TRIBUTARIO POR GENERACIÓN DE EMPLEO EN EL MUNICIPIO DE CHÍA - Exigencia de contratación de un 50 % de empleados oriundos de Chía para contribuyentes que se asentaran por primera vez en el municipio / INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS NORMAS DE EXCEPCIÓN DE CARÁCTER TRIBUTARIO – Reiteración de jurisprudencia / INTERPRETACIÓN CONTRA LEGEM - Inaplicabilidad / DOCTRINA OFICIAL – Alcance / DOCTRINA OFICIAL CONTRARIA A LA LEY – Inaplicabilidad / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA – Ausencia de violación**

**Problema jurídico 2:** *¿La Administración vulneró la confianza legítima de la demandante? ¿En las respuestas a las peticiones que invoca la actora, la autoridad indicó que las compañías que tercerizaban la construcción de su sede no debían cumplir con los porcentajes de vinculación de trabajadores provenientes del municipio exigidos por el artículo 44 del Acuerdo 52 de 2013 del municipio de Chía? ¿La actora podía alegar las respuestas en cuestión a su favor?*

**Tesis 2:** “3.2- Respecto de las respuestas a los escritos de petición que se demandan, revisado su contenido, advierte la Sala que aunque no resultan contundentes, comoquiera que contienen apartes contradictorios, sí posibilitaban la interpretación extensiva que hace la actora al señalar que la autoridad consideró que no era obligatorio cumplir con el requisito de la letra b. del parágrafo 2.º del artículo 44 ídem, cuando la construcción de su sede fuera contratada con un tercero. Sin embargo, una interpretación en tal sentido, sería *contra legem* y no podría ser aplicada, pues conforme quedó señalado en el fundamento jurídico 2.2 de este fallo, el parágrafo 2.º del artículo 44 del Acuerdo 52 de 2013 expresamente determinaba, sin excepción alguna, que quienes «pretendieran asentarse por primera vez» en el municipio

de Chía y quisieran beneficiarse del incentivo tributario, debían acreditar los requisitos allí previstos, entre ellos, el señalado en la letra *b.*, referido a que «[e]n el año 1º, el 50% de la mano de obra calificada y no calificada deberá ser del Municipio de Chía, en el desarrollo de la actividad constructiva de la sede de la empresa», disposición que además imponía una interpretación restrictiva, por ser norma de excepción, como ha sido considerado en anteriores oportunidades por la Sección. 3.3- Sobre la inaplicabilidad de una interpretación que excede la norma, se ha pronunciado la Sección señalando que no podría esta corporación «ordenar la aplicación de la doctrina en contravención a la propia Ley, pues el pronunciamiento invocado por la actora (...) contrariaba las disposiciones legales en las que debía fundarse». Igualmente dijo la Sala en oportunidad anterior que «[s]i bien esa clase de interpretaciones oficiales es relevante porque ilustra el criterio con el que la autoridad aplicará las normas generales en los casos particulares, carece de entidad para derogar un contenido legal. De manera que no se puede afirmar que la doctrina oficial incorpora mandatos jurídicos en los que se puedan sustentar las actuaciones administrativas que contrarían disposiciones legales (...)». De acuerdo con lo anterior, el actuar de la demandante no podría estar amparado en un pronunciamiento abiertamente opuesto a la normativa local, menos aun cuando se trataba de un beneficio fiscal, condicionado al cumplimiento de expresos requisitos, cuya expresa finalidad es estimular la generación de empleos en el municipio.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de mayo de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 25000-23-37-000-2017-01596-01 \(26963\).](#)

7  
SECCIÓN  
QUINTA



# BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

## 1. Se negó la nulidad del acto de elección de un representante a la Cámara por el departamento de Arauca.

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del acto de elección de un representante a la Cámara por el departamento de Arauca, alegando que: (i) tiene doble nacionalidad y (ii) que incurrió en la prohibición de doble militancia pues, fue candidato a la Alcaldía de Arauca (2020 -2023) por el Partido Colombia Renaciente y luego se inscribió a la Cámara de Representantes por el departamento de Arauca (2022- 2026) por el Partido Liberal Colombiano. La Sala negó las pretensiones de la demanda luego de concluir que, (i) el demandado es colombiano por nacimiento y tiene doble nacionalidad; y, (ii) no se configuró la prohibición de doble militancia dado que para la fecha de inscripción del demandado como candidato por el partido Liberal Colombiano, ya se había desvinculado del partido Colombia Renaciente.

### NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / DOBLE NACIONALIDAD / COLOMBIANO POR NACIMIENTO / PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA POLÍTICA POR PERTENECER A MÁS DE UN PARTIDO O MOVIMIENTO POLÍTICO / RENUNCIA A PARTIDO POLÍTICO

**Problema jurídico:** Se circunscribe a determinar si es nulo o no el acto mediante el cual se declaró la elección del señor Germán Rogelio Rozo Anís, como representante a la Cámara por el departamento de Arauca. Para tal efecto, resulta necesario determinar si el demandado: i) tiene doble nacionalidad o no y, si es colombiano por nacimiento. Ello, con el fin de establecer si en el presente caso se materializa la causal de inhabilidad contenida en el artículo 179.7 Superior y, ii) incurrió en la prohibición de doble militancia, pues, fue candidato a la Alcaldía de Arauca (2020 -2023) por el Partido Colombia Renaciente y luego se inscribió a la Cámara de Representante por el departamento de Arauca (2022- 2026) por el Partido Liberal Colombiano.

**Tesis:** “[L]a doble nacionalidad, no es otra cosa que el arraigo que se tenga con dos Estados. Ahora, la norma señalada [numeral 7 del artículo 179 de la Constitución Política] contempla la prohibición para los candidatos de tener doble nacionalidad, no obstante, exceptúa a los colombianos por nacimiento, es decir, que los extranjeros que adquieran su ciudadanía no podrán ser elegidos para pertenecer al Congreso de la República. Para entender el concepto de nacionales por nacimiento se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 96 Superior. (...). Entonces, los colombianos por nacimiento son: i) los nacidos en Colombia, siendo alguno de sus padres de nacionalidad colombiana (ius soli + ius sanguini); ii) quienes nacen en el territorio nacional, siendo sus padres extranjeros, pero domiciliados en Colombia (ius soli + ius domicili); iii) los que han nacido en el extranjero, alguno de sus padres es colombiano y posteriormente ubican su domicilio en Colombia (ius sanguini + ius domicili); y iv) Quienes han nacido en el extranjero, alguno de sus padres es colombiano y se registran ante una oficina consular de Colombia (ius sanguini). (...). Respecto al primer cargo, encuentra la Sala que, del material probatorio aportado, es posible concluir que el señor Germán Rogelio Rozo Anís es colombiano por nacimiento, teniendo en cuenta que se encuentra bajo la primera hipótesis prevista en el artículo 96 de la Constitución de 1991, es decir registrado en territorio colombiano, (...) y su padre es de nacionalidad colombiana. Lo anterior es posible concluirlo, pues dentro del proceso se encuentra copia autenticada de la cédula de ciudadanía del señor Rogerio Rozo quien figura como papá del demandado en su registro civil, lo cual es prueba suficiente para demostrar la nacionalidad de este, de acuerdo con lo normado en el artículo 3 de la Ley 43 de 1993, modificado por el artículo 38 de la Ley 962 de 2005. (...). De igual forma se recuerda que la calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad, según lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 43 de 1993. (...). Por lo anterior, es claro que el demandado no tiene “doble identidad”, sino, doble nacionalidad, lo cual es permitido por el constituyente al ser colombiano por nacimiento y por ende este cargo no prospera. (...). En cuanto al segundo alegato de la parte actora, esto es, que el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia en la modalidad de simultaneidad de militancia, del material probatorio se tiene que el señor Germán Rogelio Rozo Anís presentó renuncia al partido Colombia Renaciente el 27 de julio de 2020. Para la Sala, es claro que la renuncia se debe radicar ante la colectividad política y el trámite interno para la actualización de las bases de datos es ajeno a la materialización de la modalidad de doble militancia en cuestión, por lo que, se debió remitir a la autoridad competente al interior de la colectividad para actualizar el sistema de afiliados. Como también ha señalado la jurisprudencia electoral, el deber del militante se agota con la manifestación de su deseo de apartarse de un partido o movimiento político, sin que sea

necesario que la colectividad acepte su decisión, lo que significa que no se puede someter al ciudadano a los trámites internos de la organización política, como la actualización de sus bases de datos, para que se tenga como desafiado. En otras palabras, la renuncia se aporta ante la colectividad y no pueden imponerse cargas adicionales. Para la Sala, según las pruebas referidas, el (...) [demandado] cumplió con su deber de renunciar a su militancia en Colombia Renaciente y escapa a su proceder, las actuaciones u omisiones internas de esta colectividad frente a las gestiones o formalidades que debían impartirse al escrito contentivo de su decisión. En ese orden, es claro que existen medios de convicción que evidencian que el demandado presentó renuncia a su militancia a dicha colectividad el 27 de julio de 2020, de modo que para la fecha de su inscripción como candidato por el partido Liberal Colombiano -12 de diciembre de 2021- ya se había desvinculado de Colombia Renaciente, lo que impone concluir que no perteneció simultáneamente a dos organizaciones políticas. Incluso, de tenerse como fecha de renuncia la señalada en la certificación expedida por la secretaria general - el 22 de septiembre de 2021-, la prohibición de doble militancia en la modalidad de simultaneidad de militancia tampoco se configuraría.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 2 de marzo de 2023; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00035-00 \(acumulado\).](#)

## 2. Se negó la nulidad del acto de designación del gobernador encargado del departamento del Cesar.

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del acto de designación del gobernador encargado del departamento del Cesar conforme a los siguientes cargos: (i) el presidente de la República carecía de autorización constitucional y legal para delegar en el ministro del Interior la función relativa a la designación de gobernadores en encargo y que éste a su vez carecía de competencia para proferir el Decreto 1190 de 2022, por medio del cual se designó al gobernador encargado del Cesar; (ii) se desconoció el carácter vinculante del acuerdo de coalición denominado “Alianza por el Cesar” al conformarse la terna por una sola de las colectividades que hizo parte de la alianza y que el secretario general del partido Cambio Radical, postuló todos los nombres de los ternados en representación de las colectividades que integraron el acuerdo de coalición; (iii) el acto demandado fue expedido con desviación de poder al tener como objetivo impedir que la designación del gobernador encargado del departamento del Cesar, fuese realizada por el presidente electo para el periodo constitucional 2022-2026 y favorecer irregularmente a uno de los tres partidos con derecho a participar de la integración de la terna. La Sala negó las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que: (i) cuando el ministro del Interior nombró al demandado, se encontraba habilitado para ejercer la función de designarlo como gobernador encargado para el periodo restante; (ii) no se desconoció el carácter vinculante del acuerdo de coalición, puesto que la terna que precedió la designación acusada fue producto de la participación de todas las colectividades que pertenecen a la coalición “Alianza del Cesar” y que el secretario general del partido Cambio Radical fungió como vocero de todas las colectividades que hacían parte del acuerdo; y, (iii) el acto demandado no fue expedido con desviación de poder teniendo en cuenta que tanto la delegación como la postulación de la terna estuvieron acordes a las normas de orden constitucional y legal que les resultan aplicables.

**DESIGNACIÓN DE GOBERNADOR ENCARGADO / VACANCIA DEL CARGO PÚBLICO / DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / MINISTRO DELEGATARIO / TERNA PARA EL NOMBRAMIENTO DEL GOBERNADOR / ACUERDO DE COALICIÓN POLÍTICA / INEXISTENCIA DE LA DESVIACIÓN DE PODER**

**Problema jurídico:** Corresponde a la Sala determinar si el acto de nombramiento de Andrés Felipe Meza Araújo como gobernador (E) del departamento del Cesar, consignado en el Decreto 1190 del 15 de julio de 2022, se encuentra afectado de nulidad por las siguientes razones: a) ¿Carecía de autorización constitucional y legal el presidente de la República para delegar en el ministro del Interior la función consagrada en los artículos 303 de la Constitución y 135 de la Ley 2200 de 2022, relativa a la designación de gobernadores en encargo, como en efecto lo hizo mediante el Decreto 1177 de 2022? b) En caso de ser afirmativo el anterior interrogante, ¿el ministro del interior delegatario carecía de competencia para proferir el Decreto 1190 de 2022, por medio del cual se designó a Andrés Felipe Meza Araújo, como gobernador encargado del Cesar? c) ¿Con la expedición del Decreto 1190 de 2022, se desconoció el carácter vinculante del acuerdo de coalición denominado “Alianza por el Cesar”,

*consagrado en su artículo 12 y en los artículos 29 de la Ley 1475 de 2011 y 135 de la Ley 2200 de 2022, al conformarse la terna, al parecer, por solo una de las colectividades que hizo parte de esa alianza? d) Igualmente, se debe determinar si ¿el secretario general del Partido Cambio Radical podía postular todos los nombres de los ternados en representación de las colectividades que integraron el acuerdo de coalición "Alianza por el Cesar"? e) ¿Fue expedido el acto demandado con desviación de poder, al tener como objetivo impedir que la designación del gobernador encargado del departamento del Cesar, fuese realizada por el presidente electo para el periodo constitucional 2022-2026 y favorecer irregularmente a uno de los tres partidos con derecho a participar de la integración de la terna?*

**Tesis:** "Para la Sala, conforme a lo que se encuentra probado en el proceso, se evidencia que se profirió el Decreto 1177 del 12 de julio de 2022, "por el cual se delegan las funciones legales y unas funciones constitucionales", en razón a que el presidente de la República debía trasladarse el 13 de julio de 2022 a las ciudades de Miami y Bozeman - Estados Unidos, con el fin de atender la invitación al Condordia Américas Summit y asistir al Congreso de líderes globales y como su regreso a Colombia se efectuaría hasta el 17 de julio de 2022, delegó expresamente al ministro del Interior, quien ostenta el primer orden de precedencia, para ejercer las funciones constitucionales y legales como ministro Delegatario. De lo anterior, se desprende que en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1177 de 2022 y las disposiciones constitucionales y legales, el ministro del Interior para cuando suscribió el Decreto 1190 del 12 de julio de 2022, por medio del cual se nombró al [demandado] (...) se encontraba habilitado para ejercer la función de designarlo como gobernador encargado para el periodo restante, respetando la coalición por la cual fue inscrito el gobernador anteriormente elegido, como lo establece el artículo 303 de la Constitución. En conclusión, al ser la designación en encargo de un gobernador una función propia del presidente de la República, -art. 303 CP-, este podía trasladarla a su ministro, actuación que no se advierte contraria a la Constitución y a la ley y por ello no existe razón alguna para inaplicarlo. (...). En suma, la terna que precedió la designación acusada fue producto de la participación de todas las colectividades que pertenecen a la coalición "Alianza del Cesar", respetando el acuerdo suscrito por las mismas y no solamente del partido Cambio Radical como incorrectamente lo alegó la parte demandante, por lo que no se advierte la infracción de las normas superiores invocadas. Ahora bien, la Sala advierte, en lo referente a lo señalado por los actores en cuanto a si el secretario general del partido político Cambio Radical era el competente para enviar la comunicación mediante la cual la coalición señalaba cuál era su terna, se tiene claro que simplemente fungió como el vocero de todas colectividades que hacían parte del acuerdo de coalición, sin que en momento alguno hubiere tomado decisiones para abrogarse la facultad de postulación de los partidos Liberal Colombiano y de la Unión por la gente – Partido de la U. (...). Del estudio armónico de las disposiciones traídas a colación en la presente providencia [artículo 196 y 303 de la Constitución Política y artículo 29 parágrafo 1 de la Ley 1475 de 2011], se tiene que, tanto la delegación de la función correspondiente a la designación del demandado como gobernador encargado del Cesar, como la postulación de la terna elaborada por las organizaciones políticas integrantes de la coalición que avaló la candidatura de quien fue originalmente elegido popularmente para el ejercicio del cargo, obedecieron fielmente a las normas de orden constitucional y legal que les resultaban aplicables. (...). En el caso concreto, si bien la remisión de la terna por parte de las colectividades coaligadas fue efectuada luego de sobrepasados los 10 días que prevé el artículo 135 de la Ley 2200 de 2022, lo cierto es que el señor presidente de la República aún no había hecho uso de su facultad y, por ende no se afectó el derecho de ternada de las organizaciones políticas, más aún cuando fue el propio ministro delegatario, quien en uso de sus atribuciones (...) designó al gobernador encargado dentro de la tripleta remitida por las organizaciones políticas. Por manera que, no se advierte una desviación de poder que implique la nulidad del acto cuestionado, en tanto, las colectividades en uso de su derecho fundamental pidieron que fueran tenidas en cuenta al momento de conformar la terna del reemplazo del gobernador ante su ausencia temporal y el cuestionamiento sobre el posible desmedro de las competencias del presidente 2022-2026 electo no fue probado, quedando en el campo de la mera elucubración de la parte actora."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 30 de marzo de 2023; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00240-00 \(acumulado\).](#)

### **3. Se negó la nulidad del acto de elección de una senadora de la República.**

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del acto de elección de una senadora de la República, alegando que la congresista, (i) estaba incurso en la inhabilidad prevista en el numeral 6 del artículo 179 de la Constitución Política, por haberse inscrito por el mismo grupo político que su hermana, para las elecciones de senado y cámara de representantes que se realizaron el 13 de marzo de 2022; y (ii) en la prohibición prevista en el numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437



de 2011, de doble militancia en la modalidad de apoyo, por haber sido avalada por el Movimiento Alternativo Indígena y Social - MAIS, perteneciente a la coalición Pacto Histórico, durante la campaña a la consulta presidencial para elegir candidato para el periodo 2022-2026 y realizar actos positivos y de apoyo en favor del candidato presidencial Gustavo Petro Urrego, inscrito por Colombia Humana – Unión Patriótica, aun cuando el MAIS tenía inscrita una candidata a la consulta de la presidencia. La Sala negó las pretensiones de la demanda, luego de concluir que, (i) no se configuraba la coexistencia de inscripciones puesto que la demandada había sido la primera en inscribir su candidatura y la inhabilidad alegada afecta solo al segundo en inscribirse; así mismo, (ii) tampoco se configuraba la doble militancia en la modalidad de apoyo alegada, debido a que para ese momento el señor Gustavo Petro no tenía la calidad de candidato sino que iba a participar en una consulta, luego se trata de una situación no regulada por la norma.

### **NULIDAD ELECTORAL / INHABILIDAD DEL SENADOR POR COEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES / PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA POLÍTICA EN MODALIDAD DE APOYO / APOYO NO A CANDIDATO SINO A PARTICIPANTE EN CONSULTAS**

**Problema jurídico:** Consiste en determinar si hay lugar o no a declarar la nulidad de la elección de la señora María José Pizarro, como senadora de la República. De manera concreta debe resolverse: (i) Si la demandada está incurso en la inhabilidad del numeral 6 del artículo 179 de la Constitución, por haberse inscrito por el mismo grupo político que su hermana, la señora María del Mar Pizarro, para las elecciones de Senado y Cámara de Representantes que se realizaron el 13 de marzo de 2022. De encontrarse acreditados los demás requisitos de la inhabilidad, debe estudiarse si la coalición implica que los partidos o movimientos políticos que la integran, conforman un mismo grupo o agrupación política. (ii) Si la demandada está incusa en la prohibición consagrada en el numeral 8 del artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, esto es, en doble militancia en la modalidad de apoyo por haber sido avalada por el Movimiento Alternativo Indígena y Social - MAIS, perteneciente a la coalición Pacto Histórico, durante la campaña a la consulta presidencial para elegir candidato para el periodo 2022-2026 y realizar actos positivos y de apoyo en favor del candidato presidencial Gustavo Petro Urrego, inscrito por Colombia Humana – Unión Patriótica, aun cuando el MAIS tenía inscrita una candidata a la consulta de la presidencia.

**Tesis:** “Esta Sección de tiempo atrás ha sostenido que esta causal de inhabilidad solo afecta al segundo en inscribirse, razón por la cual sobre este punto no le asiste razón a la parte actora cuando sostiene que al ser un juicio objetivo de legalidad no se puede hacer alguna excepción, sino que inhabilita a las dos personas, ya que (...), en el momento en que la primera persona se inscribe, no le coexiste a ella ninguna otra que pueda inhabilitarlo. (...). De acuerdo con (los) documentos (allegados), es claro que la señora María José Pizarro Rodríguez inscribió su candidatura primero, puesto que, si bien ambas se hicieron el 13 de diciembre de 2021, la de la demandada se realizó a las 5:59 p.m., y la de la señora María del Mar Pizarro se hizo a las 9:34 p.m. Así las cosas, no es necesario estudiar los demás elementos de la inhabilidad, puesto que es claro que la referente a la coexistencia de inscripciones solo recae en la segunda persona inscrita. Por lo anterior, este cargo no está llamado a prosperar. (...). En este contexto, esta Sección ya se pronunció al respecto y concluyó que no es posible extender el alcance del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011 a una situación ajena a la que allí se regula, que es la de la doble militancia entendida como el apoyo a un candidato que fue inscrito por una colectividad diferente. (...). La Sala mantiene su posición, y se recalca que no se crea una excepción a la prohibición de la doble militancia, sino que esta norma no resulta aplicable en aquellas situaciones en los que no se habla de candidato, sino que se trata de personas que participan en una consulta para elegir al que si será el candidato que vaya a la contienda electoral, de manera que es una situación ajena o diferente a las que regula en artículo 2 de la Ley 1475 de 2011. Entonces se reitera, que el caso bajo estudio se trata de una hipótesis que no consagró la norma, razón por lo que la misma no es aplicable, y por tanto no puede hablarse que la Sección Quinta está creando una excepción a la misma. Así las cosas, en este asunto no puede decirse que la señora María José Pizarro incurrió en doble militancia en la calidad de apoyo, puesto que la norma no es aplicable, ya que para ese momento el señor Gustavo Petro no tenía la calidad de candidato, sino que solo iba a participar en la consulta para definir el candidato de la coalición Pacto Histórico a la Presidencia de la República. Por lo anterior, este cargo tampoco está llamado a prosperar.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 30 de marzo de 2023; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00166-00 \(acumulado\).](#)

## 4. Se negó la nulidad del acto de elección del presidente y vicepresidenta de la República.

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del acto de elección del presidente y de la vicepresidenta de la República, aduciendo que hubo infracción de norma superior, como consecuencia de la no inclusión del demandante en las tarjetas electorales utilizadas para el desarrollo de la elección presidencial, como candidato a la presidencia por el movimiento Patria Justa que representa a personas en condición de discapacidad. La Sala negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que: (i) al Movimiento Patria Justa no le fue reconocida personería jurídica por parte del CNE, en atención a que dicha organización no acreditó los requisitos establecidos para el efecto; (ii) tampoco se acreditó el requisito de recolección de firmas para efectos de que el Movimiento Patria Justa pudiese inscribir al demandante como su candidato a la Presidencia de la República; (iii) pese a que el Estado debe propender por garantizar a las personas en condición de discapacidad el derecho a presentarse como candidatas en las elecciones, lo evidente es que el legislador no ha previsto ni siquiera en la Ley Estatutaria 1618 de 2013 que, en casos como el presente, la autoridad electoral competente deba flexibilizar requisitos bien sea para reconocer personería jurídica o la inscripción de candidatos a las elecciones presidenciales, particularmente lo relativo a la recolección de firmas.

**NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / ELECCIÓN DEL VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA A LA PRESIDENCIA / MOVIMIENTO POLÍTICO SIN PERSONERÍA JURÍDICA / ALCANCE DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN DE CANDIDATO A ELECCIÓN POPULAR / RECOLECCIÓN DE FIRMAS / PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA / INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR**

**Problema jurídico:** ¿El acto demandado se encuentra viciado de nulidad por infracción de norma superior en relación con artículos 13 y 40 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 29 de la Ley 1346 de 2009, como consecuencia de la no inclusión del accionante en las tarjetas electorales utilizadas para el desarrollo de la elección presidencial cuestionada?

**Tesis:** “En atención a los supuestos fácticos enunciados, la Sala advierte que las pretensiones del accionante no tienen vocación de prosperidad puesto que al Movimiento Patria Justa no le ha sido reconocida personería jurídica por parte del CNE, en atención a que dicha organización no acreditó los requisitos establecidos para el efecto, como se señaló en las Resoluciones 2277 y 7766 de 2019. Según se advierte de las pruebas arrimadas al expediente, dichos actos administrativos no han sido objeto de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es decir, se encuentra surtiendo efectos jurídicos. De igual manera, contrario a lo señalado por el accionante, cuya argumentación reiteró el coadyuvante, el reconocimiento de la personería jurídica no es producto del silencio administrativo en que pueda incurrir el CNE al momento de resolver una situación de esta índole o de la escritura pública que lo protocolice –tal y como se afirma en la demanda–, sino del pleno cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico. (...). Además, (...) el silencio administrativo positivo, cuenta con regulación expresa en el artículo 84 del CPACA, la cual excluye su extensión a hipótesis no previstas en la ley. Al respecto, como lo puso de presente el Ministerio Público, el artículo 84 del CPACA establece que el silencio de la administración equivale a una decisión positiva solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales. Por consiguiente, la regla general es que dicho fenómeno deba ser entendido como una determinación negativa. (...). En todo caso, en el presente asunto se encuentra probado que el CNE negó el reconocimiento de la personería jurídica que aduce el demandante, mediante la Resolución 2277 de 11 de junio de 2019, la cual fue recurrida por el mismo y confirmada con la Resolución 7766 del 19 de diciembre del mismo año. [E]l movimiento Patria Justa, al momento de radicarse la solicitud de inscripción del accionante como candidato, no contaba con personería jurídica reconocida por el CNE que le permitiera, entre otras, presentar aspirantes a alguna elección exclusivamente con el aval del representante legal. A su vez, al margen de dicho déficit, tampoco se acreditó el requisito de recolección de firmas para efectos de que el Movimiento Patria Justa pudiese inscribir al demandante como su candidato a la Presidencia de la República para el periodo constitucional 2022-2026. Ahora bien, la Sala no desconoce que el demandante señaló que dada su condición de discapacidad no debía exigírsele en ningún escenario el cumplimiento del requisito relativo a la obtención de firmas, en virtud del derecho a la igualdad y a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 1346 de 2009. A

su juicio, dicha exigencia resulta excesiva respecto de personas en su condición, además, desconoce el mandato estatal atinente a crear condiciones favorables para que sujetos en situaciones especiales puedan postularse de manera efectiva a los eventos electorales y así conformar el poder político. Frente a este punto, la Sala advierte que si bien es cierto que el Estado tiene a su cargo la obligación de generar acciones afirmativas en favor de personas y grupos desfavorecidos o discriminados históricamente, con el fin de propiciar escenarios de reducción de las desigualdades, como en este caso lo pone de presente el accionante por extrañar medidas especiales para que las personas en condición de discapacidad cuenten con requisitos diferentes para ejercer su derecho de participación política como candidatos; lo cierto es que la flexibilización del requisito en comento, entendida como la acción afirmativa pretendida por el accionante, no ha sido debidamente autorizada por el legislador, al menos en el escenario de las autoridades electorales. (...). Ante la ausencia de autorización legal, no resultaba admisible que la autoridad electoral creara o modificara el régimen jurídico previsto para la inscripción de candidatos a los diferentes cargos de elección popular, como sucede en este caso respecto del presidente de la República, por tratarse de un asunto cuya regulación es de la órbita exclusiva del legislador, incluso del estatutario. Efectivamente, se trata de un asunto con reserva de ley estatutaria – art 152 superior -, prueba de ello es que la regulación de los requisitos de inscripción a diferentes cargos de elección popular se encuentra en las Leyes Estatutarias 996 de 2005 y 1475 de 2011. (...). En ese orden de ideas, aun cuando el artículo 29 de la Ley 1346 de 2009 propende porque los Estados garanticen a las personas en condición de discapacidad el derecho a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, lo evidente es que el legislador no ha previsto ni siquiera en la Ley Estatutaria 1618 de 2013 que, en casos como en el presente, la autoridad electoral competente deba flexibilizar requisitos bien sea para reconocer personería jurídica o la inscripción de candidatos a las elecciones presidenciales, particularmente lo relativo a la recolección de firmas. La ausencia de una regulación en materia de acciones afirmativas en relación con el reconocimiento de la personería jurídica o la inscripción de candidatos a las elecciones presidenciales, no puede ser suplido por las autoridades electorales pues, como se señaló, se trata de un asunto cuya regulación corresponde al legislador. (...). [C]onforme con el régimen actual, para ser candidato a la presidencia de la República resulta imprescindible pertenecer a i) un partido o movimiento político con personería jurídica reconocida por el CNE, o bien cuando se trate de un grupo significativo de ciudadanos, a) contar con la correspondiente recolección de firmas, en el mínimo exigido por la ley, debidamente certificadas por la Registraduría, así como la b) certificación correspondiente por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación. Ninguna de las situaciones descritas se presentó en este asunto y, por consiguiente, las pretensiones del demandante no prosperarán. (...). Se recuerda que el actor no cumplió con las exigencias constitucionales y legales para ser inscrito como candidato a la elección de su interés, diferencia significativa respecto de quienes finalmente figuraron en las tarjetas electorales, en tanto estos sí acreditaron los requisitos para ser reconocidos como candidatos. En ese sentido, el eventual parámetro de comparación entre unos y otros, que exige el juicio de igualdad, sería superfluo. Además, se reitera que no cabría alguna excepción al derecho a la igualdad en este caso, toda vez que la Corte Constitucional señaló que el requisito de la recolección de firmas se encuentra ajustado al principio de proporcionalidad en cuanto persigue fines legítimos como «rodear de seriedad y transparencia la postulación, propiciar decisiones informadas en el elector», de manera que el demandante debió cumplir con dicho requisito al no tratarse de una exigencia excesiva frente al ejercicio de su derecho a ser elegido. (...). Por las razones expuestas, la Sala concluye que no hay lugar a declarar la nulidad de los actos cuestionados, en la medida en que no incurrieron en infracción de las disposiciones legales y constitucionales cuyo desconocimiento alegó la parte accionante.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia del 30 de marzo de 2023; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00151-00.](#)

### **Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araújo Oñate**

#### **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL**

**Tesis:** “[E]l artículo 277 de la Ley 1437 del 2011, (...) regula el contenido del auto admisorio y su forma de notificación en el medio de control de nulidad electoral, (...). Si bien es cierto el extremo pasivo de la relación procesal lo conforma la persona elegida, nombrada o llamada, quien es la directamente interesada en la defensa del acto cuestionado, también lo es que, por la referida disposición normativa, existe la obligación procesal de vincular a la actuación judicial a las autoridades que expidieron aquel o intervinieron en su formación. Quiere decir lo anterior, que la norma adjetiva contempla no solo la forma de notificación especial de los sujetos procesales, sino una regla de intervención para quienes deben comparecer en el proceso, cuando se debate la legalidad de un acto electoral, como lo es la autoridad que intervino o expidió el acto enjuiciado, quien participa no en condición de demandado, sino por el interés que le asiste en defender su actuación. Así las cosas, en el caso concreto, la irregularidad deprecada por el demandante se enfocó en alegar un presunto actuar irregular de la Registraduría Nacional del Estado Civil en el trámite de la inscripción de las candidaturas a la presidencia y vicepresidencia de la República, función que es

propia de dicha entidad, por lo que era necesario que se vinculara a efectos de defender la legalidad de su actuación en ese aspecto, situación que no ocurrió en las decisiones adoptadas en el auto admisorio del 2 de noviembre del 2022.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 30 de marzo de 2023; A.V. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00151-00.](#)

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Todos los traslados del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida deben incluir el porcentaje del valor de los aportes realizados por el cotizante con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, independientemente de la fecha en la que dichos aportes se hayan causado o de la fecha de solicitud del traslado.

*Síntesis del caso:* El Gobierno Nacional a través del Ministerio del Trabajo, solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuar acerca del giro de recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con ocasión del traslado de los afiliados.

CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES / REGÍMENES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES / RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA / APORTES AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA / RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD / CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD / APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES / PAGO DE APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / REQUISITOS DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA / RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD / PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD / PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ / GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ / FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA

*Problema jurídico 1:* ¿El traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el lapso comprendido entre el 29 de enero de 2003 (entrada en vigencia de la Ley 797) y el 16 de octubre de 2008 (entrada en vigencia del Decreto 3995), implica el traslado de todos los aportes efectuados a nombre del cotizante, incluyendo aquellos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima?

**Tesis 1:** “[E]n procura de mayor claridad sobre el traslado de todo el ahorro, integrando el porcentaje del 1,5% destinado, en el RAIS, al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, el Gobierno Nacional, a través del Decreto 3995 de 2008, expedido con el propósito de evitar la vinculación simultánea de los afiliados a los dos regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, instituyó una regla aplicable a los traslados del RAIS al RPM, en aras de que se garantizara la equivalencia de los aportes de los afiliados. (...) Se observa que, con la expedición del referido decreto, se integró una regla expresa en el ordenamiento jurídico, con los traslados del RAIS al RPM deben incluir el giro, no solo de los montos que alimentan las cuotas personales de los afiliados, sino, además e inexcusablemente, el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, el cual, como se explicó, era lo que generaba los problemas de equivalencia, en tanto que se trataba de un 1,5% que permanecía en el fondo privado correspondiente, aun cuando el afiliado se hubiese desvinculado de él. (...) Así entonces, la Sala evidencia que, con la expedición de la Ley 797 de 2003, se generaron algunos inconvenientes en los traslados del RAIS al RPM, debido a que los aportes efectuados al primero no resultaban equivalentes o análogos, cuando el trabajador optaba por cambiarse de régimen. También, destaca que dichos inconvenientes, tal como lo advirtió la Corte Constitucional, encontraron solución con la expedición del Decreto 3995 de 2008, el cual ordenó expresamente que los traslados del sistema privado de pensiones al público deben incluir el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. (...) [L]os traslados del RAIS al RPM que se hagan con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 3995 de 2008 implican que se movilice, además del saldo en las cuentas individuales del afiliado y sus rendimientos, el porcentaje del 1,5% que se haya destinado o estuviera destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sin importar la fecha en la que se realizó la solicitud, o si los aportes fueron efectuados antes de la expedición del referido decreto.

Comparte plenamente la Sala la tesis de la Corte Constitucional, en el sentido de otorgarle primacía a la fecha en la que debe efectuarse el traslado y no a la fecha de la solicitud o de la realización. Lo anterior, debido a que el Decreto 3995 de 2008 impone el deber de trasladar tales aportes, sin hacer mención ni distinción respecto del momento en que fueron efectuadas las cotizaciones respectivas, por parte del afiliado y/o de su empleador. Ahora bien, hasta aquí podría responderse al cuestionamiento sobre qué sucede con los traslados efectuados después del Decreto 3995 de 2008, ya sea porque (i) las cotizaciones se adelantaron antes de su entrada en vigencia; o porque (ii) el traslado se solicitó antes o después de su entrada en vigencia. La respuesta dada por la Corte Constitucional consiste en que los recursos deben trasladarse en su integridad. (...) Conforme con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, todos los traslados del RAIS al RPM deben incluir el porcentaje que del valor de los aportes realizados por el cotizante haya sido girado con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, independientemente de la fecha en la que dichos aportes se hayan causado o de la fecha de solicitud del traslado. En cualquier caso, las semanas de cotización que se deben reflejar en el RPM, luego del traslado, no pueden ser inferiores a las que el mismo afiliado tenía reportadas en el RAIS (a través de la respectiva sociedad administradora).”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la libertad de selección por parte del afiliado de uno de los dos regímenes pensionales, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 20 de octubre de 2004.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre el reparto del monto cotizado por los afiliados a ambos regímenes pensionales y el impacto de dicha situación en materia de traslados, ver: Corte Constitucional, Sentencia T-1061 de 6 de diciembre de 2012.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre la equivalencia en el ahorro pensional en los traslados del RAIS al RPM, ver: Corte Constitucional, sentencias T-818 de 2007, T-324 de 2010 y T-1061 de 2011.

**NOTA DE RELATORÍA 4:** Sobre el traslado de personas beneficiarias del régimen de transición en pensiones, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-062 de 2010.

**NOTA DE RELATORÍA 5:** Sobre la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de ahorro individual con solidaridad y los traslados de los montos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencias de 29 de julio de 2020 (SL2877-2020), radicación núm. 78667 y Sentencia del 3 de mayo de 2022, SL1512-2022, radicación núm. 822881.

**NOTA DE RELATORÍA 6:** Sobre la naturaleza de los recursos del sistema pensional, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 8 de mayo de 2003, radicación núm. 1480 y Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 24 de febrero 2004.

**NOTA DE RELATORÍA 7:** Sobre el principio de favorabilidad en materia laboral, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-138 de 2021.

## **TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / REQUISITOS DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA / RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD / APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES / PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD / PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ / GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ / FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA**

**Problema jurídico 2:** *¿Al generarse el traslado de régimen pensional, ¿deben acreditarse en el RPM el número total de semanas cotizadas en el RAIS, sin que se perciba una diferencia entre los dos registros?*

**Tesis 2:** “[L]os traslados del RAIS al RPM, incluidos los efectuados entre la Ley 797 de 2003 y la expedición del Decreto 3995 de 2008, deben comprender los aportes pensionales del afiliado, integrando el porcentaje que de sus cotizaciones fue destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. En cualquier caso, en el RPM debe acreditarse la totalidad de las semanas reportadas, y ante la ausencia de pago total, Colpensiones cuenta con las facultades pertinentes para el cobro. En efecto, como señala el ministro, una vez creado el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, mediante la Ley 797 de 2003, la regla expresa consistente en que el traslado del RAIS al RPM comprendía el porcentaje de las cotizaciones destinado a su financiación no se positivizó en el ordenamiento jurídico. si una persona se trasladó del RAIS al RPM, en vigencia del Decreto 3995 de 2008, o antes, pero, en este último caso, los recursos del fondo de garantía de pensión mínima no se han transferido, dicho traslado sí procedía, sin importar la fecha en la que se solicitó el traslado o aquella en que la administradora del fondo de pensiones recibió las cotizaciones respectivas. Cabe mencionar que, para la Sala no resulta razonable ni acorde con los principios sobre los que se edifica la seguridad social, que un cotizante, para efectos de poner a salvo un derecho de rango constitucional, como la pensión, deba agotar una formalidad, como sería, por ejemplo, la de presentar una petición a la sociedad administradora del fondo privado en el que hayan permanecido sus aportes, entre

el 29 de enero de 2003 y el 16 de octubre de 2008, para lograr que sean trasladados al RPM la totalidad de sus aportes y, especialmente, aquella parte destinada al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, obligación que, de suyo, deben cumplir las administradoras de pensiones. Ahora bien, la historia laboral de un trabajador, así como los aportes obligatorios al sistema no deben ser desconocidos o sufrir variación alguna por el hecho de que se presente un traslado del régimen privado al público, toda vez que, los aportes que se giren al RPM, luego de que el trabajador haya decidido desvincularse del RAIS, no pueden ser inferiores al monto total del aporte legal efectuado. (...) [P]ara las personas que se trasladaron entre el 29 de enero de 2003 y el 16 de octubre de 2008, del RAIS al RPM, y cuyos aportes no se transfirieron, en su totalidad, antes de la última fecha indicada, las administradoras del régimen de ahorro individual deben remitir a Colpensiones la totalidad de los recursos pagados por cuenta del afiliado, incluidos los acreditados en el Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Por su parte, Colpensiones debe acreditar la totalidad de semanas registradas en el RAIS por el mismo periodo cotizado, sin que se presente diferencia alguna respecto de las semanas reportadas a nombre del trabajador, en el régimen privado. Lo anterior, con fundamento en el principio de equivalencia del ahorro pensional”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el derecho del trabajador a que se trasladen todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual cuando pasa al RPM, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencias SL1512-2022, SL2601-2021, SL2877-2020 y 31989(09-09-08).

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el principio de equivalencia del ahorro pensional, ver: Corte Constitucional, sentencias SU-062 de 2010 y T-1061 de 2011.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2476 del 3 de agosto de 2022; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00062-00\(2496\). Levantamiento de reserva mediante oficio del 20 de abril de 2023.](#)

## **2. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad competente para resolver de fondo una queja disciplinaria interpuesta en contra de algunos funcionarios de dicha entidad que ejercieron de forma excepcional funciones jurisdiccionales.**

*Síntesis del caso: Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Bogotá, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para continuar el trámite de una queja presentada en contra de algunos empleados de la SIC que excepcionalmente ejercen funciones jurisdiccionales.*

**CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO / COMISIÓN SECCIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL / CONTROL DISCIPLINARIO / CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO / CONTROL INTERNO / CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO / OFICINA DE CONTROL INTERNO / COMPETENCIA DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA / CRITERIO ORGÁNICO PARA DETERMINAR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / CRITERIO ORGÁNICO / CONFLICTO DE COMPETENCIA EN MATERIA DISCIPLINARIA / COMPETENCIA DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA / COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

*Problema jurídico: ¿La Superintendencia de Industria y Comercio, por conducto del Grupo de Trabajo de Control Disciplinario Interno, es la autoridad competente para continuar el trámite de una queja presentada contra algunos funcionarios del Grupo de Trabajo de Defensa del consumidor y del Grupo de Calificación de esta misma entidad, que ejercieron de forma excepcional funciones jurisdiccionales, por las presuntas irregularidades cometidas durante el trámite de la acción de protección al consumidor?*

Tesis: “Como lo ha manifestado esta Sala en varias ocasiones, dentro del marco constitucional que



actualmente nos rige: El control disciplinario sobre los servidores públicos se ejerce en dos niveles: i) El control interno, a cargo de las oficinas, grupos o unidades de control disciplinario de las ramas, entidades, órganos y organismos del Estado, y ii) El control externo, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación y de las personerías municipales y distritales, ya sea en virtud del poder disciplinario preferente que la Constitución Política y la ley conceden a dichos órganos, o de la cláusula general de competencia en materia disciplinaria que la misma Carta reconoce a la Procuraduría General. En lo atinente al control disciplinario interno, el inciso cuarto del artículo 2 de la Ley 1952 de 2019 señala que corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado conocer de los asuntos disciplinarios en contra de los servidores públicos de sus dependencias (...). Por su parte, el artículo 92 de la Ley 1952 de 2019, al regular la competencia debido al sujeto disciplinable, establece que la competencia para adelantar un proceso disciplinario en contra de un servidor público se encuentra en principio a cargo de las oficinas de control interno disciplinario de las entidades a las que los disciplinables pertenecen o, en su defecto a los nominadores de estos. Lo anterior, sin perjuicio del poder preferente que ostentan las personerías municipales y la Procuraduría General de la Nación. (...) En consecuencia, actualmente, las oficinas de control disciplinario interno no tienen, en principio, limitación o impedimento alguno para investigar y declarar responsables disciplinariamente (o para exonerar, según el caso) a cualquier servidor público de la rama, órgano, organismo o entidad de la cual formen parte. Esto sin perjuicio de aquellos casos en los que la Constitución Política o la ley hubieren asignado competencia en materia disciplinaria de manera exclusiva a las personerías, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial o a la Procuraduría General de la Nación, o de aquellos eventos en los que esta última hubiere hecho ejercicio de su poder preferente. (...) [S]alvo las excepciones previstas en la Constitución y en la ley, el conocimiento, en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores o exservidores públicos de la Superintendencia de Industria y Comercio le corresponde al Grupo de Trabajo de Control Disciplinario Interno de esa autoridad. (...) Revisados los antecedentes normativos y los documentos que obran en el expediente, la Sala encuentra que la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad competente para continuar con el conocimiento y adelanto de las actuaciones disciplinarias a que hubiere lugar, con ocasión de la queja por las presuntas irregularidades cometidas en el proceso verbal de la demanda de protección al consumidor núm. 20-37383. En los términos del artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015, que adicionó el artículo 257A a la Constitución Política, la competencia de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y sus seccionales, se circunscribe al ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de los abogados en ejercicio de su profesión. No obstante, no se abordará el análisis del alcance de dicha competencia en el caso concreto, teniendo en cuenta que, en todo caso, los hechos que originan la queja materia de la actuación disciplinaria ocurrieron antes de la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, lo cual tuvo lugar el 13 de enero de 2021. (...) Por lo anterior, la Sala encuentra que la autoridad competente para seguir conociendo la actuación disciplinaria es la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de la regla de competencia general establecida en el artículo 93 de la Ley 1952 de 2019 modificado por el artículo 14 de la Ley 2094 de 2021, conforme la cual, las oficinas de control interno disciplinario que forman parte de la estructura de las entidades, como dependencias del más alto nivel, deben conocer los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores de la respectiva entidad, en este caso, de la SIC”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la potestad disciplinaria de la administración, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 30 de junio de 2022, rad. 11001 03 06 000 2022 00080 00. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 14 de junio de 2022, rad. 11001-03-06-000-2022-00069-00. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 2 de junio de 2022, rad. 11001-03-06-000-2022-00055-00.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la competencia para el ejercicio de la función administrativa - disciplinaria en la Superintendencia de Industria y Comercio, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 30 de junio de 2022, con radicación 2022-00080.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 23 de marzo de 2023; C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00014-00\(C\)](#)

**3. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que el Concejo de Medellín es la autoridad a quien le corresponde la designación de un contralor ad-hoc una vez la Procuraduría acepta el impedimento del titular.**

**Síntesis del caso:** *Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Concejo de Medellín y la Procuraduría Regional de Instrucción de Antioquia, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para designar un contralor ad hoc.*

**CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / CONCEJO MUNICIPAL / SUPERIOR DEL SERVIDOR PÚBLICO / IMPEDIMENTO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO / TRÁMITE DEL IMPEDIMENTO / CONTRALOR AD HOC / DESIGNACIÓN DE CONTRALOR AD HOC / COMPETENCIA DEL CONCEJO MUNICIPAL**

**Problema jurídico:** *¿El Concejo de Medellín es la autoridad competente para designar el contralor ad hoc de Medellín que debe conocer el proceso de responsabilidad fiscal radicado con el número 036-2017?*

**Tesis:** "(i) La regla general es que todo servidor público tenga un superior, y que este resuelva las recusaciones o impedimentos que se les presente, en razón a las decisiones que debe tomar en caso de aceptar la recusación o el impedimento alegado. (ii) Si el servidor público que se declara impedido o contra el cual se formula la recusación no tiene superior, pero la entidad o el organismo al cual pertenece forma parte de algún sector administrativo, la resolución del impedimento o la recusación y, de ser el caso, la designación de un funcionario ad hoc, le corresponde efectuarla al jefe del respectivo sector, esto es, al correspondiente ministro o director de departamento administrativo. (iii) Si quien se declara impedido o es recusado no tiene superior y la respectiva entidad tampoco forma parte de un sector administrativo, la competencia para resolver el impedimento o la recusación recae en el Procurador General de la Nación, si se trata de un servidor público del orden nacional o del alcalde Mayor de Bogotá, o en los procuradores regionales, cuando se trate de otros servidores del nivel territorial. (iv) En todo caso, cuando el impedimento o la recusación sean aceptados, no le compete al Procurador General de la Nación ni a los procuradores regionales designar al funcionario ad hoc, que deba resolver el asunto o continuar con la actuación administrativa. Dicha atribución le corresponde a la autoridad que está encargada de su nominación. (...) Conforme a lo expuesto en el análisis normativo, la Constitución Política, en su artículo 272, estableció que los concejos municipales son las autoridades encargadas de elegir a los contralores municipales. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto Ley 1851 de 2021, que adicionó el artículo 75B al Decreto Ley 262 de 2000, el procurador regional tiene la competencia para conocer y resolver los impedimentos o las recusaciones que se atribuyan a los contralores territoriales. En el caso en estudio, el contralor general de Medellín es un funcionario del orden territorial, que fue elegido por el Concejo de Medellín, en cumplimiento del artículo 272 de la Constitución. Además, no tiene superior jerárquico ni funcional y no forma parte de sector administrativo alguno. Por ese motivo, la Sala, para decidir el caso, debe retomar la tesis del Concepto 2203 de 2014, sobre cómo se debe aplicar el artículo 12 del CPACA. De acuerdo con la interpretación y aplicación que ha realizado la Sala del artículo 12 del CPACA, una vez el procurador acepta el impedimento y no es factible determinar quién está a cargo de la designación del funcionario ad hoc, se debe revisar cuál autoridad tiene la función nominadora. Este ejercicio se realiza porque la autoridad que decide el impedimento no es la llamada a designar al funcionario que deberá conocer del asunto. En el caso objeto de estudio, como está demostrado en el expediente, la Procuraduría Regional de Instrucción de Antioquia aceptó el impedimento manifestado por el Contralor General de Medellín, para conocer el proceso de responsabilidad fiscal número 036-2017, por haberse demostrado que dicho funcionario conoció de los temas con anterioridad. Si bien el procurador regional resuelve los impedimentos y recusaciones, cuando el impedimento o la recusación sean aceptados, no le compete hacer la designación del funcionario ad hoc que deba resolver el asunto o continuar con el correspondiente proceso de responsabilidad fiscal. Dicha atribución le corresponde a la autoridad que está encargada de la elección del contralor, que en este caso es el Concejo de Medellín. Por lo anterior, la Sala declarará competente al Concejo de Medellín para la designación del funcionario ad hoc que deberá conocer del proceso de responsabilidad fiscal número 036-2017".

**NOTA DE RELATORÍA 1:** La Sala realizó un recuento del marco normativo referente a la elección de los contralores departamentales, distritales y municipales, y de las funciones de las procuradurías regionales para resolver impedimentos.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la interpretación del artículo 12 del C.P.A.C.A. sobre el trámite de los impedimentos y recusaciones, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conflicto con radicación 11001-03-06-000-2020-00034-00 del 14 de diciembre de 2020; Conceptos 2203 de 2014 y 2273 de 2015.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 29 de marzo de 2023; C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2023-00057-00\(C\)](#)

## 4. La Sala de Consulta y Servicio Civil definió que no es competente para resolver un conflicto de competencias entre una Comisaría de Familia y un Juzgado Promiscuo de Familia en tanto que, en los casos de violencia intrafamiliar, las Comisarías de Familia ejercen una función jurisdiccional.

*Síntesis del caso: Conflicto de competencias suscitado entre la Comisaría de Familia del municipio de Pacho (Cundinamarca) y el Juzgado Promiscuo de Familia de Pacho (Cundinamarca) con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para decidir sobre una sanción de arresto por violencia intrafamiliar.*

**CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / JUZGADO DE FAMILIA / COMISARÍA DE FAMILIA / COMPETENCIA DE LA COMISARÍA DE FAMILIA / FUNCIONES DE LA COMISARÍA DE FAMILIA / POTESTAD JURISDICCIONAL DE LA COMISARÍA DE FAMILIA / VIOLENCIA INTRAFAMILIAR / FUNCIÓN JURISDICCIONAL / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / IMPROCEDENCIA DEL CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / FALTA DE COMPETENCIA DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO**

*Problema jurídico 1: ¿Es procedente que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronuncie sobre un presunto conflicto de competencias cuando las entidades involucradas ejercen función jurisdiccional y el asunto en controversia es de esta misma naturaleza?*

**Tesis 1:** “Las comisarías de familia en Colombia fueron creadas por el entonces Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) en su artículo 295, con la función de brindar protección a los menores en situación irregular, e intervenir en casos de conflicto familiar. A partir de la expedición de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), las funciones de las comisarías fueron establecidas en el artículo 83 de dicha norma, e incorporadas al Sistema Nacional de Bienestar Familiar que tiene como propósito la prevención, garantía, restablecimiento y reparación de los derechos de todos los miembros del grupo familiar. Más adelante, la Ley 2126 de 2021 derogó el artículo 83 de la Ley 1098 de 2006, y en su artículo 3° define la naturaleza jurídica de las comisarías de familia, manteniendo las funciones jurisdiccionales de estas, funciones que se activan tratándose de asuntos de violencia intrafamiliar, en el marco de lo previsto en el artículo 17 de la misma norma (...). En su artículo 12, esta ley establece las funciones de las comisarías, entre las cuales, se encuentra la de garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de quienes estén en riesgo o hayan sido víctimas de violencia en el contexto familiar. El artículo 17 de la norma en cita establece las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar, la cuales se derivan del ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las comisarías de familia (...). En relación con la naturaleza de las comisarías de familia que en su momento previó la Ley 1098 de 2006, y que se mantiene en la Ley 2126 de 2021, la Corte Constitucional<sup>9</sup> reconoció que, si bien son autoridades de carácter administrativo, en los casos de violencia intrafamiliar actúan en ejercicio de funciones jurisdiccionales (...). [S]e procede a reiterar el criterio unificado expuesto en recientes decisiones, en el sentido de que, cuando se trata de un conflicto de competencias entre dos autoridades con funciones jurisdiccionales, no es procedente emitir un pronunciamiento de fondo, según lo dispuesto en el artículo 39 del CPACA. En efecto, este caso corresponde a la imposición de la medida de arresto como consecuencia de un segundo incumplimiento de una medida de protección por violencia intrafamiliar, y señalar el término de duración de la sanción. Ahora bien, como se explicó previamente, el Juzgado Promiscuo de Familia de Pacho (Cundinamarca) es una autoridad judicial, en ejercicio de actuación jurisdiccional. Mientras que la Comisaría de Familia es una autoridad administrativa que, en los casos de violencia intrafamiliar, ejerce, de forma excepcional, una actuación de carácter jurisdiccional. En consecuencia, la Sala encuentra que no es competente para analizar el presente conflicto de competencias, pues las entidades involucradas ejercen funciones jurisdiccionales”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la falta de competencia de la Sala de Consulta del Consejo de Estado para dirimir conflictos de competencia entre dos autoridades que ejercen función jurisdiccional, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisiones 10001-03-06-000-2022-00103-00; 10001-03-06-000-2022-00106-00, 10001-03-06-000-2022-00100-00 del 3 de agosto de 2022 y 11001-03-06-000-2022-00206-00 del 28 de septiembre de 2022.

## FUNCIÓN JURISDICCIONAL / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR / TRIBUNAL SUPERIOR DE CUNDINAMARCA

*Problema jurídico 2: ¿El Tribunal Superior de Cundinamarca es la corporación competente para dirimir el conflicto de competencias bajo estudio por estar involucrada una autoridad administrativa que desempeña funciones jurisdiccionales y un juez?*

**Tesis 2:** “Cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 139 del Código General del Proceso, la competencia para conocer de los conflictos de competencia que se presenten entre autoridades administrativas que desempeñen funciones jurisdiccionales o entre una de estas y un juez, deberá resolverlo, para el caso objeto de estudio, el Tribunal Superior de Cundinamarca”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 22 de febrero de 2023; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2022-00247-00\(C\)](#)

**GÉNERO Y NO  
DISCRIMINACIÓN**



# **BOLETÍN**

**DEL CONSEJO DE ESTADO**

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# SECCIÓN TERCERA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

**Tesis 5:** "Medidas de reparación integral. (...) Debido a que en el presente asunto se condenó al cumplimiento de medidas no pecuniarias de satisfacción y garantía de no repetición consistentes en la presentación de disculpas públicas, y se exhortó a que se adoptara un protocolo para reforzar el respeto

de la mujer en el marco de la atención ginecobstétrica, así como el de su integridad física, esta Sala considera correcto la adopción de estas, puesto que se acomodan a la jurisprudencia de esta Corporación que ha desarrollado el tema. Por lo tanto, se condenará a la demandada al cumplimiento de ellas."

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

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