

EDICIÓN
265

ABRIL 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. 265, abril 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

CONTENIDO	3
EDITORIAL	5
I. NORMAS ANULADAS Y EXHORTOS	6
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-26-000-2011-00054-00 ➤ C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-26-000-2021-00207-00(67621) ➤ C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2021-00047-00 (25615) ➤ C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00023-00 (25531) ➤ C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación 760001-23-33 -0008- 2016- 01948-01 (3529-2022) ➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 25000-23-41-000-2022-01383-01. 	
II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES	8
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-15-000-2022-01335-02 (AC) ➤ C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación 11001-03-15-000-2022-06010-01(AC) ➤ C.P. María Adriana Marín, radicación 11001-03-15-000-2022-05946-01 (AC) ➤ C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 11001-03-15-000-2022-04592-01 (AC) ➤ C.P. Wilson Ramos Girón, radicación 73001-23-33-000-2022-00447-01 (AC) ➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-15-000-2022-06594-01 (AC) 	
III. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO	20
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación: 11001-03-15-000-2022-04009-01(PI) ➤ C.P. Marta Nubia Velásquez Rico: 11001-03-15-000-2022-06714-00(PI) ➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-15-000-2021-07309-00(REV) 	
IV. SECCIÓN PRIMERA	30
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-26-000-2011-00054-00 	
V. SECCIÓN SEGUNDA	34
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación 17001-23-33-000-2019-00456-01 (5351-2022) ➤ C.P. César Palomino Cortés, radicación 760001-23-33 -000-2012-00110-01 (1891-2019) ➤ C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación 76001-23-33-008-2016-01948-01 (3539-2022) ➤ C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 15001-23-31-000-2010-00894-01(1733-2015) ➤ C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 63001-23-33-000-2014-00041-01(3232-2015) 	
VI. SECCIÓN TERCERA	45
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 41001-23-31-000-2011-00338-01(67240) ➤ C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 54001-23-31-000-2003-00609-01(67682) ➤ C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 68001-23-31-000-2012-00215-01(55566) ➤ C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-26-000-2021-00207-00(67621) 	
VII. SECCIÓN CUARTA	60
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2021-00047-00 (25615) ➤ C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00023-00 (25531) ➤ C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2017-00654-01 (25885) ➤ C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 41001-23-33-000-2019-00470-01 (25843) 	
VIII. SECCIÓN QUINTA	83

- C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 19001-23-33-000-2022-00108-04
- C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00173-00
- C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00211-00
- C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00002-00 (acumulado)

IX. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

92

- C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00298-00(2496)
- C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00225-00(C)
- C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2022-00279-00(C)

X. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN

100

- C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 11001-03-15-000-2022-02485-01(AC)

EDITORIAL

El boletín de jurisprudencia del Consejo de Estado, es una importante herramienta de consulta para aquellos interesados en conocer las novedades jurisprudenciales emitidas por la Corporación, en punto del derecho contencioso administrativo, asuntos constitucionales y cuando actúa como órgano de consulta del Estado.

Para la edición 265, presentamos un exhorto relevante dictado dentro de un proceso de competencia de la Sección Segunda, mediante el cual se requirió a la Unidad de Salud ocupacional Cosmitter Ltda y al Ministerio de Salud, en el sentido de implementar el manejo de los cuadros de adicciones al alcoholismo, con el fin de que, en los casos en los que sea ordenada una atención integral a esta clase de pacientes, se proceda de manera ágil su autorización.

Así mismo, la Sección Quinta exhortó a los magistrados que integran las Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a efectos de que garanticen el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de los ciudadanos que acuden ante el juez, al momento de evaluar el alcance de la regla procesal, relacionada con las cargas previstas en los artículos 162, 163 y 166 del CPACA.

Por otra parte, dentro de una fallo de tutela de segunda instancia, la Corporación confirmó una decisión impugnada que amparó los derechos fundamentales de la tutelante, al considerar que el término de caducidad de la acción de reparación directa, no aplicaba, mientras estuvo en vigor la zona de distensión o despeje en el marco del proceso de paz con las FARC, en San Vicente del Caguán, puesto que era imposible acudir al derecho de acción para reclamar la responsabilidad del Estado, por los daños originados en el marco del conflicto interno en la región.

En un asunto de competencia de la Sección Segunda, se reiteró que dado el carácter excepcional con la que fue instituida la pensión gracia, para su reconocimiento y pago, es indispensable acreditar el cumplimiento de todos los requisitos especiales establecidos en la Ley, entre esos, el de haber observado buena conducta en el desarrollo de la actividad, sin que éste se encuentre limitado solo a la época de terminación de labores y reclamación pensional.

Por su parte, la Sección Quinta, dentro de un proceso de nulidad electoral, declaró la nulidad del acto de nombramiento de un experto comisionado de la planta de personal de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, en tanto éste no acreditó el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley, relacionados con la experiencia técnica requerida para el ejercicio del cargo

Por último, la Sección Tercera dentro de una acción de amparo, indicó que la providencia acusada incurrió en exceso ritual manifiesto, al no decretar prueba de oficio para resolver la duda sobre el parentesco de la accionante con la víctima, tratándose de un sujeto de especial protección constitucional en su condición de indígena y analfabeta.

Esperamos que este documento cumpla con las altas expectativas de nuestros lectores.

I. NORMAS ANULADAS Y EXHORTOS

ANULADAS SECCIÓN PRIMERA

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

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 16 de marzo de 2023; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-26-000-2011-00054-00. \(ver página 31 de este boletín\).](#)

SECCIÓN TERCERA

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

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2023, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-26-000-2021-00207-00\(67621\). \(Ver página 56 de este boletín\).](#)

SECCIÓN CUARTA

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

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de marzo de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2021-00047-00 \(25615\) \(ver página 61 de este boletín\).](#)

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

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de marzo de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00023-00 \(25531\) \(ver página 64 de este boletín\).](#)

EXHORTOS

SECCIÓN SEGUNDA

La Sección Segunda del Consejo de Estado exhortó a la Unidad Ocupacional de Salud de Cosmitet Ltda y al Ministerio de salud para realizar implementaciones del manejo del alcoholismo.

“Con base en el recaudo probatorio, la subsección considera necesario exhortar a Cosमितet Ltda., unidad de salud ocupacional o a la que haga sus veces, y al Ministerio de Salud para que procedan a realizar implementaciones sobre el manejo de los cuadros de adicciones al alcoholismo con fin de que, en los casos en los que sea ordenada una atención integral a esta clase de pacientes, se provea de manera ágil su autorización, para ello se deben mantener convenios con instituciones prestadoras de esa clase de servicios. Como se indicó, hubo una omisión en el sistema de salud en la atención integral y oportuna en favor del demandante, lo que impidió su rehabilitación que evitara, eventualmente, sus recaídas y afectación al servicio y a su relación laboral; por consiguiente, esta Corporación, como lo ha hecho en otras decisiones, rechaza situaciones como la aquí acontecida y, en aplicación del deber de adoptar políticas públicas con el propósito de luchar contra la adicción al alcoholismo, emitirá las correspondientes exhortaciones para que se adopten los respectivos correctivos .”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 6 de octubre de 2022, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación 760001-23-33 -0008- 2016-01948-01 \(3529-2022\)](#)

SECCIÓN QUINTA

La Sección Quinta exhortó a los magistrados que integran la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a efectos de que garanticen el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

“Sobre el particular dispuso en la parte resolutive lo siguiente: “SEGUNDO: EXHORTAR a los magistrados que integran la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en lo sucesivo, adopten las medidas necesarias para garantizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de los ciudadanos que acuden ante el juez, al momento de evaluar el alcance de la regla procesal relacionada con las cargas previstas en los artículos 162, 163 y 166 del CPACA.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 16 de marzo de 2023, C. P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 25000-23-41-000-2022-01383-01.](#)

**ASUNTOS
CONSTITUCIONALES**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIONES DE TUTELA

1. Se destaca que el término de caducidad de la acción de reparación directa no aplicaba, mientras estuvo en vigor la zona de distensión o despeje en el marco del proceso de paz con las FARC.

Síntesis del caso: El 20 de junio de 2001, estando vigente la zona de distensión, las FARC ocuparon ilegalmente la hacienda La Estrella, ubicada en la inspección de Guacamayas, municipio de San Vicente del Caguán, y hurtaron 1.108 cabezas de ganado, maquinaria y equipos destinados a la explotación agropecuaria. El Gobierno Nacional, mediante la Resolución 32 del 20 de febrero de 2002, puso fin a la zona de despeje y ordenó la retoma militar de la región. El 12 de noviembre de 2003, la señora Constanza Judith Turbay Cote instauró demanda en ejercicio de acción de reparación directa contra la Nación –Presidencia de la República y el Ministerio de Defensa Nacional. El Tribunal Administrativo del Caquetá accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, revocó la sentencia proferida por el a quo y, en su lugar, negó las súplicas de la demanda por haber operado el fenómeno de la caducidad. Esta Corporación, como juez de tutela de segunda instancia, confirmó la decisión impugnada en relación con el amparo de los derechos invocados, ya que consideró que, mientras estuvo en vigor la zona de distensión, era imposible acudir al derecho de acción para reclamar la responsabilidad del Estado por los daños originados en el marco del conflicto armado interno en esa región.

IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VIOLACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / PRINCIPIO DE JUSTICIA MATERIAL / DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / DESCONOCIMIENTO DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTEO DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / DELITO DE LESA HUMANIDAD / ZONA DE DESPEJE / CREACIÓN DE LA ZONA DE DESPEJE / OCUPACIÓN DE PREDIO RURAL / FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA EJERCITO DEL PUEBLO / EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN / DERECHO DE ACCIÓN

Problema jurídico: ¿La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado vulneró los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, igualdad, dignidad y debido proceso de la accionante, al proferir la providencia del 30 de julio de 2021, dentro del proceso de reparación directa 18001-23-31-000-2004-00102-01, promovido contra la Nación –Presidencia de la República y Ministerio de Defensa, al declarar la caducidad de la acción de reparación directa, en aplicación de las reglas consignadas en la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020, desconociendo que los hechos en controversia obedecen a daños originados en el marco del conflicto armado interno durante la vigencia de la zona de despeje o distensión?

Tesis: “Es claro que para la fecha en que se emitió la providencia en mención ya existía un criterio definido en torno a la caducidad del medio de control de reparación directa, en casos relacionados con delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado, precedente que se encuentra previsto en la sentencia de

unificación del 29 de enero de 2020, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. No obstante en el presente caso, resulta necesario dar alcance a la tercera regla de unificación, fijada conforme a la cual «iii) el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley», y respecto de la cual esta Sala echa de menos -sin perjuicio de aceptar que la misma fue advertida por la Sección Cuarta en la providencia impugnada, la que también hizo mención a la zona de despeje-, que no se valoró el contexto en que se desarrolló el juicio de responsabilidad patrimonial, mediado por la decisión de adelantar un proceso de paz con entrega del territorio a un grupo insurgente, que constituyó una zona de distensión, y cuyo despeje implicó un acusado debilitamiento institucional, en cuyo marco se generaron numerosos daños antijurídicos a la población civil. (...) [N]o es de recibo concluir -como lo hace la providencia objeto de litis-, que la petición dirigida el 21 de junio de 2021 por la señora [C.T.C.] al presidente de la República de la época, informándole los abusos y delitos cometidos por las FARC en la zona de despeje, permita deducir que desde tal fecha aquella tuvo conocimiento del daño alegado y, con fundamento en ello, concluir que presentó la demanda de reparación directa por fuera de los dos años previstos en el artículo 136 numeral 8.º del CCA. (...) [E]l fallo cuestionado reconoce que el gobierno al responder la solicitud mencionada el 10 de julio de 2001 «no manifestó nada en concreto en cuanto a las acciones que se adelantarían para recuperar el predio, pues simplemente se limitó a señalar que había dado órdenes de remitir la petición al Ministerio de Defensa “para su conocimiento y fines pertinentes”», conclusión que se ratifica al constatar que no se acreditó actuación efectiva al efecto por parte del gobierno nacional, tendiente a corroborar esa información o a disponer medidas de cualquier naturaleza destinadas a la protección o restablecimiento de los derechos de la señora [T.C.]. (...) No cabe duda que la señora [C.T.C.] fue víctima de múltiples agresiones y de violaciones sistemáticas a sus derechos, como el secuestro por las FARC de su hermano mayor [R.T.] en el año 1995, quien murió en cautiverio en 1997; el asesinato -en la modalidad de masacre- por acción de la Columna Móvil Teófilo Forero de ese grupo insurgente, de su hermano [D.T.C.] (presidente de la Comisión de Paz cuando ocurrieron los hechos), de su madre [I.C.T.] y de cinco personas más, en el año 2000. Valga destacar que recientemente, el 24 de julio de 2020, la Sala de reconocimiento de la Justicia Especial para la Paz - JEP, aceptó el sometimiento de [L.F.A.R.], exrepresentante a la Cámara por el departamento de Caquetá «[el] procesado en la justicia ordinaria por sus presuntos vínculos con las FARC-EP y por su presunta participación en el asesinato, a manos de la Columna Móvil Teófilo Forero, del excongresista [D.T.C.] [y de] su madre, [I.C.T.]». Pero, además, la accionante fue desplazada y despojada de todos sus bienes - inmuebles y semovientes- por la arbitraria ocupación de hecho que de ellos hizo las FARC, privándola de manera permanente del control y su usufructo, todo lo cual permite patentizar, no solo la sistemática violación de los derechos humanos y económicos de la accionante, sino la ausencia de la institucionalidad con ocasión del establecimiento de la zona de despeje. (...) Por consiguiente, se trata de morigerar la interpretación rígida de la norma, para dar paso a los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso (arts. 2º, 29, 228 y 229 CP, 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁷), en los términos de la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016: (...) Concluye la Sala que cuando se trata de establecer la caducidad de la acción de reparación directa tomando como referencia el acaecimiento del daño atribuible al Estado, hay circunstancias que permiten flexibilizar el alcance de la norma. En efecto, hay eventos en que dicho fenómeno tiene una aplicación exegética y literal, pero hay otros en los que la situación varía como acontece en el caso objeto de litis, en el que si bien se tiene un referente en cuanto a la fecha en que se produjo la omisión, es lo cierto que solo el transcurso del tiempo y otras circunstancias particulares, probadas en este caso, imponen inaplicarlo, dada la presencia de un daño continuado, que por la misma razón se mantuvo en el tiempo con ocasión del establecimiento de la zona de distensión y su prórroga, de lo cual dan prueba fehaciente los siguientes hechos: i) el bien se perdió con la declaratoria de la zona de distensión -inició el 14 octubre de 1998 y se terminó el 20 de febrero de 2002, ii) el gobierno nacional a pesar de tener conocimiento de tal situación a través del derecho de petición elevado por la accionante el 22 de junio de 2001 y dar traslado de él al Ministerio de Defensa, no adelantó acciones positivas con el fin de protegerlo, iii) la señora [T.C.] el 17 de junio de 2001 inició acciones tendientes a mitigar el daño y por consiguiente a recuperar el bien, en tanto otorgó poder a un abogado para que adelantara, ante la Alcaldía de San Vicente del Caguán una querrela policiva de lanzamiento por ocupación de hecho de la hacienda La Estrella, iv) los homicidios en la zona de despeje de su hermano y de su madre, perpetrado por las FARC el 29 de diciembre de 2000, también vislumbran la violencia reiterada afrontada en esa época, la falta de autoridad y, por ende demuestran con certeza la magnitud y consecuencia del hecho y, por ende, los perjuicios por los que la señora [T.C.] reclama la indemnización.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 2 de marzo de 2023, C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-15-000-2022-01335-02 \(AC\).](#)

2. Ausencia de defecto fáctico y adecuada valoración probatoria de la providencia judicial que determinó que no existió falla médica al no acreditarse el nexo de causalidad entre el manejo nutricional de la paciente y su muerte.

Síntesis del caso: El 20 de octubre de 1996 la señora [M.N.C.] ingresó al servicio de urgencias de la Clínica León XIII del Instituto de Seguro Social de Medellín (en adelante ISS), en la que le diagnosticaron obstrucción intestinal por bridas y, por lo tanto, la intervinieron quirúrgicamente en varias ocasiones; sin embargo, su estado de salud se deterioró y murió. En ejercicio del medio de control de reparación directa se promovió demanda en contra del ISS, con el fin de que se declarara su responsabilidad por la falla del servicio médico. El conocimiento del asunto correspondió al Tribunal Administrativo de Antioquia quien en sentencia del 26 de noviembre de 2010 accedió a las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que la muerte de la paciente fue producto de varias omisiones médicas durante su atención; así como por la falta de insumos médicos y nutricionales, conclusión a la que llegó con base en el estudio de la literatura médica. Como la sentencia no fue apelada el expediente se remitió al Consejo de Estado con el fin de que surtiera el grado jurisdiccional de consulta. La Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 28 de mayo de 2021, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, en la medida en que no se probó el nexo causal entre el daño y la actuación médica, pues no se demostró i) un error en el diagnóstico del cuadro clínico, ii) que la administración de medicamentos hubiere sido indebida y iii) que la muerte hubiese sido causada por su estado de desnutrición y no por el desarrollo natural de la enfermedad.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / CONFIRMACIÓN DEL FALLO / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / ADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO / PRUEBA DEL NEXO CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA / NEXO DE CAUSALIDAD / INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL NEXO DE CAUSALIDAD / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA JUDICIAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico: ¿Se vulneró el derecho fundamental al debido proceso con ocasión de la providencia proferida el 28 de mayo de 2021 por incurrir en un defecto fáctico al valorar inadecuadamente la historia clínica de la víctima?

Tesis: “En el presente asunto la parte demandante indicó que la autoridad judicial demandada realizó una inadecuada valoración de la historia clínica, la cual daba cuenta que a la señora [M.N.C.] no le fueron suministrados los nutrientes, antibióticos, multivitamínicos y lípidos de forma eficiente y oportuna cuando así lo requería, lo cual generó que su organismo se deteriorara y muriera. Sostuvo que la historia clínica, por sí sola, mostraba en forma clara la carencia de suministros y la omisión, negligencia y falta de cuidado en la atención hospitalaria de la paciente, por lo que no era necesario que obrara en el expediente un dictamen pericial para acreditar que la causa de la muerte de la señora [M.N.C.] fue la carencia de

suministros. Así las cosas, la Sala procederá a realizar un estudio de la providencia atacada con el fin de verificar si la autoridad judicial demandada valoró defectuosamente el material probatorio a que hace referencia la parte demandante con el cual presuntamente era posible determinar la responsabilidad en la que incurrió la demandada por no suministrar a la paciente los lípidos y multivitaminas que necesitaba para su recuperación. (...) [C]on lo anterior la autoridad judicial demandada estimó que no existía prueba en el expediente que diera cuenta de que el manejo de medicamentos y antibióticos fue inadecuado o mucho menos que haya sido la causa de la muerte de la señora [M.N.C.]. (...) Asimismo, en cuanto a la falta de insumos nutricionales, manifestó que estaba demostrado que la señora [M.N.C.] constantemente fue evaluada por nutrición y que, si bien en la historia clínica se consignó que durante varios días de hospitalización no se le pudo suministrar los lípidos y multivitaminas que requería, no obraba prueba que acreditara el nexo causal entre dicha falencia y el resultado final; además, por cuanto de ninguna manera se podía estructurar la responsabilidad del demandado con fundamento exclusivo en la literatura médica, como lo hizo el tribunal, pues ello implicaba que el juez emitiera un concepto sobre aspectos técnicos y científicos en relación con los cuales es lego. (...) Pues bien, una vez examinado lo anterior, esta Sala encuentra que la autoridad judicial demandada concluyó que el material probatorio allegado al expediente no era suficiente para acreditar el nexo de causalidad entre el manejo nutricional de la paciente y su muerte, pues aunque en la historia clínica se consignó que durante varios días de hospitalización no se le pudieron suministrar los lípidos y multivitaminas que requería, no estaba soportado en elementos de prueba, tales como un dictamen pericial, un concepto o testimonio técnico, que dicha ausencia fue la causa directa del daño antijurídico. Es más, la autoridad reconoció expresamente como parte de su análisis que si bien el proceso se solicitó y decretó un dictamen pericial, el que además fue practicado en el proceso, la parte interesada no pagó los gastos correspondientes a los honorarios del perito, por lo que mediante auto del 18 de mayo de 2014 se declaró desistida dicha prueba y esa decisión no fue cuestionada por la parte actora. Así las cosas, contrario a lo afirmado en la tutela, el juez de la reparación sí realizó un análisis de los medios de convicción allegados al expediente, incluyendo la historia clínica, situación distinta es que, con base en ellos, no se encontró probado el nexo causal entre la supuesta falla del servicio médico y el daño antijurídico reclamado, pues no se demostró que lo consignado respecto al suministros de lípidos y multivitaminas tuviera nexo directo con la muerte de la señora [M.N.C.], conclusión a la que no se podía llegar con la simple literatura médica. Contrario a lo que sugiere la parte actora, en este caso no se indicó que la única manera de probar el nexo causal era con un dictamen pericial, por el contrario, la autoridad judicial de manera expresa indicó que era imprescindible que se demostrara con un dictamen "o que este hecho resultara demostrado por otros medios de prueba". Sin embargo, no se aportó ningún medio de convicción adicional que permitiera constatar que la muerte se debió a la ausencia de lípidos y multivitaminas o al indebido suministro de medicamentos, de modo que, como se trata de aspectos técnicos y científicos propios de la ciencia médica, encuentra razonable la Sala que se haya concluido que la sola literatura médica no resultaba suficiente para predicar la responsabilidad del Estado a falta de prueba del nexo causal. En esa medida, la Sala considera que la providencia del 28 de mayo de 2021 proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación no incurrió en el defecto fáctico invocado, pues estuvo soportada en un estudio razonable y fiel de los hechos, las pruebas documentales allegadas al proceso, así como la normativa y la jurisprudencia aplicable al caso concreto, lo cual le permitió concluir que en el plenario no existían suficientes elementos de juicio que brindaran certeza de la existencia de una falla del servicio médico ni de su relación de causalidad con la muerte de la paciente. Por consiguiente, los planteamientos realizados por la parte actora en el presente asunto obedecen a un desacuerdo con el análisis y con la decisión que adoptó la autoridad judicial demandada y, en ese sentido, se evidencia el descontento con la providencia objeto de censura que fue desfavorable a sus intereses, pero no se encuentra que la decisión fuese arbitraria o irracional. Por el contrario, la actividad intelectual que realizó el juez natural del proceso constituye una manifestación de la autonomía e independencia judicial y, por consiguiente, las partes ni el juez constitucional pueden pretender imponer su criterio, interpretación y lógica sobre la del juez natural. En ese horizonte de comprensión, para esta Sala no hay lugar a declarar la configuración de un defecto fáctico en la providencia atacada, por lo cual confirmará la sentencia de primer grado que negó el amparo invocado respecto de la [actora]".

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 6 de marzo de 2023, C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación 11001-03-15-000-2022-06010-01\(AC\).](#)

3. Se incurre en un defecto fáctico, cuando al interior de un proceso de reparación directa no se valoran adecuadamente las pruebas que permiten acreditar el reconocimiento de los perjuicios morales a los hermanos de crianza.

Síntesis del caso: Se presenta acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, por la presunta vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, con ocasión de la sentencia de reemplazo proferida el 25 de abril de 2022, dentro del medio de control de reparación directa, por privación injusta de la libertad, incoado por la parte actora, con el fin de que le fueran reconocidos los perjuicios morales a sus hermanos de crianza. El juez de tutela, en sede de segunda instancia, decide amparar los derechos fundamentales del tutelante, al considerar que la decisión proferida por la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto fáctico, al no valorar adecuadamente las pruebas documentales y testimoniales que reflejaban la existencia del vínculo de hermanos de crianza, para efectos de reconocerles los perjuicios morales al interior del proceso objeto de amparo constitucional.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE INMEDIATEZ / VALORACIÓN DEL PLAZO RAZONABLE / PRESENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Problema jurídico 1: [¿La parte actora presentó la demanda de tutela dentro del plazo razonable definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para acreditar el cumplimiento del requisito de inmediatez?, ¿Es procedente efectuar el respectivo cómputo del plazo razonable, a partir de la fecha de ejecutoria de la decisión que resolvió la solicitud de corrección de la sentencia?]

Tesis 1: “[L]a Sala advierte que no comparte el razonamiento del a quo, en cuanto afirmó que la solicitud de amparo no cumple con el requisito de inmediatez, pues, tal y como lo sostiene la parte actora en el escrito de impugnación, la sentencia objeto de tutela, dictada el 18 de marzo de 2022, se notificó el 25 de abril de ese mismo año y el 29 de abril siguiente, esto es, dentro del término de ejecutoria —y no por fuera de este, como se afirma en la nota de pie página 9 del fallo de primer grado— la parte actora solicitó su corrección, la cual fue definida favorablemente en providencia del 31 de mayo de 2022, notificada el 8 de julio del mismo año. Así pues, dado que dentro del término de ejecutoria de la sentencia se elevó una solicitud de corrección, en criterio de esta Sala, estamos en presencia de uno de los eventos en los cuales el plazo razonable se cuenta con fundamento en la solicitud adicional y posterior a la providencia, en tanto que la misma sí tiene relación con la cuestión litigiosa, al punto que la parte resolutoria omitió de manera inicial incluir a dos de los demandantes, a quienes, de hecho, se les redujo el perjuicio moral y cuya decisión también ha sido atacada en sede constitucional. De suerte que, ante la diligencia de la parte demandante de solicitar la corrección de la sentencia tan pronto le fue notificada, no resulta acertado desligar ese hecho y la corrección para establecer que se trata de decisiones diferentes, cuando la sentencia es una sola y la parte actora que es un solo extremo procesal se integra por diversas personas todas las cuales se mostraron agraviadas con la decisión. Como la providencia que corrigió la sentencia se notificó el 8 de julio de 2022 y la demanda de tutela se radicó el 9 de noviembre de 2022, es claro que se hizo dentro del plazo razonable, pues no transcurrieron más de seis meses entre uno y otro suceso. En consecuencia, la Sala tiene por satisfecho el requisito de inmediatez y procederá a analizar los demás presupuestos generales de procedencia de la tutela.”

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / RECURSO DE APELACIÓN / LÍMITES DEL RECURSO DE APELACIÓN / APELANTE ÚNICO / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA

/ AUSENCIA DE DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / AUSENCIA DEL PERJUICIO IRREMEDIABLE

Problema jurídico 2: [*¿Respecto a los planteamientos derivados de los defectos procedimental absoluto y violación directa de la Constitución Política, se superan los requisitos adjetivos de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, en particular el de subsidiariedad?*]

Tesis 2: “En la demanda de tutela se afirma que el Tribunal Administrativo de Bolívar incurrió en violación directa de la Constitución y en un defecto procedimental absoluto, porque desconoció los límites competenciales fijados en el artículo 328 de la Ley 1564 de 2012, por cuanto al desatar el recurso de apelación abordó temas que no fueron objeto de reparos por el apelante único, al punto de que redujo el valor de la condena en favor de los demandantes y negó a los señores [R. y B.R.G.] los perjuicios morales que les fueron reconocidos en la sentencia de primera instancia. (...) Pues bien, cuando se acusa una sentencia de decidir aspectos ajenos al debate judicial y, particularmente, de que en la alzada el superior resolvió sobre temas que no fueron propuestas por el apelante único y que tampoco se encuentran dentro de los casos autorizados en la ley, estamos frente a un típico escenario propio de la congruencia, pues en las decisiones ultra y extra petita se concede más de lo pedido o se resuelve sobre elementos diferentes a los que demarcan el thema decidendum. De manera que, si en criterio del demandante hubo exceso en el ejercicio de la competencia del Tribunal para resolver la apelación de la sentencia nos encontramos en el terreno de la congruencia, y para discutir el desconocimiento de esta máxima, los demandantes cuentan con el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 248 de la Ley 1437 de 2011, específicamente bajo la causal de “nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”, que incluye el vicio por incongruencia, según lo ha definido esta Corporación. (...) Bajo ese entendimiento, no hay duda de que los reparos atribuidos a la incongruencia de la sentencia por violación de los límites competenciales del tribunal como “iudex ad quem” no pueden ser examinados por el juez de tutela y, en consecuencia, respecto de ese cargo específico, la tutela debe declararse improcedente.”

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL A FAMILIA DE CRIANZA / SENTENCIA DE REEMPLAZO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO / FALTA DE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA / PRUEBA DE PARENTESCO / PRUEBA DOCUMENTAL / EFICACIA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL / PRUEBA TESTIMONIAL / OMISIÓN DEL VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico 3: [*¿Incurrió la autoridad judicial accionada en un defecto fáctico, por indebida valoración de la prueba, al determinar que no había lugar a reconocer, al interior del proceso de reparación directa instaurado por la parte actora con ocasión de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido, los perjuicios morales a sus hermanos de crianza, pese a las pruebas testimoniales y documentales obrantes en el expediente ordinario?*]

Tesis 3: “En criterio de la Sala, la sentencia cuestionada sí incurrió en el defecto fáctico atribuido, dado que, como se afirma por los accionantes, desconoció por completo los elementos probatorios relevantes aportados con la demanda y recaudados en la audiencia de pruebas, los que, eventualmente, tendrían incidencia en el sentido de la decisión. En efecto, se advierte que, en la sentencia reprochada, el Tribunal hizo una relación de los hechos probados a partir de las pruebas aportadas, sin embargo, dejó de lado aquellas encaminadas a demostrar los perjuicios morales sufridos por los señores [R.R.G. y B.R.G.], como consecuencia de la privación de la libertad que tuvo que soportar su hermano de crianza, [K.G.M.]. La conclusión de la autoridad judicial accionada de que “no se acreditó en el plenario la existencia de una relación estrecha con el detenido” carece de sustento, pues en ella no se hace un análisis directo o una

inferencia que permite concluir a partir del examen de cuáles elementos descartó la prueba de la afectación o por qué eran insuficientes para acreditar el perjuicio reclamado. A partir de la justificación de que no haría uso de la prerrogativa de decretar pruebas de oficio contenida en la sentencia de unificación, el Tribunal parece sugerir que no existía ninguna prueba para acreditar la relación existente —y, eventualmente, el perjuicio moral reclamado— entre los señores [R.R.G. y B.R.G.] y la víctima directa de la privación de la libertad, cuando lo cierto es que sí se aportaron y recaudaron elementos referidos a ese hecho, como son los testimonios de los señores [N.G.P., J.N.C., C. (sic) H.R. y G.N.R.P.], recibidos en la audiencia de pruebas celebrada 16 de febrero de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Cartagena. (...) Vale decir que dichas pruebas no le merecieron pronunciamiento alguno al Tribunal, pues no se hizo referencia a ninguna de ellas en la decisión, ni se deduce que hubiesen sido descartadas por alguna razón o circunstancia. La única justificación de la autoridad judicial accionada fue la afirmación genérica de que “no se acreditaron los perjuicios” y que no haría uso de facultades probatorias oficiosas porque no era un imperativo legal —en realidad, dicha potestad está dirigida a lo casos en que no existen pruebas, circunstancia diferente a la que aquí se examina— y por el límite temporal otorgado en el fallo de tutela que le ordenó dictar la sentencia de reemplazo. Bajo este contexto, resulta evidente que el despacho judicial accionado actuó como si en el proceso no se hubiesen recibido los testimonios mencionados ni aportado las declaraciones extrajuicio, en lugar de analizar si con esas pruebas se acreditó o no la relación de hermanos de crianza y, eventualmente, los perjuicios morales derivados de la privación de la libertad. Optó, sin embargo, por afirmar de manera escueta que no se acreditó el perjuicio, valga insistir, sin exponer la fuente o fundamento de esa conclusión. (...) En este caso, la Sala concluye que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto fáctico, por cuanto no valoró las pruebas relativas al perjuicio moral que alegan haber sufrido los hermanos de crianza de la víctima directa del daño, pues, aun cuando dijo que no era suficiente el parentesco y que no se acreditó la afectación, la conclusión estuvo desprovista de cualquier razonamiento, en tanto que para arribar a ella debió, por lo menos, desestimar los testimonios y las declaraciones extrajuicio por insuficientes o por falta de convencimiento; empero, se limitó a afirmar que no se acreditó “la existencia de una relación estrecha con el detenido”, sin hacer referencia a prueba alguna, lo cual dista de ser un verdadero análisis probatorio. (...) [Así las cosas, se procederá al amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los señores [R. y B.R.G.], por haberse configurado el defecto fáctico, dada la falta de valoración de las pruebas que buscan demostrar los perjuicios morales por ellos sufridos, en su condición de hermanos de crianza del señor [K.G.M.]”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 17 de marzo de 2023, C.P. María Adriana Marín, radicación 11001-03-15-000-2022-05946-01 \(AC\).](#)

4. Se incurre en defecto procedimental por la falta de congruencia de la sentencia con lo pedido en el recurso de apelación, en un caso de apelante único.

Síntesis del caso: *El Juzgado 2 Administrativo de Florencia, en el marco de un proceso de reparación directa, declaró que el municipio de Florencia, Caquetá, era responsable por los perjuicios causados a los demandantes por el fallecimiento de un familiar en un accidente de tránsito, sin embargo, solo reconoció el 50% de la condena pretendida al encontrar que hubo concurrencia de culpas. La anterior decisión fue apelada por el municipio accionado y la parte demandante. El recurso de apelación presentado por el municipio fue declarado desierto. El Tribunal Administrativo de Caquetá revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, tras concluir que no se pudo acreditar un daño imputable al ente territorial.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA / REVOCATORIA PARCIAL DE LA SENTENCIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO

PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / APELANTE ÚNICO / FALTA DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / RECURSO DE APELACIÓN / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS / REFORMA EN PERJUICIO DE APELANTE ÚNICO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR MUERTE EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Problema jurídico 1: ¿El Tribunal Administrativo de Caquetá, con ocasión de la sentencia de 3 de febrero de 2022, proferida dentro del proceso de reparación directa No. 18001-33-33-002-2016-00986-01, mediante la cual la autoridad judicial accionada revocó la decisión apelada y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, incurrió en defecto procedimental por la falta de congruencia de la sentencia con lo solicitado en recurso de apelación, y, en consecuencia, se deben amparar los derechos al debido proceso y a la igualdad?

Tesis 1: “[E]s claro que existió una falta de congruencia entre lo pedido en el recurso de apelación presentado por la parte actora, marco de competencia del juez de segunda instancia para el caso concreto, y la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Caquetá, argumento suficiente para tener por configurado el defecto procedimental. (...) Sumado a ello, la Sala advierte que, igualmente, hubo una afectación al debido proceso, que puede encuadrarse en el marco del mencionado defecto (procedimental), comoquiera que, al tratarse de un caso en el que la parte demandante fue apelante único, ante la declaratoria de desierto del recurso presentado por el municipio de Florencia (Auto de 19 de septiembre de 2019), el Tribunal Administrativo de Caquetá, como juez de segunda instancia, revocó (en su totalidad) la decisión que le había sido parcialmente favorable a las pretensiones del demandante (se declaró patrimonialmente responsable al municipio), sin justificar de forma alguna las razones para afectar la garantía de non reformatio in pejus. (...) Dicha situación (condición de apelante único de la parte actora), también fue puesta de presente por el agente del Ministerio Público, en el concepto rendido ante el tribunal, sin embargo, ello tampoco fue considerado por la autoridad accionada. (...) En ese orden, es necesario aclarar que (1) si bien la garantía de non reformatio in pejus no es absoluta, es preciso que el operador judicial justifique las razones por las cuales esta podría verse afectada válida y constitucionalmente; y (2) el hecho de que se considere que deba hacerse un pronunciamiento expreso de cara a los argumentos relativos a la responsabilidad del centro hospitalario, no significa que deban accederse de forma automática a las pretensiones de la demanda de reparación directa o a los reparos del recurso de apelación, pues debe ser el Tribunal Administrativo de Caquetá, como juez de la responsabilidad, juez natural de esa causa, quien en el marco de su autonomía judicial, analice el caso concreto y establezca si se configuran, o no, los elementos de la responsabilidad para dicha demandada.”

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / ADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / TESTIMONIO / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR MUERTE EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Problema jurídico 2: ¿El Tribunal Administrativo de Caquetá, con ocasión de la sentencia de 3 de febrero de 2022, proferida dentro del proceso de reparación directa No. 18001-33-33-002-2016-00986-01, mediante la cual la autoridad judicial accionada revocó la decisión apelada y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, incurrió en defecto fáctico por indebida valoración de los testimonios, y, en consecuencia, se deben amparar los derechos al debido proceso y a la igualdad?

Tesis 2: “[F]rente al defecto fáctico esta Sala considera que el material probatorio fue valorado y analizado en su totalidad con base en el ordenamiento jurídico, lo que dio lugar a negar las pretensiones formuladas por los demandantes en el proceso de reparación directa. (...) Adicionalmente, es menester recalcar que el juez de la responsabilidad cuenta con autonomía para analizar las pruebas decretadas según el caso, sin configurar lo anterior un defecto fáctico, pues actúa dentro de su ámbito valorativo. (...) En esa medida, el hecho de que haya existido desacuerdo por las apreciaciones a las que debían llegarse del acervo probatorio del proceso, entre el juez y la parte, no configura el reparo que se estudia, es decir, que el análisis y valoración probatoria de la autoridad accionada sean distintas a las esperadas por la parte actora, no da lugar a la estructuración del defecto fáctico.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de febrero de 2023, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 11001-03-15-000-2022-04592-01 \(AC\).](#)

5. Se vulnera el derecho fundamental al debido proceso cuando se contabiliza, de manera errónea, el término procesal con el que cuenta el afectado para presentar la impugnación contra el fallo de primera instancia dictado en una acción constitucional.

Síntesis del caso: Se presenta acción de tutela contra el Juzgado Quinto Administrativo de Ibagué, por la presunta vulneración del derecho al debido proceso, con ocasión de la decisión de rechazar por extemporánea la impugnación presentada contra el fallo de 24 de agosto de 2022, dictado al interior de una acción de cumplimiento. El juez de tutela, en sede de segunda instancia, decide amparar los derechos fundamentales de la parte actora, al considerar que la autoridad accionada incurrió en un defecto sustantivo, por inaplicación del numeral 2 del artículo 205 de la Ley 1437 de 2011, modificado a su vez por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021; en tanto que contabilizó, de manera errónea, el término con el que disponía la entidad tutelante para presentar el escrito de impugnación al interior de la acción de cumplimiento objeto de amparo constitucional.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / MEDIO DE CONTROL DE CUMPLIMIENTO DE NORMA CON FUERZA DE LEY / AUTO QUE RECHAZA LA IMPUGNACIÓN DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / AUTO QUE DECLARA EXTEMPORÁNEA LA IMPUGNACIÓN / NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO JUDICIAL EN DÍAS / ERROR JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL ERROR JUDICIAL NORMATIVO / ORDEN DE PRELACIÓN NORMATIVA / FALTA DE APLICACIÓN DE LA LEY / LEY 1437 DE 2011 / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA / AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / EXHORTO

Problema jurídico: [Corresponde a la Sala determinar si el a quo acertó al denegar el amparo solicitado por el ente accionante, al encontrar que el Juzgado Quinto Administrativo de Ibagué no incurrió en defecto sustantivo, cuando rechazó, por extemporánea, la impugnación presentada contra la sentencia del 24 de agosto de 2022, sin tener en cuenta lo señalado en el numeral 2 del artículo 205 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo]

Tesis: “[La Sala] advierte que, en efecto, el Juzgado Quinto Administrativo de Ibagué al proferir los autos del 1° de septiembre de 2022 y 26 de octubre del mismo año, no aplicó el numeral 2 del artículo 205 del CPACA, a pesar de que, como se explicó en el acápite anterior, sí resulta aplicable en la notificación de las sentencias que se dictan en el trámite de la acción de cumplimiento. Siendo así, la Sala encuentra que la autoridad judicial demandada incurrió en defecto sustantivo, pues, a pesar de que conoce el [numeral] 2 del artículo 205 del CPACA, al punto que lo relacionó en la providencia objeto de tutela, no lo aplicó a la solución del caso. El defecto sustantivo en el que se incurrió en la providencia acusada vulneró el derecho fundamental al debido proceso, pues privó [a la entidad tutelante] de acceder a la doble instancia, de la cual subyacen los derechos de impugnación y de contradicción. En últimas, la decisión cuestionada impidió que la sentencia de primera instancia fuera revisada por el superior. Se resuelve, entonces, el problema jurídico propuesto: el a quo no acertó al denegar las pretensiones de la acción de tutela interpuesta por el municipio [tutelante] contra el auto del 1° de septiembre de 2022, proferido por el

Juzgado Quinto Administrativo de Ibagué. En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, se amparará el derecho al debido proceso [de la parte actora].”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 23 de marzo de 2023, C.P. Wilson Ramos Girón, radicación 73001-23-33-000-2022-00447-01 \(AC\).](#)

6. Se incurre en violación directa de la Constitución Política y en desconocimiento del precedente cuando se declara probada una excepción en un proceso ejecutivo, aplicando un precedente judicial proferido con posterioridad a la sentencia constitutiva del título ejecutivo.

Síntesis del caso: Un ciudadano adelantó un proceso ejecutivo contra el Distrito Capital de Bogotá – Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, para obtener el cumplimiento de la sentencia del 10 de junio de 2014, proferida por la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El Juzgado 18 Administrativo del Circuito de Bogotá ordenó seguir adelante con la ejecución. La Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal en comento revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, declaró probada la excepción de pago total de la obligación.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / IRRETROACTIVIDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL / INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / PROCESO EJECUTIVO / AUTO QUE DECLARA PROBADAS LAS EXCEPCIONES / EXCEPCIÓN DE PAGO / PROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE PAGO / TÍTULO EJECUTIVO / INMUTABILIDAD DE LA SENTENCIA / DESCONOCIMIENTO DE LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA / RELIQUIDACIÓN DE LAS CESANTÍAS / DESCANSO COMPENSATORIO / PAGO DE HORAS EXTRAS / PAGO DE HORAS EXTRAS NOCTURNAS / UNIDAD ADMINISTRATIVA DEL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ / IMPROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN DEL PROCESO EJECUTIVO POR PAGO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN

Problema jurídico: ¿La Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y trabajo del actor, en el marco del proceso ejecutivo 11001-33-35-018-2017-00391-01, promovido contra el Distrito Capital - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, al proferir la providencia de 5 de agosto de 2022, por medio de la cual se declaró probada la excepción de pago total de la obligación, negó las pretensiones de pago de horas extra, recargos y reliquidación de cesantías reconocidos y, por ende, incurrió en los defectos por desconocimiento del precedente y violación directa de la constitución?

Tesis: [Revisado el título ejecutivo, (...) si en la sentencia de 10 de junio de 2014 se ordenó, entre otras cosas, el reconocimiento de las horas extras «nocturnas en días ordinarios, dominicales y festivos hasta el máximo de 50 horas mensuales», no le era dable al Tribunal enjuiciado aplicar las reglas fijadas en la providencia de 12 de febrero de 2015 por el Consejo de Estado (la cual fue proferida con posterioridad a la sentencia objeto de recaudo), dado que dicho análisis debió ser hecho durante el proceso de nulidad y establecimiento del derecho cuando se estudió el reconocimiento de las horas extras nocturnas. (...) [P]ara esta Sala de decisión las apreciaciones realizadas por la autoridad judicial accionada en el proceso ejecutivo reabrieron un debate que ya había sido zanjado en el medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho 11001-33-31-018-2011-00186-00/01, escenario en el que el accionante obtuvo un derecho plenamente constituido en la sentencia de 10 de junio de 2014, la cual contiene una obligación clara, expresa y exigible, cuyo cumplimiento debe ser examinado en los términos allí expuestos. Se recuerda que, en virtud del principio de la cosa juzgada, la sentencia de 10 de junio de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, es inmutable, vinculante y definitiva, y por lo tanto, no era posible volver al debate procesal que allí se efectuó. Esta circunstancia implica una restricción o limitación al derecho del actor que, se reitera, fue reconocido en el pluricitado proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Así mismo, cuando la autoridad judicial desconoce o se aparta de los criterios anteriormente descritos, incurre en una vía de hecho constitucional, generando una alteración sustancial del objeto del proceso en curso y el fin esperado a través del mismo, porque la finalidad del proceso ejecutivo es obtener el cumplimiento de lo ordenado en el título base de recaudo, luego, una nueva valoración sobre el derecho sustancial de lo reconocido -en el caso sub examine las horas extras nocturnas y los recargos nocturnos correspondientes al 35%- conlleva a un quebrantamiento de derechos adquiridos].”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 23 de marzo de 2023, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-15-000-2022-06594-01 \(AC\).](#)

**SALA PLENA
DEL CONTENCIOSO**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Las limitaciones que tienen los candidatos en el ejercicio de actos de campaña o para desarrollar prácticas proselitistas en un determinado lapso, no fue prevista como causal autónoma de pérdida de la investidura ni tampoco se adecúa a los elementos que estructuran la prohibición de elegibilidad por coincidencia de periodos.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del representante a la cámara Luis Carlos Ochoa Tobón, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por una presunta violación al régimen de inhabilidades por presuntamente haberse presentado en su persona una concurrencia parcial de periodos de cargos de elección popular.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / COINCIDENCIA DE PERIODOS EN CARGO PÚBLICO DE ELECCIÓN / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR COINCIDENCIA DE PERIODOS / INHABILIDAD DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR COINCIDENCIA DE PERIODOS / INHABILIDAD POR COINCIDENCIA DE PERIODOS / CAMPAÑA ELECTORAL / RENUNCIA AL CARGO DE DIPUTADO / RENUNCIA AL CARGO PÚBLICO DE ELECCIÓN

Problema jurídico 1: ¿La hipótesis referida a la iniciación de la campaña electoral para ser elegido Congresista, antes de renunciar al cargo de Diputado de la Asamblea departamental y de inscribirse como candidato a las elecciones del Congreso de la República por parte del representante a la Cámara demandado, se subsume en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, y, por esta vía, da lugar a la pérdida de la investidura parlamentaria por violación del régimen de inhabilidades, prevista en el numeral 1 del artículo 183 superior?

Tesis 1: “[E]n el caso de los parlamentarios dicha prohibición fue introducida en el texto del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 -Ley orgánica del Congreso de la República-, incluyendo en la segunda parte de la norma, la posibilidad de la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección como supuesto que impide la configuración de la inhabilidad. (...) La Corte resolvió la exequibilidad del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5 de 1992, dejando claro que la inhabilidad por coincidencia de periodos del numeral 8 del artículo 179 superior, debe entenderse con base en los siguientes parámetros: i) La coincidencia de periodos a la que se refiere el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución, como causal de inhabilidad de los Congresistas, debe entenderse con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos, o en una corporación y un cargo diferente si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. ii) El periodo debe entenderse como el tiempo efectivo en el que un ciudadano ejerce una función pública, es decir, en su sentido material. iii) Quien aspire a ser elegido Congresista y ostente la calidad de concejal, diputado o servidor público, debe haber formalizado su renuncia antes de la inscripción de su candidatura, con el fin de evitar encontrarse incurso en esta prohibición de elegibilidad. iv) La renuncia aceptada constituye vacancia absoluta del cargo y, en consecuencia, formalmente aceptada la de un servidor público, concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, impide que se configure para éste la inhabilidad por coincidencia de periodos. (...) Por su parte, el Consejo de Estado como juez natural de la pérdida de investidura de los congresistas, siguiendo la jurisprudencia constitucional señalada, ha sido consistente en señalar que cuando existe esa coincidencia formal de periodos, la renuncia de la que trata el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5 de 1992 enerva la inhabilidad. Esto, porque la renuncia conlleva a la separación absoluta del cargo e impide su efectivo desempeño, y, por ende, formalmente aceptada por la autoridad competente, impide que se materialice la actuación simultánea en dos corporaciones, en dos cargos, o en una corporación y un cargo diferente, que es ingrediente normativo necesario para que se configure la inhabilidad del numeral 8 del artículo 179 constitucional. De esta manera (...) el Consejo de Estado tiene establecidos los elementos de la inhabilidad por coincidencia de periodos que dan lugar a la estructuración

de la causal de pérdida de la investidura del numeral 1 del artículo 183 de la Constitución, así: i) Que el congresista, con anterioridad a su elección o simultáneamente con ésta, haya sido elegido o nombrado para otra corporación o para un cargo público. (ii) Que su período de congresista coincida en el tiempo, así sea parcialmente, con el de la otra corporación o cargo público. (iii) Que no haya renunciado antes de su elección como congresista a la investidura o cargo que por efectos de la anterior elección o designación venía ostentando o desempeñando, por lo que, en consecuencia, debe tener simultáneamente ambas investiduras o dignidades. (...) [S]i bien la figura de la campaña electoral es un instrumento para alcanzar los fines políticos propios de la participación democrática y el acceso al poder público, reglada por la Constitución y la ley, sólo abre paso a la pérdida de la investidura cuando se transgreden los límites financieros establecidos para ellas por el orden jurídico, pues así lo previó taxativamente la Constitución. Por el contrario, las limitaciones que tienen los candidatos en el ejercicio de actos de campaña o para desarrollar prácticas proselitistas en un determinado lapso, no fue prevista como causal autónoma de pérdida de la investidura ni tampoco se adecúa a los elementos que estructuran la prohibición de elegibilidad por coincidencia de periodos, pues el ordenamiento legal estatutario la prevé como sancionable por el Consejo Nacional Electoral en la forma prevista en la Ley No. 130 de 1994, artículo 39. Finalmente, en cuanto a la teleología de la inhabilidad prevista en el numeral 8 del artículo 179 superior, basta señalar que la literalidad de esa disposición, nutrida con la jurisprudencia constitucional proferida por la Corte en la sentencia C-093 de 1994, y con la proferida por esta Corporación, deja suficientemente claro que la inhabilidad se estructura a partir de la coincidencia de períodos, y su finalidad es impedir la acumulación subjetiva de dignidades y poderes, con el fin de evitar se utilicen los factores de poder del Estado con fines electorales. Es por esta razón que la renuncia de quienes han sido elegidos a cargos de corporaciones públicas para aspirar a una curul en el Congreso, enerva la inhabilidad y desaparece para ellos la posibilidad de reprochar la mencionada conducta y castigarla con la pérdida de la investidura, pues esa dimisión, debidamente aceptada por quien es competente, elimina la simultaneidad del ejercicio funcional. De suyo, tampoco es admisible entender que la dimisión del elegido a una corporación pública defrauda el mandato popular. Todo lo contrario, son éstos los actores políticos que naturalmente tienen vocación para aspirar a los cargos de representación popular. Ello es así, porque se trata de servidores del Estado que no han sido elegidos con fundamento en el voto programático, como sucede con los alcaldes y gobernadores. De allí que la sentencia de unificación proferida por la Sección Quinta de la corporación, a la que hace alusión la parte actora sea diametralmente diferente al caso que se juzga. Por todas estas razones, en aplicación del principio de taxatividad que corresponde a este juicio sancionatorio de pérdida de la investidura y en virtud de la interpretación restrictiva al que se someten las normas que restringen el ejercicio de los derechos fundamentales políticos, como es el caso de las inhabilidades, la Sala concluye que la extemporaneidad de la campaña no tiene incidencia alguna en la configuración de la causal de pérdida de la investidura por violación del régimen de inhabilidades”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, ver: C-652 de 2003, C-564 de 1997, C-952 de 2001, C-348 de 2004, C-037 de 2018 y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 5 de julio de 2007, Radicación: 11001-03-06-000-2007-00046-00(1831); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de septiembre de 2017, Radicación: 73001-23-33-006-2016-00587-01 (PI); Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación del 29 de enero de 2019, MP. Rocío Araújo Oñate, expediente, 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU).

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la violación al régimen de inhabilidades del congresista por la coincidencia períodos en un cargo de elección popular, ver: Corte Constitucional, sentencias C-332 de 2005, C-040 de 2010, C-093 de 1994, C-334 de 1994.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre los elementos de la prohibición de coincidencia períodos en un cargo de elección popular, ver: Corte Constitucional, sentencia C-093 de 1994.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / COINCIDENCIA DE PERIODOS EN CARGO PÚBLICO DE ELECCIÓN / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR COINCIDENCIA DE PERIODOS / PRUEBA DOCUMENTAL / APRECIACIÓN DE LA PRUEBA / APRECIACIÓN DEL DOCUMENTO / CONDUCENCIA DE LA PRUEBA

Problema jurídico 2: *¿El a quo desconoció las capturas de pantalla de imágenes y textos aportadas por el demandante -tomadas de la red social de Instagram del representante a la Cámara demandado? y ¿si con ellas quedaba probado que el representante a la Cámara incurrió en la inhabilidad del numeral 8 del artículo 179, porque inició su campaña siendo diputado para el periodo 2020-2023 y antes de inscribirse como candidato al Congreso para el periodo 2022-2026?*

Tesis 2: “[L]a Sala Plena advierte que el sustento de la acusación no constituye propiamente un cargo de ausencia de valoración probatoria; lo que ocurre es que el apelante utiliza este fundamento para insistir en que la decisión de primera instancia no acogió la posición por él defendida, referida a que se demostró la extemporaneidad de la campaña electoral y con ello la inhabilidad en que incurrió el representante a la Cámara. (...) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estima que esa apreciación no es cierta, porque al abordar la valoración de la pruebas, el fallo no pretendió consignar una realidad distinta a la que las normas involucradas y la jurisprudencia nacional deja en evidencia, cual es, que quedó plenamente probado que, en este preciso caso no concurren los supuestos fácticos y jurídicos que configuran la inhabilidad por coincidencia de periodos, pues el diputado Ochoa Tobón no ejerció simultánea y coincidentemente dos cargos, porque i) renunció a ser diputado el 10 de noviembre de 2021, ii) esa renuncia le fue aceptada por la Asamblea Departamental de Antioquia el 11 de noviembre de 2021, y iii) ello ocurrió antes de su elección el 13 de marzo de 2022, e incluso antes de inscribir su candidatura al congreso de la República, lo que acaeció el 13 de diciembre de 2021 dentro del calendario electoral fijado por la Registraduría Nacional del Estado Civil. (...) Entonces, no está acreditada la indebida valoración probatoria por haberse desconocido las fotografías, que alega el apelante, pues la sentencia no sólo motivó y explicó con suficiencia los elementos que estructuran la coincidencia de periodos como supuesto inhabilitante para ser elegido congresista, sino que dejó claro que la extemporaneidad de la campaña electoral no es un supuesto que se subsuma en dicha inhabilidad”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 7 de marzo de 2023; C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación: 11001-03-15-000-2022-04009-01\(PI\).](#)

Aclaración de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto

ACLARACIÓN DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / COINCIDENCIA DE PERIODOS EN CARGO PÚBLICO DE ELECCIÓN / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR COINCIDENCIA DE PERIODOS / INHABILIDAD DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR COINCIDENCIA DE PERIODOS / INHABILIDAD POR COINCIDENCIA DE PERIODOS / CAMPAÑA ELECTORAL / RENUNCIA AL CARGO DE DIPUTADO / RENUNCIA AL CARGO PÚBLICO DE ELECCIÓN

Problema jurídico: ¿Para resolver el cargo de apelación sobre la extemporaneidad de la campaña electoral, era necesario abordar el estudio de las normas regulatorias de la campaña electoral y si la conducta reprochada conduce a sanciones de tipo administrativo?

Tesis: “[A] mi juicio bastaba con indicar, como allí se anuncia, que la “extemporaneidad de la campaña electoral no constituye ingrediente normativo de la inhabilidad prevista en el numeral 8 del artículo 179 superior, pues dicho supuesto no tiene la capacidad jurídica ni material de traducirse en ejercicio efectivo y simultáneo en dos corporaciones, dos cargos o en una corporación y un cargo”, planteamiento que considero suficiente para resolver el cargo de apelación interpuesto por el solicitante de la pérdida de investidura, que concretó su inconformidad en que el representante a la Cámara convocado “inició su campaña meses antes de presentar su renuncia ante la Asamblea Departamental, y de realizar la inscripción para las elecciones al Congreso de la República”, conducta que tal como se juzgó, no constituye causal de pérdida de investidura. Así las cosas, estimo que para resolver el citado cargo de apelación no era necesario abordar el estudio de las normas regulatorias de la campaña electoral y si la conducta reprochada –extemporaneidad en la campaña- conduce a sanciones de tipo administrativo, porque se trata de un asunto que es de competencia de la autoridad administrativa pertinente”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 7 de marzo de 2023; A.V. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2022-04009-01\(PI\).](#)

2. La causal de desinvestidura por violación al régimen de incompatibilidades por desempeñar un cargo o empleo distinto al de congresista de manera

simultánea, no comprende la figuración nominal en cargos de representación legal pues lo requerido es que se demuestre el ejercicio efectivo de dicho cargo.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra de la representante a la cámara Elizabeth Jay-Pang Díaz, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por una presunta violación del régimen de inhabilidades, específicamente por desempeñar simultáneamente un cargo o empleo distinto al de congresista y por violación al régimen de conflicto de intereses.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES / INCOMPATIBILIDADES DEL CONGRESISTA / INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES

Problema jurídico 1: ¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se acreditó el elemento objetivo respecto a la vulneración del régimen de incompatibilidades por parte de la representante a la Cámara Elizabeth Jay-Pang Díaz por desconocer lo previsto en el numeral 1 del artículo 180 Superior por presuntamente desempeñar un cargo o empleo distinto al de congresista?

Tesis 1: “El numeral 1 del artículo 183 de la Carta Política, en concordancia con lo señalado en el artículo 296-2 de la Ley 5ª de 1992, consagró como causal de pérdida de investidura la violación del régimen de incompatibilidades, con lo que se busca proteger la dedicación exclusiva de la labor del congresista e impedir la utilización del poder derivado de su calidad en actividad diferente, sea pública o privada (...). A partir de los contenidos normativos enunciados, la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa estimó, inicialmente, que para configurar la causal resultaba suficiente ostentar un cargo, pues de ello se podía deducir que se estaba ejerciendo; sin embargo, la postura actual señala que no es suficiente tener u ostentar el cargo como algo simbólico o nominal, sino que es preciso realizar, practicar, cumplir, ejecutar, llevar a cabo, de alguna manera, funciones propias del cargo público o privado causante de la incompatibilidad. Igualmente, se considera que la prohibición no cobija actividades que no impliquen la existencia de un vínculo laboral, por lo que no debe haber subordinación o dependencia, ni remuneración, prebenda o beneficio económico. De igual forma que la actividad desplegada no tenga limitación expresa para los congresistas, ni que se vincule al “ejercicio” de una profesión u oficio. En este sentido, se permite en términos generales el desarrollo pleno de los derechos como a todos los asociados, por ejemplo, el derecho a la libre expresión y a la participación política. (...) Según el solicitante, la causal de violación del régimen de incompatibilidades, prevista en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política, se configuró en virtud de que la denunciada violó la prohibición contenida en el artículo 180-1 constitucional, que le impide desempeñar cargo o empleo distinto al de congresista, pues ocupa la representación legal de la Fundación “Proyecta ADZ Dirección Consultoría Asesoría Integral de Proyectos”, así como el cargo de suplente del gerente de la sociedad comercial familiar “Josef Concretos Ltda”. No se fundamenta la solicitud en la demostración del ejercicio de tales cargos, pues el actor considera que la sola designación es suficiente para concluir la violación de la prohibición constitucional antes mencionada, razonamiento que es coincidente con la postura inicial de la Corporación, ya superada por la Sala y enunciada en precedencia. Así las cosas, no resulta pertinente entrar a valorar la prosperidad de la solicitud sobre esa base, sino que es necesario tener como parámetro la demostración del ejercicio efectivo del cargo, ya que en la interpretación de la causal de pérdida de investidura debe observarse un criterio material o sustancial, de manera que exista la incompatibilidad por el desempeño real y no meramente formal de la vinculación y, de no ser así se estaría sancionando bajo un supuesto distinto del tipificado en el artículo 180-1 constitucional, que proscribe el “desempeño” de cargo o empleo público o privado. (...) [C]omo quedó visto respecto del alcance de la causal de desinvestidura en cuestión, no basta con la figuración nominal en tales cargos, pues se requiere, además, que se demuestre el ejercicio efectivo de dichos cargos, cosa que no aparece probada en el expediente con ninguno de los medios de convicción aportados o decretados en su momento, conclusión a la que igualmente llegó el ministerio público en su análisis de lo probado en el proceso en el marco de su intervención en la audiencia pública.”

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el alcance y la naturaleza de la pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 11001-03-15-000-2018-03883-01. Providencia del 28 de mayo de 2019. M.P. Dr. William Hernández Gómez.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas, ver: Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de julio de 2001, expediente No. 11001031500020010111 01, Consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade; Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia 26 de febrero de 2002, expediente No 11001-03-15-000-2001-0131-01(PI), Consejero ponente: Roberto Medina López; Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de febrero de 2006, expediente No: 11001-03-15-000-2005-00946-00(PI), Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro; Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 31 de julio de 2007, expediente No. 11001-03-15-000-2007-00554-00, Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante; Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de noviembre de 2008, expediente No: 11001-03-15-000-2008-00316-00(PI), Consejero ponente: Mauricio Torres Cuervo; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de octubre de 2009, expediente No: 11001-03-15-000-2008- 01234-00(PI), Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de noviembre de 2009, expediente No: 11001-03-15-000-2008-01181-00(PI), Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CONFLICTO DE INTERESES DEL CONGRESISTA / INEXISTENCIA DEL CONFLICTO DE INTERESES

Problema jurídico 2: *¿La representante a la Cámara Elizabeth Jay-Pang Díaz incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183.1 de la Constitución Política de Colombia, por «violación al régimen de conflicto de intereses» al haber participado en el trámite del proyecto de Ley No. 452 de 2020, que se convirtió en la Ley 2203 del 10 de mayo de 2022, en el que se discutió el monto y destinación de la contribución para el uso de la infraestructura pública turística en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina?*

Tesis 2: “El numeral 1 del artículo 183 de la Carta Política, en concordancia con lo señalado en el artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, establece como causal de pérdida de investidura la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y del régimen de conflicto de intereses, con lo que se busca evitar que los congresistas utilicen su investidura para tramitar los asuntos puestos a su consideración en una u otra forma, con el fin obtener beneficios o privilegios para ellos o sus parientes, gracias a su cargo, en clara contravía de los postulados constitucionales que deben regir su labor. En este contexto es claro que pueden presentarse situaciones en las cuales los congresistas tengan interés en los asuntos de los que conocen en virtud de su investidura, por lo cual deben manifestar su impedimento para participar del trámite de aquellos, con el fin de que su interés personal no afecte el interés general que debe prevalecer en un Estado Social de Derecho, como el colombiano. (...) [L]a existencia de un conflicto de intereses, de conformidad con la definición establecida en la Ley 5ª de 1992, implica inicialmente la demostración concurrente de un beneficio particular, actual y directo a favor del congresista, de su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Para determinar si se configuran dichos elementos, es del caso analizar el alcance del proyecto de ley No. 452 de 2020, presentado en su momento por la congresista denunciada en conjunto con la senadora María del Rosario Guerra. (...) A partir de la finalidad del proyecto de ley y del texto aprobado en el trámite legislativo se extrae con claridad que no es dable predicar la configuración de un beneficio particular, actual y directo a favor de la congresista denunciada, de su cónyuge o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, dado que la normativa en cuestión tiene un evidente alcance general, abstracto e impersonal, en la medida en que una eventual contratación financiada con los recursos indicados en la Ley 2203 de 2022 debe estructurarse sobre la base de la determinación de la Asamblea Departamental sobre el monto de la contribución y la formulación por parte del departamento de un plan de acción anual para la ejecución (...). En ninguna parte de la ley se restringe la inversión a obras de infraestructura física, ni se fija la obligación de contratar puntualmente con alguna de las empresas en las que funge como representante legal el esposo de la congresista denunciada, sin que el hecho de que una eventual contratación que pueda coincidir con el objeto social de dichas empresas configure un beneficio directo, pues la materialización del contrato siempre deberá ser producto de la selección objetiva en cabeza de la administración departamental. En este contexto, el beneficio que alega el solicitante de la pérdida de investidura es claramente hipotético, incierto y eventual,

lo que excluye la posibilidad de considerarlo como actual o inmediato, por lo que no se encuentra acreditado el elemento objetivo de la violación del régimen del conflicto de intereses”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura de los congresistas, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Especial de Decisión 16. Expediente 11001-03-15-000-2016-02279-00(PI). Providencia del 6 de junio de 2017. M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veinticinco Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 29 de marzo de 2023; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico: 11001-03-15-000-2022-06714-00\(PI\).](#)

3. La reparación del derecho a la honra y buen nombre se encuentran incluidos dentro del daño a bienes constitucional y convencionalmente amparados por lo que su reconocimiento por parte del juez administrativo no resulta violatorio del principio de congruencia.

Síntesis del caso: En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, se solicitó infirmar la sentencia del 9 de julio de 2020, mediante la cual la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó el fallo de primera instancia del 8 de marzo de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en donde se negaron las pretensiones de la demanda por no acreditarse que la privación de la libertad de uno de los demandantes hubiera sido arbitraria o desproporcionada.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL / RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL / AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO

Problema jurídico 1: ¿Es procedente infirmar la providencia dictada por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 4 de junio de 2020, con fundamento en la causal prevista en el numeral 5º del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), esto es, nulidad originada en la sentencia, específicamente por presuntamente haber vulnerado el principio de congruencia al haber reconocido una pretensión que no fue formulada en la demanda?

Tesis 1: “[L]a Sala Especial de Decisión no comparte el argumento de violación del principio de congruencia, pues si se observa la estructura de la demanda, la solicitud del débito resarcitorio no solo giró en torno a la indemnización por daño emergente y lucro cesante —aunque estos últimos fueron negados—, sino también comprendió todas las afectaciones que le fueron irrogadas a la víctima y a su núcleo familiar, incluyendo las reparaciones de carácter extrapatrimonial. Dentro de esta senda, la demanda se centró en solicitar el reconocimiento del perjuicio no patrimonial, el cual no se redujo al simple menoscabo moral, pues dentro del conjunto de derechos y bienes no patrimoniales se incluyeron aquellos distintos a la aflicción, la congoja, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padeció la víctima y su núcleo familiar con ocasión de la privación injusta de la libertad. (...) [L]os argumentos del recurrente deben rechazarse no solo porque la reparación del derecho a la honra y buen nombre —incluidos dentro del daño a bienes constitucional y convencionalmente amparados— si se consignaron en las pretensiones de la demanda, sino también porque se desconoció que en el transcurso del proceso de reparación directa, tal como lo afirmó el juez de la Sección Tercera, se probó que el [demandante] sufrió “en su vida social y afectiva” y se vio “perjudicada por el rechazo de la comunidad y comentarios negativos del cual ha sido objeto” con ocasión del cercenamiento a su libertad de locomoción”.

NOTA DE RELATORÍA 1: La Sala Especial de Decisión realizó un recuento jurisprudencial sobre el tratamiento que le ha dado la Corporación a los conceptos de daño a la vida de relación, alteración grave a las condiciones de existencia, perjuicio moral, daño a la salud y daños a bienes constitucionalmente amparados.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la nulidad de la sentencia como causal de revisión, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 18 de octubre de 2005, radicado 11001-03-15-000-2000-00239-00. M.P. Jaime Moreno García; Consejo de Estado, Sala Tercera Especial de Decisión, el 4 de agosto de 2021, radicado 11001-03-15-000-2021-00610-00; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 6 de agosto de 2013, radicado 11001-03-15-000-2009-00687-00. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicado 11001-03-15-000-1998-00153-01 (REV), M.P. Alberto Yepes Barreiro.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la nulidad de la sentencia como causal de revisión, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 18 de octubre de 2005, radicado 11001-03-15-000-2000-00239-00. M.P. Jaime Moreno García; Consejo de Estado, Sala Tercera Especial de Decisión, el 4 de agosto de 2021, radicado 11001-03-15-000-2021-00610-00; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 6 de agosto de 2013, radicado 11001-03-15-000-2009-00687-00. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicado 11001-03-15-000-1998-00153-01 (REV), M.P. Alberto Yepes Barreiro.

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre el perjuicio moral, daño a la salud y daños a bienes constitucionalmente amparados, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, rad. 32.988.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / INEXISTENCIA DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO

Problema jurídico 2: *¿Es procedente infirmar la providencia dictada por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 4 de junio de 2020, con fundamento en la causal prevista en el numeral 5º del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), esto es, nulidad originada en la sentencia, específicamente por presuntamente haberse ordenado una medida de carácter no pecuniario a una autoridad administrativa que no estaba legitimada para cumplirla?*

Tesis 2: “[L]a Nación, como persona jurídica demandada y legitimada en la causa, ejerció su derecho de defensa y contradicción, por lo que no es posible afirmar que se le vulneró el debido proceso con la imposición de una medida de carácter no pecuniario, habida cuenta de que, durante su trámite, a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial no solo se le reconoció legitimación en la causa por pasiva sino que hizo uso de los mecanismos procesales con el objeto de ejercer su defensa, por lo que resulta extraño que después de afirmar en la contestación de la demanda que “las actuaciones de los funcionarios judiciales se ajustaron al ordenamiento constitucional y legal, por lo que no hubo una privación injusta de la libertad”, en un recurso extraordinario de revisión, manifieste, después de encontrarse justamente vencido, que no es el funcionario competente para cumplir con las ordenes impuestas en la sentencia judicial del 9 de julio de 2020. El juez de la Sección Tercera le impuso la medida de reparación in natura a la Nación-Rama Judicial, en cabeza de quien tenía la capacidad para ser parte y asumió la representación judicial de la Nación, esto es, el Director Ejecutivo de Administración Judicial, quien debe cumplir con la condena judicial”.

NOTA DE RELATORÍA: La Sala Especial de Decisión realizó un recuento doctrinal, legal y jurisprudencial sobre el concepto de aptitud legal.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / INEXISTENCIA DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO

Problema jurídico 3: *¿Es procedente infirmar la providencia dictada por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 4 de junio de 2020, con fundamento en la causal prevista en el numeral 5º del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), esto es, nulidad originada en la sentencia, específicamente por presuntamente no haber*

analizado la legalidad o ilegalidad de la medida de aseguramiento que dio lugar a la demanda de reparación directa por privación injusta de la libertad?

Tesis 3: “[E]l recurrente precisó que el juez de segundo grado no analizó la legalidad o ilegalidad de la medida de aseguramiento y se limitó a comprobar que se allegara al plenario la sentencia absolutoria y el certificado del establecimiento carcelario para estructurar el juicio de imputación a la luz del daño especial por la privación injusta de la libertad, lo que —a su juicio— condujo al “error de afirmar que la parte actora solo te[nía] que allegar la sentencia absolutoria con constancia de ejecutoria y el certificado de establecimiento carcelario a efectos de que se le dé una indemnización”. La Sala Especial de decisión considera que en sede del Recurso Extraordinario de Revisión no es procedente dilucidar ni cuestionar (i) el régimen de responsabilidad que aplicó el juez de la Sección Tercera a casos de responsabilidad estatal extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad; (ii) ni tampoco establecer si operó o no la culpa exclusiva de la víctima, por ser aspectos que son ajenos a las causales estrictas del recurso extraordinario de revisión”.

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

Problema jurídico 4: *¿Resulta procedente la condena en costas en el componente agencias en derecho en el recurso extraordinario de revisión bajo estudio al haberse declarado infundado?*

Tesis 4: “[B]ajo una interpretación armónica que permita determinar el alcance de la condena en costas dentro del recurso extraordinario de revisión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos procesales, así como por las agencias en derecho, y solo habrá lugar a su imposición de acuerdo con el artículo 365, numeral 8.º ibidem “cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En el caso concreto, la Sala advierte que no procede la condena en costas por concepto de expensas y gastos procesales, porque no aparece demostrado en el expediente que la parte demandada hubiere incurrido en dichos pagos. Sin embargo, en cuanto al componente de agencias en derecho, debe señalarse que, aunado a que el recurso se declarará infundado, el extremo de la parte pasiva, esto es, los demandados comparecieron al proceso mediante apoderado judicial dentro de la oportunidad legal con el fin de oponerse, ejerció su derecho de defensa y realizó solicitudes probatorias. Por tanto, la Sala estima que la gestión de los demandados en este proceso resulta suficiente para que se disponga la fijación de agencias en derecho a su favor, a título compensatorio frente a los esfuerzos en el tiempo, dedicación, vigilancia y diligencia que le demandó, en su calidad de extremo pasivo, el hecho de contestar el presente recurso, sumado a la naturaleza y duración de esta causa procesal, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 365 y 366 del CGP”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintidós Especial de Decisión; sentencia del 20 de febrero de 2023; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-15-000-2021-07309-00\(REV\)](#)

Salvamento parcial de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

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

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

Tesis: “Atendiendo a que la condena en costas: i) está compuesta, por un lado, por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y, por el otro, por las agencias en derecho; ii) para su imposición debe tenerse en consideración las reglas previstas en el artículo 365 de la Ley 1564; iii) de conformidad con el numeral 8.º ibidem, solo habrá lugar cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación; y iv) en relación con la determinación de las agencias en derecho tendrá en cuenta los criterios para su fijación y las tarifas indicadas por el Consejo Superior de la Judicatura. Por lo expuesto anteriormente, aunque comparto la sentencia en cuanto declaró infundado el recurso extraordinario de revisión de la referencia, considero que, para la imposición de la condena en

costas, en los ordinales segundo y tercero, en relación con las agencias en derecho, debe probarse los gastos en que incurrió la parte demandada en su defensa”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintidós Especial de Decisión; sentencia del 20 de febrero de 2023; S.V. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-15-000-2021-07309-00\(REV\)](#)

SECCIÓN
PRIMERA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

Se declara la nulidad de apartes del Acuerdo 02 de 2011, expedido por la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), en ejercicio de competencias que hoy están a cargo de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV).

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, para que se anulen los artículos 3 (inciso final); 24 (inciso segundo); 25 (parágrafo segundo); 27 (frase final del inciso final); 31 (frase final del inciso final); 33 (parágrafo tercero); 42; 44 (parágrafo); y Artículo 48, del Acuerdo 02 de 2011, "Por medio del cual se reglamenta la radiodifusión de contenidos en el servicio público de televisión abierta", expedido por la Comisión Nacional de Televisión (CNTV).

**FACULTAD REGLAMENTARIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN /
RADIODIFUSIÓN / REGULACIÓN DE PROGRAMACIÓN DE CONTENIDOS / SERVICIO DE
TELEVISIÓN / OPERACIÓN DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN / EXPLOTACIÓN DEL
SERVICIO DE TELEVISIÓN / PUBLICIDAD / INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR /
NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

Problema jurídico1: [D]eterminar si son nulas, por vulneración de norma superior, las disposiciones que indican que la programación de televisión incluye la radiodifusión de cualquier contenido, incluida la publicidad, si, en palabras del demandante, se trata de dos conceptos diferentes de acuerdo con las normas legales que tratan esa materia y tal consideración impondría responsabilidad del operador sobre esta última.

Tesis 1: [L]a Sala deberá definir si las normas legales que se citan como infringidas por las disposiciones vertidas en el acto administrativo, permiten concluir que programación y publicidad son dos conceptos diferentes, dado que, para la CNTV, el problema que plantean las accionantes no está fundado en el contenido real de la ley, sino en la interpretación que de ésta ellas hacen. Es entonces pertinente traer a colación los literales c) y h) del artículo 5 y el artículo 29 de la Ley 182 de 1995 [...] Del contexto normativo descrito se desprende que la regulación de la CNTV recae sobre las condiciones de operación y explotación del servicio público de televisión, entre las cuales se encuentran los cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas, gestión y calidad del servicio, comercialización, modificaciones en razón de transmisión de eventos especiales, utilización de redes y servicios satelitales, obligaciones de los usuarios, y por supuesto, el contenido de la programación y la publicidad. Así pues, lo que se pone en evidencia es una lista de actividades que conciernen al servicio de televisión y que deben ser reguladas por la accionada, sin que se encuentre una equivalencia entre la regulación de programación de contenidos y la publicidad. [...] De aquí se extrae que es función de la CNTV la clasificación de los contenidos de programación y de la publicidad, con lo cual se busca promover su calidad, proteger a la familia, los grupos vulnerables de la población, especialmente niños y jóvenes, de modo que se garantice el desarrollo integral y armónico de esa población, y que también busca fomentar la producción colombiana. Bajo tal perspectiva, no observa la Sala que el Congreso de la República haya dado un trato de similitud a estas dos actividades; por el contrario, las enlista dentro de los aspectos pasibles de regulación de la accionada, evidenciando su naturaleza disímil, tal y como también se puede observar de la potestad prevista en el literal i) del artículo 5 ibidem, cuando indica que la Comisión debe resolver las peticiones, quejas y reclamaciones que surjan a propósito del contenido y calidad de la programación y la publicidad de los servicios de televisión; [...] Así las cosas, coincide la Sala con el criterio que invocan las demandantes cuando aseveran que del alcance de los anotados preceptos no se deriva un trato de semejanza, lo que supone resolver el problema que plantearon las empresas actoras. [...] Sin duda, la regulación a que se alude en el artículo 3 acusado incorpora dentro del concepto de programación el de publicidad, circunstancia que no se allana al alcance que de uno y otro se dio por parte de la Ley 182 de 1995, en tanto que se trata de dos aspectos distintos que hacen parte de la operación y explotación del servicio de televisión, y que tampoco supondría un régimen de responsabilidad en el que la violación de alguna conducta por parte de los contenidos en la publicidad se atribuya, sin justificación alguna, al operador. En esa medida, atendiendo a que es la expresión "incluida la publicidad" contenida en el último inciso del artículo 3 del Acuerdo 002 de 2011 expedido por la CNTV, la que genera el reproche de ilegalidad al desconocer lo dispuesto por el Legislador en los artículos 5 (literales

c) y h) y en el artículo 29 de la enunciada Ley 182 de 1995, se declarará la nulidad de esa parte de la normativa acusada. Sin embargo, no se accede a la petición de invalidez del artículo 42 del mencionado Acuerdo, habida cuenta de que las disposiciones en él contenidas suponen la vulneración solo si entienden en contexto con el inciso final del artículo 3 ibidem, o, en otras palabras, no representan en sí mismas el desconocimiento de la dualidad conceptual que indican las citadas normas legales sobre programación y publicidad.

**FACULTAD REGLAMENTARIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN /
RADIODIFUSIÓN / REGULACIÓN DE PROGRAMACIÓN DE CONTENIDOS / SERVICIO DE
TELEVISIÓN / CÓDIGO DE AUTORREGULACIÓN / CONCESIONARIO DEL SERVICIO DE
TELEVISIÓN / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN / DERECHO AL
DEBIDO PROCESO / LIBERTAD DE INFORMACIÓN / PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA /
INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

Problema jurídico 2: Si es nula, por vulneración de norma superior, la normativa expedida por la CNTV que exige un código de autorregulación a los concesionarios de televisión, si es extensa, vaga, y vulnera la independencia periodística.

Tesis 2: Resolver tal pretensión conduce a la Sala a examinar el contenido del artículo 48 acusado [...] Pues bien, no halla la Sala una exigencia de la CNTV a los concesionarios sobre la necesidad de que estos describan de manera detallada la forma en que ejercen el derecho de información y ello obedece a que las exigencias allí contenidas son tan amplias y, como lo indican los actores, vagas, que es imposible precisar el alcance de lo requerido por la CNTV cuando demanda de los operadores información sobre el "tratamiento" de la información, de la opinión o la separación entre estos dos conceptos y el de publicidad, entre otros. De allí que tal regulación redunde en la continua posibilidad de incurrir en una conducta que, por demás, es sancionable, dada la falta de certeza del alcance de los parámetros que señala el citado artículo 48, y entonces implique la trasgresión de derechos de raigambre constitucional como el de contradicción, defensa y debido proceso. Vistas así las cosas, encuentra ajustado el discernimiento que proponen las demandantes cuando indican que tal disposición infringe el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, pues, aun cuando no se discute la potestad regulatoria de la CNTV en la materia y tampoco que los derechos de los concesionarios a la libertad de expresar y difundir pensamiento y opiniones no son absolutos, lo cierto es que aquel ejercicio debe observar el marco constitucional y legal previsto, que para el asunto que nos ocupa se encuentra contenido en los artículos 20 y 73 Superiores, de tal suerte que la regulación sobre la prestación del servicio público consulte patrones ciertos y precisos de conducta en los que se observe la garantía del derecho fundamental al debido proceso y los postulados constitucionales de libertad e independencia, pero sobre parámetros concretos que brinden líneas ciertas de conducta orientadas a la protección de grupos vulnerables de la población lo mismo que, tal y como lo expresa en artículo 29 de la Ley 182 de 1995.

**FACULTAD REGLAMENTARIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN /
RADIODIFUSIÓN / REGULACIÓN DE PROGRAMACIÓN DE CONTENIDOS / SERVICIO DE
TELEVISIÓN / CONCESIONARIO / HORARIO DE ADULTOS / PROGRAMACION PARA
ADULTOS / CONTENIDOS VIOLENTOS / CONTENIDOS SEXUALES / LIBERTAD /
PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA / INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / NULIDAD
PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

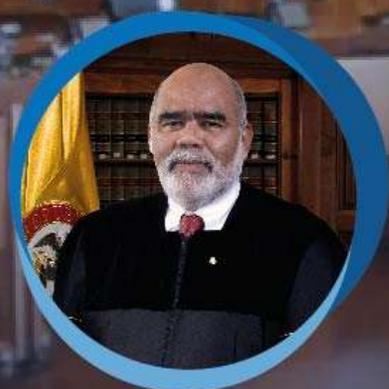
Problema jurídico 3: Si son nulas, por vulneración de normas superiores, las disposiciones que ordenan a los concesionarios de servicio de televisión "suministrar a los televidentes elementos de análisis y reflexión sobre el contenido radiodifundido" en la franja de adultos, si tal exigencia configura un paternalismo televisivo y vulneración del pluralismo en un Estado democrático.

Tesis 3: [E]l servicio de televisión es libre e independiente, y sólo puede ser limitado por la Constitución y la ley, atendiendo los parámetros allí vertidos; estos son la prohibición de censura (artículo 20 de la Carta), la protección de la familia, grupos vulnerables, en especial niños y jóvenes, todo bajo la égida de fomentar su desarrollo armónico e integral (artículo 29 de la Ley 182 de 1995). Siendo ello así, la Sala no observa que el deber impuesto a los operadores para el caso de la programación cuyos temas sean violencia o sexo en las franjas dispuestas para adultos, se allane a los objetivos que indica el ordenamiento jurídico como límite al ejercicio de las libertades de expresión y difusión. Esto es así porque en dicho horario la programación se diseña para "satisfacer las necesidades de entretenimiento, educación o formación de los mayores de dieciocho (18) años", es decir, supone un destinatario que se reputa capaz plenamente para efectos de recibir la información suministrada a través del servicio de televisión, por lo que es a este

consumidor al que le corresponde asumir el análisis y reflexión de los contenidos provistos. En tal orden, imponer la obligación al concesionario de entregar al televidente adulto elementos de análisis y reflexión del contenido que emite en la franja correspondiente a ese tipo de consumidor, no solo desborda el ámbito propio de los deberes de estas personas, sino que además no se acompasa con los cometidos que deben ser alcanzados a través de la regulación de la actividad dispuestos en el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, habida cuenta de que no se halla justificación en el amparo a grupos vulnerables ni de niños y jóvenes, todo lo cual conduce a la Sala a declarar la nulidad de los apartes demandados de los artículos 27 y 31 del Acuerdo 02 de 2011, y releva el estudio del mismo cargo por vulneración del derecho a la igualdad.

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

SECCIÓN SEGUNDA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. No procede la terminación del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que solicita el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la madre del causante, por falta del agotamiento de los recursos en la actuación administrativa, como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por cuanto las personas de la tercera edad son sujetos de especial protección constitucional, en garantía al acceso a la administración de justicia, a los derechos a la seguridad social, dignidad humana, al mínimo vital, a la salud , integridad física, y en aplicación de los principios pro homine, prevalencia de lo sustancial sobre lo procedimental, de eficacia y celeridad procesal.

Síntesis del caso: La demandante, persona de la tercera edad, presentó demanda de nulidad y restablecimiento contra el acto administrativo que negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en calidad de madre de la causante así como, contra el acto que negó la revocatoria directa de dicha decisión. El Tribunal Administrativo de Caldas admitió la demanda y en su contestación, el ente previsional propuso la excepción de falta del requisito de procedibilidad de la acción por no haberse agotado la reclamación administrativa, por cuanto no se interpusieron los recursos de reposición y/o apelación, dentro de los diez (10) siguientes a la notificación del acto administrativo contra el acto que negó el reconocimiento prestacional. El Tribunal Administrativo de Caldas acogió dicho argumento y dio por terminado el proceso. La parte demandante interpuso recurso reposición y en subsidio de apelación contra la anterior decisión, por considerar que es sujeto de especial protección por tratarse de una persona de la tercera edad, invoca la protección del mínimo legal y el derecho a la salud.

FALTA DE PRESUPUESTO DE LA DEMANDA / AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / EFECTOS DE LA ERRÓNEA INTERPRETACIÓN SOBRE LA PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / INTERPRETACIÓN SOBRE LA PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / RECURSOS OBLIGATORIOS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA/ RECURSO DE APELACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA / PROCEDIBILIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO / IMPROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN DEL PROCESO/ PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / MADRE DEL CAUSANTE DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE/ REVOCATORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO/ ACTO QUE DECIDE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO/ PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL /ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA/ DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL/ DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / DERECHO AL MÍNIMO VITAL / DERECHO A LA SALUD / DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA / PRINCIPIO PRO HOMINE / PREVALENCIA DE LO SUSTANCIAL SOBRE LO PROCEDIMENTAL / PRINCIPIO DE EFICACIA Y CELERIDAD PROCESAL

Problema jurídico: *¿La omisión de la parte actora en interponer los recursos contra el acto administrativo mediante la cual se le negó el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, como requisito de procedibilidad para acudir ante esta jurisdicción da lugar a la terminación del proceso, aun cuando es una persona de la tercera edad de especial protección constitucional?*

Tesis : “ [...] la Sala no puede perder de vista que a pesar que la accionada manifestó que con la Resolución N° RDP 045495 del 2 de diciembre de 2016 se le dio la oportunidad a la parte demandante de presentar los recursos de reposición y/o apelación, informándosele la autoridad administrativa ante la cual debía de interponerlos, así como el término para hacerlo y que, a pesar de ello, la actora no los presentó, la Sala observa que la manera como la autoridad administrativa indicó la procedencia de los aludidos medios de impugnación no es la establecida en la norma procesal pues, al haber indicado que contra el acto administrativo ahora demandado se podían «interponer por escrito los recursos de Reposición y/o Apelación», se halla que no fue precisa la manera en la cual se le informó a la demandante sobre la procedencia de los medios de impugnación, especialmente la apelación como recurso de obligatoria interposición a fin de cumplir el requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo cual, y ante la confusión que este hecho pudo generar en (...), no es posible exigirle a ella como parte interesada que hubiera interpuesto el mencionado recurso en debida forma, criterio que ha sido prohijado por esta subsección. Por esta razón, con el fin de hacer prevalecer el derecho de acceso a la administración de justicia de la demandante y con ocasión de que la Resolución N° RDP 045495 del 2 de diciembre de 2016 pudo generar confusión en la interesada para la debida interposición de los medios de impugnación, especialmente del recurso de apelación, no será exigible en el caso bajo estudio el requisito de procedibilidad a que hace mención el numeral 2 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, por lo cual, la Sala procederá a revocar el auto proferido por la Sala Segunda (2ª) de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas de fecha 22 de abril de 2022. Adicionalmente, esta Sala observa que debido a los aspectos y circunstancias propias del caso bajo estudio, desde la órbita del derecho constitucional se presentan unos presupuestos que indudablemente refuerzan la decisión de revocar el auto recurrido, pues no es posible pasar desapercibida la condición de especial protección que cubre a la actora debido a su avanzada edad, que como está demostrado dentro del proceso, tiene actualmente 101 años de vida, ni desconocer el hecho de que lo discutido por la accionante es una pensión de sobreviviente, prestación económica que se enmarca dentro del derecho a la seguridad social, cuyo amparo constitucional se ha indicado, es prevalente. Lo anterior, amerita una reflexión que facilite la concordancia entre la obediencia al presupuesto gubernativo y el funcionamiento y plena vigencia de los principios y derechos constitucionales, pues en la práctica contencioso administrativa, la inobservancia del ejercicio obligatorio del agotamiento de la vía administrativa, declina procesalmente la aspiración del reclamante de ventilar el asunto en sede judicial de manera exitosa en la medida que tal omisión desencadena en el rechazo inicial de la demanda, situación que choca frente a la realidad jurídica de derechos como la seguridad social de prevalente amparo constitucional como el discutido en el presente asunto, en donde la pretensión se encuentra dirigida a la obtención de la sustitución del derecho jubilatorio, en tanto la exigencia de dicho presupuesto obstruye la vigencia del mismo en contravía de claros preceptos supralegales que imponen al Estado su garantía. Así las cosas, es necesario precisar que en las personas de la tercera edad, la seguridad social como derecho constitucional, adquiere una connotación ius fundamental en razón de la vulnerabilidad física, psicológica, económica, moral o emocional a la que se puede ver sometido dicho grupo poblacional, de manera pues, que la efectividad de este derecho, involucra y compromete directamente la materialización de otros derechos como la dignidad humana, la vida, la integridad física, la salud y el mínimo vital. Por esta razón, como en el presente caso, cuando un sujeto de especial protección constitucional se presenta ante la jurisdicción con el fin de reclamar un derecho de categoría fundamental, es deber del juez, en aplicación de los derechos de tutela judicial efectiva y acceso a la administración de justicia, propender y garantizar la ejecución de un proceso judicial que, basado en los principios de eficacia y celeridad procesal, permita emitir un pronunciamiento de fondo que defina la situación jurídica del usuario administrativo en relación con el derecho pretendido mediante una decisión razonable y motivada en derecho, evitando actuaciones que con fundamentos meramente formales restrinjan o limiten la posibilidad de iniciar y desarrollar hasta su culminación el proceso judicial indicado. Así mismo, de conformidad con el principio pro homine, criterio hermenéutico que permea todo el espectro de los derechos humanos, «en virtud del cual se debe acudir a la norma o a la interpretación más amplia, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de fijar restricciones al ejercicio de los derechos o establecer su suspensión extraordinaria (...)» , y del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal consagrado en el

artículo 22826 de la Constitución Política, con el que se busca garantizar que las formalidades propias de los procesos judiciales sean interpretadas y empleadas para la materialización de los derechos de las personas que acceden a la administración de justicia y de ninguna forma como un obstáculo o impedimento para el ejercicio y protección de las mismas, se hace imperioso que en el presente caso se dé continuación con el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por(...), pese a no haber agotado los medios de impugnación en la actuación administrativa como requisito de procedibilidad para acudir en sede judicial, máxime porque como lo ha indicado esta Corporación, tratándose de personas de la tercera edad debe prevalecer el ordenamiento jurídico sustancial sobre el procesal. (...) De Conformidad los argumentos expuestos, la Sala procederá a revocar el auto de fecha 22 de abril de 2022 proferido por la Sala Segunda (2ª) de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas que dio por terminado el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por (...) por faltar el agotamiento de los recursos en la actuación administrativa como requisito de procedibilidad para en su lugar, disponer la continuación del trámite procesal pertinente [...]"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 6 de octubre de 2022, C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación 17001-23-33-000-2019-00456-01 \(5351-2022\)](#)

2. Para el reconocimiento del trabajo suplementario a un guardia carcelario del Municipio de Caicedonia se debe aplicar el Decreto 1042 de 1978, ante la falta de la consagración de una jornada laboral especial en el reglamento de trabajo municipal, por asimilación de sus funciones a un miembro de custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

Síntesis del caso: El demandante se desempeñó como guardián municipal del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Caicedonia, Valle, adscrito al Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC y cumplió con una jornada laboral por turnos de lunes a domingo. Por considerar que su carga laboral era igual a la de los guardianes pertenecientes al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, solicitó el reconocimiento del trabajo suplementario diurno y nocturno en dominicales, festivos y días ordinarios en aplicación del Decreto 1042 de 1978. Petición que negó la administración por considerar que no procedía por tener la condición de empleado público del orden territorial.

GUARDIA CARCELARIO / ENTIDAD TERRITORIAL / JORNADA LABORAL MIXTA/ RÉGIMEN APLICABLE AL EMPLEADO PÚBLICO TERRITORIAL/JORNADA LABORAL POR TURNOS / RÉGIMEN ESPECIAL DEL EMPLEADO DEL INPEC /RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL EMPLEADO DEL INPEC / JORNADA LABORAL SUPLEMENTARIA/ APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES /RECONOCIMIENTO DE HORAS EXTRAS / HORAS EXTRAS DIURNAS / HORAS EXTRAS NOCTURNAS/ HORAS EXTRAS EN DOMINICALES Y FESTIVOS

Problema jurídico: ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las horas extras diurnas y nocturnas laboradas en días ordinarios; horas extras diurnas y nocturnas laboradas en dominicales y festivos; recargos nocturnos laborados en días ordinarios, dominicales y festivos, por el periodo laborado entre el año 2005 hasta el día 31 de enero de 2011, en el que se desempeñó en el empleo denominado Guardian Municipal.?

Tesis: “[...] La Sala debe precisar que si bien es cierto en el sub lite, el empleo denominado Guardián Municipal hace parte de la planta de personal de la entidad territorial y por ello está sometido al Decreto 1042 de 1978, igualmente lo es que no se puede desconocer que la labor desempeñada por el accionante

se asimila a las jornadas y turnos de trabajo del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, por lo que se constituye en una jornada laboral excepcional o sui generis, ya que de lo que se tiene certeza es que el accionante no se desempeñó en una jornada laboral ordinaria o convencional, sino que lo hizo en la modalidad de turnos de trabajo. [...] Resulta evidente que la jornada laboral desempeñada por el accionante, no se encuadra en el anterior supuesto normativo [Decreto N° 108 del 18 de octubre de 2007 "Por medio del cual se expide el 'Reglamento Interno de Trabajo de la Administración Central del Municipio de Caicedonia"], ni tampoco se observa en dicho acto administrativo que hubiera sido reglamentada por la entidad territorial demandada -como era su deber hacerlo-, la jornada especial a cargo del guardián(...), menos aún señaló la consecuente remuneración salarial del empleo sometido a dicha jornada laboral excepcional, atendiendo los parámetros establecidos en el Decreto 1042 de 1978, en cuanto al límite de la jornada laboral y los factores salariales de la misma. A juicio de esta Sala, el a quo pasó por alto la legislación que da fundamento al empleo de guardián municipal, cuyo desempeño se remonta a la posibilidad otorgada a las entidades territoriales según el artículo 17 de la Ley 65 de 1993 y el artículo 76.6. de la Ley 715 de 2001, de construir sus propias cárceles para una población privada de la libertad que tienen unas particularidades especiales, pero que son vigilados por el INPEC. De allí que la primera instancia no analizó que le correspondía a la entidad territorial accionada, en virtud del artículo 17 de la Ley 65 del 19 de agosto de 1993, al ejercer la **vigilancia** de la cárcel para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones con privación de la libertad, destinar o incluir en su presupuesto municipal, las partidas necesarias para los gastos de dicha cárcel como pagos de empleados, raciones de presos, vigilancia de los mismos, gastos de remisiones y viáticos, materiales y suministros, compra de equipos y demás servicios, cometido legal que fue objeto de declaratoria de exequibilidad mediante sentencia C-471 de 1995, según se analizó *ut supra*. Fue precisamente la anterior razón, la que esgrimió el Alcalde de Caicedonia en el acto administrativo demandado oficio 01847 del 18 de abril de 2012, al consignar que no podía acceder a la reclamación de los emolumentos pedidos por el actor, por cuanto el municipio no los tenía establecidos dentro de su presupuesto, afirmación esta que desde ningún punto de vista es admisible, pues transgrede los principios orientadores de toda relación laboral, entre ellos el del trabajo en condiciones dignas y justas, así como la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y el de primacía de la realidad sobre las formalidades, consignados en los artículos 25 y 53 de la Carta Política. Según la prueba documental allegada al expediente, se acreditó que mediante Decreto Extraordinario Número 044 del 15 de julio de 1998, ante la carencia de cinco guardianes en la Secretaría de Gobierno en la Alcaldía municipal de Caicedonia, dispuso en el artículo décimo sexto numeral 6, la creación de tres cargos de guardianes. (...)Apreciadas las pruebas documentales a la luz de la sana crítica según lo prescribe el artículo 176 del Código General del Proceso, a juicio de esta Sala resulta evidente la omisión en el pago de las respectivas horas extras diurnas laboradas en días ordinarios, horas extras diurnas laboradas en dominicales y festivos y, los recargos nocturnos laborados en días ordinarios, dominicales y festivos, durante las vigencias 2005- enero de 2011. Lo anterior por cuanto se insiste, a falta de una jornada laboral especial concebida en el reglamento interno de trabajo de la administración del municipio de Caicedonia para el empleo Guardián Municipal, debía darse aplicación a las disposiciones normativas del Decreto 1042 de 1978 que regulan la jornada ordinaria del sector público correspondiente a 44 horas semanales y por tanto, de acuerdo a la jornada laboral certificada por el Director del centro carcelario municipal de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, las horas que excedieran el tope semanal constituían trabajo suplementario que se le debió remunerar, previamente encontrarse estipulado en el presupuesto del municipio. Ahora bien, las 24 horas de descanso por cada turno de 24 horas laboradas reconocidas según la certificación laboral, garantizaban plenamente el derecho fundamental a un día de descanso compensatorio del señor(...), motivo por el que se satisface el supuesto del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que consagra el derecho a disfrutar un día de descanso compensatorio, por trabajo habitual en domingos y festivos (...)el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca efectuó una equivocada interpretación de la certificación expedida el 24 de octubre de 2013 por el Director (E) del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Caicedonia, que según se analizó en el acápite anterior, esta prueba documental acredita que el señor (...)laboró entre los años 2005 y el mes de enero de 2011, en la modalidad de turnos 24x24 que comenzaban a las 7:30 am hasta las 7:30 am del día siguiente y no, como lo interpretó el a quo que eran jornadas nocturnas de 7:30 pm a 7:30 am, pues por lógica ya no serían turnos de 24 sino de 12 horas, supuesto que contraría la certificación laboral. [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 6 de octubre de 2022, C.P. César Palomino Cortés, radicación 760001-23-33 -000-2012-00110-01 \(1891-2019\)](#)

3. La ausencia a laborar por más de tres días por el docente oficial que sufre de la enfermedad de adicción crónica al alcohol, debe acreditarse mediante certificación médica, como ocurre con cualquier otro tipo de enfermedad, de lo contrario procede la declaratoria de vacancia del cargo docente por abandono.

Síntesis del caso: Un docente se vinculó al servicio en el año 1996 y recibió tratamiento desde el año 2005 para el manejo de la enfermedad de dependencia crónica de alcohol. El servidor público se ausentó de su sitio de trabajo, como se acreditó con la certificación expedida por el rector del colegio en el cual laboró, los días correspondientes al 2 al 6 de diciembre de 2013; y del 17 al 19 de febrero, del 8 al 11 y del 14 al 16 de abril, del 5 al 7 de mayo y del 3 al 9 de junio de 2014, es decir no se presentó a trabajar por más de tres (3) días en seis (6) ocasiones, razón por la cual, fue declarada la vacante del cargo docente por abandono. El demandante argumentó, como razón justificativa, su cuadro de adicción al alcoholismo como impedimento para asistir a laborar.

RETIRO DEL SERVICIO / VACANCIA DEL CARGO / ABANDONO DEL CARGO / REGULACIÓN LEGAL DEL ABANDONO DEL CARGO / ABANDONO DEL CARGO DE DOCENTE / CARACTERÍSTICAS DEL ABANDONO DEL CARGO PÚBLICO / ALCOHOLISMO CRÓNICO / INCAPACIDAD MÉDICA

Tesis: [...] El Decreto ley 2400 de 1968, en el artículo 25, dispone que la cesación definitiva de funciones se produce, entre otras circunstancias, por abandono del cargo. El artículo 105 del Decreto 1950 de 1973 también prevé que el retiro del servicio se da por «*abandono del cargo*»; y el artículo 126 *ibidem* señaló que este tiene lugar cuando un empleado, sin justa causa, no reanuda sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión o dentro de los treinta días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar; cuando no concurra al trabajo por 3 días consecutivos; no asista al puesto antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o, en caso de renuncia, antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del mismo Decreto; y/o se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el empleo quien ha de reemplazarlo. En estas hipótesis legales, no se requiere adelantar procedimiento disciplinario para efectuar la respectiva declaratoria. Los artículos 127 y 128 del Decreto 1950 de 1973 previeron que, corroborada la ocurrencia de alguna de las citadas hipótesis, la Administración podría declarar la vacancia del empleo, previo el «*procedimiento legal*»; además, en caso de que el servicio se vea afectado, el empleado será acreedor de las correspondiente sanciones disciplinarias, penales y civiles. En consecuencia, el no concurrir a laborar, sin justificación, durante las hipótesis indicadas, faculta a la Administración para que declare la vacancia del cargo y el consecuente abandono de este por parte de su titular, previo al agotamiento de un procedimiento sumario en el que se demuestre que este no tiene excusa válida. (...) la vacancia del cargo por abandono comporta una forma autónoma e independiente de retiro del servicio del empleado oficial; (ii) como se trata de una situación administrativa distinta, tiene sus propios procedimientos o mecanismos para definir la cesación de funciones; (iii) no tiene carácter sancionatorio, sino administrativo, por ello no se exige el adelantamiento de un trámite disciplinario, pues debe adelantarse un procedimiento breve con el fin de comprobar el ausentismo laboral y así proceder a declarar el retiro por esa causal; y (iv) al no tener la naturaleza de falta disciplinaria, la decisión respecto del implicado solo conlleva la declaración de terminación de la relación laboral por ministerio de la ley, en la medida en que no asistió a laborar en los plazos y formas ya indicada(...). De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que (i) el demandante padece de un cuadro de dependencia al alcohol, desde el 2005; (ii) que tiene antecedentes por dejar de asistir a laborar de manera justificada e injustificada, por ello, se le había sancionado con suspensión en el ejercicio del cargo; y (iii) se emitió decisión administrativa que declaró configurada la existencia de causal de retiro por

abandono del cargo, impugnada por el actor y confirmada por la Administración.(...) está demostrado que el demandante dejó de asistir a laborar en el lugar donde ejercía sus actividades del 2 al 6 de diciembre de 2013; y del 17 al 19 de febrero, del 8 al 11 y del 14 al 16 de abril, del 5 al 7 de mayo y del 3 al 9 de junio de 2014, en la Institución Educativa Mercedes Abrego en el municipio de Pradera (Valle del Cauca), como lo certificó el 9 de junio de 2014 el rector del colegio. En otros términos, en las fechas antes indicadas en diciembre de 2013 y de febrero a junio de 2014 no se presentó a trabajar por más de tres (3) días en seis (6) ocasiones y, por ende, abandonó las funciones que tenía que desarrollar como docente; en esta instancia, el demandante presenta, como razón justificativa, su cuadro de adicción al alcoholismo lo que le impidió asistir a laborar. Para comprobar la situación particular del actor, además de los documentos arriba relacionados en los que se constata la adicción grave del demandante al alcohol, se recibió el testimonio de su médica psiquiatra, la doctora(...), quien lo atendió *«hasta mediados de junio de 2014»* y señaló que inicialmente no se le dio un manejo integral a su tratamiento, porque la empresa Cosmitet no lo autorizaba; que padeció *«pancreatitis»*, que es una complicación física por su *«dependencia al consumo de alcohol»*; se remitió a un tratamiento integral por la *«falta de autodeterminación [...] descuido y desatención de sus obligaciones»*; frente a la capacidad de comprender la magnitud de sus actos, indicó que *«en periodos de crisis estando bajo efectos del alcohol perdía totalmente esa capacidad y en los periodos también en los que dejaba de consumir, que presentaba cuadros de abstinencia, también llegaba a perder esa capacidad porque se altera totalmente la capacidad de juicio»*; y destacó la necesidad de un tratamiento integral para el accionante, *«pero ellos le negaban el servicio diciendo que no tenían ningún convenio con algún centro de rehabilitación, que ellos tenían cubrimiento del diagnóstico [...] en la consulta psiquiátrica, con psicología y por aparte, pero no un manejo integral [...] hizo recomendaciones a finales de 2013 y principios de 2014, pero las fechas exactas no las [tiene] presente»*. Agregó cuáles fueron las complicaciones a nivel personal que tuvo el demandante, en su entorno familiar y en el ámbito laboral y que se afectó *«la parte del sensorio, lo que es la consciencia, la voluntad [...] la orientación, la atención y él presentaba compromiso en memoria, a veces no se acordaba que había pasado ni que había hecho»*. También se recogió la deposición del señor(...), representante legal de Corpovser IPS, licenciado en educación, quien lleva más de 18 años *«trabajando en temas de farmacodependencia»* y es especialista en este ramo; expresó que recibió al actor en un *«estado muy lamentable, en un estado de nervios incontrolable, empieza a manejar el síndrome de abstinencia»* (sic); que tuvo problemas para las autorizaciones por parte de la empresa Cosmitet Limitada; que recibió un correo, mientras el actor estuvo internado, en el que le informa sobre problemas laborales; acude a la gobernación del Valle del Cauca y observa que para definir las dificultades laborales del accionante no se tuvo en cuenta la historia clínica de donde residía el paciente, sino solo la de la ciudad de Cali; y que revisó su historia clínica para deducir que *«este es un caso delicado, porque el consumo de sustancias psicoactivas está catalogado como un trastorno mental y del comportamiento donde la persona no es consciente ni es capaz de tomar decisiones coherentes»*. Ambos deponentes afirmaron que el actor logró salir de su adicción y en este momento está rehabilitado. Ahora bien, sea lo primero precisar que no le asiste razón al *a quo*, en cuanto a que el juez solo debe constatar la mera ausencia a laborar durante los tres (3) días que la ley prevé como plazo para declarar el abandono, este criterio resulta ajeno y contrario a los precedentes emitidos por esta Corporación, pues se debe verificar la existencia de que esa dejación del puesto sea *«injustificada»*, por ello, se ha insistido en que debe tramitarse un procedimiento en el que se otorgue un espacio para que el empleado justifique el porqué de su ausencia; por tanto, causa extrañeza a esta subsección fallos como el recurrido, que carece de análisis de ese aspecto subjetivo, cuando este punto es la piedra angular de la decisión. Sin embargo, en el presente caso, se precisa que no aparece justificada la ausencia del demandante de concurrir a laborar en las fechas arriba anotadas (diciembre de 2013 y febrero, abril, mayo y junio de 2013); evidentemente existe un indicio grave de que estas inasistencias pudieron ser por su cuadro de adicción al alcohol, pero lo cierto es que, como cualquier enfermedad, debió tramitar su excusa médica o justificar su inasistencia en las fechas en las cuales se le endilgó el abandono. El anterior análisis cobra mayor relevancia en el caso del demandante quien se desempeñaba como docente y el hecho de padecer un cuadro de alcoholismo no hace presumir que siempre que se ausente sea como consecuencia de alguna crisis, pues debe pedir la incapacidad y, en todo caso, justificar su ausencia para que se adopten las medidas indispensables con el fin de evitar que el servicio educativo se paralice o se interrumpa por su enfermedad. Se reitera, la sola inasistencia sin justificación a laborar por 3 días es causal suficiente para declarar el abandono del empleo y dar por terminada la relación laboral; y en este asunto el demandante dejó de asistir a trabajar como mínimo en la misma cantidad de días durante 5 meses hasta cuando se declaró la vacancia del cargo, lo que denota el desinterés o abandono de las funciones. En conclusión, no se puede presumir que cada ausencia del demandante tuviera como causa un cuadro de adicción de alcoholismo, bien sea por consumo o por el síndrome de abstinencia, sino que este ausentismo debe ser justificado por el respectivo médico, pues ni la Administración ni el juez les es dable suplir el dictamen del profesional de la salud que constate cada

recaída.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 6 de octubre de 2022, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación 76001-23-33-008-2016-01948-01 \(3539-2022\)](#)

4. El concepto de buena conducta para efectos de condicionar el reconocimiento de un derecho debe ser aplicado en forma objetiva a partir del propio ordenamiento. La mala conducta desplegada por el educador beneficiario de la pensión gracia, como hecho aislado, ha de poseer la entidad suficiente para enervar el derecho a la pensión correspondiente.

Síntesis del caso: El Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencia del 12 de agosto de 2014, declaró el derecho a la pensión gracia de una docente, quien en su historia laboral reportaba un aplazamiento de ascenso en el escalafón como sanción por mala conducta, toda vez que revisado el asunto con detenimiento observó que dicha circunstancia no constituía motivo suficiente para denegar el reconocimiento de la prestación. La UGPP, interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia argumentando que la actora fue sancionada por mala conducta en el ejercicio de su labor como docente, sin que sea de recibo lo expuesto por el Tribunal para desconocer la existencia de dicha sanción, que a la postre conlleva la pérdida del derecho a beneficiarse la pensión gracia reclamada.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN GRACIA / BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN GRACIA / REQUISITOS DE LA PENSIÓN GRACIA / FALTA DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA LA PENSIÓN GRACIA / RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN GRACIA / CAUSAL DE MALA CONDUCTA DEL DOCENTE

Problema jurídico: «¿Si la demandante tiene derecho a que la UGPP le reconozca la pensión gracia, en aplicación del régimen consagrado en la Ley 114 de 1913 y demás normas que regulan dicha prestación?»

Tesis: «[...] El artículo 1° de la Ley 114 de 1913 dispuso que los maestros de escuelas primarias oficiales «que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley». Por su parte, las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 consagraron la posibilidad de que los docentes obtuvieran la pensión gracia computando los años laborados en la enseñanza secundaria, normalista o como inspectores de instrucción pública, siempre y cuando cumplieran los demás requisitos fijados por el artículo 4 de la Ley 114 de 1913, pues estos no fueron modificados por la normativa posterior. [...] el alcalde de Tasco a través del Decreto 060 del 26 de mayo de 1991, suspendió provisionalmente a la actora, hasta tanto la Junta de Escalafón decidiera sobre la sanción definitiva aplicable por el abandono del cargo, ya que no asumió el empleo de profesora en la Concentración Rural Nacionalizada de Llanitos del referido municipio dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha en la que se le comunicó el traslado a dicha institución. El 14 de abril de 1993, el presidente de la Junta de Escalafón de Boyacá falló el proceso disciplinario iniciado en contra de la docente (...) por la causal «mala conducta de abandono del cargo» y dispuso aplazar su ascenso en el escalafón nacional docente por el término de seis meses, al considerar que sí incurrió en la causal anotada. [...] es importante precisar que la Ley 114 de 1913 que estableció la «pensión de jubilación vitalicia» para los maestros de escuelas oficiales que hubiesen prestado sus servicios en el magisterio por un tiempo no menor de 20 años, exigió además que se acreditaran los siguientes requisitos: i) haberse desempeñado en los empleos con honradez, consagración y buena conducta; ii) no haber recibido o recibir otra pensión o recompensa de carácter nacional; y iii) cumplir 50 años de edad. [...] la norma ibidem en el

artículo 47 definió el abandono del cargo cuando el docente sin justa causa no reasume sus funciones dentro de los 3 días siguientes al vencimiento de una licencia, una comisión o de las vacaciones reglamentarias; cuando deja de concurrir al trabajo por 3 días consecutivos; cuando en caso de renuncia, hace dejación del cargo antes de que se le autorice para separarse de él o antes de transcurridos 15 días después de presentada; y, cuando no asume el cargo dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha en que se le comunique un traslado. [...] el concepto de buena conducta para efectos de condicionar el reconocimiento de un derecho debe ser aplicado en forma objetiva a partir del propio ordenamiento, tal como lo ha establecido la Corte Constitucional [...] la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que «es necesario que la conducta considerada como reprochable se haya reiterado en el tiempo o que, habiéndose consumado en una sola ocasión, afecte gravemente otros derechos y libertades de la comunidad educativa, impidiendo el cumplimiento de los deberes y fines estatales, especialmente, el concerniente a la eficiente prestación del servicio público de educación». [...] la Sala encuentra que la señora (...) tiene derecho al reconocimiento de la pensión gracia reclamada, tal como lo determinó el a quo y lo consideró el ministerio público, toda vez que: i) El concepto de buena conducta se encuentra delimitado por los deberes y prohibiciones que regula el ejercicio de la labor docente. En tal sentido el análisis que el operador debe realizar para establecer el cumplimiento de este requisito es objetivo y razonable, esto es, a partir del ordenamiento jurídico y en consonancia con las normas que rigen la situación en concreto. ii) Desde esa perspectiva, en concordancia con los derroteros jurisprudenciales a los que se hizo referencia, considera la Sala que la conducta desplegada por la demandante y que es objeto de reproche, constituye un hecho aislado que carece de la entidad suficiente para enervar el posible derecho que le asiste de gozar de la pensión gracia reclamada. iii) No resulta equitativo tener en cuenta un solo hecho desfavorable que no fue recurrente o reiterado en el tiempo, habida cuenta que después de que la actora se vinculó nuevamente al ejercicio docente para la Secretaría de Educación de Boyacá, no se le impuso ninguna otra sanción, tal como se puede inferir del certificado de antecedentes disciplinarios emitido por la Procuraduría General de la Nación en el que se indicó que a la fecha de su expedición no registraba sanciones o inhabilidades, así como de los certificados expedidos por el grupo de escalafón del departamento de Boyacá. iv) Así las cosas, luego del transcurso del ejercicio profesional de 34 años en el área de la docente, no se registran nuevas anotaciones disciplinarias. v) No se demostró que la conducta desarrollada por la libelista haya afectado gravemente otros derechos y libertades de la comunidad educativa, al impedir el cumplimiento de los deberes y fines estatales, esto es, la eficiente prestación del servicio de educación, si se tiene en cuenta que el acto administrativo que ordenó su traslado a la Concentración Rural Nacionalizada de Llanitos, el cual no asumió dentro de los 10 días hábiles siguientes, fue revocado directamente por el alcalde del municipio de Tasco a través de la Resolución 126 del 30 de mayo de 1991. [...] Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en las directrices jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en casos análogos fáctica y jurídicamente al que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, se concluye que la decisión del a quo debe ser confirmada por cuanto la conducta desplegada por la demandante y que es objeto de reproche en el caso constituye un hecho aislado que carece de la entidad suficiente para enervar el derecho a la pensión, acreditó en el proceso los requisitos exigidos para ser beneficiaria de esta [...].»

[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: 15001-23-31-000-2010-00894-01\(1733-2015\)](#)

5. Dado el carácter excepcional con la que fue instituida la pensión gracia, para su reconocimiento y pago, es indispensable acreditar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos especiales establecidos en la ley. Dentro de los requisitos en cuestión, está el de haber observado buena conducta en el desarrollo de la actividad, sin que éste se

encuentre limitado solo a la época de terminación de labores y reclamación pensional.

Síntesis del caso: *El Tribunal Administrativo del Quindío consideró que de acuerdo con las pruebas recaudadas y teniendo en cuenta que se adelantó un proceso penal en contra de la accionante que culminó con una condena en sede de casación, no resultaba viable que se beneficiara de la pensión gracia. La accionante apeló la decisión, al considerar que (i) su conducta no podía considerarse de manera aislada, pues durante su vida laboral se desempeñó con honradez y consagración, por lo que deprecó realizar un análisis integral y no solo limitarse a ese último hecho ya que no fue reiterativo; (ii) se trataba de un derecho inminente, ya que cuando le fue reconocida la pensión gracia, ya había cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicios, de modo que se constituía en un derecho adquirido; (iii) existió una indebida valoración de los elementos materiales probatorios del proceso penal.*

NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN GRACIA / BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN GRACIA / REQUISITOS DE LA PENSIÓN GRACIA / FALTA DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA LA PENSIÓN GRACIA / IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN GRACIA / BUENA CONDUCTA DEL DOCENTE / NEGACIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA POR MALA CONDUCTA / PECULADO POR APROPIACIÓN / DERECHO ADQUIRIDO / INEXISTENCIA DEL DERECHO ADQUIRIDO.

Problema jurídico: *«¿La demandante acreditó haberse desempeñado en el empleo con honradez, consagración y buena conducta, para efectos de cumplir todos los requisitos exigidos para acceder a la pensión gracia?»*

Tesis: «[...] [L]a pensión gracia fue consagrada mediante el artículo 1 de la Ley 114 de 1913, en favor de los maestros de las escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años. En ese sentido, respecto de los condicionantes para acceder a la pensión gracia, la Ley 114 de 1913 exige a los docentes que aspiran a su reconocimiento, además de los 20 años de servicio, lo siguiente: i) haberse desempeñado en los empleos con honradez, consagración y buena conducta; ii) no haber recibido o recibir otra pensión o recompensa de carácter nacional; y iii) cumplir 50 años de edad. Por su parte, se reitera, la Ley 91 de 1989 exige que el docente se haya vinculado al servicio oficial con anterioridad al 1 de enero de 1981. [...] Para acceder al reconocimiento de la pensión gracia se debe acreditar que él o la docente laboró 20 años en establecimientos oficiales, departamentales o municipales, en primaria o en secundaria o como normalista o inspector de instrucción pública, o en calidad de docente nacionalizado, con alguna posibilidad de adicionar tiempos en uno y otro cargo, siempre y cuando se demuestre que se ostentó dicha vinculación con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 y demuestre cumplir con los demás requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913. [...] No cualquier actuación reprochable realizada por un docente puede originar la pérdida de su derecho a percibir la pensión gracia. Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado dos circunstancias específicas pasibles de la consecuencia descrita: i) el comportamiento censurable fue realizado repetitivamente durante toda la vigencia de su relación laboral, y ii) cuando a pesar de ser realizado una sola vez, reviste tal gravedad que la conducta implica peligro para la comunidad educativa o el ejercicio de la docencia. Así las cosas, en cada caso se deberá analizar la naturaleza de la conducta atribuida al docente, la frecuencia con que esta se realizó y la incidencia o grado de afección de la comunidad educativa, lo anterior, a fin de evitar que un hecho aislado o sin repercusión alguna constituya una causal de impedimento para el reconocimiento de un derecho pensional. [...] De acuerdo con el marco normativo relacionado, esta Sala considera que la condena impuesta a un educador por la comisión de un delito ha de entenderse como una causal de mala conducta que, conforme a lo previsto por el legislador en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 114 de 1993, impide el reconocimiento y pago de la pensión gracia. Bajo ese supuesto, la Sala observa que en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso extraordinario de casación en sentencia del 7 de diciembre de 2011, ordenó redosificar la pena impuesta por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, a la pena principal de 60 meses de prisión y multa por (...) e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, al encontrar responsable a la señora (...), como interviniente a título de determinadora del delito de peculado por apropiación. [...] De acuerdo con los razonamientos que anteceden, el hecho de que sobre la aquí accionante se registrara una

condena privativa de la libertad por hechos directamente relacionados con el trámite orientado al reconocimiento y pago de la pensión gracia –pues, se deduce del contenido de las sentencias relacionadas que se presentaron documentos falsificados con la finalidad de adelantar de manera irregular los trámites para obtener la prestación y beneficiarse económicamente de las sumas relacionadas con el retroactivo–, cuando aún se encontraba vinculada como docente, impide el reconocimiento de la pensión gracia. En efecto, a juicio de la Sala, la conducta sancionada, esto es, el delito de peculado por apropiación claramente constituye causal de mala conducta de tal gravedad que, como quedó visto, ameritó no solo la imposición de una sanción privativa de la libertad sino también, la inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. [...] Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala estima que la señora (...) no cumple la totalidad de los requisitos para acceder a la prestación especial, conforme al régimen jurídico vigente, ya que se reitera, dado el carácter excepcional con el que fue instituida la pensión gracia, para su reconocimiento y pago, es indispensable acreditar el cumplimiento de todos y cada uno de sus requisitos especiales, entre las cuales se encuentra la prevista en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 114 de 1913, es decir, haber observado buena conducta, sin que esta ley hubiera limitado tal requisito solo a la época de terminación de labores y reclamación pensional como lo pretende hacer ver la recurrente. [...]»

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el carácter o naturaleza del docente (nacional, nacionalizado o territorial), ver: C. de E, sentencia de unificación CE-SUJ2-011-18 del 21 de junio de 2018, Rad: 25000-23-42-000-2013-04683-01 (3805-2014). En cuanto a que no cualquier actuación reprochable realizada por un docente puede originar la pérdida de su derecho a percibir la pensión gracia, ver: C. de E. Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de septiembre de 2011, radicado 76001-23-31-000-2007-00034-01 (2442-2011). Sobre la pensión gracia como derecho adquirido, ver: C. de E., Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de enero de 2021, Rad.: 68001-23-33-000-2015- 00026-01 (2876-2016), C.P. William Hernández Gómez.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de dieciséis \(16\) de febrero de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 63001-23-33-000-2014-00041-01\(3232-2015\)](#)

SECCIÓN TERCERA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. El cómputo del término de la prescripción ordinaria de las acciones que se derivan del contrato de seguro suscrito para garantizar la estabilidad de la obra, inicia a partir de la fecha en que la entidad tuvo conocimiento del hecho que dio base a la acción.

Síntesis del caso: "Se confirma la sentencia de primera instancia en relación con la declaratoria de prescripción en favor de la aseguradora, porque transcurrieron más de dos años entre el conocimiento del hecho y la ejecutoria de la resolución que hizo efectiva la garantía. Esta decisión no exonera al contratista de su obligación contractual de garantizar la estabilidad de la obra."

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA / EXIGIBILIDAD DE LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA / SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / OCURRENCIA DEL SINIESTRO / GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO / COBRO DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO / RECURSO DE REPOSICIÓN / RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / DECISIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN / NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN / ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECIDE EL RECURSO EN VÍA GUBERNATIVA / AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN VÍA GUBERNATIVA / RECURSO DE REPOSICIÓN EN VÍA GUBERNATIVA / INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / INEXISTENCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / ACTO ADMINISTRATIVO POST CONTRACTUAL

Problema jurídico 1: ¿El cómputo del término de caducidad de la acción de controversias contractuales, presentada para solicitar la nulidad de las resoluciones mediante las cuales se declaró y confirmó el siniestro de estabilidad de las obras amparadas con la Garantía Única de Cumplimiento, inicia a partir de la desfijación del edicto que notificó la decisión del recurso de reposición con el que se agotó la vía gubernativa, por lo que, dada la fecha de presentación de las demandas, se tiene que esta fue dentro del término de Ley?

Tesis 1: "La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda fue presentada dentro el término de caducidad previsto en el artículo 136 del CCA. La resolución que resolvió el recurso de reposición con el que se agotó la vía gubernativa (es decir, la Resolución 3486 del 4 de agosto de 2010) se notificó por edicto y este fue desfijado el 15 de septiembre de 2010. La sociedad (...) presentó la demanda el 29 de marzo de 2011 y la aseguradora (...) el 17 de noviembre de 2011, es decir, oportunamente. (...) El término de caducidad en la presente acción es el de la acción de controversias contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 que dispone que "Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo." (...) Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el término de caducidad de los actos administrativos postcontractuales y ha establecido que éste es de dos años, es decir, el mismo de la acción de controversias contractuales."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el término de caducidad de los actos administrativos postcontractuales, consultar providencia de 26 de febrero de 2015, Exp. 33635, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA / EXIGIBILIDAD DE LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA / SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / OCURRENCIA DEL SINIESTRO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / CONOCIMIENTO DEL HECHO DAÑOSO / GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO / COBRO DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO / PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO / PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO / TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN / DECLARATORIA DE PRESCRIPCIÓN / OPERANCIA DE LA PRESCRIPCIÓN / ASEGURADOR / ACTIVIDAD ASEGURADORA / ENTIDAD ASEGURADORA / RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR / OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD ASEGURADORA / OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR / OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE LA ASEGURADORA / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ETAPA POST CONTRACTUAL / ACTO ADMINISTRATIVO POST CONTRACTUAL / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROSPERIDAD PARCIAL DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico 2: ¿Debe declararse la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro alegada por la aseguradora, considerando que está probado que transcurrieron más de dos años entre el conocimiento del hecho y la declaratoria del siniestro hecha en los actos administrativos proferidos por el INVÍAS?

Tesis 2: "La decisión de declarar probada la excepción de prescripción formulada por la compañía de seguros se confirmará porque se acreditó que la entidad conoció la existencia de los imperfectos de la obra desde el 28 de noviembre de 2007, fecha a partir de la cual deben contabilizarse los dos años de la prescripción ordinaria previstos en el artículo 1081 del Código de Comercio. Está demostrado que en esta fecha la entidad "tuvo conocimiento del hecho que da base a la acción". (...) En desarrollo de esta disposición, y teniendo en cuenta las precisiones hechas por la jurisprudencia, se debe considerar: (...) Que el término de prescripción se contabiliza desde que la administración tiene conocimiento del hecho o desde el momento en el que razonablemente debió tenerlo, pues a esto se refiere la norma cuando indica que transcurre desde cuando el interesado "haya tenido o debido tener conocimiento del hecho", o está probado claramente cuando lo conoció, como ocurre en este caso, o ese conocimiento puede deducirse de otras circunstancias, como del examen del plazo dentro del cual debía cumplirse la obligación y la advertencia del incumplimiento que la entidad debió deducir luego de que el mismo venció. (...) Que el conocimiento de hecho por la entidad demandada no es un conocimiento que deba tener algún tipo de cualificación, ni condicionamiento. Para dar por probada esta excepción basta que la compañía acredite que el asegurado tuvo conocimiento del daño (en el caso de la estabilidad) o del hecho que genera el derecho. Una lectura contraria, adicionando el plazo que la entidad le otorgue al contratista para hacer las reparaciones, implicaría considerar que el término de prescripción está sujeto a la ampliación o al manejo que quiera darle el asegurado. A partir del conocimiento del hecho la entidad sabe que, si pretende hacer efectiva la garantía contra la compañía de seguros, está obligada a hacerlo (reclamando como un particular, o expidiendo el acto administrativo) dentro del término de dos años: si opta por expedir un acto administrativo, ese término no se cuenta desde cuando practicó las pruebas para determinar que el daño efectivamente era responsabilidad del contratista, ni se puede tener en cuenta el plazo que le concedió para que reparar los imperfectos advertidos en la obra: el término de prescripción se cuenta desde que tiene conocimiento de ellos. (...) Que el acto administrativo que hace efectiva la garantía contra la compañía de seguros debe proferirse en el término ordinario de dos años, puesto que la prescripción se contabiliza desde que la entidad asegurada conoció o debió tener conocimiento del hecho y esta circunstancia excluye el término de prescripción extraordinaria de cinco años, el cual se contabiliza a partir de su ocurrencia, y solo opera cuando se evidencia que la entidad no conoció ni pudo conocer la circunstancia que le genera el derecho. (...) En el caso concreto está acreditado que la entidad conoció los hechos constitutivos del siniestro el 28 de noviembre de 2007 y que expidió la resolución el 5 de abril de 2010, por lo que debe declararse probada la prescripción alegada por la compañía de seguros. La prescripción empezó a correr desde el 28 de noviembre de 2007, fecha en que la Administración de Mantenimiento Vial Grupo 1 Consorcio J.B comunicó al INVÍAS de posibles daños en la obra. (...) Para la

Sala es claro que la entidad tuvo conocimiento de los daños de la obra el 28 de noviembre de 2007, cuando recibió el mencionado informe en el que se le advertía que era necesario tomar medidas para “preservar la estabilidad de la obra ejecutada”. La entidad, en su fuero interno, podía dar plazos a la contratista para que esta cumpliera su obligación, pero ello no interrumpía en modo alguno el término de prescripción. Aceptar lo contrario, como se dijo anteriormente, significaría que el asegurado puede extender el término de prescripción de forma subjetiva.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el cómputo del término de la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, consulta providencias de 22 de mayo de dos 2013, Exp. 24810, C.P. Olga Valle De La Hoz; de 5 de mayo de 2020, Exp. 47166, C.P. Alberto Montaña. Acerca de la distinción en la prescripción ordinaria y extraordinaria, consultar providencias de 14 de junio de 2019, Exp. 39363, C.P. Carlos Alberto Zambrano; y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 31 de julio de 2002, Exp. 7498, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; de 19 de febrero de 2003, Exp. 6571, M.P. César Julio Valencia Copete; de 3 de mayo de 2000, Exp. 5360, M.P. Nicolás Bechara Simancas.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / NEGACIÓN DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / OBLIGACIONES CONTRACTUALES SUBSISTENTES POSTERIORES A LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / HECHOS OCURRIDOS CON POSTERIORIDAD A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA / EXIGIBILIDAD DE LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA / SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO / OCURRENCIA DEL SINIESTRO / PRUEBA DEL SINIESTRO / ACREDITACIÓN DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO / NULIDAD DEL ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / SOLICITUD DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / DEBERES DEL CONTRATISTA / RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA / RECONOCIMIENTO DEL SINIESTRO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico 3: *¿La contratista demostró haber cumplido su obligación de garantizar la estabilidad de la obra realizando las reparaciones acordadas, y que el valor de las mismas, establecido en los actos administrativos demandados, no correspondía a la realidad?*

Tesis 3: “La obligación a cargo de la contratista se mantendrá porque los demás cargos formulados en su demanda contra las resoluciones no se acreditaron. La contratista no demostró haber cumplido su obligación de garantizar la estabilidad de la obra realizando las reparaciones acordadas, ni demostró que el valor de las mismas, establecido en los actos administrativos demandados, no correspondiera a la realidad. Lo que está probado en el proceso, por el contrario, es que el INVÍAS fue informado de los imperfectos de la obra, los puso en conocimiento de la contratista, y que esta no los reparó. (...) Como lo mencionó el INVÍAS en su recurso de apelación, la contratista se obligó con la entidad a garantizar la estabilidad de la obra entregada. (...) Esta obligación de saneamiento del contratista también ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado. La corporación ha indicado que una de las obligaciones principales del contratista es la obligación postcontractual de acudir al saneamiento del objeto entregado. En caso de contratos de obra, deberá responder por la estabilidad de los trabajos realizados. (...) La contratista (...) considera que los actos administrativos son nulos por (i) ausencia de elementos fácticos, jurídicos y probatorios para declarar el siniestro; (ii) inexistencia de dolo o mala fe (...) en la ejecución el contrato; (iii) ausencia de responsabilidad administrativa (...) por los supuestos daños de carácter postcontractual presentados en la obra y (iv) responsabilidad del INVÍAS. Los cargos tienen como propósito demostrar que el INVÍAS no contaba con los elementos de juicio necesarios para declarar el siniestro de estabilidad de la obra. Sin embargo, lo cierto es que la contratista no desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados. (...) En el proceso está probado que el INVÍAS motivó las resoluciones en diferentes informes recibidos por los ingenieros que supervisaban la obra. Está probado que el INVÍAS recibió las obras el 2 de noviembre de 2006 y que, con posterioridad a ello, la interventoría envió diversos oficios en los que se informó de fallas en la obra. Por esta razón, el INVÍAS inició un procedimiento administrativo contra de la contratista para declarar el incumplimiento de su obligación de saneamiento, el cual finalizó con las resoluciones demandadas. (...) - La Sala no comparte

lo expuesto por la contratista. De un lado, no es cierto que el INVÍAS no hubiera demostrado la cuantía de la pérdida en el caso analizado. Tal como lo señaló el INVÍAS en las resoluciones 1310 del 5 de abril de 2010 y 3486 del 4 de agosto de 2010, la cuantía de la pérdida se fundamentó en el memorando DT-HUI-2434 del 21 de enero de 2010, el cual fue aportado al expediente por la contratista y en el que se informó que varios de los daños se debían a envejecimientos prematuros de la vía. (...) A su vez, en la Resolución 3486 de 2010 consta cómo el Administrador de Mantenimiento Vial tasó la cuantía de la pérdida y la metodología que utilizó para determinar el valor del siniestro (...). No es cierto entonces que la contratista no hubiera podido contradecir el cálculo efectuado por el INVÍAS. De hecho, lo hizo, cuando presentó recurso de reposición a la Resolución 1310 del 5 de abril de 2010. (...) Por último, en el expediente consta el peritaje del 20 de junio de 2013 solicitado por (...) [la contratista], y rendido por el ingeniero civil (...), en que el perito concluyó que se evidenciaban daños debido a que la estructura construida no era la misma que había sido diseñada por la contratista (...). Así, el peritaje demuestra el incumplimiento de la contratista, particularmente, que la estructura construida no fue la misma propuesta en los diseños porque se evidenció una modificación de los espesores del pavimento. El peritaje, siendo una prueba técnica, demuestra que (...) no cumplió con su deber de garantizar la estabilidad de la obra, y el hecho de haber hecho la construcción con un menor espesor generó “piel de cocodrilo y ahuellamiento asociado a fatiga del pavimento por acción del tránsito”. (...) De los anteriores documentos la Sala deduce que la contratista no cumplió con la carga de demostrar la ilegalidad de los actos demandados, en tanto está probado que los daños a la obra son imputables a esta, y que la cuantía fue correctamente estimada por el INVÍAS.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la garantía de la estabilidad de la obra, consultar providencia de 16 de marzo de 2000, Exp. 10876, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

[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: 41001-23-31-000-2011-00338-01\(67240\)](#)

Aclaración de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez

ACLARACIÓN DE VOTO / SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / OCURRENCIA DEL SINIESTRO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / CONOCIMIENTO DEL HECHO DAÑOSO / PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO / PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO / TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN / DECLARATORIA DE PRESCRIPCIÓN / OPERANCIA DE LA PRESCRIPCIÓN / CLASES DE PRESCRIPCIÓN / PRESCRIPCIÓN ORDINARIA / TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA / INTERRUPCIÓN DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN / INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA / ARGUMENTO DE LA SENTENCIA

Problema jurídico 1: ¿En el caso concreto, solo resulta aplicable la prescripción ordinaria, con la claridad de que el cómputo del término comienza desde el día en que la entidad tuvo conocimiento de los hechos, sin que la sea posible la interrupción de dicho plazo?

Tesis 1: “Aunque comparto el sentido de la decisión aprobada por la mayoría de la Subsección consistente en la modificación de la sentencia objeto de apelación, para en su lugar declarar la nulidad de las resoluciones demandadas por prescripción del contrato de seguro, únicamente en cuanto se refiere a las obligaciones de garantía en cabeza de la Compañía (...) de Seguros (...), disiento del fundamento expuesto en la decisión en cuanto al análisis de la prescripción aplicable al caso, dado que en el caso concreto solo resulta aplicable la prescripción ordinaria con la claridad de que el cómputo del término comienza desde el día en que la entidad tuvo conocimiento de los hechos sin que la sea posible la interrupción de dicho plazo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 1 de marzo de 2023; A.V. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 41001-23-31-000-2011-00338-01\(67240\)](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA / EXIGIBILIDAD DE LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO / AUTO QUE ORDENA LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / OCURRENCIA DEL SINIESTRO / AVISO DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO / COBRO DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / RECLAMACIÓN DEL ASEGURADO / ASEGURADO / ARGUMENTO DE LA SENTENCIA / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA

Problema jurídico 1: ¿Si la entidad pretende hacer efectiva la garantía contra la compañía de seguros, está obligada a hacerlo reclamando como un particular o expidiendo el acto administrativo?

Tesis 1: “[E]n relación con la forma de hacer efectivo el seguro de cumplimiento. Según se afirma en la sentencia objeto de aclaración de voto, si la entidad “pretende hacer efectiva la garantía contra la compañía de seguros, está obligada a hacerlo reclamando como un particular o expidiendo el acto administrativo”. Esta aseveración es contraria al inciso cuarto del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, norma esta según la cual “[e]l acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.”

ACLARACIÓN DE VOTO / SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO / TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN / CLASES DE PRESCRIPCIÓN / PRESCRIPCIÓN ORDINARIA / TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA / PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA / TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA / CONOCIMIENTO DEL HECHO DAÑOSO / OPERANCIA DE LA PRESCRIPCIÓN / DECLARATORIA DE PRESCRIPCIÓN / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA / ARGUMENTO DE LA SENTENCIA

Problema jurídico 2: ¿La prescripción ordinaria se contabiliza desde que la entidad asegurada conoció o debió tener conocimiento del hecho y esta circunstancia excluye el término de prescripción extraordinaria de cinco años, el cual se contabiliza a partir de su ocurrencia, y solo opera cuando se evidencia que la entidad no conoció ni pudo conocer la circunstancia que le genera el derecho?

Tesis 2: “[E]n relación con la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Me refiero puntualmente a aquella según la cual “la prescripción [ordinaria] se contabiliza desde que la entidad asegurada conoció o debió tener conocimiento del hecho y esta circunstancia excluye el término de prescripción extraordinaria de cinco años, el cual se contabiliza a partir de su ocurrencia, y solo opera cuando se evidencia que la entidad no conoció ni pudo conocer la circunstancia que le genera el derecho”. Según se lee en el artículo 1081 del Código de Comercio, la prescripción ordinaria bienal corre “desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”, mientras que la prescripción extraordinaria quinquenal corre “desde el momento en que nace el respectivo derecho”. De la lectura de esta norma se desprende que los términos de la prescripción ordinaria y de la prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro corren de manera independiente, y que inclusive pueden correr de manera simultánea, por lo que no es cierto que la prescripción ordinaria excluya la prescripción extraordinaria. En el caso sometido a consideración de la Sala, en el cual el Invías declaró la ocurrencia de un siniestro e hizo efectivo el amparo de estabilidad de la obra de la póliza de cumplimiento No. A0049552 (...), el término de la prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro empezó a correr desde el momento mismo en que la obra presentó los deterioros con fundamento en los cuales el Invías expidió los actos administrativos demandados –fecha que no se estableció en el proceso y que, adicionalmente, no resultó relevante ante la configuración de la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro–. El término de la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro corrió, como acertadamente

se indicó en la sentencia objeto de aclaración de voto, desde el 28 de noviembre de 2007, esto es, desde que “la entidad conoció de la existencia de los imperfectos de la obra”, y se consolidó el 29 de noviembre de 2009.”

[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: 41001-23-31-000-2011-00338-01\(67240\)](#)

2. Se vincula a proceso de repetición a los herederos indeterminados de excontralor departamental fallecido.

Síntesis del caso: “[S]e dirige la demanda contra el excontralor departamental de Norte de Santander (...) con el fin de que se le declare patrimonialmente responsable, a título de dolo, con ocasión de la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander - confirmada por la Sección Segunda del Consejo de Estado- a la Contraloría Departamental de Norte de Santander en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación no. 54001-23-31-004-1998-0581-00, en el cual se anuló la Resolución no. 0135 del 11 de febrero de 1998 que declaró insubsistente el acto de nombramiento del señor [víctima] (...) por el hecho de haber sido proferida con desviación de poder.”

ACCIÓN DE REPETICIÓN / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA EN LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / OBLIGATORIEDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / MUERTE DE LA PARTE DEL PROCESO / MUERTE DE LA PERSONA / FALLECIMIENTO DEL DEMANDADO / MUERTE DE AGENTE DEL ESTADO / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / INEXISTENCIA DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / HEREDERO / CALIDAD DE HEREDERO / DEMANDA CONTRA HEREDEROS / HEREDERO INDETERMINADO / PROCESO CONTRA HEREDERO / DEBIDO PROCESO / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / APLICACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Problema jurídico 1: *¿Es posible repetir en contra los herederos indeterminados de un exagente del Estado fallecido, como una obligación transmisible mortis causa, pese a que las pretensiones de la demanda no se dirijan expresamente contra dichos herederos, sino contra él directamente?*

Tesis 1: “[S]i bien las pretensiones de la demanda se dirigieron en un inicio directamente en contra del [señor] (...), posteriormente se supo que dicha persona había fallecido, de manera que válidamente se optó en el proceso por vincular a los herederos indeterminados de dicha persona, en los términos del artículo 81 del Código de Procedimiento Civil aplicable al presente trámite. (...) La referida determinación de la primera instancia no riñe con la acción de repetición que es eminentemente patrimonial según lo ha definido la Corte Constitucional en las sentencias C-484 de 2002, C-338 de 2006 y SU-354 de 2006, entendimiento que corrobora la posibilidad de repetir contra los herederos indeterminados de un exagente estatal fallecido como una obligación transmisible mortis causa que tiene sustento legal en el artículo 2343 del Código Civil. (...) Si bien las pretensiones no se dirigen expresamente contra los herederos indeterminados del señor (...) sino contra él directamente, es obligatorio comprender que lo que se persigue no es una sanción, sino que, se responda con su patrimonio por las sumas que la entidad estatal tuvo que desembolsar con ocasión de una condena y, en esa medida, las personas que están llamadas a suceder su patrimonio son quienes están legitimadas en la causa por pasiva en el presente asunto, quienes fueron debidamente vinculadas al proceso mediante emplazamiento y la designación de un

curador ad-litem. (...) La vinculación de los herederos indeterminados es una situación que se explica y justifica en la medida que el fallecimiento del exservidor público es un hecho que solo se conoció después de presentada la demanda, sin que le sea exigible a la entidad pública estatal que previo a interponer la acción de repetición deba constatar que el repetido sigue con vida, pues, no es un requisito procesal establecido para la admisión de la demanda. (...) La acción de repetición que se ejerce en contra de los herederos de un agente estatal fallecido no implica la violación del debido proceso, por cuanto los accionados tienen a su disposición las garantías procesales que les ofrecen las normas propias de los códigos adjetivos, más aún cuando en este caso es la entidad demandante quien tiene la carga de demostrar que el agente estatal incurrió en dolo o culpa grave en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta que los hechos tuvieron ocurrencia antes de la vigencia de la Ley 678 de 2001 y nos aplicables las presunciones allí consagradas. (...) La acreditación del elemento subjetivo de la acción de repetición exige demostrar la existencia de dolo o culpa grave, lo cual comporta para la parte demandante una mayor carga probatoria que la que normalmente se requiere para la responsabilidad civil ordinaria donde basta con probar la culpa sin ningún tipo de cualificación adicional, como aspecto que redundante en garantía tanto de los exservidores públicos como de los herederos en caso de que este fallezca.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance de la acción de repetición, consultar providencia de la Corte Constitucional, C-484 de 2002, C-338 de 2006 y SU-354 de 2006.

ACCIÓN DE REPETICIÓN / CONTRALOR DEPARTAMENTAL / PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD PARA LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / ELEMENTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / ELEMENTOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / DOLO / PRUEBA DEL DOLO / CULPA GRAVE / DEMOSTRACIÓN DE LA CULPA GRAVE / INEXISTENCIA DE LA CULPA GRAVE / AUSENCIA DEL DOLO / FALTA DE PRUEBA / TRASLADO DE PRUEBA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA TRASLADADA / PRESUPUESTOS DE LA PRUEBA TRASLADADA / PRUEBA TRASLADADA / REQUISITOS DEL TRASLADO DE LA PRUEBA / REQUISITOS DE LA PRUEBA TRASLADADA / TESTIMONIO / PRUEBA TESTIMONIAL / OMISIÓN DEL VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL / RATIFICACIÓN DEL TESTIMONIO / RATIFICACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL / REQUISITOS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL / REQUISITOS DEL TESTIMONIO / CONTRADICCIÓN PROCESAL / DERECHO DE CONTRADICCIÓN PROCESAL / PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA / VALOR PROBATORIO DE LA SENTENCIA / VALOR VINCULANTE DE LA SENTENCIA / SENTENCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO DE INSUBSISTENCIA / ACTO DE INSUBSISTENCIA DEL EMPLEADO DE CARRERA / DECLARACIÓN DE INSUBSISTENCIA EN EL NOMBRAMIENTO DE EMPLEO PÚBLICO / DESVIACIÓN DE PODER / NEGACIÓN DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico 2: ¿Resulta procedente condenar en repetición al excontralor departamental demandado, al declarar insubsistente el acto de nombramiento de un empleado de la entidad demandante, considerando que no existen elementos probatorios suficientes que permitan acreditar el elemento subjetivo requerido para la prosperidad de la acción?

Tesis 2: “[S]e dirige la demanda contra el excontralor departamental de Norte de Santander (...) con el fin de que se le declare patrimonialmente responsable, a título de dolo, con ocasión de la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander -confirmada por la Sección Segunda del Consejo de Estado- a la Contraloría Departamental de Norte de Santander en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación no. 54001-23-31-004-1998-0581-00, en el cual se anuló la Resolución no. 0135 del 11 de febrero de 1998 que declaró insubsistente el acto de nombramiento del señor (...) por el hecho de haber sido proferida con desviación de poder. (...) Corresponde a esta Corporación determinar si (...) [el demandado fallecido] actuó con dolo de manera consciente y voluntaria con el conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y la intención de producir el daño para proferir la Resolución no. 0135 del 11 de febrero de 1998 que declaró insubsistente el acto de

nombramiento del señor (...) [víctima]. (...) Las pruebas (...) en las que se sustentó la sentencia condenatoria del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho para predicar la existencia de una desviación de poder, son elementos de convicción de naturaleza testimonial que no fueron trasladados al presente proceso y que debían ser debidamente ratificados en el presente trámite repetición según lo exige el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil. (...) Se trata entonces de pruebas sobre las cuales en su momento la parte demandada de este proceso no tuvo la oportunidad de pronunciarse ni ejercer el derecho de contradicción debido a que no fue vinculado al primigenio proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que las conclusiones a las que llegó en su momento dicho tribunal sobre la existencia de una desviación de poder aten al juez de la repetición; ya en otras oportunidades esta Corporación ha dicho que las referencias probatorias realizadas en un fallo que se aporta al medio de control de repetición no constituyen fundamento probatorio suficiente para valorar o calificar la conducta del funcionario contra quien se repite para calificarla como dolosa o gravemente culposa. (...) En este contexto, revisado el expediente de la referencia advierte la Sala que no existen elementos probatorios suficientes que permitan acreditar el elemento subjetivo requerido para la prosperidad de la acción de repetición, de suerte que la decisión sometida al grado jurisdiccional de consulta debe ser revocada.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la valoración de la conducta del agente del Estado en procesos de repetición, consultar providencia de 17 de marzo de 2021, Exp. 56762, C.P. Alberto Montaña Plata.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 1 de marzo de 2023; C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 54001-23-31-000-2003-00609-01\(67682\)](#)

Aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE REPETICIÓN / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA EN LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / MUERTE DE LA PARTE DEL PROCESO / MUERTE DE LA PERSONA / FALLECIMIENTO DEL DEMANDADO / MUERTE DE AGENTE DEL ESTADO / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / HEREDERO / CALIDAD DE HEREDERO / DEMANDA CONTRA HEREDEROS / HEREDERO INDETERMINADO / PROCESO CONTRA HEREDERO / DERECHO DE DEFENSA / ALCANCE DEL DERECHO DE DEFENSA

Problema jurídico 1: *¿Es posible repetir en contra los herederos indeterminados de un exagente del Estado fallecido, como una obligación transmisible mortis causa, pese a que las pretensiones de la demanda no se dirijan expresamente contra dichos herederos, sino contra él directamente?*

Tesis 1: “Como se indicó en la sentencia del proceso 60454 y lo manifesté en la aclaración de voto a la sentencia del proceso 60668, no es posible adelantar un juicio de reproche subjetivo contra los herederos porque ellos no cometieron la conducta a la que se le atribuye el daño (...). En otras sentencias la Sala ha declarado la falta de legitimación por pasiva de los herederos de agentes estatales porque adelantar la acción de repetición contra ellos, cuando el agente no alcanzó a defenderse en el proceso, dificulta de forma insuperable su derecho de defensa. En esas oportunidades se afirmó que para poder defenderse de la imputación de dolo o culpa grave se requiere, entre otros, conocer la función desarrollada por el agente; las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la decisión adoptada por él; y acceder a las pruebas para poder ejercer una defensa real, frente a las cuales los herederos no tienen intermediación. (...) La acción de repetición es improcedente contra los herederos del (...) [excontralor] bajo cualquiera de las dos justificaciones que ha expuesto la Sala. Aunque la demanda se dirigió contra el agente estatal, él falleció antes de que pudiera ser notificado del auto admisorio de la demanda y sus herederos indeterminados fueron emplazados. El agente nunca pudo defenderse en el proceso de repetición ni es posible adelantar el juicio de reproche subjetivo en su contra.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la improcedencia de la acción de repetición contra los herederos de los agentes del Estado, consultar providencias 10 de junio de 2022, Exp. 60454, C.P. Martín Bermúdez Muñoz; de 18 de noviembre de 2021, Exp. 52710, C.P. Alberto Montaña Plata; y 19 de octubre de 2022, Exp. 65762, C.P. Alberto Montaña Plata; y aclaración de voto de la providencia de 4 de mayo de 2022, Exp. 60668, C.P. Alberto Montaña Plata.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 1 de marzo de 2023; A.V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 54001-23-31-000-2003-00609-01\(67682\)](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE REPETICIÓN / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA EN LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / MUERTE DE LA PARTE DEL PROCESO / FALLECIMIENTO DEL DEMANDADO / MUERTE DE LA PERSONA / HEREDERO / HEREDERO INDETERMINADO / DEMANDA CONTRA HEREDEROS / PROCESO CONTRA HEREDERO / CALIDAD DE HEREDERO / DERECHO DE DEFENSA / ALCANCE DEL DERECHO DE DEFENSA / PROTECCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA / GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA / EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / DEBIDO PROCESO / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / ALCANCE DEL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA / ADMISIÓN DE LA DEMANDA / AUTO QUE ADMITE LA DEMANDA / NOTIFICACIÓN DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA / NOTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA / NOTIFICACIÓN DEL AUTO QUE ADMITE LA DEMANDA

Problema jurídico 1: ¿En la acción de repetición promovida directamente en contra de los herederos determinados o indeterminados del agente del Estado o incluso, en aquellas promovidas contra el agente estatal que muere de manera sobreviniente al proceso de repetición, sin poder ejercer de manera real y material su defensa, debe declararse la falta de legitimación en la causa por pasiva?

Tesis 1: “Aclaro mi voto de la decisión mayoritaria porque, cómo lo he sostenido en reiteradas ocasiones, en la acción de repetición promovida a) directamente en contra de los herederos determinados o indeterminados del agente del Estado o b) incluso, en aquellas promovidas contra el agente estatal que muere de manera sobreviniente al proceso de repetición, sin poder ejercer de manera real y material su defensa, debe declararse la falta de legitimación pasiva en la causa. Lo anterior, porque considerar que los herederos deben soportar el proceso de repetición resulta desproporcionado en la medida que, a mi juicio, constituye una violación insuperable del derecho al debido proceso que estas personas se defiendan de la acusación de dolo y/o culpa grave que hace la entidad demandante comoquiera que ellos no fueron los agentes del Estado y quienes estuvieron involucrados directamente en los hechos que ocasionaron el daño por el cual, en una primera oportunidad fue condenado el Estado, y por el cual se pretende repetir. En el caso concreto, se advierte que los hechos que dieron origen a la condena del Estado ocurrieron el 11 de febrero de 1998. Posteriormente, tras agotarse el proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho, la Contraloría Departamental de Santander fue condenada el 30 de abril de 2000, fallo confirmado el 7 de junio de 2002. La acción de repetición en contra del señor (...) se instauró el 9 de mayo de 2003 y antes de que se notificara el auto admisorio de la acción, el señor (...) falleció, esto es el 6 de octubre de 2003. En este caso, resulta evidente que el señor (...) no ejerció su derecho de defensa porque falleció antes de que le fuera notificada la admisión de la demanda. En esa medida, de acuerdo con mi postura, lo herederos de él no estaban llamados a soportar el juicio de repetición comoquiera que no tenían las herramientas para ejercer la defensa respecto de un elemento subjetivo (conducta provista de dolo o culpa grave por parte del agente estatal) enrostrado a su causante por el manejo que le dio a situaciones ocurridas en 1998. En consecuencia, debió declararse la falta de legitimación pasiva en la causa.”

[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: 54001-23-31-000-2003-00609-01\(67682\)](#)

3. Muerte de ciudadano por parte de la Policía Nacional no le es imputable, al acreditarse la culpa grave y exclusiva de la víctima.

Síntesis del caso: Se presenta acción de reparación directa con la pretensión que se declare administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por los daños derivados de la muerte de un ciudadano ocurrida por impactos de bala que le propinaron patrulleros de la policía al intentar desarmarlo, quien accionó su arma de fuego en contra de los uniformados de la Policía.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / MUERTE DE CIVIL / USO DE ARMAS DE FUEGO / ATAQUE CONTRA MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / USO DE LA FUERZA PÚBLICA / USO DE LA FUERZA / DISPARO DE ARMAS DE FUEGO / DAÑO CAUSADO POR MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL / MUERTE CAUSADA POR AGENTE DE LA POLICÍA / DISPARO POR MIEMBRO DE POLICÍA / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR USO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO DE POLICÍA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / LEGÍTIMA DEFENSA / CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA / PRESUNCIÓN DE LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA / PROPORCIONALIDAD DE LA LEGÍTIMA DEFENSA / PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN CIVIL / AMENAZA A LA SEGURIDAD PÚBLICA / AMENAZA A MIEMBROS DE LA POLICÍA JUDICIAL / AMENAZA A LA SEGURIDAD PERSONAL / RIESGO DEL SERVICIO POLICIAL / DISPARO DE ARMAS DE FUEGO / DISPARO POR MIEMBRO DE POLICÍA / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico 1: ¿Se configuró eximente de responsabilidad patrimonial del Estado de legítima defensa al accionar las armas de dotación oficial por parte de los miembros de policía ante el ataque de un civil?

Tesis 1: “En el caso [...], se encuentra probado que [...] [el ciudadano] hizo uso reiterativo de un arma tipo pistola [...], en área interior de una gallera, disparando en varias oportunidades, pues protestaba de esta manera el impago de una apuesta. Su conducta obligó a la intervención de dos patrulleros de la policía que realizaban un control de rutina, quienes intentaron, infructuosamente, persuadir [...] para que depusiera el arma, pues éste, lejos de atender el llamado al desarme, continuó disparando imprudentemente. [...] La conducta de los agentes, tal cual la describen [...] [los] testigos, no así la calificación y adjetivación que de ella hacen a continuación de su relato puramente fáctico, lejos de ser reprochable, se muestra armónica con los protocolos [...]. Ningún reproche puede hacerse al hecho de que se valieran, desde su primera aproximación al sujeto, de sus armas de dotación, puesto que este se hallaba armado y estaba haciendo uso de su pistola. En tales circunstancias, la intervención de quienes fueron plenamente reconocidos como agentes de la policía, con exhibición no activa del arma de dotación, seguida de la conminación al ciudadano que se hallaba fuera de control, para que depusiera su arma, resulta tan acorde al protocolo que prescriben los instrumentos normativos nacionales e internacionales [...], como comprensible. [...] [L]a Sala encuentra que los agentes obraron el cumplimiento de un deber legal, que agotaron los recursos de disuasión a su alcance en medio de las particulares circunstancias, avanzaron hacia el control cuerpo a cuerpo del sujeto [...]. Huelga decir, que la proporcionalidad entre la violencia observada [...] y el proceder policivo en procura de la cesación del riesgo que aquel generaba se revela con el uso reiterado y porfiado que aquel hizo, hasta último momento, de su arma de fuego, aún, mientras trataban los policiales de reducirlo por la fuerza, esfuerzo al que resistió, trabando forcejeo y realizando nuevos disparos. No era necesario que los disparos [...] causaran lesión en persona alguna para que el uso de las armas de dotación se mostrara necesario. En ese orden, la muerte [...], aunque causalmente atribuible a la demandada, no le puede ser endilgada jurídicamente, pues estuvo determinada por la culpa grave y exclusiva de la víctima, quien se expuso imprudentemente al ejercicio legítimo, necesario y proporcionado de las armas por parte

de los agentes de policía. Por tanto, la Sala revocará la sentencia de primera instancia.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la legítima defensa, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de julio de 2004, rad. 14902, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia de 13 de abril de 2016, rad. 47924, C. P. Hernán Andrade Rincón.

LEGÍTIMA DEFENSA / PROPORCIONALIDAD DE LA LEGÍTIMA DEFENSA / CLASES DE LEGÍTIMA DEFENSA / REQUISITOS DE LEGÍTIMA DEFENSA / USO DE LA FUERZA PÚBLICA / NORMATIVA DEL USO DE LA FUERZA PÚBLICA / USO DE ARMAS DE FUEGO / USO DE ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / USO LEGÍTIMO DE LA FUERZA / ATAQUE CONTRA MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

Problema jurídico 2: ¿El uso de armas de fuego como legítima defensa frente a los ataques padecidos por miembros de la fuerza pública, deben ser el último recurso para repeler el peligro?

Tesis 2: “[E]l Estado puede hacer uso legítimo de la fuerza y recurrir a las armas para su defensa, esta potestad solo procede como último recurso, luego de agotar todos los medios a su alcance que representen un menor daño. Lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden por encima de la vida y los demás derechos fundamentales de las personas. Además, debe existir una proporcionalidad rigurosa entre la agresión que padece el servidor y los mecanismos que utiliza para su defensa, de manera que, ante la ausencia de medios coercitivos eficaces o procedimientos viables para lograr el objetivo, las armas de fuego son el último recurso para repeler un ataque inminente y grave.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el uso de armas de fuego como legítima defensa, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de julio de 2004, rad. 14902, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; y sentencia de 13 de abril de 2016, rad. 47924, C. P. Hernán Andrade Rincón

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 12 de diciembre de 2022, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 68001-23-31-000-2012-00215-01\(55566\).](#)

4. Se declara nulidad de los artículos 2.2.3.5.2.2.1.1 literal f) y 2.2.3.5.2.2.1.4 literal a) del Decreto 1073 de 2015, por carecer de fundamento legal.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de nulidad, se presentó demanda para que se anulen varias disposiciones del Decreto 1073 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía”, por considerar que vulneraron el artículo 380 de la Constitución de 1991 y los principios del debido proceso, legalidad y tipicidad de las sanciones.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA / ASUNTOS DE NATURALEZA MINERA / NULIDAD DEL DECRETO / FALTA DE COMPETENCIA / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ÉTICA PROFESIONAL / ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO / ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO / DECRETO COMPILATORIO / SERVICIOS PÚBLICOS / DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLE LIQUIDO DERIVADO DEL PETRÓLEO / MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA / POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO / CARÁCTER REGLADO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO / DERECHO A SANCIONAR / DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / FACULTAD SANCIONATORIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / COMPETENCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / CÓDIGO DE ÉTICA / NORMA INCONSTITUCIONAL / INEXEQUIBILIDAD DE LA NORMA / FUNDAMENTO DE LA LEY / ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ILEGALIDAD DE LA NORMA / DECLARACIÓN DE NULIDAD

Problema jurídico 1: *¿Se presenta nulidad del literal f) del artículo 2.2.3.5.2.2.1.1. y literal a) del artículo 2.2.3.5.2.2.1.4. del Decreto 1073 de 2015, por carecer de fundamento legal, toda vez que la potestad que le había sido otorgada al presidente de la República por el artículo 22 de la Ley 51 de 1986 para dictar un código de ética, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional?*

Tesis 1: “El actor alegó que las normas se fundamentaron en disposiciones que no previeron la autoridad competente para aplicar la sanción. Los literales f) y a) de los artículos 2.2.3.5.2.2.1.1. y 2.2.3.5.2.2.1.4. compilaron los literales f) y a) de los artículos 2 y 5 del Decreto 1873 de 1996, normativa en cuyo epígrafe se enunció como norma que se reglamentaba la Ley 51 de 1986. Los artículos en comento reglamentaron la Ley 51 de 1986 y, cuando aluden a “las sanciones por las infracciones que se cometan contra las disposiciones de ética profesional”, hacen referencia a la potestad que le había sido otorgada al presidente de la República por el artículo 22 de la Ley 51 de 1986 para dictar un código de ética, lo cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional. En ese contexto, cuando se expidió el Decreto compilatorio 1073 de 2015, los literales demandados carecían de fundamento legal, pues supeditaron el ejercicio de la potestad sancionatoria sobre la materia a unas normas que no podía expedir el presidente -Código de Ética-, por lo que le asiste razón al [demandante] [...] y, como consecuencia, se declaró la nulidad de los artículos 2.2.3.5.2.2.1.1. (literal f) y 2.2.3.5.2.2.1.4. (literal a) del Decreto 1073 de 2015.”

EXPEDICIÓN DE LA LEY / RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR / RESERVA DE LEY DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / POTESTAD REGLAMENTARIA / CONCEPTO DE POTESTAD REGLAMENTARIA / EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / FINALIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO / IUS PUNIENDI / LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO / DERECHO PENAL / DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / INTERÉS PÚBLICO / RAMA EJECUTIVA

Problema jurídico 2: *¿La potestad reglamentaria implica una subordinación al marco legal que se desarrolla, por lo que se carece de aptitud para derogar, modificar, subrogar o limitar el alcance o sentido del precepto legal que se reglamenta, so pena de traspasar los linderos constitucionales que la definen?*

Tesis 2: “[L]a expedición de las leyes constituye una de las formas en que se materializa el concepto de la reserva de ley, la expedición de reglamentos consiste en “la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley para encausarla a la operatividad efectiva en el plano de lo real” o, en otras palabras, en la producción de normas de carácter general que buscan concretar los mandatos legales para hacerlos efectivos. La potestad reglamentaria implica una subordinación al marco legal que se desarrolla, por lo que se carece de aptitud para derogar, modificar, subrogar o limitar el alcance o sentido del precepto legal que se reglamenta, so pena de traspasar los linderos constitucionales que la definen. Ahora, en cuanto a la potestad sancionatoria se refiere, la jurisprudencia ha sostenido que consiste en la posibilidad que tiene el Estado para ejercer el ius puniendi, con el fin de reprimir conductas contrarias a derecho, figura en cuyo marco se despliegan el derecho penal delictivo y el derecho administrativo sancionador o sancionatorio (al que corresponden unos poderes propios, como es el caso del contravencional, disciplinario y correccional), y a través de la cual se busca asegurar el cumplimiento de los deberes y las obligaciones de aquellos que interactúan en el marco de actividades de interés público. En el derecho sancionatorio se predica una reserva de ley, pero se ha admitido la posibilidad de que, por razones de especialidad, le sea asignada a la Rama Ejecutiva la descripción detallada de las conductas sancionables, cuyos elementos esenciales hayan sido fijados previamente por el legislador. Gran parte de la dificultad en el control de los reglamentos en la materia se encuentra en el grado mínimo de suficiencia del método o la forma con la que la ley fija esos elementos. [...] [E]n el ámbito sancionatorio, la extensión de la competencia para reglamentar es inversamente proporcional a la extensión de la ley, de forma tal que, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario y, al contrario, si ella sólo regula aspectos o reglas generales para su aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento. En todo caso, siempre se requiere de un contenido mínimo legal que desarrolle el reglamento, ya que sería inadmisibles que, so pretexto de la existencia de la potestad reglamentaria, la ley le delegue el desarrollo normativo integral de una materia, con mayor razón si existen específicas reservas de ley sobre determinados tópicos.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concepto de reserva de ley y la expedición de reglamentos, cita: Corte Constitucional, sentencia C-1262 de 5 de diciembre de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; sentencia C-810 del 5 de

noviembre de 2014, M. P. Mauricio González. Respecto de la potestad reglamentaria, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 2021, rad. 61463, C. P. José Roberto Sáchica Méndez. Referente a la potestad sancionatoria, cita: Corte Constitucional, sentencia C-762 de 29 de octubre de 2009, M. P. Juan Carlos Henao. Sobre la diferencia entre el derecho sancionatorio y el derecho penal, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, rad. 24715, C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sobre la extensión de la competencia para reglamentar en el ámbito sancionatorio, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, rad. 24715, C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Con relación a los tópicos para desarrollar el reglamento, cita: Corte Constitucional, sentencias C-782 del 26 de septiembre de 2007. M.P. Jaime Araújo Rentería, y C-852 del 17 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

EXPEDICIÓN DE LA LEY / LEY SANCIONATORIA / RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR / RESERVA DE LEY DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / POTESTAD REGLAMENTARIA / DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / CONDUCTA / COMPETENCIA PARA LA EXPEDICIÓN DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA / POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO / LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / TIPICIDAD / FACULTAD LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL / CONCEPTO INDETERMINADO / CONCEPTO JURÍDICO / INTERPRETACIÓN DE LA LEY / FUNCIÓN LEGISLATIVA / FUENTES DEL DERECHO / CONSTITUCIÓN

Problema jurídico 3: *¿La ley debe fijar, al menos en modo genérico los elementos esenciales de la sanción administrativa?*

Tesis 3: “[E]n el derecho administrativo sancionatorio, la jurisprudencia ha señalado que, al menos de forma general, los siguientes aspectos o elementos deben ser previstos en la ley, dado su carácter esencial o estructural: i) la descripción de la conducta que da lugar a la sanción; ii) la determinación de la sanción, iii) la autoridad competente para aplicarla y iv) el procedimiento para su imposición. La posibilidad de que tales elementos sean previstos en la ley de manera genérica se materializa a través de conceptos parcialmente indeterminados o de tipos en blanco, técnica, la primera, que es la que se aplica en este caso, según se constatará más adelante. En cuanto a la descripción de la conducta que da lugar a la sanción, la jurisprudencia ha indicado que le corresponde realizarla, de forma detallada, al reglamento y no a la ley, lo que implica, frente al principio de legalidad y, como consecuencia, del de tipicidad que le es inmanente, que en el derecho administrativo sancionatorio el legislador está facultado para tipificar las conductas en un sistema “*numerus apertus*” –caracterizado por descripciones amplias y genéricas en cuya textura abierta no se agotan los términos de su propia prescripción, sino que admiten la acumulación o inclusión de nuevas categorías–, sin que, en ningún caso, pueda permitirse que la ley sancionatoria sea completamente indeterminada. [...] [E]xiste una “mayor flexibilidad que se admite en la tipificación de las conductas en materia sancionatoria administrativa, según el cual es posible la definición de conductas indeterminadas y la utilización de la técnica de tipos en blanco”, de ahí que “las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica”. [...] En lo que respecta al concepto jurídico indeterminado, la jurisprudencia lo ha definido como aquel que no concibe todos los elementos específicos para que se entienda su alcance, sino que requiere ser completado, ya sea a través de un ejercicio interpretativo, o con un elemento complementario. Como función de la figura se destaca que es expresar lo que el legislador desconoce en el momento de dictar la ley o, dicho de otro modo, hacer ejercicio de la función legislativa frente a aspectos en los cuales no se tiene total certeza, por lo que su concreción puede llevarse de manera detallada a través del reglamento. Como requisitos del concepto jurídico indeterminado se destacan que: i) debe ser determinable, por lo que se deben fijar los elementos para establecer su alcance, ii) no puede ser completamente indeterminado y iii) se debe definir su contenido a través de otras fuentes como la Constitución, la ley o el reglamento, para así determinar los criterios objetivos que permitan complementar o concretar las hipótesis normativas de manera razonable y proporcionada.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los elementos que deben ser previstos en la ley, tratándose del derecho administrativo sancionatorio, cita: Corte Constitucional, sentencia C-412 de 1 de julio de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos; sentencia C-699 de 18 de noviembre de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos; sentencia C-713 de 12 de septiembre de 2012. M. P. Mauricio González; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 11 de marzo de 2021, rad. 11001-03-24-000-2012-00178-00, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés; Sección Primera, auto de 29 de junio de 2022, rad. 11001-03-25-000-2015-00548-00, M. P. Oswaldo Giraldo; Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta de 5 de marzo de 2019, rad. 11001-03-06-000-2018-00217-00(2403), C. P. Germán Alberto Bula Escobar; Sección Tercera, sentencia de 22 de

octubre de 2022, rad. 20738, C. P. Enrique Gil Botero.

PROPIEDAD DEL SUBSUELO / RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / PROPIEDAD ESTATAL SOBRE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / PROPIEDAD DEL SUBSUELO PETROLERO / PROPIEDAD DE HIDROCARBUROS / REGALÍAS PETROLERAS / NORMA CON FUERZA DE LEY / CONGRESO DE LA REPÚBLICA / FACULTAD LEGISLATIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FACULTAD PARA EXPEDIR NORMA CON FUERZA DE LEY / CÓDIGO DE PETRÓLEOS

Problema jurídico 4: *¿El presidente de la República estaba habilitado por el Congreso para dictar el código de petróleos?*

Tesis 4: “La Constitución Política de 1991 previó en sus artículos 332 y 360 que el Estado es “propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables”, entre los que se encuentran los hidrocarburos y que, respecto de tales bienes, su explotación causa una contraprestación en su favor, consistente en las regalías, entre otras. El marco jurídico en petróleos se encuentra contenido principalmente en el Decreto Ley 1056 de 1953 y sus reformas, el cual fue expedido en vigencia de la Constitución de 1886 y conservó su vigencia luego de la promulgación de la Carta de 1991. [...] [E]l Decreto 1056 de 1953 estableció normas con fuerza de ley en las que se reguló el ciclo del petróleo, así como las sanciones a imponer en ese sector. Tales disposiciones fueron previstas en ejercicio de la habilitación del Congreso de la República al presidente para que dictara un código sobre la materia, así como en virtud de la potestad reglamentaria, lo que justifica que su primera parte se dictara con fuerza material de ley, mientras que la segunda como un reglamento.”

PETRÓLEO / CÓDIGO DE PETRÓLEOS / DISTRIBUCIÓN DE PETRÓLEO / DERIVADOS DEL PETRÓLEO / GOBIERNO NACIONAL / ACTIVIDAD PETROLERA / SERVICIOS PÚBLICOS / SANCIÓN / AMONESTACIÓN / MULTA / LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Problema jurídico 5: *¿La Ley 39 de 1987 reguló la distribución del petróleo y sus derivados, actividad que es considerada un servicio público que se debe prestar de conformidad con la ley?*

Tesis 5: “En la Ley 39 de 1987, se reguló la distribución del petróleo y sus derivados, actividad que es considerada un servicio público que se debe prestar de conformidad con la ley, punto este último que marcó un cambio con el Código de Petróleos, que directamente sometía la prestación de la actividad a los reglamentos que dictara el Gobierno. [...] En lo concerniente al tema sancionatorio, los artículos 4 y 8 señalaron que la inobservancia de esa ley conllevaría a la imposición de las sanciones “que determinen los reglamentos” dictados por el Gobierno Nacional, previo el procedimiento especial en ellos indicados. La Ley 39 de 1987 fue adicionada por la Ley 26 de 1989, en la que se dictaron disposiciones sobre la distribución de CLDP y se estableció que el gobierno determinaría aspectos como horarios, precios, márgenes de comercialización, calidad, calibraciones, condiciones de seguridad, relaciones contractuales y demás aspectos. En el artículo 3 se prescribió que los establecimientos de distribución que transgredan las normas del funcionamiento del servicio público o las órdenes respectivas del Ministerio de Minas y Energía serían sancionados por esa cartera ministerial con: i) amonestación, ii) multa [...], iii) suspensión del servicio [...] o iv) cancelación de la licencia de funcionamiento.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el ámbito de aplicación de la Ley 39 de 1987 y la Ley 26 de 1989, cita: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 28 de febrero de 2013, rad. 18807, C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

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

SECCIÓN CUARTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Por ampliar ilegalmente la base gravable de la contribución especial de la Ley 142 de 1994, se anula parcialmente el artículo 2 de la Resolución SSPD-20191000022815 de 2019.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de la Resolución SSPD-20191000022815 del 19 de julio de 2019, por la cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios fijó la tarifa de la contribución especial a la que están sujetos los prestadores de servicios públicos domiciliarios para el año 2019, así como de los actos administrativos que liquidaron la contribución a cargo de la demandante por la misma vigencia. La Sala anuló el artículo 2, en forma parcial, porque concluyó que la entidad demandada amplió la base gravable de la contribución al incluir en ella cuentas que no corresponden a gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio vigilado, como los gastos por pérdidas en aplicación del método de participación patrimonial, sin que para el efecto procediera la excepción prevista en el párrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, por no encajar tales conceptos en ninguno de los gastos operativos que procede adicionar ante la existencia de un faltante presupuestal. Por lo anterior, también anuló parcialmente los actos que determinaron la contribución a cargo de la actora y, en su lugar, reliquidó el tributo y, como restablecimiento del derecho, ordenó la devolución del pago en exceso actualizado con el IPC y junto con los intereses moratorios en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA, conforme al precedente reiterado de la Sección.

BASE GRAVABLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Conformación. Regla general y excepción. Reiteración de jurisprudencia / BASE GRAVABLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Concepto de gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio. Reiteración de jurisprudencia / CONCEPTO DE GASTO EN LAS NORMAS INTERNACIONALES DE INFORMACIÓN FINANCIERA NIIF - No adiciona a la base gravable de la contribución especial de la Ley 142 de 1994 rubros que no corresponden a gastos de funcionamiento asociados al servicio y que no están autorizados por la ley / BASE GRAVABLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Existencia de faltante presupuestal / BASE GRAVABLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Improcedencia de la inclusión de gastos por pérdidas reportadas en aplicación del método de participación patrimonial / RESOLUCIÓN SSPD-20191000022815 DE 2019 - Ilegalidad parcial del artículo 2. Violación del artículo 338 de la Constitución Política / DEVOLUCIÓN DE PAGO EN EXCESO – Actualización e intereses procedentes

Problema jurídico: ¿Se ajusta a la legalidad el artículo 2 de la Resolución SSPD 20191000022815 del 16 de julio de 2019, que fijó la base gravable de la contribución especial de la vigencia 2019 para las entidades vigiladas?

Tesis: “La actora sostiene que la demandada se extralimitó en sus competencias y vulneró el artículo 338 de la Constitución Política, al incluir en la base gravable de la contribución gastos operativos y otros gastos no asociados a la prestación del servicio, sin que la adopción de las normas internacionales de información justifique la modificación de la base gravable del tributo, ni la comprobación de faltante presupuestal. En contraposición, la SSPD sostiene que la adopción de NIIF amplió el concepto de gastos que impactaron la base gravable de la contribución del año 2019 y que, en el caso, se demostró la existencia de faltante presupuestal que permite la aplicación del párrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994. Sobre el impacto de la adopción de NIIF la Sala señaló que, «el cambio o la ampliación del concepto de gasto en las normas de información financiera -NIIF- no se traduce en el desuso del concepto de gasto de funcionamiento que establece la norma para efectos fiscales desaparezca para el año en discusión, y por el contrario, al no ser un concepto considerado contablemente incluso en la normas de información financiera, se debe acoger la definición de gastos de funcionamiento desarrollada vía jurisprudencia para determinar la contribución». Se resalta. Por ello, no le asiste razón a la SSPD, pues la sentencia, que ahora se reitera, analizó la adopción de NIIF y su impacto en la determinación de la base gravable de la contribución especial -para la vigencia

del año 2018-, así como la inclusión de gastos operativos en la base gravable aludida y concluyó que «la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios desconoció el principio de legalidad al ampliar la base gravable de la contribución especial, prevista en el artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994, e interpretó en forma errónea esa norma, lo que hace imperioso su anulación parcial frente a los rubros que no corresponden a gastos de funcionamiento». Se resalta. Así las cosas, la adopción de las Normas Internacionales de Información Financiera no implica que la Superintendencia adicione a la base gravable de la contribución especial de manera indiscriminada rubros no autorizados expresamente por el legislador y que no corresponden a gastos de funcionamiento asociados al servicio. Pese a lo anterior, se advierte que la Resolución SSPD 20191000022815 del 16 de julio de 2019, no se fundó únicamente en el impacto de las NIIF en el concepto de gasto, sino que también indicó que, para la vigencia discutida, existía un faltante presupuestal que permitía la ampliación de la base gravable conforme al parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994. La Sección ha dicho que en casos de faltante presupuestal, procede acudir a los gastos operativos en el monto necesario para cubrir dicho faltante. (...) Lo mismo ocurre con la resolución demandada, (...) Así, la SSPD realizó los cálculos pertinentes, con base en la asignación presupuestal otorgada según la Ley 1940 de 2018 y el Decreto 2467 de 2018 y, al verificar que con la tarifa del 1 % liquidada sobre la base gravable obtenida no se cubría en su totalidad el monto aprobado en el presupuesto, determinó que para la vigencia 2019 existía un faltante presupuestal y también estableció la proporción indispensable para cubrirlo, sin que tal determinación fuera desvirtuada por la demandante, que se limitó a afirmar que el faltante no estaba justificado. Por lo anterior, ante la existencia de un faltante presupuestal, era procedente la inclusión de los referidos gastos operativos -*Uso de líneas, redes y ductos, Gastos operativos de distribución y/o comercialización de gas y Gas combustible*-, conforme al parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 y el criterio reiterado de la Sala. No prospera el cargo. Adicionalmente, la actora reprocha que en los gastos de administración se hayan incluido -*otros gastos*- que corresponden a pérdidas reportadas en aplicación del método de participación patrimonial, los cuales no integran la base gravable por no estar asociados a la prestación del servicio, al tratarse de erogaciones causadas en desarrollo de inversiones realizadas por la sociedad. La SSPD no expuso ningún argumento para oponerse a este cargo. Sobre el particular, es pertinente remitirse a las precisiones realizadas por la Sección al señalar que, «no basta con justificar un faltante presupuestal para adicionar a la base gravable cuentas que no corresponden a gastos de funcionamiento, pues se reitera, dicha excepción a la regla general, **solo está prevista para los gastos operativos como son la son las compras en bloque y/o a largo plazo, compras en bolsa y/o a corto plazo, uso de líneas, redes y ductos, costo de distribución y/o comercialización GN, gas combustible, (...), cuando hubiere lugar a ello**», y que «La excepción prevista en la norma no faculta a la SSPD para que incluya cualquier costo o gasto en la base de liquidación de la contribución especial». En ese sentido, ha sido criterio de la Corporación que no todos los gastos de la cuenta de la clase 5, integran la base gravable de la contribución especial, sino que se restringe a aquellos asociados a la prestación del servicio, frente a los cual señaló: «La noción de gastos de funcionamiento debe incluir las erogaciones causadas o pagadas durante el período contable **que estén relacionadas con la prestación de los servicios públicos de cada ente prestador, lo que implica que no hagan parte de tales gastos los recursos que el ente destine para otros efectos, tales como, servicios de la deuda e inversión. Lo anterior demuestra que no pueden tenerse en cuenta para la base gravable la totalidad de los gastos mencionados en las cuentas de la Clase 5 – Gastos o del Grupo 75 del Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios, porque, se insiste, el legislador solamente se refirió a los de funcionamiento, cuyo alcance ha sido dilucidado por la jurisprudencia reseñada y sin que sea procedente extenderlos a otros gastos que no tengan una relación necesaria e inescindible con los servicios que prestan, pues los elementos que conforman la base gravable están limitados.**» Se resalta. Puntualmente, sobre la inclusión del grupo 58 -*otros gastos*-, y en específico sobre las cuentas 5805 -*financieros*-, 5810 -*extraordinarios*- y 5815 -*ajustes de ejercicios anteriores*-, se precisó que no podían integrar la base gravable de la contribución por no estar asociados a la prestación del servicio regulado. En ese entendido, la inclusión en la base gravable de erogaciones que no están asociadas a la prestación del servicio vigilado, excede la facultad prevista por el legislador, comoquiera que no se trata rubros que excepcionalmente puedan adicionarse «*inclusive bajo el supuesto del faltante presupuestal*». Se advierte que, si bien en los actos particulares demandados se adujo que la inclusión en la base gravable de «*la cuenta del grupo 58*», se justificaba en la nueva definición de gastos adoptada con las normas de información financiera, dicho argumento no es de recibo, en tanto «*el cambio o la ampliación del concepto de gasto en las normas de información financiera -NIIF- no se traduce en el desuso del concepto de gasto de funcionamiento*». Así pues, los gastos por pérdidas en aplicación del método de participación patrimonial deben correr la misma suerte que los «*Impuestos tasas y contribuciones (no incluye el impuesto de renta), Deterioro, Depreciación, Amortización, Provisiones, Ajuste por diferencia en cambio, Impuesto a las ganancias corrientes, Impuestos a las ganancias diferido y licencias contribuciones y regalías*», excluidos expresamente de la base gravable determinada en el acto general, por tratarse de gastos de funcionamiento no asociados al servicio, a pesar de que en la vigencia cuestionada se demostró faltante presupuestal. Con base en lo anterior, se considera que la SSPD quebrantó el artículo 338 de la Constitución Política al incluir el concepto discutido dentro de los gastos de administración, excediendo la facultad prevista en el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994. En consecuencia, se anulará parcialmente el artículo 2 de la Resolución SSPD 20191000022815 del 16 de julio de 2019, para excluir de

la base gravable, y en específico de los gastos de administración -*además de las exclusiones enlistadas en la resolución demandada*-, el concepto de pérdidas por el método de participación patrimonial. Al efecto, se advierte que en el expediente consta que los actos administrativos de carácter particular acusados determinaron el valor del tributo a cargo de la demandante por el año 2019, adicionando a la base gravable de la contribución especial los gastos por pérdidas en aplicación del método de participación patrimonial, los cuales deben ser excluidos conforme a lo expuesto en el acápite anterior. En ese contexto, en la actuación administrativa TGI cuestionó que no se excluyera de la base gravable, y en específico en los gastos de administración, \$307.114.346.000 correspondientes a gastos por pérdidas en aplicación del método de participación patrimonial. (...) La SSPD no cuestionó el monto reclamado, pues se limitó a afirmar que «*las cuentas asociadas al grupo 58*» cuestionadas por la actora debían incluirse en la base gravable de conformidad con la ampliación del concepto de gastos según las NIIF, lo cual no es de recibo, en los términos expuestos con anterioridad. Así las cosas, no procede incluir en la liquidación del tributo a cargo de la demandante los gastos por pérdida en aplicación del método de participación patrimonial, por \$307.114.346.000. En consecuencia, la Sala declarará la nulidad parcial de los actos particulares acusados y reliquidará la contribución a cargo de la demandante por el año 2019 (...) En consecuencia, se declarará la nulidad parcial de Liquidación Oficial 20195340022816 del 25 de julio de 2019 y de las Resoluciones SSPD 20195300036785 del 18 de septiembre de 2019 y SSPD 20195000045895 del 24 de octubre de 2019, proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, a título de restablecimiento del derecho se establece que la contribución especial a cargo de la demandante por el año 2019, corresponde a la suma de \$786.744.000. Ahora bien, en el expediente consta que la actora pagó \$3.857.888.000 liquidados por la SSPD. Teniendo en cuenta que el valor a cargo calculado en esta providencia es de \$786.744.000, está probado un pago en exceso de \$3.071.144.000. En ese orden, la SSPD deberá devolver la suma pagada en exceso, ajustada con base en el índice de precios al consumidor, de conformidad con el inciso final del artículo 187 del CPACA. Asimismo, respecto de la suma actualizada proceden intereses moratorios, en los términos de los artículos 192 y 195 *ib*, conforme al precedente reiterado de la Sección.”.

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

Aclaración de voto de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DEL ARTÍCULO 18 DE LA LEY 1955 DE 2019 - No es un tributo de periodo / PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA / TRIBUTO - Noción y alcance / CONTRIBUCIONES FISCALES - Noción, alcance y características / CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DEL ARTÍCULO 18 DE LA LEY 1955 DE 2019 – Base gravable, tarifa y hecho generador / CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DEL ARTÍCULO 18 DE LA LEY 1955 DE 2019 – Anualidad

Tesis: “[A]claro el voto para precisar que la contribución especial dispuesta en el artículo 18 de la Ley 1955 citada, no se trata de un tributo de período, por las siguientes razones: El artículo 363 constitucional dispone expresamente que las leyes tributarias como todas las leyes no se aplican con retroactividad, y por ello solo empezaran a regir a partir de su promulgación, de otra parte el artículo 338 *ibidem* señala que las normas que regulen contribuciones en las que la base gravable sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo. Al respecto debe observarse que de acuerdo con la sentencia C-040 de 1993 y dada las imprecisiones de los términos tributo y contribución que se observan en la Carta Política señaló que tributo es una acepción genérica y comprende los impuestos, las tasas y las contribuciones y que cuando la Constitución habla de contribuciones fiscales debe entenderse los ingresos corrientes, y frente al aparte final del artículo 338 que señala que “*Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en los que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.*” considera que esta regla constitucional se encuentra referida a los impuestos y demás tipos de ingresos corrientes. En este orden debe precisarse que las contribuciones son una prestación tributaria (exigible en virtud del poder de imperio del Estado) que son establecidas por la ley o con fundamento en la ley, originada de la realización actual o potencial de una obra o de la ejecución de una actividad de interés colectivo que no depende de la voluntad del contribuyente pero le reporta un beneficio. Ahora una de las características de las contribuciones es que su monto se determina en función del beneficio que percibe el contribuyente y hasta concurrencia del costo de la actividad, con lo cual es común que se difiera a las autoridades administrativas la regulación de la tarifa, aspecto relevante y que la diferencia de los impuestos. La Ley 1955 de 2019, “*por la cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la equidad.*”, en su artículo 18

modificó el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 (...) Sobre la base gravable, la tarifa y el hecho generador esta norma dijo que *“la base gravable se determinará con base en los costos y gastos totales devengados de acuerdo con la técnica contable menos los impuestos, tasas, contribuciones y los intereses devengados a favor de terceros independientes, del año inmediatamente anterior al de la fecha de liquidación, este resultado se denomina costos y gastos totales depurados”, “La tarifa de cada contribución especial se determinará por cada uno de los sujetos activos de la contribución de manera independiente, tomando el valor del presupuesto neto de la entidad correspondiente en el año a financiar, incluidos la totalidad de gastos de funcionamiento e inversión, el cual se dividirá por la suma de las bases gravables determinadas para los sujetos pasivos conforme a los estados financieros de la vigencia fiscal anterior.”* y el *“El hecho generador de cada contribución especial por parte de los sujetos pasivos, será la prestación de los servicios sometidos a inspección, control, vigilancia y la venta de sus bienes vigilados o regulados.”*. Del análisis de las normas citadas, se puede establecer que la contribución en comento aunque es anual, no significa que sea de período porque, i) no es un impuesto cuyo resultado dependa de la suma de hechos económicos surtidos dentro de un período determinado, ii) el hecho generador de la contribución, está atado a la *prestación de los servicios sometidos a inspección, control, vigilancia y la venta de sus bienes vigilados o regulados* por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, que corresponde al año a financiar, 2020, lo cual se ratifica en que uno de los indicadores a tener en cuenta son las apropiaciones presupuestales de la CREG para la vigencia fiscal 2020 y que según la resolución demandada *“a las empresas que hubieren operado al menos un día durante la vigencia 2020, se les liquidará la contribución especial para la presente vigencia [2020]”* (artículo 1) y iii) la base gravable al tomar los costos y gastos depurados del año inmediatamente anterior al de liquidación de la contribución especial, es un referente que parte de la dinámica propia de esta contribución (sic) para la definición de la tarifa sobre la actividad a vigilar, pero, no incide sobre hechos o situaciones configurados antes de la fecha de entrada en vigor de la ley, que deriven, en perjuicio del contribuyente, consecuencias fiscales.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de marzo de 2023, S. V. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2021-00047-00 \(25615\).](#)

2. Es ilegal la Resolución CREG 241 de 2020, que estableció el porcentaje de la contribución especial a pagar por los prestadores de la cadena de combustibles líquidos sometidos a regulación durante la vigencia 2020.

Síntesis del caso: *Se anuló la Resolución 241 del 31 de diciembre de 2020, expedida por la CREG, por falta de competencia de esta entidad para fijar la contribución especial a su favor y a cargo de los prestadores de la cadena de combustibles líquidos por el periodo 2020. Lo anterior, porque se concluyó que si bien durante ese periodo estaba vigente el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, que modificó la base gravable del tributo -prevista en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994-, resultaba que dicho artículo 18 no se podía aplicar por la CREG, pues, al ser la contribución especial un tributo de periodo, la aplicación de esta norma implicaba desconocer el principio de irretroactividad en materia tributaria. Para la Sala, la CREG no podía fijar la base gravable de la contribución con fundamento en hechos ocurridos durante el año 2019, que es el mismo periodo de vigencia de la Ley 1955, porque con ello violó el principio de irretroactividad en materia tributaria, de modo que para el año 2020 la contribución especial a cargo de la CREG era de imposible aplicación para los prestadores de la cadena de combustibles líquidos.*

BASE GRAVABLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS CREG Y OTRAS ENTIDADES - Inexequibilidad del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019. Efectos en el tiempo de las sentencias C-464 y C-484 de 2020 de la Corte Constitucional / BASE GRAVABLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS CREG Y OTRAS ENTIDADES - Vigencia del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 a partir de 2021 por inexequibilidad del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 / PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA / CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS CREG Y

OTRAS ENTIDADES - Tributo de periodo / BASE GRAVABLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS CREG Y OTRAS ENTIDADES - Conformación / BASE GRAVABLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS CREG Y OTRAS ENTIDADES VIGENCIA 2020 – Vigencia del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019. Aplicación a partir del periodo siguiente a su entrada en vigencia en relación con tributos de periodo / BASE GRAVABLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS CREG Y OTRAS ENTIDADES VIGENCIA 2020 - Ilegalidad de la Resolución 241 de 2020. Violación del principio de irretroactividad de la ley tributaria. Aplicación indebida del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 / ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN CREG 241 DE 2020 – Falta de competencia de la CREG para fijar la contribución especial a cargo de los prestadores de la cadena de combustibles líquidos por la vigencia 2020

Problema jurídico: *¿La Resolución CREG 241 del 31 de diciembre de 2020 se profirió sin competencia e impuso a los prestadores de la cadena de combustibles líquidos una contribución de forma retroactiva, al liquidar el tributo con base en los costos y gastos del año 2019?*

Tesis: “Sobre la base gravable de la contribución especial a favor de la CREG, entre otras entidades, el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, que modificó el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, disponía que “se determinará con base en los costos y gastos totales devengados de acuerdo con la técnica contable menos los impuestos, tasas, contribuciones y los intereses devengados a favor de terceros independientes, del año inmediatamente anterior al de la fecha de liquidación, este resultado se denomina costos y gastos totales depurados” El artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencias C-464 de 28 de octubre de 2020 y C-484 del 19 de noviembre de 2020. En providencia de 26 de mayo de 2022, exp 25441 C.P Myriam Stella Gutiérrez Argüello, la Sala se refirió a los efectos en el tiempo de las sentencias C-464 y C-484 de 2020. (...) Así, para la vigencia 2020, el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 hacía parte del ordenamiento jurídico. Y como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de la norma con efectos a partir del año 2021, desde ese año recobró plena vigencia el artículo 85 de la Ley 1412 de 1994, antes de ser modificado por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019. **De la violación al principio de irretroactividad** El principio de irretroactividad en materia tributaria se encuentra previsto en los artículos 338 y 363 de la Constitución Política, así: “Artículo 338: (...) Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo. Artículo 363. (...) Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad.” Sobre las normas constitucionales citadas y el principio de irretroactividad en materia tributaria, la Sala ha precisado que: “(...) las disposiciones que regulen los tributos **cuya base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado**, solo pueden aplicarse a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva normativa; asimismo, el artículo 363 *ibidem* prohíbe expresamente la retroactividad de las leyes que regulen aspectos tributarios. Según pronunciamientos de esta sección, las normas constitucionales expuestas impiden «cualquier disminución de la seguridad jurídica de los obligados tributarios mediante normas que proyectaran sus efectos sobre hechos correspondientes a períodos ya concluidos o sobre hechos anteriores del período en curso». Además, esta Sección ha precisado que las disposiciones que establecen o modifican los elementos esenciales de los tributos, esto es, sujetos activo y pasivo, hechos generadores, **bases gravables**, deben ser preexistentes al nacimiento de la obligación, por lo que su aplicación en manera alguna puede ser retroactiva, en virtud de los principios de legalidad e irretroactividad que forman parte del ordenamiento positivo. En el mismo sentido, en sentencia C-1006 de 2003, la Corte Constitucional señaló que la prohibición de cobrar tributos **en el mismo periodo fiscal en que entra en vigencia la norma** es una medida de protección adoptada por el constituyente a favor de los administrados. De modo que el hecho de que la norma tributaria tenga como característica el ser antecedente a la producción de las consecuencias normativas que establece, garantiza que el beneficiario o destinatario de la disposición la conozca. De igual forma, impide que el receptor o receptores de la norma tributaria sean sorprendidos con el gravamen y salvaguarda el principio constitucional de legalidad. En el presente asunto, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, la contribución especial a favor de la CREG y a cargo de los prestadores de la cadena de combustibles líquidos es un tributo de periodo. Lo anterior, por cuanto la base gravable de la contribución está determinada con fundamento en los costos y gastos del año anterior a la fecha de liquidación del tributo. Es decir, la base gravable de la contribución **es el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado**, que es anual, por lo que en los términos del artículo 338 de la Constitución Política, el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, que entró a regir el 25 de mayo de 2019, debía aplicarse a partir del periodo siguiente (año 2020). Ahora bien, la resolución demandada estableció que para determinar la base gravable aplicable a la vigencia 2020, es necesario remitirse a los costos y gastos del año 2019, lo que implica liquidar la contribución con base en hechos correspondientes al mismo periodo en el que se expidió la ley que reguló los elementos esenciales

del tributo. (...) En el presente asunto, el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 dispuso de manera general, sin referirse específicamente a algún periodo, que la base gravable de las contribuciones está constituida por los costos y gastos depurados del año inmediatamente anterior al de la fecha de liquidación la contribución especial. Por su parte, la resolución acusada tomó como base de la contribución en favor de la CREG, hechos ocurridos durante el mismo periodo 2019, desconociendo el artículo 338 de la Constitución Política que obliga a aplicar la norma a partir del periodo que comience después que empezó a regir la citada Ley 1955. Por lo tanto, el acto administrativo demandado, mediante el que se señala la tarifa de la contribución especial que deben pagar las personas prestadoras de la cadena de combustibles líquidos sometidas a la regulación de la CREG en el año 2020, conlleva la aplicación retroactiva del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019. En consecuencia, la norma demandada debe ser anulada. Es de anotar que en la sentencia C-464 de 2020, la Corte Constitucional precisó que *“los tributos causados en la anualidad 2020 corresponden a situaciones jurídicas consolidadas”*. Cabe anotar, también, que para declarar la inexecutable del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, en las sentencias C-464 de 2020 y 484 del mismo año, la Corte no estudió el alcance del principio de irretroactividad en materia tributaria respecto de la contribución especial por el año 2020. Por esta razón, para la Corte, la norma en mención era plenamente aplicable para el año 2020. No obstante, como se precisó, por el año 2020, la CREG no podía fijar la base gravable de la contribución con fundamento en hechos ocurridos durante el año 2019, que es el mismo periodo de vigencia de la Ley 1955. Lo anterior significa que a pesar de que, para el año 2020, el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 estaba vigente, no podía ser aplicado por la CREG, pues con su aplicación implica desconocer el principio de irretroactividad en materia tributaria. Así, para el año 2020 la contribución especial a cargo de la CREG era de imposible aplicación para los prestadores de la cadena de combustibles líquidos. Por esta razón, la CREG no tenía competencia para fijar el tributo a cargo de dichos sujetos pasivos por el periodo en mención. Queda, entonces, desvirtuada la presunción de legalidad de la Resolución No. 241 del 31 de diciembre de 2020, proferida por la Comisión Nacional de Regulación de Energía y Gas- CREG, razón suficiente para anular dicha norma.”.

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

Salvamento de voto de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

LEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN CREG 241 DE 2020 - No incurrió en violación del principio de irretroactividad de la ley tributaria / PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA / TRIBUTOS - Noción y alcance / CONTRIBUCIONES FISCALES - Noción, alcance y características / CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DEL ARTÍCULO 18 DE LA LEY 1955 DE 2019 – Base gravable, tarifa y hecho generador / CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DEL ARTÍCULO 18 DE LA LEY 1955 DE 2019 – Anualidad / NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DEL ARTÍCULO 18 DE LA LEY 1955 DE 2019 - No es un tributo de periodo

Tesis: “Me aparto de esa decisión porque considero que no se impuso a las personas prestadoras de la cadena de combustibles líquidos una contribución de forma retroactiva, al liquidar el tributo con base en los costos y gastos del año 2019, por las siguientes razones: El artículo 363 constitucional dispone expresamente que las leyes tributarias como todas las leyes no se aplican con retroactividad, y por ello solo empezaran a regir a partir de su promulgación, de otra parte el artículo 338 ibidem señala que las normas que regulen contribuciones en las que la base gravable sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo. Al respecto debe observarse que de acuerdo con la sentencia C-040 de 1993 y dada las imprecisiones de los términos tributo y contribución que se observan en la Constitución señaló que tributo es una acepción genérica y comprende los impuestos, las tasas y las contribuciones y que cuando la Constitución habla de contribuciones fiscales debe entenderse los ingresos corrientes, y frente al aparte final del artículo 338 que señala que “Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en los que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.” considera que esta regla constitucional se encuentra referida a los impuestos y demás tipos de ingresos corrientes. En este orden debe precisarse que las contribuciones son una prestación tributaria (exigible en virtud del poder de imperio del Estado) que son establecidas por la ley o con fundamento en la ley, originada por la realización actual o potencial de una obra o la ejecución de una actividad de interés colectivo que no depende de la voluntad del contribuyente pero le reporta un beneficio. Ahora una de las características de las contribuciones es que su monto se determina en función del beneficio que percibe el contribuyente y hasta concurrencia del costo de la actividad, con lo cual es común que se difiera a las autoridades administrativas la regulación de la tarifa,

aspecto relevante y que la diferencia de los impuestos. La Ley 1955 de 2019, “por la cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la equidad.”, en su artículo 18 modificó el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, (...) Sobre la base gravable, la tarifa y el hecho generador esta norma dijo que “la base gravable se determinará con base en los costos y gastos totales devengados de acuerdo con la técnica contable menos los impuestos, tasas, contribuciones y los intereses devengados a favor de terceros independientes, del año inmediatamente anterior al de la fecha de liquidación, este resultado se denomina costos y gastos totales depurados”, “La tarifa de cada contribución especial se determinará por cada uno de los sujetos activos de la contribución de manera independiente, tomando el valor del presupuesto neto de la entidad correspondiente en el año a financiar, incluidos la totalidad de gastos de funcionamiento e inversión, el cual se dividirá por la suma de las bases gravables determinadas para los sujetos pasivos conforme a los estados financieros de la vigencia fiscal anterior.” y el “El hecho generador de cada contribución especial por parte de los sujetos pasivos, será la prestación de los servicios sometidos a inspección, control, vigilancia y la venta de sus bienes vigilados o regulados”. Del análisis de las normas citadas, se puede establecer que la contribución en comento aunque es anual, no significa que sea de período porque, i) no es un impuesto cuyo resultado dependa de la suma de hechos económicos surtidos dentro de un período determinado, ii) el hecho generador de la contribución, está atado a la prestación de los servicios sometidos a inspección, control, vigilancia y la venta de sus bienes vigilados o regulados por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, que corresponde al año a financiar, 2020, lo cual se ratifica en que uno de los indicadores a tener en cuenta son las apropiaciones presupuestales de la CREG para la vigencia fiscal 2020 y que según la resolución demandada “a las empresas que hubieren operado al menos un día durante la vigencia 2020, se les liquidará la contribución especial para la presente vigencia [2020]” (artículo 1) y iii) la base gravable al tomar los costos y gastos depurados del año inmediatamente anterior al de liquidación de la contribución especial, es un referente que parte de la dinámica propia de esta contribución para la definición de la tarifa sobre la actividad a vigilar, pero, no incide sobre hechos o situaciones configurados antes de la fecha de entrada en vigor de la ley, que deriven, en perjuicio del contribuyente, consecuencias fiscales. Por lo expuesto, en mi criterio, la resolución demandada se refiere a la contribución especial del año 2020, no se trata de un tributo de período por lo que no desconoce el artículo 338 de la Constitución Política y, en dicho sentido, no se alteró la garantía de irretroactividad de la ley.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de marzo de 2023, S. V. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2021-00023-00 \(25531\).](#)

3. En el marco del régimen de precios de transferencia, la Sala precisa los requisitos de procedencia de las deducciones por comisiones pagadas a vinculados del exterior (costos de ventas); de los pagos a la casa matriz por servicios de administración o dirección, de los gastos de asistencia técnica en ejecución de un acuerdo de costos compartido y de otros egresos por reembolsos a las vinculadas económicas (gastos operacionales de administración) en aplicación del método de precio comparable no controlado PC; de las regalías originadas en contratos de importación de tecnología (gastos operacionales de ventas), así como por la inversión en activos fijos reales productivos objeto del contrato de estabilidad jurídica.

Síntesis del caso: Se analizó la legalidad del acto administrativo en el que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta que presentó la actora por el año gravable 2013, para desconocer costos de venta por \$5.450.381.000, gastos operacionales de administración por \$63.527.792.000, gastos operacionales de ventas por \$2.401.792.000 y deducción por inversión en activos fijos reales productivos de \$61.138.600.000. Todo lo anterior derivó en un mayor impuesto neto de \$33.129.642.000 y en la imposición de sanción por inexactitud en la suma de \$53.007.427.000. La Sala confirmó la sentencia apelada que declaró la nulidad parcial del acto acusado para reconocer las deducciones por costos de ventas, por gastos operacionales de administración por asistencia técnica y gastos operacionales de ventas y por inversión en activos fijos reales productivos. En consecuencia, levantó la sanción por inexactitud derivada de tales glosas, así como la generada por el rechazo de los gastos por servicios administrativos pagados a la casa matriz por \$47.834.099.000 y, como restablecimiento del derecho, efectuó una nueva liquidación del tributo. La Sección estimó que existió una diferencia de criterios frente al derecho aplicable, que daba lugar al levantamiento de la sanción por el rechazo de los gastos por servicios administrativos, dado que la interpretación de la actora sobre el requisito de la retención en la fuente a que se refiere el artículo 124 del Estatuto Tributario, se podía considerar razonable de cara a los antecedentes de la norma y a las posiciones jurisprudenciales que se habían expuesto al respecto en la época de los hechos, según las cuales tal requisito constituía una limitación a los costos y deducciones, criterio que se reconoció en asuntos con identidad fáctica y jurídica en los que se anuló la sanción, de modo que en virtud del principio de igualdad procedía adoptar la misma decisión. De otra parte, mantuvo la sanción por inexactitud sobre los gastos rechazados por concepto de otros egresos (reembolsos a vinculadas) por \$1.984.874.000, en la medida en que su inclusión en la declaración de renta constituyó una conducta sancionable, al no contar con los documentos idóneos que acreditaran su realidad.

RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / DESCONOCIMIENTO DE COSTOS DE VENTA – Improcedencia / DEDUCCIÓN POR PAGO DE COMISIÓN – Procedencia / ACUERDO GLOBAL DE ABASTECIMIENTO / REQUISITO DE NECESIDAD DE LAS EXPENSAS – Reiteración de sentencia de unificación jurisprudencial / FACULTAD DE FISCALIZACIÓN DE LA DIAN EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / FALTA DE PRUEBA DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA / ACUERDO DE COSTOS COMPARTIDOS ENTRE VINCULADOS ECONÓMICOS / VINCULADO ECONÓMICO DEL EXTERIOR / CONTRADICCIÓN DEL ESTUDIO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / INFORME DE IRREGULARIDADES DEL ESTUDIO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / CARGA DE LA PRUEBA DEL CONTRIBUYENTE

Problema jurídico 1: *¿Procede el desconocimiento de costos de venta por \$5.450.381.000 por concepto de las comisiones pagadas por la actora a una de sus vinculadas del exterior por el servicio de agenciamiento de compras de materias primas? ¿La actora demostró la prestación real del servicio por parte de SABMiller Procurement en el estudio de precios de transferencia?*

Tesis 1: “Los \$5.450.381.000 objeto de la discusión, corresponden a las comisiones pagadas por Bavaria a favor de su vinculada en el exterior, SABMiller Procurement GMBH (antes Trinity Procurement GmbH), como retribución por la prestación del servicio de agenciamiento de compras locales de materias primas (azúcar, arroz, jarabe de malta), botellas de vidrio, tapas, entre otros, en el marco del Acuerdo Global de Adquisiciones. En el acto acusado, la DIAN sostuvo que esta deducción debe ser rechazada, comoquiera que no existe evidencia de que tales compras se hayan llevado a cabo por intermedio o con injerencia de la vinculada y, en todo caso, porque el tipo de bienes comprados en el mercado local hacen parte de los modelos de colaboración MC1 y MC2 que, según el Acuerdo Global de Abastecimiento, no generan el pago de la comisión, puesto que son realizadas por el equipo local de compras de la actora. En ese sentido, adujo que se trata de una erogación innecesaria, pues no se observa ningún beneficio obtenido por la actora a partir de las labores de la vinculada en el exterior y, por lo mismo, se incumple el principio de plena competencia, en tanto que ningún tercero independiente, en una operación comparable, estaría dispuesto a pagar la comisión. El Tribunal aceptó la procedencia de este costo porque la demandante demostró que SABMiller Procurement es un estrategia comercial de Bavaria para la adquisición de bienes y servicios, que ejerció sus funciones para obtener las materias primas necesarias para la actividad productora de renta de la actora. Advirtió que lo que hasta aquí se ha dicho no se desdibuja por el hecho de que las negociaciones se hubieran llevado a cabo en el mercado local, en la medida en que el Acuerdo Global de Abastecimiento se estableció que la vinculada podía negociar con proveedores locales. En esa medida, afirmó que el pago de estas comisiones no vulneró el régimen de precios de transferencia. La DIAN apeló

esta decisión. A estos efectos, reiteró lo expuesto en el acto acusado y, en adición, afirmó que, si bien el gasto bajo análisis fue realizado en aras de que Bavaria obtuviera presuntos beneficios en costos, *«lo cual lo convierte en un gasto útil para la empresa, pero se echa de menos la necesidad del pago»*. (...) Bajo este contexto, la Sala encuentra que, a efectos de dirimir el debate, es preciso establecer si, a la luz del artículo 107 del Estatuto Tributario, la comisión pagada por Bavaria a favor de su vinculada en el exterior cumple con el requisito de necesidad de las expensas, para lo cual debe tenerse en cuenta el objeto y la razón de ser de dicha comisión, específicamente, en el marco del Acuerdo Global de Abastecimiento. En este punto es necesario aclarar que, si bien la Administración alega la violación del principio de plena competencia, en la medida en que considera que ningún tercero independiente, en una situación comparable, habría pagado la comisión en las condiciones efectuadas por Bavaria, lo cierto es que esta afirmación sólo está soportada en el hecho de que la DIAN cuestionó que SABMiller Procurement hubiera ejecutado realmente las funciones que le correspondían bajo el Acuerdo Global de Abastecimiento. En efecto, adviértase que ni el acto censurado ni la oposición de la demanda, se objetó la validez de la documentación comprobatoria aportada por la actora, en la que se incluyó información relacionada con la operación llevada a cabo con SABMiller Procurement en el marco del Acuerdo Global de Abastecimiento. En otras palabras, salvo por el cuestionamiento sobre la ejecución de las funciones, la DIAN no alegó ni probó razones de fondo que sustentaran la vulneración del principio de plena competencia. En el expediente no existen elementos probatorios que permitan demostrar que la remuneración a favor de la vinculada del exterior no se dio en condiciones de mercado y, en consecuencia, no hay soporte de la afirmación de la demandada según la cual un tercero independiente no habría pagado dicha comisión. Resulta de suma importancia recordar que, para efectos de cuestionar la remuneración pagada por un contribuyente a favor de un vinculado del exterior por incumplir el principio de plena competencia, la DIAN debe ejercer las amplias facultades de fiscalización que le otorgan los artículos 684 del Estatuto Tributario y, particularmente, el inciso tercero del artículo 260-2 *ibidem*. Nótese que la jurisprudencia de esta Sección ha advertido que, si en ejercicio de sus funciones, la Administración detecta irregularidades en el estudio de precios de transferencia, está obligada a contradecirlo a través de un informe semejante en el que calcule los márgenes de utilidad comunes en el mercado para operaciones comparables, convenidas entre partes independientes, mediante el cual acredite que el estudio de precios de transferencia llevado a cabo por el contribuyente se apartó de la realidad económica de la transacciones convenidas, que el método utilizado no fue el indicado, que el margen de rentabilidad fue incorrecto, entre otras cuestiones. Sin embargo, en el expediente no obra ningún documento de este tipo. Por lo anterior, el análisis de la Sala se circunscribirá a determinar si, en cumplimiento del párrafo segundo del artículo 260-3 (modificado por la Ley 1607 de 2012), Bavaria demostró (i) la prestación real del servicio por parte de SABMiller Procurement o la ejecución de las funciones señaladas en el estudio de precios de transferencia, y (ii) si las expensas cuestionadas cumplen o no con el requisito de necesidad, previsto en el artículo 107 del Estatuto Tributario. Así las cosas, se tiene que esta Sección se pronunció sobre el alcance de los requisitos generales de deducibilidad de las expensas y, en particular, sobre el de necesidad, en la sentencia de unificación del 26 de noviembre de 2020, (exp. 21329, C.P. Julio Roberto Piza) (...) En esas condiciones, para determinar si una expensa cumple con el requisito de necesidad es necesario realizar una *«comprobación de orden teleológico, que permita identificar si la erogación juzgada está destinada a la obtención de ganancias, al mantenimiento de la fuente de la que ellas emanan, o al mejoramiento o adaptación negocial o empresarial de la fuente generadora de renta»*. Ahora bien, a pesar de la presunción de veracidad que ampara a las declaraciones tributarias, en los casos en que la Administración realiza cuestionamientos con el fin de comprobar la veracidad de los hechos declarados, la carga de probar los conceptos que aminoran el impuesto a cargo (v.g. costos, deducciones, entre otros) le corresponde al contribuyente. Sobre este particular, como cuarta regla de unificación en la sentencia mencionada se estableció que: *«4. Los contribuyentes tienen la carga de poner en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales las circunstancias fácticas y de mercado, demostraciones y carga argumentativa, conforme a las cuales una determinada expensa guarda relación causal con su actividad productora de renta, es necesaria y proporcional con un criterio comercial y tomando en consideración lo acostumbrado en la concreta actividad productora de renta»*. (...) De la valoración de lo probado, para la Sala es claro que Bavaria demostró la prestación de servicios por parte de SABMiller Procurement, en ejecución de las funciones pactadas en el Acuerdo Global de Abastecimiento, así como los beneficios recibidos. Por lo tanto, la demandante cumplió con el régimen de precios de transferencia, comoquiera que la DIAN no cuestionó aspectos distintos a la efectiva prestación de los servicios por parte de la vinculada del exterior. En relación con el incumplimiento del requisito de necesidad previsto en el artículo 107 del Estatuto Tributario, encuentra la Sala que la comisión pagada a favor de SABMiller Procurement le permitió a la actora desarrollar, conservar y mejorar su actividad productora de renta, en términos de calidad y eficiencia. Adviértase que, a partir de la realización de esta erogación, Bavaria consiguió no sólo reducir y mitigar sus costos de producción y ventas, sino también obtener mejores condiciones de negociación con sus proveedores de arroz, plásticos, elementos de *marketing* e inversiones en bienes de capital (CAPEX), según se expone en el documento *«Inventario de iniciativas»* y en el dictamen pericial, los cuales no fueron objetados por la demandada. En consecuencia, no corresponden a erogaciones innecesarias, carentes de sustancia o razonabilidad económica o comercial, menos aun cuando en el expediente existen elementos probatorios que evidencian las labores

llevadas a cabo por SABMiller Procurement que la hacían merecedora de la comisión acordada en el Acuerdo Global de Abastecimiento. Sumado a lo expuesto, es preciso advertir que, contrario a lo dicho por la DIAN, el hecho de que el director de compras de Bavaria hubiese manifestado que para compras locales existe una base local de 7.000 proveedores activos y 22.000 documentados y que las compras a partir de las cuales se originó la comisión se realizaron en el mercado local, no varía las conclusiones expuestas. Nótese que el director de compras de Bavaria explicó que la responsabilidad de establecer la estrategia de negociación con proveedores dependía del modelo de colaboración en el que se encuadrara cada material, lo cual se determinaba con base en la estructura de abastecimiento del mercado. De manera que, «***A más disponibilidad de abastecimiento de material y especificaciones a nivel global o regional, más alto el modelo de colaboración, indiferente a que el negocio finalmente sea otorgado a un proveedor local al final de la negociación***» (énfasis y subrayado de la Sala). Así las cosas, cuantos más proveedores existieran en el mercado, mayor era la necesidad de contar con las labores de SABMiller Procurement, en tanto que aumentaba la responsabilidad, el nivel de especialidad o experticia para establecer una estrategia comercial que permitiera alcanzar los objetivos acordados en el Acuerdo Global de Abastecimiento. En tal sentido, resulta lógico y coherente lo afirmado por la actora en cuanto a que los materiales objeto de las compras locales hacían parte de los modelos de colaboración MC4 y MC5, toda vez que para esa clase de bienes existía una alta disponibilidad de abastecimiento o de proveedores en el mercado local, circunstancia que hacía necesaria las funciones de la vinculada en el marco del Acuerdo Global de Abastecimiento y, consecuentemente, el pago de la comisión en discusión. Finalmente, cabe agregar que, en el escrito de apelación, la propia DIAN reconoce que el costo bajo análisis resulta *útil* para que la demandante lleve a cabo su actividad productora de renta, característica que se encuadra dentro del requisito de necesidad de que trata el artículo 107 del Estatuto Tributario, según se explicó a partir de la sentencia de unificación. Por lo expuesto, el cargo de apelación de la DIAN carece de sustento y, por lo mismo, no está llamado a prosperar. Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia apelada en cuanto declaró procedente los costos de venta por \$5.450.381.000.”.

DESCONOCIMIENTO DE GASTOS OPERACIONALES DE ADMINISTRACIÓN – Procedencia / DEDUCCIÓN DE PAGOS A LA CASA MATRIZ CONSTITUTIVOS DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN O DIRECCIÓN – Requisitos de procedibilidad. Práctica de la retención en la fuente del impuesto sobre la renta. Alcance del artículo 124 del Estatuto Tributario / IMPROCEDENCIA DE LA DEDUCCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN O DIRECCIÓN PAGADOS A LA CASA MATRIZ – Falta de práctica del requisito de retención en la fuente por corresponder a ingresos de fuente extranjera / DEDUCCIÓN DE PAGOS A LA CASA MATRIZ CONSTITUTIVOS DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN O DIRECCIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Reiteración de jurisprudencia

Problema jurídico 2: *¿Procede el desconocimiento de los gastos operacionales de administración por servicios administrativos por \$47.834.099.000, prestados desde el exterior?*

Tesis 2: “Para la DIAN y el Tribunal de primera instancia no son deducibles los pagos realizados por Bavaria a favor de SABMiller Latin America Inc. por concepto de servicios de administración prestados desde el exterior, toda vez que no se practicó retención en la fuente sobre estas erogaciones, lo cual constituye el presupuesto de procedibilidad para la deducibilidad de estas expensas, según el artículo 124 del Estatuto Tributario. La actora se opone a esta decisión, pues considera que, tratándose de una renta de fuente extranjera, es ilegal que se le exija el pago de la retención en la fuente, más aún cuando esa limitante no es aplicable de conformidad con el artículo 260-8 del Estatuto Tributario, en su condición de contribuyente sometida al régimen de precios de transferencia. Así las cosas, afirma que la deducción es procedente porque no alcanza el límite del 15% establecido en el artículo 122 del Estatuto Tributario, tal y como lo informó su revisor fiscal. Para la vigencia en discusión, año gravable 2013, el tratamiento de la deducción de pagos a casa matriz que constituyeran gastos de administración o dirección estaba regulado en el artículo 124 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 85 de la Ley 223 de 1995, así: «**Artículo 124. Los pagos a la casa matriz son deducibles. Las filiales o sucursales, subsidiarias o agencias en Colombia de sociedades extranjeras, tienen derecho a deducir de sus ingresos, a título de costo o deducción, las cantidades pagadas o reconocidas directa o indirectamente a sus casas matrices u oficinas del exterior, por concepto de gastos de administración o dirección y por concepto de [regalías y explotación o] adquisición de cualquier clase de intangibles, siempre que sobre los mismos practiquen las retenciones en la fuente del impuesto sobre la renta y el complementario de remesas***. Los pagos a favor de dichas matrices u oficinas del exterior por otros conceptos diferentes, están sujetos a lo previsto en los artículos 121 y 122 de este Estatuto». Como se observa, esta disposición legal regula la deducibilidad de los gastos de administración, entre unos determinados sujetos. De un lado, como titulares del gasto, las filiales, sucursales, subsidiarias o agencias en Colombia de sociedades extranjeras y, del otro, las matrices u oficinas del exterior, como

prestadoras del servicio o beneficiarias del ingreso. Ahora bien, la señalada disposición reconoce el derecho a la deducción de los pagos por concepto de administración o dirección a favor de la casa matriz **«siempre que sobre los mismos practiquen las retenciones en la fuente del impuesto sobre la renta»**. En ese sentido, es preciso destacar que fue la propia ley la que condicionó la procedencia fiscal de esta clase de gastos a que la expensa se hubiere sujetado a gravamen en Colombia mediante el mecanismo de retención en la fuente, lo cual, únicamente surge respecto de ingresos de fuente nacional. Este condicionamiento de la deducibilidad a la retención en la fuente fue dilucidado por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-596 de 1996, con ocasión del análisis de exequibilidad del artículo 124 del Estatuto Tributario, así: **«Por lo tanto, si los pagos a las casas matrices son gravables en Colombia y por ende están sometidos a retención en la fuente, serán deducibles para quien los paga, obviamente en tratándose de ingresos considerados de fuente nacional; por el contrario, si los pagos a que se ha hecho alusión son de fuente extranjera y por consiguiente no son gravables por el mecanismo de la retención, no serán deducibles de la renta de la filial o sucursal, subsidiaria o agencia en Colombia»**. (Énfasis y subrayado de la Sala). Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional arribó a la siguiente conclusión: **«Declarará la exequibilidad de la expresión acusada, siempre que se entienda que los pagos que se hacen a las casas matrices u oficinas en el exterior por concepto de gastos de administración o dirección (...), que son deducibles de sus ingresos a título de costo o deducción son aquellos de fuente nacional»**. (Énfasis y subrayado de la Sala). Considerando lo anterior, esta Sección ha manifestado que, por previsión legislativa expresa: **«sólo son deducibles los gastos de administración efectuados por sucursales, filiales, subsidiarias o agencias de sociedades extranjeras en Colombia con sus matrices u oficinas en el exterior, en la medida en que se hubieren sometido a retención en la fuente, lo cual sólo resultaba aplicable, para la época de los hechos, respecto de los ingresos de fuente nacional. Por tanto, si los pagos no se sujetaron a la misma, por no ser ingresos de fuente nacional, no podrían ser deducidos. Sobre este particular, fue enfática la Corte Constitucional al precisar que «si los pagos a que se ha hecho alusión son de fuente extranjera y, por consiguiente, no son gravables por el mecanismo de retención, no serán deducibles de renta de la filial o sucursal, subsidiaria o agencia en Colombia»**. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la aplicación del artículo 124 del Estatuto Tributario respecto de los contribuyentes sometidos al régimen de precios de transferencia, es preciso remitirse a la sentencia del 9 de mayo de 2019 (exp. 20780, CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez), reiterada en la del 9 de septiembre de 2021 (exp. 24282, CP. Milton Chaves García), por tener similitud jurídica y fáctica con el caso en discusión: **«La norma que regula de manera especial los costos y deducciones para los contribuyentes sometidos a ese régimen, esto es, el artículo 260-7, los releva de ciertas disposiciones que prohíben deducciones, y de las limitaciones de costos y gastos para vinculados económicos; pero no los excluye de la aplicación del artículo 124 del Estatuto Tributario. Tampoco se advierte que las regulaciones de estas normas -artículo 124 y 260-7 del E.T.- se contrapongan ni se contradigan. Primero, porque el artículo 124 no se encuentra dentro de las disposiciones que el artículo 260-7 autoriza no aplicar en el régimen de precios de transferencia. Y, segundo, en tanto la regulación de la deducción a casa matriz no es una limitación a los costos y gastos, que es de lo que se exceptúa a estos contribuyentes. Todo, porque el artículo 124 establece un requisito de procedencia de la deducción, en tanto permite que el pago a la casa matriz sea llevado en la declaración de renta, y tiene su razón de ser en que permite recaudar de forma anticipada el impuesto en estas operaciones que se hacen con no residentes en Colombia, lo que garantiza el pago del tributo. No puede perderse de vista que el objeto del artículo 260-7 del Estatuto Tributario no es exceptuar a los contribuyentes sometidos al régimen de precios de transferencia del cumplimiento de los requisitos de procedencia de los costos y deducciones, sino únicamente de algunas prohibiciones previstas en materia de costos y deducciones, y de las limitaciones de costos y gastos previstas para los vinculados económicos. Por esa razón, el efecto que tiene esa norma en los pagos a casa matriz que realicen dichos contribuyentes, es que no les aplican las prohibiciones señaladas en los artículos 90, 90-1, 124-1, 151, 152 y 312 -numerales 2 y 3-, ni las limitaciones de los costos y deducciones, como la prevista en el artículo 122 del Estatuto Tributario, que restringe los gastos al exterior al 15% -salvo en aquellos casos en que sea obligatoria la retención, entre otros-. De modo que, como la ley no sustrajo a estos contribuyentes del cumplimiento de los requisitos de procedencia de las deducciones, los mismos deben cumplir los requisitos dispuestos sobre las operaciones de costos y gastos que procedan en el régimen de precios de transferencia. Para lo cual se debe atender, los presupuestos que exige la norma para que pueda aceptarse como deducción. Por esas razones, los contribuyentes sometidos al régimen de precios de transferencia deben cumplir con el requisito de procedencia para llevar como deducción los pagos a casa matriz, consistente en la práctica de la retención en la fuente»**. Descendiendo al caso concreto, la Sala advierte que entre las partes no existe discusión sobre la naturaleza de los gastos cuestionados, pues ambas coinciden en que corresponden a gastos de administración pagados por la actora a favor de su casa matriz en el exterior. De igual forma, las partes coinciden en que sobre los pagos que efectuó la demandante a su casa matriz no se practicó retención en la fuente por corresponder a ingresos de fuente extranjera. En estas circunstancias, no es

posible aceptar la deducibilidad solicitada por la actora (*i.e. gastos de administración y dirección a casa matriz u oficinas del exterior*) a la luz del artículo 124 del Estatuto Tributario, pues para esto era fundamental que el gasto hubiese estado sometido a retención en la fuente, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sección y la de la Corte Constitucional. El hecho de que la actora estuviese sometida al régimen de precios de transferencia no cambia esta conclusión, en tanto que, se reitera, la retención en la fuente de que trata el artículo 124 no es una limitante, sino un condicionamiento o presupuesto de aceptación, frente a lo cual no existe exclusión alguna para los contribuyentes sometidos al mencionado régimen. Finalmente, es preciso advertir que, contrario a lo solicitado por la actora, la deducibilidad del gasto cuestionado no puede analizarse a la luz del artículo 122 del Estatuto Tributario. Lo anterior, porque esa norma regula la deducibilidad de pagos al exterior, como una restricción genérica y sin sujeción a la vinculación económica para los gastos incurridos en el exterior para la obtención de rentas de fuente nacional y por conceptos diferentes a los gastos de administración a favor de la matriz u oficinas del exterior, que son los que se discuten en este caso concreto. Al respecto, el artículo 124 expresamente prevé que «(...) *Los pagos a favor de dichas matrices u oficinas del exterior por otros conceptos diferentes, están sujetos a lo previsto en los artículos 121 y 122 de este Estatuto*». (resaltado por la Sala). El cargo no prospera. En consecuencia, se mantiene el rechazo por \$47.834.099.000, a título de gastos operacionales de administración por servicios administrativos.”.

RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / ACUERDO DE COSTOS COMPARTIDOS – Concepto / ACUERDO DE COSTOS COMPARTIDOS – Principio de plena competencia / ACUERDO DE COSTOS COMPARTIDOS – Documentación comprobatoria de precios de transferencia / AJUSTE DE LOS APORTES DE LOS PARTÍCIPIES DEL ACUERDO DE COSTOS COMPARTIDOS EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Procedencia / ACUERDO DE COSTOS COMPARTIDOS ENTRE VINCULADOS ECONÓMICOS – Alcance / DISTRIBUCIÓN DE LOS COSTOS COMPARTIDOS / CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE LOS COSTOS COMPARTIDOS / MARGEN DE RENTABILIDAD DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA MARK UP / DEDUCCIÓN DE GASTOS DE ASISTENCIA TÉCNICA Y/O SERVICIOS DE CONSULTORÍA - Procedencia

Problema jurídico 3: *¿Procede el desconocimiento de los gastos de asistencia técnica por \$13.708.819.000, pactados en el acuerdo de costos compartidos? ¿Cuáles fueron los costos totales incurridos por los prestadores de los servicios, partícipes del acuerdo de costos compartidos (SABMiller PLC, SABMiller Latin América y Bavaria)? ¿Bavaria efectivamente asumió costos en el porcentaje pactado en el acuerdo de costos compartidos?*

Tesis 3: “En este caso la controversia gira en torno a la ejecución de un Acuerdo de Costos Compartidos (ACC). (...) De acuerdo con el artículo 6 del Decreto 3030 de 2013 «(...) *un Acuerdo de Costos Compartidos es un acuerdo marco que permite a las empresas repartirse los costos y los riesgos de desarrollar, producir u obtener activos, servicios o derechos y determinar la naturaleza y el alcance de los intereses de cada uno de los participantes en estos activos, servicios o derechos (...)*». Los ACC celebrados entre partes vinculadas deben cumplir con el principio de plena competencia. Esto implica que el contribuyente debe incluir un análisis del ACC dentro de la documentación comprobatoria, para soportar que los aportes y costos efectuados por cada partícipe se ajustan a lo que una parte independiente hubiese aceptado en condiciones comparables. En esa medida, el artículo 6 del Decreto 3030 de 2013 exige que en la documentación comprobatoria se incluya, entre otros, una descripción de los costos o gastos anuales incurridos en desarrollo del ACC, el valor de las aportaciones que realiza cada participante, una identificación de los beneficiarios directos y/o indirectos del acuerdo, el ámbito de las actividades, la duración del acuerdo, así como el detalle del método de atribución, criterios, circunstancias y ajustes, si los hubo, que reflejen la cuota de participación. En línea con lo anterior, en este caso se observa que en los numerales 2.4.12 y 4.10, así como en el apéndice N de la documentación comprobatoria presentada por la actora, se describe un ACC denominado Cargos por Servicios de Grupo (*Group Services Charges – CSG*) suscrito por Bavaria con sus vinculadas en el exterior y se indica que, en desarrollo de este acuerdo, serían prestados servicios de asistencia técnica y/o servicios de consultoría (también denominados administrativos), que serían recibidos por varias compañías beneficiarias de manera permanente o intermitente. La metodología de distribución, de acuerdo con lo indicado en los anteriores documentos, consistía en (i) determinar los costos incurridos por cada uno de los prestadores de los servicios y (ii) asignar, directa o indirectamente, los costos a las entidades que recibieron o se beneficiaron de los servicios. Los costos se asignan directamente, cuando puede identificarse un beneficiario directo, e indirectamente, atendiendo los criterios de distribución o llaves de asignación. En ambos casos, se hace la asignación de costo y se le agrega un margen de rentabilidad o (*mark up*), que, de acuerdo con el análisis efectuado en la documentación comprobatoria, fue pactado a precios de mercado. La metodología de distribución era analizada y revisada por asesores externos. En el ACC se pactaron 3 criterios de distribución o llaves de asignación: ventas netas, volumen de ventas en hectolitros y número de empleados

(o usuarios). Para el caso de los servicios de asistencia técnica, se utilizó la llave de asignación de número de empleados (usuarios), de manera que, cuanto más empleados o usuarios se tuviera, mayor era la proporción que tendría que asumir la parte contratante del servicio. De igual forma, para los servicios de asistencia técnica, entre otros que involucraran tecnología, se estableció un margen o *mark-up* del 3% y para los servicios con un mayor valor agregado un *mark-up* del 5%. Para prestar los servicios objeto del ACC, así como de determinar y cargar los costos a las vinculadas que se beneficiaran de los mismos, se identificaron principalmente 3 entidades: SABMiller Latinoamérica Inc. (Miami), SABMiller PLC (Londres) y Bavaria (Colombia). En concreto, SABMiller Miami era quien recibía la información sobre los costos incurridos por cada prestador y lideraba las actividades de distribución. A su turno, se indicó que las vinculadas que recibieron o se beneficiaron de los servicios de asistencia técnica estaban ubicadas en Colombia, Perú, Ecuador, Honduras, Panamá y El Salvador. Ahora, según se expuso en la documentación comprobatoria, durante el año 2013, Bavaria llevó a cabo operaciones de egresos relacionados con este ACC por concepto de servicios de asistencia técnica con SABMiller Latin America Inc. (Miami) por valor de \$30.627.037.000. A su vez, en el apéndice N de la mencionada documentación, aparece la descripción de los costos o gastos anuales incurridos por SABMiller Londres y SABMiller Miami, así como la forma y el monto por el que se distribuyeron los gastos, de conformidad con los términos del ACC. Sobre este particular, en la documentación se evidencia la manera en la que se aplicó la llave de distribución por usuarios (empleados) de los gastos, indicando que el total de usuarios de servicios de tecnología de todas las compañías partícipes del ACC eran 12.984 y que, en el caso específico de las compañías de Colombia, los usuarios eran 5.098, lo cual equivalía a una proporción del 39.263% del número total de usuarios. Teniendo claro lo anterior, la Sala entrará a definir los problemas jurídicos a resolver, de conformidad con la controversia planteada por las partes. Así, se tiene que, conforme con los actos administrativos acusados, el objeto del debate se centra en determinar, única y exclusivamente frente a los servicios de asistencia técnica pactados en el ACC, (i) cuáles fueron los costos totales incurridos por los prestadores de los servicios, partícipes del ACC (SABMiller PLC, SABMiller Latin América y Bavaria) y (ii) si Bavaria efectivamente asumió costos en el porcentaje pactado en el ACC. En efecto, mientras la actora sostiene que *«tomando las cifras correctas, incurridas por cada entidad, se aplicó el porcentaje establecido como clave de distribución, que para Colombia es el 39.3% del total de costos incurridos, lo cual equivale a USD\$28.084.384»*, de los cuales SABMiller Londres asignó a Colombia USD9.738.900 y SABMiller Miami USD13.625.400, y Bavaria asumió la parte que le correspondía de los gastos en los que incurrió, esto es USD4720.084 de USD11.913.309, la DIAN asegura que los costos asignados excedieron tal porcentaje, pues representaron el 45,21% (equivalente a USD30.097.851) y, por lo mismo consideró, que es necesario rechazar los costos asumidos en exceso, por valor de USD7.335.235 que, a una TRM de \$1.868,9, equivalen a \$13.708.819.215 *«suma atribuida a egresos por asistencia técnica recibidos de Bavaria con su vinculada del exterior SABMiller Latin America Inc.»* En esas condiciones, para proceder a decidir, es importante precisar que la Administración no cuestionó, a la luz del principio de plena competencia, aspectos del ACC relacionados con los márgenes de rentabilidad o *mark up* establecidos para los servicios de asistencia técnica (3% y 5%), el método de atribución o llave de asignación (números de usuarios), la cuantificación de los beneficios, el porcentaje de distribución de los costos entre las partes, entre otros. Así las cosas, en este caso concreto, no es objeto de discusión que, de conformidad con el clausulado del ACC, a las compañías del grupo en Colombia (Cervecería Del Valle, Cervecería Unión y Bavaria) les correspondía un reparto de costos del 39.264%, de conformidad con la llave de asignación de cantidad de usuarios para los servicios de asistencia técnica y que, para esa clase de servicios, a los costos se les adicionaba un margen o *mark up* del 3%, por corresponder a lo que una parte independiente hubiera pagado en situaciones comparables. Así las cosas, se reitera, que lo que debe resolver la Sala consiste, única y exclusivamente, en establecer (i) si el monto total de los costos totales incurridos por los prestadores de los servicios SABMiller Latin América Inc. (Miami), SABMiller PLC (Londres) y Bavaria (Colombia) corresponde al indicado por la DIAN o si, por el contrario, corresponde al señalado por Bavaria. Y, una vez determinado esto, (ii) si Bavaria efectivamente asumió gastos por asistencia técnica superiores al porcentaje pactado en dicho acuerdo pues, de haber tomado un porcentaje mayor, sería claro que habría asumido costos de otras compañías, por lo que procedería el rechazo de las erogaciones en exceso, mediante un ajuste. Sobre este particular, las directrices de la OCDE, aplicables en materia de precios de transferencia, indican que cuando el porcentaje correspondiente a uno de los partícipes de un ACC *«no es proporcional a la cuota de beneficios que espera obtener en el acuerdo, la administración tributaria tiene el derecho de ajustar la aportación del partícipe»*. (...) Valorado el material probatorio obrante en el plenario, la Sala encuentra que los costos totales en los que incurrieron las compañías prestadoras de los servicios de asistencia técnica en desarrollo del ACC corresponden a USD 71.419.709. Esta decisión se fundamenta en las siguientes razones: En primer lugar, porque los costos totales incurridos por SABMiller PLC (Londres) sí corresponden a USD24.804.000, tal y como lo sostuvo la actora. Lo anterior, teniendo en cuenta que, según la documentación comprobatoria y la información entregada por la contribuyente en la visita de febrero del año 2016, los costos efectuados por esa compañía correspondieron a USD24.082.000, que, al adicionárseles el margen o *mark up* del 3% para servicios de asistencia técnica, pactado en el ACC, el resultado era de USD 24.804.000. En tal sentido, es claro para la Sala que el valor que la DIAN tomó como costos realizados por SABMiller PLC (USD24.082.000) no corresponde a la realidad, en tanto que no

incluye el margen pactado en el ACC, cuya aplicación era obligatoria de acuerdo con los términos de ese acuerdo y que, se reitera, no fue cuestionado por la demandada a la luz del principio de plena competencia. En segundo lugar, porque los costos incurridos por SABMiller Latin América (Miami) corresponden a USD34.702.400, tal y como fue precisado por la actora. En efecto, nótese que Bavaria explicó que era equivocada la posición de la DIAN de considerar que el total de los costos incurridos por SABMiller Latin America (Miami) fue de USD\$21.676.200, puesto que, contrariamente a lo pactado en el ACC, le restó a los USD34.702 (en miles) los USD13.625.400, que SABMiller Latin América (Miami) le asignó a las compañías en Colombia. Sobre este punto, vale la pena recordar que el método de reparto de los costos realizados por las compañías prestadoras de los servicios de asistencia técnica consistía, en primer lugar, en identificar los costos totales incurridos por tales compañías. En caso de que el costo en el que hubieran incurrido haya sido para prestar servicios en beneficio de una única entidad receptora o beneficiaria, estos debían ser cargados a dicha entidad, adicionando el margen o *mark up* pactado (3% o 5%, según el caso). Posteriormente, los costos que no fueron cargados directamente a una única compañía beneficiaria, debían ser asignados entre todas las compañías del grupo, según la llave de distribución (*i. e.* número de usuarios o empleados de cada una de las compañías beneficiarias de los servicios). Por lo expuesto, la Sala encuentra que no se ajusta a la metodología del ACC la actuación efectuada por la DIAN de detracer de los costos totales en los que incurrió SABMiller Latin América (Miami), por valor de USD34.702.400, la suma que, posteriormente, esta compañía les asignó a las compañías en Colombia, correspondiente a USD13.625.400. Lo anterior, porque esta última cifra hacía parte de los costos en los que incurrió SABMiller Latin América (Miami) y no dejaba de serlo por el hecho de que, posteriormente y bajo la metodología del ACC, le hubiesen sido asignados a Bavaria. Por consiguiente, se reitera que no es cierto que el costo total incurrido por SABMiller Latin América (Miami) haya sido de USD21.676.200, como lo dijo la DIAN, sino que en realidad corresponde a USD34.702.400. Por último, en tercer lugar, la decisión de la Sala se fundamenta en que los costos totales incurridos por Bavaria, como prestadora de los servicios de asistencia técnica, corresponden a USD11.913.309 (que equivalen a \$22.264.783.484), tal y como lo acredita el certificado del revisor fiscal de la demandante. Contrario a lo dicho por la DIAN, los costos totales incurridos por Bavaria no ascienden a USD20.818.625, porque tal resultado proviene de haberle sumado a los USD11.913.309, los USD7.193.225 que, bajo el ACC, Bavaria distribuyó y facturó a SABMiller Latin América (Miami), actuación que no está acorde con la metodología de distribución de costos pactada en el ACC y que, por demás, implicaría duplicar falsamente los costos en los que incurrió Bavaria para la prestación de los servicios de asistencia técnica, si se tiene en cuenta que los USD7.193.225 que adicionó la DIAN ya hacían parte de la totalidad de los costos incurridos por Bavaria por USD11.913.309. Por todo lo expuesto, la Sala reitera que, conforme a lo probado en el expediente, el monto total de los costos incurridos por las compañías prestadoras de los servicios de asistencia técnica, en virtud del ACC, es de USD71.419.709 (esta cifra incluye los costos con el *mark up* de las entidades de SABMiller Londres, SABMiller Miami y Bavaria Colombia). Aclarado este primer asunto, la Sala entrará a analizar si de acuerdo con la segunda fase del modelo Bavaria efectivamente asumió o no un porcentaje superior a lo pactado en el ACC para determinar si hay lugar a desconocer el excedente, mediante un ajuste que propone la DIAN. Ahora bien, del 100% del monto a distribuir esto es USD 71.419.709, a Colombia, contando las tres compañías, le corresponde asumir USD 28.084.384, que corresponde al 39.3%. De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se observa que a Colombia se le asignó por parte de SABMiller Londres USD9.738.900, por parte de SABMiller Miami USD 13.625.400, y que Bavaria se quedó con USD4.720.084. Es decir, el valor total asignado a Colombia por concepto de asistencia técnica es de \$28.084.384. Aplicando el criterio de asignación a este porcentaje (39.3%) dentro de las compañías colombianas, según la llave de asignación de ventas netas, del 39,3% de costos a Bavaria le ha debido corresponder el 87.5%, lo cual sería una cifra de USD24.573.836. De las pruebas existentes en el plenario se observa que, bajo el ACC, Bavaria tomó como gastos propios la suma de USD4.720.084 y que registro gastos facturados por asistencia técnica de USD16.472.000, equivalentes a los \$30.627.037.436, siendo esto último lo reportado como operación de egresos por asistencia técnica con su vinculado del exterior, SABMiller Latin América (Miami), en la documentación comprobatoria. Estas cifras totalizan USD21.192.081, lo cual no excede la cifra de USD24.573.836 que le correspondería a Bavaria bajo el ACC. A su vez, en la Liquidación Oficial de Revisión, para concluir que a Bavaria se le había asignado un porcentaje mayor al 34.4% (que es el 87.5% del 39.3%), la DIAN dijo que la actora asumió gastos correspondientes a USD30.097.400, producto de sumar la asignación de USD 13.625.400 realizada por SABMiller Miami a Colombia con los USD16.472.000 facturados por la misma SABMiller Miami a Bavaria. No obstante, lo cierto es que, esta adición no está justificada en los criterios del ACC, y en la liquidación oficial acusada, no existe explicación al menos sumaria que justifique dicha suma. Es decir, de las pruebas existentes en el plenario, no es posible llegar a la conclusión a la que arribó la DIAN en la liquidación oficial acusada, conforme con la cual Bavaria asumió o registro gastos de asistencia técnica por USD30.097.851. Por todo lo expuesto, prospera el cargo de apelación formulado por la demandante. En consecuencia, la Sala procederá ajustar la liquidación de la declaración de renta y la sanción por inexactitud en lo que se refiere a este punto”.

REEMBOLSO DE GASTOS A VINCULADA ECONÓMICA / MÉTODO DE PRECIO COMPARABLE NO CONTROLADO PC - Concepto / CONTENIDO DE LA

DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / APLICACIÓN DEL MÉTODO DE PRECIO COMPARABLE NO CONTROLADO PC - Requisitos / RECHAZO DE LA DEDUCCIÓN DE GASTOS OPERACIONALES DE ADMINISTRACIÓN - Falta de prueba de las facturas, documentos esenciales para acreditar el cumplimiento del régimen de precios de transferencia bajo el método de precio comparable no controlado / RECHAZO DE LA DEDUCCIÓN DE GASTOS OPERACIONALES DE ADMINISTRACIÓN – Prestación de servicios de almacenamiento de datos. Falta de prueba de la factura

Problema jurídico 4: *¿Procede el desconocimiento de los gastos por reembolsos a los vinculados económicos por \$1.984.874.000, registrados como otros egresos?*

Tesis 4: “La DIAN sustentó el desconocimiento de estos gastos en que no se practicó retención en la fuente sobre el valor pagado por el servicio de procesamiento de datos, en cuantía de \$360.139.463 y, además, en que no se aportó factura o documento equivalente *«que evidenciaran el pago hecho por el vinculado al tercero»*, así como la incorrecta aplicación del método de precio comparable no controlado (PC) utilizado por la contribuyente. El Tribunal avaló la posición de la Administración. Respecto a la deducibilidad de los gastos por el servicio de procesamiento de datos por \$360.139.463 dijo que esta erogación no tiene la naturaleza de reembolso, pues fue registrado contablemente como servicio de consultoría, por lo que, si se pretendía su deducibilidad, se requería haber practicado retención en la fuente, a la luz del artículo 121 del Estatuto Tributario. Por su parte, frente a la deducibilidad de los gastos por reembolso, esgrimió que era necesario el soporte probatorio (facturas con terceros independientes y el gasto contabilizado por las vinculadas) *«que sustente los cuadros consignados en la documentación comprobatoria que indican que lo gastado por los vinculados económicos de BAVARIA corresponde a lo pagado por la sociedad por dicho concepto»*. En adición, precisó que, a pesar del requerimiento de la Administración, la actora no entregó las facturas ni los registros contables de sus vinculadas, *«siendo necesario dicho soporte para corroborar que lo pagado por BAVARIA corresponde al gasto incurrido por la vinculada, y en esa medida, que lo pagado se ajusta a los precios de mercado»*. La demandante apeló y adujo que no estaba obligada a practicar retención en la fuente respecto a los reembolsos de gastos hechos a su vinculada y, respecto a la falta de soportes para la aplicación del método PC, destacó que cumplió con el régimen de precios de transferencia en el análisis de esta operación, *«todo lo cual se evidencia en el estudio de precios presentado ante la Administración por el año 2013»*. Para resolver este cargo, es preciso señalar que el artículo 260-3 del Estatuto Tributario señala que el Precio Comprable No Controlado (PC) es el método bajo el cual *«se compara el precio de bienes o servicios transferidos en una operación entre vinculados, frente al precio cobrado por bienes o servicios en una operación comparable entre partes independientes»* y el artículo 4 del Decreto 3030 de 2013 establece que la documentación comprobatoria deberá contener los estudios, documentos y demás soportes con los cuales el contribuyente del impuesto sobre la renta demuestre que sus ingresos, costos, deducciones, activos y pasivos adquiridos en el respectivo año gravable, relativos a las operaciones con vinculados del exterior, fueron determinados en cumplimiento del principio de plena competencia. Adicionalmente, la disposición en comento dispone que la documentación por cada tipo de operación deberá tener el nivel de detalle requerido para demostrar la correcta aplicación de los criterios de comparabilidad de que trata el artículo 260-4 del Estatuto Tributario. En esas condiciones, es claro que los contribuyentes sometidos al régimen de precios de transferencia están obligados a conservar y entregar, en caso de que así lo requiera la Administración, los documentos, estudios y demás soportes con fundamento en los cuales realizaron la selección del método y el análisis de comparabilidad de las operaciones llevadas a cabo con partes vinculadas en el exterior. Tan es así, que el régimen de precios de transferencia contiene normas de naturaleza sancionatoria en caso de que los contribuyentes omitan entregar información sobre las operaciones realizadas con partes vinculadas (artículo 260-11 del Estatuto Tributario, para el año gravable 2013). Descendiendo al caso concreto, se tiene que los gastos objeto de rechazo hacen parte de las operaciones denominadas en el estudio de precios de transferencia de la actora como *«otros egresos»*. Al respecto, en ese documento se explicó que Bavaria causó erogaciones por reembolso de gastos que fueron asumidos inicialmente por las vinculadas del exterior y, posteriormente, cobrados a Bavaria por la suma de \$4.172.878.000. En esencia, tales erogaciones corresponden a *«gastos diversos, de viaje, legales, por reubicaciones, salarios y salud»*. Adicionalmente, en el mencionado estudio se adujo que el método seleccionado para determinar si esas operaciones estuvieron acordes con el principio de plena competencia fue el de PC. Lo anterior, porque *«las facturas con terceros independientes y/o el gasto contabilizado por las compañías se constituyen en transacciones no controladas que sirven de base para analizar los montos pagados entre Bavaria y sus compañías vinculadas»*. Ahora bien, frente a tales facturas y documentos contables, en el estudio de precios se advirtió que: *«Los soportes contables tales como facturas, comprobantes, notas de contabilidad y hojas de análisis de los costos incurridos por la vinculada del exterior (o por la compañía colombiana) hacen parte de su contabilidad y estarán a disposición de las autoridades de impuestos cuando estas así lo requieran como soporte adicional al análisis de Precios de Transferencia»* (subrayado propio). Pues bien, en la visita del 29 de enero de 2016, la DIAN le solicitó a la actora que le suministra los soportes de los conceptos clasificados como *«otros egresos»*, solicitud que fue respondida mediante memorial del 22 de febrero de

2016 (...) Adjunto a este memorial, Bavaria aportó algunas facturas y comprobantes contables relacionadas con las operaciones contenidas en el cuadro transcrito. Del análisis de estos documentos, en el requerimiento especial, la DIAN agrupó en un cuadro los valores por reembolso de gastos y gastos de importación que carecían de soporte, es decir, frente a los cuales la actora continuó sin aportar la factura o documento equivalente pagado por el vinculado del exterior al tercero. Además, resaltó que, al pago de la factura por servicio de procesamiento de datos no se le practicó retención en la fuente por lo cual no era deducible. (...) De la revisión del expediente no se observa que las facturas por estos conceptos obren en el plenario y, de hecho, en la demanda y en el recurso de apelación, Bavaria no negó o refutó lo afirmado por la demandada respecto a que omitió aportar los documentos soporte de estas operaciones. Únicamente señaló que, al haber cumplido con el régimen de precios de transferencia, tal y como lo demostraba el estudio de precios, los gastos rechazados eran procedentes. En esas condiciones, el cargo de apelación no está llamado a prosperar, puesto que la actora incumplió con su deber de soportar lo afirmado en la documentación comprobatoria respecto a las operaciones en discusión, lo cual era necesario para acreditar que, efectivamente, estas transacciones cumplían con el principio de plena competencia en aplicación del método PC, puesto que si, tal y como lo explicó la misma actora en su estudio de precios, «las facturas con terceros independientes y/o el gasto contabilizado por las compañías se constituyen en transacciones no controladas que sirven de base para analizar los montos pagados entre Bavaria y sus compañías vinculadas», es claro que la existencia y entrega a la Administración de estos documentos era esencial para acreditar el cumplimiento del régimen de precios de transferencia bajo el método seleccionado. Ahora bien, en lo que respecta al pago por \$360.139.463, que la DIAN considera que corresponde a la prestación de servicios de almacenamiento de datos, no a un reembolso de gastos, sobre el cual debió practicarse retención en la fuente para aceptar su deducibilidad, la Sala advierte que, tal y como fue afirmado en la liquidación oficial y no fue refutado por la actora, en el expediente no obra prueba de la factura que permita acreditar la naturaleza de este pago. Razón suficiente para rechazar el gasto en cuestión. No prospera el cargo. En consecuencia, se confirma el rechazo de \$1.984.874.000, a título de otros egresos, declarados en el denuncia privado de la actora como gastos operacionales de administración”.

DEDUCCIÓN DE GASTOS OPERACIONALES DE VENTAS / DEDUCCIÓN DE REGALÍAS U OTROS BENEFICIOS ORIGINADOS EN CONTRATOS DE IMPORTACIÓN DE TECNOLOGÍA Y SOBRE MARCAS Y PATENTES - Requisitos de procedencia. Registro del contrato / REGISTRO DEL CONTRATO DE IMPORTACIÓN DE TECNOLOGÍA Y SOBRE MARCAS Y PATENTES – Inexistencia de plazo para el registro antes de la vigencia de la Ley 1819 de 2016 / CONTRATO DE LICENCIAMIENTO DE MARCAS – Vigencia / DEDUCCIÓN DE REGALÍAS U OTROS BENEFICIOS ORIGINADOS EN CONTRATOS DE IMPORTACIÓN DE TECNOLOGÍA Y SOBRE MARCAS Y PATENTES - Aceptación

Problema jurídico 5: *¿Procede el desconocimiento de la deducción de regalías por los derechos de manufactura y uso de marcas por la suma de \$2.401.792.000?*

Tesis 5: “La DIAN rechazó como deducible lo pagado a título de regalías por los derechos de manufactura y uso de marcas a las vinculadas SABMiller Internacional Brands Ltd. y SABMiller Internacional B.V. por las sumas de \$114.482.529 y \$2.287.309.666, respectivamente, porque tales pagos se realizaron fuera del término del registro de los mencionados acuerdos, teniendo en cuenta que este sólo estuvo vigente por 4 meses. El Tribunal consideró improcedente el rechazo de estos conceptos en la medida en que, a su parecer, para el año 2013 no existía un término para hacer el registro de los contratos o para prorrogarlo, comoquiera que sólo hasta la expedición del artículo 72 de la Ley 1819 de 2016, que adicionó un inciso al artículo 123 del Estatuto Tributario, se estableció un plazo de registro de los contratos de importación de tecnología. La DIAN apeló el fallo de primera instancia porque, si bien es cierto que las normas aplicables sólo exigen la existencia del respectivo contrato y su adecuado registro ante el organismo competente, no por ello se debe entender que no se debe cumplir con el registro de la prórroga, pues «al corresponder la solicitud de la deducción de la erogación aun determinado período, es necesario que el gasto se encuentre amparado con el registro del contrato (...)». Para dar solución al debate aquí planteado, se tiene que la deducción por concepto de regalías u otros beneficios originados en contratos sobre importación al país de tecnología fue instituida por el artículo 67 del Decreto 187 de 1975, bajo la vigencia de la Decisión 24 de 1970 de la Comunidad Andina de Naciones, luego sustituida por la Decisión 220 de 1987 y esta, a su vez, por la Decisión 291 de 1991. (...) La Decisión 291 de 1991 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena actualizó el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, y eliminó la obligación de aprobación del contrato por parte del organismo oficial competente, manteniendo únicamente el registro del mismo. En la sentencia del 28 de julio de 2011, que tiene efectos *erga omnes* por haberse expedido bajo el medio de control de nulidad, esta Sección precisó que dicha modificación no conllevó la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 67 del Decreto 187 de 1975, por lo que esta norma reglamentaria debe interpretarse conforme con la Decisión 291 de 1991. En tal

sentido, se dispuso que «para efectos de la procedencia de la deducción por importación de tecnología, marcas y patentes, se hace necesaria la inscripción, o mejor, el registro del contrato ante la autoridad competente, pues (...) la prueba para la procedencia de la deducción en comento no puede ser otra que el registro del respectivo contrato ante el organismo competente (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo)». Ahora bien, tal y como lo ha manifestado esta Corporación, de las normas transcritas se deduce que la deducibilidad de las erogaciones asociadas a un contrato de importación de tecnología o sobre marcas y patentes estaba condicionada a la existencia y el registro del negocio jurídico, sin que se hubiera previsto un término específico para cumplir con esta obligación. En efecto, la Sala tiene establecido, como criterio mayoritario de decisión, que «la finalidad del artículo 67 del Decreto 187 de 1975 era demostrar la existencia del contrato y la realización del registro correspondiente ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, pero ni esta norma, la Decisión 291 de 1991, el Decreto 259 de 1992 establecieron un término para que se realizara el registro». (...) De la valoración de los hechos probados se constata que la demandante cumplió con la condición para deducir, en el año gravable 2013, las erogaciones asociadas con el contrato de licenciamiento de marcas suscrito con SABMiller International BV por \$2.287.309.666. Esto, comoquiera que la aprobación y la renovación del registro del negocio jurídico se llevó a cabo, en primer lugar, hasta abril de 2013 y posteriormente el 20 de diciembre de 2013, es decir, dentro del periodo gravable en el que se solicitó la deducción. Ahora bien, frente a los \$114.482.529 derivados de la ejecución del contrato suscrito con SABMiller International Brands Limited se observa, de lo probado en el plenario, que fue registrado inicialmente en el año 2011 hasta abril de 2013 y posteriormente en el año 2015. Así, en aplicación del criterio jurisprudencial mayoritario de la Sala, la exigencia para el registro del contrato no debía realizarse en un momento determinado, y en ese entendido, el citado requisito se entiende cumplido con los registros realizados por la contribuyente en los años 2011 hasta parte del 2013 y 2015, los cuales están plenamente acreditados en el expediente. Lo anterior, supone probada la existencia del contrato y su registro ante la autoridad competente, que es el presupuesto exigido para la procedencia de la deducción. Desde esta perspectiva, se reitera que, de acuerdo con el criterio mayoritario de la Sala, el registro no surte efectos por un plazo determinado, basta con su diligenciamiento ante la autoridad competente, sin un plazo perentorio, de modo que la única exigencia temporal es la vigencia del contrato, la cual no fue discutida ni desvirtuada por la DIAN”.

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA - Finalidad / VIGENCIA DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA / NORMA ESTABILIZADA EN EL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA - Efectos jurídicos / DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ESTABILIZADA - Alcance. El derecho a la deducción no se limita a la cuantía de la inversión inicialmente pactada o al año en que la misma se llevara a cabo / ACTUACIÓN DEL CONTRIBUYENTE FUNDADA EN DOCTRINA OFICIAL DE LA DIAN / DOCTRINA OFICIAL DE LA DIAN - Fuerza vinculante / DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS ESTABILIZADA - Procedencia

Problema jurídico 6: *¿Procede el desconocimiento de la deducción por inversión en activos fijos reales productivos por la suma de \$61.138.600.000?*

Tesis 6: “La demandante y el Tribunal coinciden en señalar que la garantía de estabilidad jurídica pactada en el contrato suscrito entre Bavaria y la Nación tiene vigencia por el término de 20 años, por lo tanto, al haberse incluido como norma estabilizada el artículo 158-3 del Estatuto Tributario y dado que no está en discusión el cumplimiento de los supuestos de esta deducción, la Administración no podía desconocerla. En contraste, la DIAN se pone en la apelación, pues considera que esta deducción no es procedente porque excede el valor de la inversión pactada en el contrato de estabilidad jurídica, de manera que no puede aplicarse el mencionado artículo 158-3, pues no opera la garantía de estabilidad, más aún cuando, de acuerdo con el Decreto 1766 de 2004, la deducción procede por una sola vez, en el año en que se efectuó la inversión. Sobre esta controversia, esta Sección se pronunció en la sentencia del 16 de octubre de 2019, que tiene efecto *erga omnes*, por haberse expedido en el juicio de nulidad adelantado contra el Oficio DIAN 000056 del 29 de enero de 2016: «2.4. La finalidad de la Ley 963 de 2005 es promover tanto la inversión nueva como la ampliación de la existente, en cuanto mecanismo de desarrollo social y económico, motivo por el cual no estableció ningún límite al beneficio de estabilización relacionado con el monto de la inversión. En otras palabras, la ley no estableció ninguna prohibición para que el beneficio de estabilización normativa opere sobre montos de inversión efectivamente realizados y que sean adicionales a los pactados en los contratos. Es más, cuando se propuso una limitante en tal sentido en los casos de ampliación de la inversión existente durante el trámite legislativo, el Congreso de la República no aprobó su inclusión en la versión definitiva del texto legal. Además, la Sala destaca que una limitación en ese sentido sería contraria a la finalidad de la ley, pues desestimularía la inversión efectiva adicional a la pactada en el contrato al no gozar de ningún tipo de beneficio. En ese mismo sentido, el Documento Conpes 3366 de 2005 permite colegir que la estabilidad jurídica no se limita a la ampliación de la inversión pactada en el contrato» (subrayado de la Sala). Previo a la expedición de la providencia citada, la DIAN emitió el Concepto Nro. 21786 del 16 de

agosto de 2016, para rectificar que: «*De las normas citadas se evidencia que la inversión era un requisito fundamental para que pudiera suscribirse y ejecutarse un CEJ. Sin embargo, de la ley y el reglamento citados no se puede inferir que el valor de la inversión constituyera un límite respecto de los beneficios que se podían derivar de las normas estabilizadas, por ejemplo, normas tributarias y específicamente el artículo 158-3 del Estatuto Tributario. En mérito de lo anteriormente expuesto se aclara el Oficio No. 000056 del 29 de enero de 2016, en cuanto a que, cuando se hayan estabilizado en el CEJ las normas tributarias de manera específica a su actividad económica, conforme al Documento Conpes No. 3366 de 2005, los beneficios no estarán limitados a los montos relativos al proyecto de inversión, considerando las condiciones y requisitos tributarios para su reconocimiento*» (subrayado de la Sala). En esas condiciones, es evidente para la Sala que, al momento de expedir la liquidación oficial de revisión del 28 de diciembre de 2016, la DIAN estaba en la obligación de seguir la doctrina oficial contenida en el Concepto Nro. 21786 del 16 de agosto de 2016. No obstante, se apartó de ella sin ninguna justificación, de manera que le asiste razón a la actora cuando alega la violación del artículo 264 de la Ley 223 de 1995, según el cual las actuaciones de los contribuyentes amparados por la doctrina oficial no pueden ser objetadas por las autoridades tributarias. Así mismo, en el expediente se encuentra acreditado que en el año gravable 2013 la actora incurrió en inversiones adicionales a las pactadas en el contrato de estabilidad jurídica del 8 de febrero de 2008, que estaban amparadas por la garantía de estabilidad. Lo anterior, porque ni la ley ni el reglamento ni el propio contrato de estabilidad jurídica limitaron tal derecho a la cuantía de la inversión inicialmente pactada o al año en que ésta se llevara a cabo. En consecuencia, no prospera el cargo. Por consiguiente, procede la confirmación de la sentencia de primera instancia en cuanto juzgó improcedente el rechazo de la deducción por inversión en activos fijos reales productivos en la suma de \$61.138.600.000.”

SANCIÓN DE INEXACTITUD POR DEDUCCIÓN DE PAGOS A LA CASA MATRIZ - Improcedencia / LEVANTAMIENTO PARCIAL DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD / EXISTENCIA DE ERROR SOBRE EL DERECHO APLICABLE / DIFERENCIA DE CRITERIOS SOBRE EL DERECHO APLICABLE / LIMITACIÓN A LOS COSTOS Y DEDUCCIONES ENTRE VINCULADOS ECONÓMICOS – Requisito de pago de la retención en la fuente / DERECHO A LA IGUALDAD / SANCIÓN DE INEXACTITUD POR RECHAZO DE REMBOLSOS A VINCULADOS ECONÓMICOS - Procedencia

Problema jurídico 7: *¿Se debía sancionar a la actora por inexactitud respecto a las glosas confirmadas, total o parcialmente en segunda instancia, esto es, gastos por servicios administrativos a la casa matriz por \$47.834.099.000 y otros egresos (rembolsos a vinculadas) por \$1.984.874.000?*

Tesis 7: “Dado que el Tribunal mantuvo solamente el rechazo de los gastos operacionales de administración por \$63.527.792.000, determinó que había mérito para sancionar por inexactitud a la actora. De ahí que, la demandante en su apelación reclame que al accederse a esta glosa se levante también la sanción. Y, en todo caso, que la penalidad no es procedente porque existe un error en la apreciación del derecho aplicable, específicamente, en lo que tiene que ver con las normas que regulan la deducibilidad de los gastos por servicios administrativos pagados a la casa matriz y por asistencia técnica. Por su parte, la DIAN discute que, además de la sanción correlativa a los gastos operacionales de administración rechazados, al revocarse la decisión del Tribunal frente a las glosas de costos de ventas, gastos operacionales de ventas y deducción por inversión en activos fijos reales productivos, la sanción por inexactitud correspondiente debe mantenerse. Como cuestión previa, la Sala pone de presente que, debido a la aceptación de las deducciones por costos de venta (\$5.450.381.000), gastos por asistencia técnica (\$13.708.819.000), inversión en activos fijos reales productivos (\$61.138.600.000) y gastos operacionales por ventas (\$2.401.792.000), se levanta la sanción por inexactitud por estas glosas. Así las cosas, la decisión en este punto deberá enfocarse en determinar la procedencia de la sanción por inexactitud respecto a las glosas confirmadas, total o parcialmente en esta instancia, esto es, gastos por servicios administrativos a casa matriz por \$47.834.099.000, y otros egresos (rembolsos a vinculadas) por \$1.984.874.000. Pues bien, la Sala considera que, en este caso, debe levantarse la sanción por inexactitud sobre los rechazos relacionados con gastos por servicios administrativos por \$47.834.099.000, en la medida en que la interpretación efectuada por la actora se puede considerar razonable considerando los antecedentes de la disposición y las posiciones jurisprudenciales que se habían expuesto en la época de los hechos. En efecto, nótese que entre las partes existe una razonada diferencia de criterios sobre si el requisito de la retención en la fuente, a que se refiere el artículo 124 del Estatuto Tributario, constituye una limitación a los costos y deducciones entre vinculadas económicas. Esto se confirma si se tiene en cuenta que, en algún momento, la jurisprudencia de esta Corporación consideró que el requisito en mención sí constituía una limitación, criterio que difiere con el de la Administración, conforme con el cual la retención es un requisito para que proceda la deducción, de acuerdo con la sentencia C-596 de 1996 de la Corte Constitucional. Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto el hecho de que, en situaciones con identidad fáctica y jurídica a la *sub examine*, en las que se discutía la procedencia de la deducción por gastos por servicios administrativos a la luz del artículo 124

del Estatuto Tributario, también se levantó la sanción por inexactitud, al encontrar configurada la diferencia de criterios entre las partes respecto del derecho aplicable a partir de los argumentos expuestos por el contribuyente que, en esencia, coinciden con los aquí expuestos por la parte actora. En consecuencia, en aplicación del principio de igualdad, la penalidad bajo análisis también debe levantarse en este caso concreto. Ahora bien, la Sala considera que la sanción por inexactitud debe mantenerse sobre gastos rechazados por concepto de otros egresos (reembolsos a vinculadas) por \$1.984.874.000, en la medida en que, su inclusión en la declaración de renta constituyó una conducta sancionable con la mencionada penalidad. Al respecto, nótese que quedó acreditado que la contribuyente incluyó otros egresos por \$1.984.874.000, sin contar con los documentos idóneos que acreditaran la realidad de esa suma. De ahí que no se pueda afirmar que sobre este punto exista una diferencia de criterios sobre el derecho aplicable, pues lo que se evidencia es una falta probatoria.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de marzo de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2017-00654-01 \(25885\).](#)

4. La Sala reitera que para determinar la validez de la declaración de corrección provocada cuando se modifican renglones distintos de los glosados por la administración, se debe analizar si tal variación se deriva de la glosa propuesta.

Síntesis del caso: La DIAN profirió liquidación oficial de revisión en la que modificó la declaración del impuesto sobre la renta para la equidad (CREE) que presentó la actora por el año gravable 2015. En concreto, aumentó ingresos brutos, disminuyó costos y deducciones, impuso sanción por inexactitud y disminuyó el saldo a favor. Mediante declaración de corrección, la actora se allanó parcialmente al desconocimiento de costos e incrementó el monto del anticipo de la sobretasa para el año gravable siguiente. Al resolver el recurso de reconsideración se modificó la liquidación oficial respecto de una parte de la adición de ingresos brutos, pero se rechazó la corrección provocada con el argumento de que se varió uno de los renglones que no se glosó en la liquidación oficial. La Sala avaló la corrección provocada, porque concluyó que, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 1739 de 2014, vigente para la época de los hechos, cualquier variación de la base imponible del CREE afectaba indefectiblemente la liquidación del anticipo del 100% de la sobretasa del año siguiente, de modo que al aumentar la base gravable del impuesto, base de liquidación del anticipo, en virtud del allanamiento parcial al rechazo de costos, surgía consecuentemente la modificación del anticipo, por lo que la contribuyente podía incrementar su monto, aunque el mismo no hubiese sido objeto de glosa. Además, la Sala desestimó parcialmente la adición de ingresos, porque se probó que fueron recibidos para terceros, así como el rechazo de los costos incurridos en desarrollo de un contrato de mandato, dado que se demostró su procedencia mediante la certificación expedida por el mandatario con el lleno de los requisitos legales del artículo 3 del Decreto 1514 de 1998. Por lo anterior, se anularon parcialmente los actos acusados y, como restablecimiento del derecho, se reliquidó el tributo en discusión.

CORRECCIÓN PROVOCADA POR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL O LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN - Facultades y límites del contribuyente. Reiteración de jurisprudencia / CORRECCIÓN PROVOCADA POR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL O LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN - Validez / ANTICIPO DE LA SOBRETASA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PARA LA EQUIDAD CREE AÑO GRAVABLE 2016 – Base de liquidación. Impuesto sobre la renta para la equidad del año 2015 / PROCEDENCIA DE LA CORRECCIÓN PROVOCADA POR LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN - Cumplimiento de los requisitos legales

Problema jurídico 1: ¿A pesar de que la DIAN no glosó el anticipo del impuesto discutido, la actora podía en su declaración de corrección, presentada en la oportunidad del artículo 713 del ET, incrementar ese anticipo del 100% de la sobretasa al impuesto CREE, como resultado del allanamiento parcial a una parte de los costos rechazados?

Tesis 1: “3.1- Con miras a desatar la litis, partirá la Sala de reiterar el criterio definido por esta judicatura en el sentido de que en las correcciones provocadas por la Administración, con ocasión a un requerimiento especial o una liquidación oficial de revisión, el contribuyente carece de libertad para configurar el contenido de la declaración, como cuando presenta correcciones voluntarias, de manera que, las modificaciones deben contraerse a las glosas propuestas en el acto oficial, so pena de invalidar la corrección. Esto salvo que, la modificación a otro renglón de la declaración surja como consecuencia de la aceptación total o parcial de la glosa propuesta o determinada. Entonces, si en la corrección se modifican renglones distintos a los glosados por la autoridad, debe analizarse si tal variación se deriva de la glosa propuesta (sentencias del 29 de abril de 2021 y del 02 de diciembre de 2021, exps. 20745 y 23832, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez y Myriam Stella Gutiérrez Argüello). 3.2- Para el caso sometido a análisis, se encuentra probado que el 30 de junio de 2016, la demandante corrigió voluntariamente la declaración del impuesto sobre la renta para la equidad (CREE) correspondiente al año gravable 2015, en la cual registró \$15.463.000 como valor del anticipo de la sobretasa para el año gravable siguiente (...), que fue modificada por la Administración, mediante la Liquidación Oficial de Revisión nro. 900.005, del 29 de mayo de 2018, aumentando los ingresos brutos, disminuyendo costos y deducciones e imponiendo sanción por inexactitud (...). Con ocasión de la interposición del recurso de reconsideración contra el anterior acto, la demandante corrigió su declaración, aceptando parcialmente el desconocimiento de costos en la suma de \$5.350.031 y aumentando el impuesto (CREE), la sobretasa y el valor del anticipo de la sobretasa para el año gravable siguiente, este último que correspondía al 100% de la sobretasa al CREE (...). Esta corrección no fue aceptada por la Administración debido a que la actora modificó el anticipo de la sobretasa para el año gravable siguiente pese a no haber sido objetado por el acto de determinación oficial. 3.3- Ahora bien, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 1739 de 2014, vigente para la época de los hechos, la sobretasa a título del CREE estaba sujeta a un anticipo del 100% de su valor, el cual debía calcularse sobre la base gravable del impuesto CREE para el año gravable inmediatamente anterior. Atendida la dinámica de este anticipo, en la declaración del año gravable 2015 debía liquidarse el anticipo correspondiente al año 2016, aplicando a la base del impuesto CREE allí determinada, la tarifa prevista en la ley para este último año, a estos efectos, determinaba el Decreto 2243 del 2015, en su artículo 21: «*Para calcular dicho anticipo, el contribuyente debe tomar la base gravable del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) del año gravable 2015 y aplicar la tarifa prevista en la tabla del artículo 22, literal b), de la Ley 1739 de 2014 para el año gravable 2016*». Considerado lo anterior, cualquier modificación de la base imponible, afectaba indefectiblemente la liquidación del anticipo de la sobretasa del año siguiente. Entonces, como en virtud del allanamiento parcial al rechazo de costos, se aumentó la base gravable del impuesto, base de liquidación del anticipo para el siguiente año, la modificación de este (para aumentarlo), surgía consecencialmente, condiciones en las cuales, procede reconocer la validez de la corrección provocada que fue presentada por la actora.”.

INCENTIVO COMERCIAL POR CUMPLIMIENTO DE METAS EN COMPRA DE MERCANCÍA – Configuración / INCENTIVO COMERCIAL POR CUMPLIMIENTO DE METAS EN COMPRA DE MERCANCÍA – Expedición de notas crédito / ADICIÓN DE INGRESOS - Improcedencia parcial / INGRESOS PARA TERCEROS – Configuración

Problema jurídico 2: *¿Los ingresos adicionados por la Administración en cuantía de \$252.608.320, correspondían a ingresos percibidos para terceros, derivados del traslado de incentivos de la sociedad Compañía Agrícola SAS?*

Tesis 2: “El (...) acervo probatorio acredita que la demandante actuó como distribuidora autorizada de la sociedad -Compañía Agrícola-, misma que suscribió acuerdos con clientes (almacenes), en virtud de los cuales se comprometió a darles incentivos por el cumplimiento de metas de compras anuales y por períodos trimestrales. De conformidad con el clausulado del acuerdo, los incentivos debían ser entregados a los almacenes mediante notas crédito que debía expedir la distribuidora autorizada. Asimismo, se pone de presente que, de la suma de ingresos adicionados por la Administración por valor de \$252.608.320, la actora acreditó \$217.374.245 como ingresos para terceros, tal como se deduce de los puntos probatorios ii a vi y viii, que dan cuenta de 89 notas crédito asociadas al traslado a los almacenes conveniados por el cumplimiento de metas de compra anuales y por los períodos de diciembre de 2014 a febrero de 2015; marzo a mayo de 2015; y junio a agosto de 2015, en virtud del «*plan diamante*», que acorde con los comprobantes internos de causación allegados, fueron registradas en la cuenta nro. 28150501 «*ingreso recibido para terceros*» como partida débito, con contrapartida en la cuenta por cobrar nro. 130505 «*deudores comerciales*» (...). En cambio, se advierte del punto vii probatorio que, las sumas trasladadas a almacenes conveniados mediante 84 notas crédito por valor de \$89.964.385, correspondían a programas diferentes al «*plan diamante*» que es el suscrito por la empresa Compañía Agrícola con sus almacenes conveniados, trasladables por conducto de la sociedad actora, y que, a entender de la demandada configuraban ingresos en cabeza de la actora, de modo que no serán tenidos en cuenta, en tanto no conducen a enervar la glosa de los ingresos adicionados, como sí lo hacen las notas crédito emitidas por

el programa del «*plan diamante*». En ese orden de ideas, para la Sala, lo anterior permite establecer que la actora percibió ingresos para terceros por valor de \$217.374.245, provenientes de la sociedad Compañía Agrícola, y que correspondían a los incentivos otorgados a los clientes finales por parte de la citada sociedad, en desarrollo del «*plan diamante*» en razón del cumplimiento de las metas en las compras de productos herbicidas, entre ellos, «*Roundup*», los cuales fueron trasladados por la actora a sus beneficiarios, mediante notas crédito, de manera que es improcedente la adición de ingresos, en la suma que fue debidamente acreditada en el proceso como proveniente del citado plan de incentivos, tanto con los comprobantes internos del registro contable, como con las correspondientes nota crédito que fueron emitidas en el año 2015, con prescindencia de que algunas pudieran corresponder al reconocimiento del incentivo causado en el año 2014 para su beneficiario (almacén conveniado). En suma, de la glosa de ingresos en cuantía de \$252.608.320, esta judicatura desestimaré la adición de ingresos por valor de \$217.374.245 y mantendrá la glosa respecto de la suma de \$35.234.075.”

PRUEBA IDÓNEA DE LOS COSTOS / SOPORTE DE LOS COSTOS EN EL CONTRATO DE MANDATO / CERTIFICACIÓN DE COSTOS EXPEDIDA POR EL MANDATARIO – Requisitos / RECHAZO DE COSTOS – Improcedencia / PROCEDENCIA PARCIAL DE LOS COSTOS / CORRECCIÓN PROVOCADA POR LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN - Validez

Problema jurídico 3: *¿Procedían los costos en cuantía de \$342.194.000, los que aduce la actora incurridos en desarrollo de un contrato de mandato, en el que actuó como mandante?*

Tesis 3: “5.1- Partirá la Sección de considerar que el artículo 3.º del Decreto 1514 de 1998, vigente para la época de los hechos, preveía como soporte de los costos incurridos en desarrollo de un contrato de mandato, la certificación expedida por el mandatario que consignará su cuantía y concepto, avalada por contador público o revisor fiscal, según correspondiera. Para verificar lo anterior, encuentra la Sala que los antecedentes ponen de presente lo siguiente: (i) El 01 de abril de 2015, la demandante celebró un contrato de mandato sin representación en calidad de mandante con una sociedad que, en virtud del negocio jurídico referido, debía importar productos para la actora (...). (ii) El 14 de julio de 2015, el revisor fiscal de la mandataria (Agrocorp S.A.), expidió dos certificaciones de los costos originados en dos importaciones de los bienes objeto del mandato, liquidados en junio y julio de 2015, especificando las facturas en una relación adjunta a los mismos. Asimismo, adjuntó una relación de las expensas discriminando su concepto y valor que ascendían a \$176.529.141.83 y \$160.314.329,84 respectivamente (...), lo que totaliza \$336.843.472. (iii) Comprobantes de registros diarios del 30 de junio y 06 de julio de 2015, aportados por la actora, que dan cuenta del pago de los costos reportados por el mandatario en sus certificaciones (...). (iv) Liquidación Oficial de Revisión (...), por medio de la cual, la Administración rechazó los costos por valor de \$342.194.000, aduciendo que, según el reporte de exógena, suministrada por la sociedad Cosmocel Colombia, la actora le había efectuado compras por valor de \$1.373.411.739, lo que difería del registrado por esta última en cuantía de \$1.715.605.241 (...), lo que generaba la diferencia glosada. (v) El 05 de junio de 2019, la demandada resolvió el recurso de reconsideración, (...) confirmando la glosa por cuanto no allegó el contrato de mandato, en el que fundamentaba la actora los costos. 5.2- A partir de lo expuesto, advierte la Sala que en el expediente obra el contrato en cuestión, así como las certificaciones expedidas por el revisor fiscal, las cuales dan cuenta de los costos incurridos por cuenta de la actora en desarrollo del negocio jurídico referido, identificando tanto el concepto, como el valor del costo, y las correspondientes facturas, lo cual resulta suficiente para acreditar y soportar el costo, a la luz de la normativa fiscal que regula la materia, artículo 3.º del Decreto 1514 de 1998 y en consecuencia, para desestimar el rechazo de los mismos por valor de \$336.843.471. En este punto debe aclararse que, si bien el rechazo de costos ascendió a \$342.194.000, la demandante aceptó parcialmente el rechazo de \$5.350.000 con ocasión de la corrección provocada, cuya validez se está declarando en esta instancia, de manera que el valor de la glosa se concretó en \$336.844.000.”

RECHAZO DE DEDUCCIONES – Procedencia / ERROR EN EL REPORTE DE LA INFORMACIÓN EXÓGENA / CORRECCIÓN DE LA INFORMACIÓN EXÓGENA - Falta de prueba

Problema jurídico 4: *¿Las deducciones por valor de \$30.974.408 eran procedentes, en tanto su rechazo provino de un error en la información exógena de un tercero que reportó haber realizado con la demandante una operación que no existió, de la que se derivaron notas crédito por un presunto reintegro de costos y gastos a su favor?*

Tesis 4: “A efectos de sustentar que existió un error en el reporte de la exógena, señala la apelante que esto fue acreditado con el formulario de información exógena de dicha sociedad por el concepto de reemplazo (Formulario 10006), y el pago de la sanción de corrección, así como con la declaración juramentada del representante legal de esa compañía, de manera que no resultaba acertado rechazar la deducción. El tribunal consideró que la actora no acreditó la existencia de un error en el reporte y en

consecuencia confirmó el desconocimiento de la deducción. (...) [E]ncuentra la Sala que los medios probatorios aportados por la actora no logran acreditar el error en la información exógena de un tercero, que aduce la apelante cometido en su contra, comoquiera que el formulario de presentación de la información por envío de archivos con el concepto de «reemplazo» y el pago de una sanción no permiten establecer cuál fue la corrección efectuada, no especifican la modificación realizada, lo que impide determinar si correspondía a la información reportada inicialmente, en la cual se sustentó la glosa debatida. Tampoco lo acredita la declaración juramentada presentada por el representante legal de la sociedad, porque no suministra detalle alguno de las cuentas o registros contables que sustentan la afirmación en el sentido de que durante el año 2015 la sociedad reportante no emitió notas crédito a favor de la actora, exigencia en la cual ha sido la Sección enfática e insistente respecto de las certificaciones que atestán situaciones de orden contable.”.

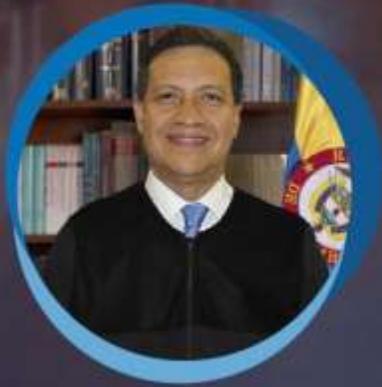
REQUISITOS DE LA DEDUCCIÓN DE EXPENSAS – Reiteración de sentencia de unificación de jurisprudencia / REQUISITO DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD DE LA EXPENSA - Reiteración de sentencia de unificación de jurisprudencia / REQUISITO DE NECESIDAD DE LA EXPENSA - Reiteración de sentencia de unificación de jurisprudencia / DEDUCCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CONTABLES – Improcedencia. Falta de prueba de los requisitos de necesidad y relación de causalidad de la expensa

Problema jurídico 5: *¿Era deducible la indemnización por la terminación anticipada del contrato de prestación de servicios contables en cuantía de \$56.881.877, por cumplir las exigencias de necesidad y de relación de causalidad con la actividad productora de renta?*

Tesis 5: “[C]orresponde determinar si, la indemnización por la terminación anticipada del contrato de prestación de servicios contables, satisface las exigencias de necesidad y de relación de causalidad con la actividad productora de renta de la actora, análisis que será orientado por los criterios definidos en la sentencia 2020CE-SUJ-4-005, del 26 de noviembre de 2020 (exp. 21329, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez), para la procedencia de las deducciones. Acorde con las reglas allí previstas, «*tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta, todas las expensas realizadas por el contribuyente en desarrollo o ejecución de la actividad productora de renta*», sin que «*la obtención de ingresos ni el enunciado del objeto social del sujeto pasivo*» sean determinantes a efectos de comprobar el nexo causal (regla 1.^a de unificación); y cumplen el requisito de necesidad las erogaciones que «*realiza razonablemente un contribuyente en una situación de mercado y que, real o potencialmente, permiten desarrollar, conservar o mejorar la actividad generadora de renta*», circunstancia que debe valorarse a partir de «*criterios relativos a la situación financiera del contribuyente, las condiciones del mercado donde se ejecuta la actividad lucrativa, el modelo de gestión de negocios propio del contribuyente, entre otros*» (regla 2.^a de unificación). Ahora, sobre la prueba de la satisfacción de esos requisitos en casos concretos, la regla 4.^a de unificación precisó que: «*Los contribuyentes tienen la carga de poner en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales las circunstancias fácticas y de mercado, demostraciones y carga argumentativa, conforme a las cuales una determinada expensa guarda relación causal con su actividad productora de renta, es necesaria y proporcional con un criterio comercial y tomando en consideración lo acostumbrado en la concreta actividad productora de renta*». Con esto presente, encuentra la Sala que si bien es cierto que la relación de causalidad del gasto no está determinada por la obtención de ingresos ni por su objeto social, como lo sostiene la apelante, para el caso, tampoco resulta aceptable vincular el cumplimiento de los requisitos de necesidad y causalidad al objeto del contrato (servicios contables) como igualmente lo plantea la actora, puesto que la expensa cuestionada no fue el pago de tales servicios, sino la indemnización por la terminación anticipada del contrato, de manera que la argumentación en torno a que la prestación de servicios contables se requería para ejecutar el objeto social, resulta irrelevante en la presente discusión. Ahora bien, como también la apelante sustenta la necesidad del pago de la indemnización, en el cumplimiento de la cláusula penal estipulada en el contrato de prestación de servicios, se precisa advertir que, si bien la necesidad de una expensa puede justificarse válidamente en el cumplimiento de una obligación contractual, esto no correspondería al supuesto analizado, en tanto el contrato da cuenta de que la cláusula penal se encontraba a cargo de la parte incumplida, y según lo señalado por la propia actora en la demanda, la decisión de dar por terminado el contrato “ *fue principalmente por los inconvenientes presentados en los registros contables*” lo que evidencia incumplimiento por parte del contratista, condiciones en las cuales, no se cumpliría el criterio de necesidad del pago de una indemnización a cargo de la actora, en su calidad de contratante.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 13 de abril de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 41001-23-33-000-2019-00470-01 \(25843\).](#)

SECCIÓN QUINTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se confirmó la decisión que negó la nulidad del acto mediante el cual se eligió al personero municipal de Popayán.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto mediante el cual se eligió al personero municipal de Popayán, alegando que, (i) hubo irregularidades contractuales relacionadas con la selección de la entidad encargada de adelantar el concurso; (ii) se presentaron irregularidades con los cambios de fecha y lugar de presentación de las pruebas; (iii) hubo irregularidades con el cumplimiento de la cadena de custodia y protocolo de las pruebas; y, (iv) se configuró la desviación de poder derivado de hechos indiciarios. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, luego de concluir que: (i) la Sala, en punto de la nulidad electoral, no tiene como función establecer la legalidad de procedimientos contractuales; (ii) las irregularidades relacionadas con la modificación en la fecha de presentación de la evaluación y alteración del cronograma y sitio de presentación de las pruebas, no tienen la entidad suficiente para anular el acto de elección; (iii) no hubo afectación de la cadena de custodia; y, (iv) en relación con la prueba indiciaria, que no hubo un hecho que demuestre la falsedad en el contenido del acto de elección o que la actividad estuvo guiada por un manto de irregularidad.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / IRREGULARIDAD EN EL CONTRATO ESTATAL / CONCURSO DE MÉRITOS PARA LA ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL / INCIDENCIA DE LAS IRREGULARIDADES EN EL PROCESO ELECTORAL / CADENA DE CUSTODIA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / PRUEBA INDICIARIA / CONFIRMACIÓN DEL FALLO

Problema jurídico: Conforme al fallo de primera instancia y a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, corresponde a esta Sección determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia de primera instancia. Con tal fin, se debe determinar: - Si la etapa precontractual con la universidad que adelantó el concurso de méritos, incide en el proceso de elección del personero municipal o si corresponde a un medio de control diferente al de la nulidad electoral. - Si se presentó o no vulneración del principio de la libre concurrencia y/o garantía de participación de los aspirantes, con ocasión de dos suspensiones y/o modificaciones al cronograma establecido. - Si se presentó o no incumplimiento de los protocolos relacionados con la cadena de custodia de las pruebas escritas, y - Si se presentó o no violación o desconocimiento de las normas en las cuales debió fundarse la actuación administrativa que culminó con la elección del personero municipal.

Tesis: “[L]a Sala en punto de la nulidad electoral no tiene como función establecer la legalidad de los procedimientos contractuales, la Sección en este punto se encarga de analizar y verificar que se haya cumplido con los requisitos mínimos que estableció el legislador para la realización del concurso que escoge al respectivo personero municipal para garantizar precisamente el principio al mérito, puesto que el estudio que se hace en esta instancia es de legalidad. En concordancia con lo anterior, el legislador estableció unas exigencias razonables, así como unas competencias para la realización del concurso de méritos para la elección del personero, siendo claro que el estudio hecho en esta instancia debe comprobar el cumplimiento de esos derroteros y el acceso a los cargos públicos. La Sala Electoral encuentra que, la plenaria del cabildo profirió tanto la Resolución 20191100001155 de 19 de octubre de 2019, como la Proposición 035 del 31 de julio de 2021, facultando a la mesa directiva a fin de adelantar el correspondiente concurso público de méritos, dentro de los parámetros establecidos por el Decreto 1083 de 2015, en específico el título. Al ser estas situaciones propias de un análisis específico de otros medios de control y no del contencioso electoral, su estudio no es procedente en el proceso de la referencia. (...). se encuentra acreditado que la primera modificación a la fecha de presentación de la evaluación tuvo origen en una situación fáctica motivada por el no cumplimiento de los protocolos de bioseguridad que eran obligatorios en virtud del estado de emergencia social, económico y ecológico declarado por el Gobierno Nacional a raíz de la pandemia generada por el COVID-19, y que como bien quedó demostrado en las actas tanto de la supervisora como las del ministerio público, garantizaban la no propagación del virus en las aulas respectivas. (...). Si bien esta situación nunca se informó de manera previa a los aspirantes al cargo de personero municipal, cuando estos llegaron al sitio de la prueba, no es menos cierto que, dicho error formal imputable a los colaboradores de la CUC, no tuvo la incidencia para anular el acto de elección debido a que una vez le es informado al cabildo municipal sobre dicha situación, se procedió a la suspensión del cronograma e inmediatamente reanudado, se convocó en el menor tiempo posible a

los aspirantes a fin de presentar las pruebas. Este defecto como la Sala lo entiende debe ser catalogado como formal y no tiene incidencia en el resultado, dado que el fin último de la realización de tal modificación en la fecha era disciplinar a la CUC en el cumplimiento venidero de los protocolos que el gobierno nacional había dispuesto para que, ante un evento público a las personas estas no se contagiaran. (...). De igual modo, frente al segundo evento de alteración del cronograma y sitio de presentación de las pruebas, surgido con ocasión de la no gestión de los permisos ante la institución educativa para el ingreso de los concursantes, se entiende que tal situación se enmarca, en una situación errática de la administración, pero no de tal entidad que nulite la elección del citado funcionario. (...). [L]as situaciones fácticas presentadas en las diversas documentales tuvieron la participación de los órganos de control, los cuales, en ningún momento adujeron incumplimiento del citado protocolo. (...). Para el caso que ocupa la Sala no es procedente aplicar la inversión de la carga de la prueba pues en efecto existe materia documental que demuestra que el material correspondiente a la prueba escrita no sufrió alguna adulteración que afectara la cadena de custodia, o que solo porque en cada evento de la práctica de la prueba escrita no se levantó un acta que certificara el cumplimiento del mismo se haya desconocido el protocolo de custodia y manejo de pruebas implementado por la CUC. Así, en lo que se relaciona con la aplicación de las pruebas de conocimientos académicos y competencias laborales, el principio de transparencia, fue garantizado a través de la cadena custodia y, con ello se excluyó que, las actuaciones administrativas tuvieran como principal propósito el favorecimiento de candidatos en detrimento de las condiciones de igualdad en las que se llevó a cabo el citado concurso público. (...). Para el apelante los hechos ya se encuentran demostrados pues en su criterio el proceso fue amañado y con ello la elección se torna en espuria, sin embargo, la Sección no puede aceptar tal argumento ya que como bien se refirió, las situaciones fácticas relativas a la selección del contratista, así como el desenvolvimiento que tuvo las modificaciones al cronograma, no demostraron per se, que las actuaciones administrativas, estuvieran guiadas para favorecer al candidato ganador, que hubieran sido proferidas por funcionario incompetente o que en punto de la transparencia, objetividad y transparencia, se haya concluido que se guiaran por intereses diferentes al éxito del proceso, esto es cumplir con el cronograma, realizar las pruebas y escoger al mejor. Para la Sala, no hay un hecho que demuestre la falsedad en el contenido del acto de elección o que la actividad estuvo guiada por un manto de irregularidad, eso no se demostró, y con ello se impide que la prueba indiciaria exista en el presente proceso judicial, impidiendo fustigar la estructura del razonamiento hecho por el a quo, argumentos que, hacen imposible aplicar las disposiciones de los artículos 240 al 242 del Código General del Proceso.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 2 de febrero de 2023; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 19001-23-33-000-2022-00108-04.](#)

2. Se negó la nulidad del acto de designación del subsecretario general de la Cámara de Representantes.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de designación del señor del señor Raúl Ávila Hernández como subsecretario general de la Cámara de Representantes, periodo 2022-2024, aduciendo que hubo desconocimiento del párrafo transitorio del artículo 12 de la ley 1904 de 2018, por no haberse seguido los parámetros allí enlistados. La Sala negó las pretensiones de la demanda, al concluir que es la Ley 5 de 1992 la que contempla los requisitos y el procedimiento para adelantar la designación del subsecretario de la Cámara, sin que sea exigible la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / DESIGNACIÓN DEL SUBSECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES / PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL / IMPROCEDENCIA DE LA ANALOGÍA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala determinar si el acto electoral de designación del señor Raúl Enrique Ávila Hernández como Subsecretario General de la Cámara de Representantes, para el periodo 2022-2024, contenido en el Acta 01 de 21 de julio de 2022, es nulo, por cuanto la elección controvertida desconoció el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, teniendo en cuenta que la convocatoria pública, no atendió los parámetros previstos en la citada regulación, en lo referente a los términos de su publicación, la realización de un examen de conocimientos, así como la designación de la institución educativa que apoyara el proceso electoral.*

Tesis: “[L]os actores solicitaron la nulidad de la elección del señor Raúl Ávila Hernández como Subsecretario General de la Cámara de Representantes, periodo 2022-2024, cuyo reproche concreto se dirige a indicar que la elección cuestionada desconoció el parágrafo transitorio del artículo 12 de la ley 1904 de 2018, por no haberse seguido los parámetros allí enlistados, al considerar que era aplicable, dado que la Ley 5 de 1992 no reguló la mencionada elección. [1] Aplicabilidad de la Ley 1904 de 2018 en la presente elección. (...). De lo anterior [parágrafo transitorio del artículo 12 de la ley 1904 de 2018], se extrae que, para la aplicabilidad analógica de la citada disposición, es necesario el cumplimiento de dos presupuestos, a saber, i) que se trate de una elección atribuida a una corporación pública y ii) que la misma no se encuentre regulada por una ley especial. (...). En este punto, se destaca que la elección cuestionada cumple con el primero de los requisitos, por cuanto se encuentra atribuida a una corporación pública, a saber, la Cámara de Representantes, pues según las voces del artículo 49 de la Ley 5ª de 1992, establece que el subsecretario es el funcionario que sigue en orden jerárquico al secretario de general de cada cámara legislativa, por tener la atribución de reemplazarlo en los recesos de la corporación y las vacancias temporales. No obstante, lo anterior, no ocurre lo mismo con el segundo de los presupuestos, debido a que de la norma antes referida [artículo 49 de la Ley 5ª de 1992], se extrae que el subsecretario es elegido por la respectiva cámara y que “deberá reunir las mismas calidades exigidas para ser Secretario General”. En los anteriores términos, la Ley 5 de 1992, en su artículo 136, contiene las reglas a seguir para la realización de las elecciones que deban efectuar cada una de las cámaras que conforman el Congreso de la República. (...). [E]s pertinente indicar que, de la norma citada en el párrafo anterior [artículo 136 de la Ley 5 de 1992], se puede evidenciar que para los casos en que cada una de las cámaras del congreso deban realizar alguna designación de un cargo en la respectiva corporación deberán adelantar el procedimiento allí previsto. En otros términos, la Ley 5ª de 1992 contempló los requisitos y el procedimiento para adelantar la designación del subsecretario general de la Cámara, por lo que no hay razón para exigir la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018 en el presente caso. Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara, que el procedimiento señalado no prevé las etapas de selección del subsecretario, y se concluyera que no está expresamente regulado en la Ley 5ª de 1992, el Congreso goza de plena autonomía y tiene la potestad de regular sus propios asuntos, mediante las leyes que éste expide, pues así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-830 de 2001. (...). De esta manera, el Tribunal Constitucional determinó, que el congreso, de acuerdo con la facultad conferida en el artículo 150.20 Superior, en consonancia con el 135, “tiene competencia para establecer todos aquellos aspectos necesarios, desde el punto de vista administrativo y técnico, destinados a su propio manejo y administración interna, que le permitan cumplir con eficiencia y eficacia las funciones que le corresponde ejercer, siempre y cuando tales disposiciones no vulneren el ordenamiento supremo”. Así las cosas, la aplicación de la Ley 1904 de 2018 no es procedente en el caso sometido a estudio de la Sala Electoral del Consejo de Estado, comoquiera que, no (...) existe una ausencia de verdaderas reglas de reclutamiento en la Ley 5 de 1992. (...). [2] La elección del subsecretario general de la Cámara de Representantes es una materia que dispone de reserva legal orgánica. (...). Para la Sala Electoral del Consejo de Estado, el reglamento del congreso debe ser expedido por ley orgánica, según lo normado en el artículo 151 Superior. (...). Además, se tiene que los temas que contiene el reglamento del Congreso se distinguen de acuerdo con la actividad propia de la corporación, por lo que la Corte Constitucional los identificó por temas de manera enunciativa, mas no taxativa. (...). En esa medida, confluye la Sala con la apreciación realizada por el demandado en el sentido de concluir que la elección del subsecretario de la Cámara de Representantes se encuentra directamente vinculada al objeto misional de la corporación, es por eso que cualquier regulación que se pretenda proferir respecto de la forma en las que se determinan las condiciones de acceso al cargo, se deben fijar por una ley orgánica. Asunto distinto sería, el caso en el que se buscara modificar el régimen de personal de los empleados del Congreso, lo cual sí puede ser materia de ley ordinaria, según lo dispone la sentencia C-830 de 2001. Por manera que, al haberse adoptado los parámetros para la elección cuestionada en la Ley 5ª de 1992, no resulta admisible aplicar de manera analógica el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2011.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 2 de febrero de 2023; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00173-00.](#)

Aclaración de voto del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra

CONVOCATORIA PÚBLICA / RESERVA DE LEY ORGÁNICA

Tesis: “Con el respeto que merecen los integrantes de la Sala, [se expresan] las razones por las cuales, si bien [se compartió] la decisión adoptada en la sentencia de 2 de febrero de 2023, que negó la nulidad de la elección del señor Raúl Ávila Hernández como subsecretario general de la Cámara de Representantes, no del todo suscribo las consideraciones allí expuestas. (...). [Se estima] que resultaba necesario revisar en concreto cómo se desarrolló el procedimiento para la elección del demandado y ponderar si el provisto

por la Ley 5ª de 1992 en realidad de verdad satisface los principios indicados en el artículo 126 de la Constitución Política [principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de méritos para su selección] (...). Este texto vigente desde la reforma del Acto Legislativo 2 de 2015 –“de equilibrio de poderes y reajuste institucional”– introdujo un cambio sustancial en la forma de ingreso a la función pública, especialmente referido a “la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas”. La exposición de motivos de dicha enmienda constitucional deja ver que el acento se puso en los cargos de los órganos de control, como parte de un eje de “Propuestas dirigidas a mejorar el sistema de controles”. Por lo mismo, el objetivo fue “Adoptar como regla general procedimientos objetivos, transparentes y públicos para la postulación y elección de candidatos a los órganos de control”. (...). Con base en este marco normativo [artículo 126 de la Constitución Política y artículo 12 de la Ley 1904 de 2018], se tiene que la convocatoria pública es obligatoria en las siguientes condiciones: a) Para las elecciones de servidores públicos cuya competencia esté asignada a corporaciones públicas. b) Con garantía de los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito. c) Según las etapas del procedimiento previsto para la elección del contralor general de la República en la Ley 1904 de 2018, mientras el legislador regula lo pertinente para los demás casos. d) Con excepción de los cargos que se proveen por concurso establecido en la ley y los secretarios de los concejos de municipios de categorías 4ª, 5ª y 6ª. Sobre este último aspecto, se destaca que el artículo 136 de la Ley 5ª de 1992, que soporta fundamentalmente el fallo objeto de estas glosas, se limita a establecer una cadena de actuaciones que deben surtir para votar y escrutar los votos de las elecciones que corresponden al Congreso. Más allá de eso, no prevé etapas, pruebas ni criterios de selección, en los términos de la convocatoria pública de la ley cuya aplicación por analogía se discute. Por otra parte, en cuanto al argumento de que cualquier modificación al procedimiento de elección de los secretarios, subsecretarios y otros altos mandos del Senado debe realizarse por ley orgánica, se advierte que esta materia no equivale a la “actividad legislativa” de que trata el artículo 151 de la Constitución Política. Además, no encuentra [quien presenta la aclaración de voto] que, en los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, referenciados en el fallo que motiva esta aclaración de voto, se haya interpretado categóricamente que lo relacionado con el ejercicio de la función electoral del Congreso y sus cámaras tenga reserva de ley orgánica. (...). Finalmente, se recuerda que, según lo ha señalado la Corte Constitucional, las leyes orgánicas, y en particular el reglamento del Congreso promulgado con la Ley 5ª de 1992, pueden contener disposiciones de naturaleza ordinaria, como sería el caso de aquellas que se ocupan de la función electoral del legislador. En conclusión, [se considera] que en este caso ha debido verificarse si el procedimiento de la Ley 5ª de 1992 que se siguió para la elección del demandado se aviene a los principios indicados en el artículo 126 de la Constitución.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 2 de febrero de 2023; A.V. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00173-00.](#)

Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araújo Oñate

CONVOCATORIA PÚBLICA / RESERVA DE LEY ORGÁNICA

Tesis: “La Ley 5 de 1992 no contiene un procedimiento de convocatoria especial para la elección del subsecretario general de la Cámara de Representantes. (...). [L]a decisión del 2 de febrero de 2023 –génesis de esta aclaración de voto– se utilizó, como premisa para negar las súplicas de la demanda, la existencia en la Ley 5 de 1992 de un procedimiento especial para la designación del subsecretario de la Cámara que, a la luz de la postura predominante al interior de la Sala, hacía inaplicable los mandatos que, sobre convocatoria pública, se compilaban en la Ley 1904 de 2018. (...). [L]a sentencia precisó que, identificándose en la Ley 5 de 1992 un trámite electoral para la escogencia del subsecretario demandado, la aplicación de la Ley 1904 de 2018 resultaba imposible de cara a la existencia de este procedimiento singular. Aproximándome un poco más al argumento planteado por la decisión del 2 de febrero de 2023, existen 2 tipos de ideas que llevan a la conclusión que el artículo 136 de la Ley 5 de 1992 no consagra, en su estructura gramatical, las reglas de una convocatoria para la elección del subsecretario de la Cámara de Representantes. En efecto, como lo ha estimado de forma pacífica la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, el acto de convocatoria se distingue por su naturaleza instrumental, pues, mediante su difusión, se persigue “garantizar la diversidad de perfiles a juicio del órgano que tiene a cargo [la elección o] el nombramiento”; pudiéndose en su contexto poner en marcha diversas pruebas, cuyo resultado, sin embargo, no obliga a la autoridad nominadora. En otros términos, la convocatoria pública regula las fases de reclutamiento de los aspirantes al cargo, como mecanismo que materializa los derechos políticos de la ciudadanía, concretados en la prerrogativa de “...participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.” En ese orden, contrastados los mandatos del artículo 136 de la Ley 5 de 1992 con las nociones de convocatoria, se tiene que, lejos de normar las fases previas a la elección del subsecretario general de la Cámara de Representantes –rasgos distintivos de la

convocatoria–, el reglamento interno del Congreso establece una serie de pautas que caracterizan la manera cómo será adelantada la reunión eleccionaria, erigiendo, entre otros, parámetros para expresar el voto, el escrutinio de sufragios, la declaratoria de elección y posterior posesión del designado. (...). De esta manera, el artículo 136 de la Ley 5 de 1992 contempla el “paso a paso” que orienta las votaciones en el seno del Congreso y, en particular, en la Cámara, mas no los cánones de la convocatoria pública que antecede la designación de servidores estatales por parte de las corporaciones públicas, a la sazón, la del subsecretario general de la Cámara, demandado en esta oportunidad. (...). [L]a convocatoria pública cuenta, en la actualidad, con fundamentos constitucionales –artículo 126 superior–, que ordenan que los procedimientos de reclutamiento para la provisión de cargos en cabeza de las corporaciones públicas respondan a principios como el mérito, la participación ciudadana y la equidad de género, que no son referentes axiológicos tenidos en cuenta por el trámite regulado en el artículo 136 de la Ley 5 de 1992, relacionado tan solo con el día eleccionario. La elección del subsecretario general de la Cámara de Representantes no es una materia que disponga de reserva legal orgánica. Para defender la tesis según la cual, la Ley 1904 de 2018 – de naturaleza ordinaria– no es aplicable a la elección del subsecretario general de la Cámara de Representantes, la providencia, suscrita por la mayoría de miembros de la Sala, estimó que la designación de este funcionario estaba cobijada por la reserva de ley orgánica, erigida en el artículo 15112 constitucional. (...). [S]in perjuicio de reconocer la importancia de las labores asignadas al subsecretario de la Cámara, 2 argumentos [llevan] a disentir las razones del fallo del 2 de febrero de 2023, a saber: uno normativo y uno jurisprudencial. En lo que corresponde al razonamiento normativo, [se expone] que, aunque la Ley 5 de 1992 es un cuerpo normativo de carácter orgánico –lo que lo dota de una cierta supremacía dentro de las normas que componen el ordenamiento–, lo cierto es que no todas las temáticas relacionadas allí adquieren, por ese simple hecho, aquel estatus. La elección del subsecretario general de la Cámara de Representantes es una de aquellas temáticas que ejemplifican la tesis que [se prohija] en este voto disidente, toda vez que, si bien es tratada por la Ley 5 de 1992, su esencia no corresponde a un asunto orgánico, sino ordinario, que puede, por consiguiente, ser regulado y regentado por leyes ordinarias, como lo es la Ley 1904 de 2018. (...). [A]cudiendo a un estudio sistemático de la materia –que agolpa tanto las normas de la Ley 5 de 1992 como las disposiciones de la Carta Política– se tiene que la elección del subsecretario –en cuanto a sus procedimientos– es una temática de esencia ordinaria que, contrario a lo determinado en el fallo del 19 de enero de 2023, sí puede ser reglamentada por un cuerpo normativo del mismo nivel, a saber, la Ley 1904 de 2018. De otro lado, en lo que corresponde al argumento jurisprudencial, [se trae] a colación las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en sentencia C-830 de 2001, que ratifican el análisis hecho previamente. (...). Así, la Corte vincula la designación del secretario general y, por contera, del subsecretario que lo sucede en sus ausencias, a las leyes ordinarias contempladas en el artículo 150.20 de la Carta Política, que es, igualmente, la naturaleza de la Ley 1904 de 2018. (...). La Ley 5 de 1992 prescribe que los aspectos no regulados en ella podrán ser suplidos con la aplicación de leyes que regulen temas semejantes. Por último, [se expresa] que existe una consideración adicional para haber aplicado la Ley 1904 de 2018 al caso del señor Raúl Ávila Hernández, subsecretario general de la Cámara de Representantes, periodo 2022-2026, a saber, las propias fuentes interpretativas contempladas en el artículo 3 de la Ley 5 de 1992. (...). Así, el Reglamento del Congreso preceptúa que, en ausencia de normatividad especial que regule una materia, las cámaras legislativas que lo componen acudirán a normas que reglamentan “casos, materias o procedimientos semejantes.” Descendiendo al caso que ocupó la labor jurisdiccional de la Sala en el fallo del 2 de febrero de 2023, que, de cara a la inexistencia de prescripciones jurídicas que normaran el proceso de convocatoria pública para la designación del subsecretario general en el texto de la Ley 5 de 1992, era deber de la Cámara –como autoridad nominadora– hacer uso de las disposiciones de la Ley 1904 de 2018; estatuto que, como quedó demostrado dentro del trámite, no fue aplicado para la elección del señor Raúl Ávila Hernández.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 2 de febrero de 2023; A.V. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00173-00.](#)

3. Se declaró la nulidad del acto de nombramiento de un experto comisionado de la planta de personal de la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de nombramiento de Andrés Bernardo Barreto González, como experto comisionado, código 0090 de la planta de personal de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), contenido en el Decreto 1423 del 29 de julio de 2022, dictado por el presidente de la República, alegando que no cuenta con la experiencia técnica requerida para el ejercicio del cargo. La Sala declaró la nulidad del acto de nombramiento demandado teniendo en cuenta que éste no acreditó el cumplimiento de los

requisitos exigidos en el literal c), párrafo 1o del artículo 21 de la Ley 143 de 1994, modificado por el artículo 44 de la Ley 2099 de 2021, para ocupar el empleo de comisionado experto de la CREG.

NULIDAD ELECTORAL / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS / EXPERTO EN ASUNTOS ENERGÉTICOS / REQUISITOS DEL CARGO PÚBLICO / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico: Consiste en establecer si hay lugar a declarar la nulidad del acto de nombramiento de Andrés Bernardo Barreto González, como experto comisionado de la CREG, por incurrir en la causal de nulidad prevista en el numeral 5 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que recayó en una persona que no reúne las calidades señaladas en el literal c), párrafo 1º del artículo 21 de la Ley 143 de 1994, modificado por el artículo 44 de la Ley 2099 de 2021, referentes a contar con una reconocida preparación y experiencia técnica en el área energética y haber desempeñado cargos de responsabilidad en entidades públicas o privadas en el sector energético, nacional o internacional, por un periodo superior a seis años; o haberse desempeñado como consultor o asesor por un periodo igual o superior.

Tesis: “Los planteamientos esbozados en la demanda se centran en que el [demandado] no acreditó la experiencia técnica requerida en el sector energético para ocupar el cargo de experto comisionado, toda vez que tanto su formación académica como su experiencia están relacionadas con el derecho internacional y las relaciones internacionales. (...). Así pues, de la revisión de los certificados de funciones en el desempeño como consultor o asesor, aportados con los antecedentes administrativos, se advierte con claridad que ninguna está referida o relacionada con el sector energético, sino a distintas áreas del derecho. Al respecto, se debe señalar que, a pesar de que el demandado arguyó como argumento de defensa que ha desempeñado cargos que implican funciones de regulación, como el de superintendente de Industria y Comercio, y de Sociedades, en encargo, lo cierto es que, tal como quedó explicado en precedencia, la norma consagra como requisito expreso que la consultoría o asesoría deben provenir puntualmente del sector energético y no de cualquier área de la economía. (...). En línea con lo expuesto, se tiene que las funciones como superintendente de Industria y Comercio, esencialmente, se refieren a la formulación de políticas en todas aquellas materias que tengan que ver con la protección del consumidor la promoción y protección de la competencia, la propiedad industrial, la protección de datos personales y en las demás áreas propias de sus funciones, por lo que, aunque algunas de las tareas desplegadas tengan relación con las que desempeñan los expertos de la CREG, lo cierto es que el texto normativo expresamente prevé que la experiencia técnica, consultoría o asesoría sea en materia energética, además de consagrar en dónde se obtienen. (...). Ahora bien, con independencia del lapso en el que desplegó funciones de asesor o consultor, lo cierto es que, como se indicó previamente, de la valoración de aquellas no existe duda en cuanto a que no tienen conexión alguna con el área energética, de modo que, en esas condiciones, se concluye que el demandado incumplió con el requisito referente a que la asesoría o consultoría para ocupar el cargo de comisionado experto en asuntos energéticos en la CREG provenga de ese específico sector. (...). Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye que la decisión cuya legalidad se cuestiona incurrió en la causal de nulidad electoral prevista en el numeral 5 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, en consideración a que el demandado no acreditó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el literal c), párrafo 1o del artículo 21 de la Ley 143 de 1994, modificado por el artículo 44 de la Ley 2099 de 2021, para ocupar el empleo de comisionado experto de la CREG, toda vez que el presupuesto de haberse desempeñado como consultor o asesor, por un periodo igual o superior a seis años, no atendió al criterio de la especificidad de que las funciones se hubieran desplegado en el sector energético.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 2 de febrero de 2023; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00211-00.](#)

4. Se negó la nulidad del acto de designación del director general de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda - CARDER.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del Acuerdo nro. 037 del 4 de noviembre de 2021, expedido por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda – CARDER, en el que se designó al señor Julio César Gómez Salazar como director general de

dicha entidad, alegando que la votación en que fue elegido el demandado como director general de la CARDER se realizó, sin que se hubiese resuelto en debida forma la recusación presentada por el señor Gabriel Penilla respecto de siete de los trece integrantes del Consejo Directivo de dicha Corporación Autónoma Regional. La Sala negó la nulidad del acto de designación demandado, teniendo en cuenta que la recusación no tenía la aptitud para afectar el resultado de la elección pues aquella solamente recaía sobre cuatro de los trece consejeros participantes y los nueve restantes, integrantes del Consejo Directivo de la CARDER, depositaron su voto a favor del demandado.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL DIRECTOR DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / TRÁMITE DE LA RECUSACIÓN / IRREGULARIDADES EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / INCIDENCIA DE LAS IRREGULARIDADES EN EL PROCESO ELECTORAL / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico: Corresponde a la Sala, conforme a la fijación del litigio, determinar si el Acuerdo 037 del 4 de noviembre de 2020, por medio del cual el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda – CARDER, eligió al señor Julio César Gómez Salazar como director general de dicha entidad, es nulo por: i) violación de las normas superiores en que debió fundarse; ii) falta de competencia de los integrantes del Consejo Directivo que participaron en la elección; y iii) expedición irregular. Con tal fin, la Sala debe resolver los siguientes interrogantes: i) ¿Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Acuerdo 015 de 2020, la recusación presentada por Gabriel Penilla Sánchez el 24 de julio de 2020 debía resolverse nuevamente? ii) ¿En caso afirmativo, se surtió el trámite previsto en la ley y los estatutos generales de la CARDER de manera oportuna? Dicha recusación: iii) ¿Fue resuelta de fondo por la Procuraduría General de la Nación, mediante el auto del 29 de diciembre de 2020? iv) ¿Tenía la aptitud para afectar el resultado de la elección adelantada el 4 de noviembre de 2020 y consignada en el Acuerdo 037 expedido por el Consejo Directivo de la CARDER?

Tesis: “Solución del caso concreto. (...). [1] ¿Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Acuerdo 015 de 2020, la recusación presentada por Gabriel Penilla Sánchez el 24 de julio de 2020 debía resolverse nuevamente? Dado que en la sentencia del 16 de septiembre de 2021 se advirtió la existencia de una irregularidad relacionada con el trámite y la decisión adoptados por el Consejo Directivo de la CARDER respecto de la recusación presentada por el señor Penilla Sánchez, previo a la expedición del Acuerdo 015 de 2020; y que tal vicio se produjo con posterioridad a la presentación del escrito en mención, la sala encuentra que, necesariamente, debía procederse nuevamente al trámite de la recusación, previo a efectuar una nueva elección. Lo anterior, toda vez que el Consejo Directivo de la CARDER optó por reanudar el procedimiento electoral desde el momento anterior a la configuración de la irregularidad que condujo a la anulación del Acuerdo 015 de 2020. [2] ¿Se surtió el trámite previsto en la ley y los estatutos generales de la CARDER de manera oportuna? (...). [C]on posterioridad a la ejecutoria del auto emitido el 29 de octubre de 2020 (en el que se suspendió provisionalmente el Acuerdo 015 de 2020), la CARDER remitió a la Procuraduría General de la Nación el escrito de recusación formulado, con el objeto de subsanar la irregularidad que fue advertida de manera preliminar en dicha providencia. (...). De tal modo, el envío de la recusación en comento a la Procuraduría General de la Nación respondería a lo señalado en el artículo 12 del CPACA. Sin embargo, independientemente del cumplimiento o no de las reglas que pueden extraerse de la norma mencionada para casos como el que nos ocupa, la sala encuentra que el hecho mismo de haberse reanudado el trámite del proceso electoral, mediante la remisión de la recusación formulada al referido ente de control, sin que se hubiese emitido la sentencia definitiva sobre la legalidad del Acuerdo 015 de 2020 implica de suyo la existencia de una irregularidad. (...). Por tanto, el Consejo Directivo de la CARDER no podía reanudar el proceso de elección con posterioridad a la emisión del auto que resolvió sobre la medida cautelar en mención, puesto que la suspensión provisional, como su nombre lo indica, no es una decisión definitiva sobre la legalidad del acto sometido a control jurisdiccional, por lo que no puede servir como sustento para reiniciar o reanudar un procedimiento administrativo electoral respecto del cual aún no se ha establecido su juridicidad o la necesidad de su anulación. De otra manera, podría presentarse un escenario en el que, tras haberse suspendido un determinado acto de elección, se reanude el proceso definiendo un nuevo ganador, pero la sentencia definitiva del proceso encuentre que el acto demandado no debe ser anulado, lo que llevaría a que dos personas fuesen elegidas para un mismo cargo. [3] ¿La recusación fue resuelta de fondo por la Procuraduría General de la Nación, mediante el auto del 29 de diciembre de 2020? Dado que ya se estableció que el trámite adelantado por la CARDER ante la Procuraduría General de la Nación con el objeto de resolver la recusación formulada por Gabriel Penilla Sánchez fue irregular, resulta inane determinar si el auto con que se puso fin a dichas actuaciones constituye o no una decisión de fondo. Al respecto, basta decir que la decisión adoptada por la Procuraduría General de la Nación en el auto del 29 de diciembre de 2020 no analiza de ninguna manera la configuración o no de los motivos que, en palabras del recusante, motivarían la separación de los

integrantes del Consejo Directivo de la CARDER del proceso de elección del director general de dicha corporación. En efecto, se advierte que los motivos que llevaron a la decisión de rechazar las recusaciones presentadas por el aquí accionante guardan relación con la existencia de un pronunciamiento judicial sobre el asunto y con la desaparición de los fundamentos fácticos que soportaban la recusación, por cuanto la elección se llevó a cabo antes de resolverse la recusación. [4] ¿La recusación tenía la aptitud para afectar el resultado de la elección adelantada el 4 de noviembre de 2020 y consignada en el Acuerdo 037 expedido por el Consejo Directivo de la CARDER? Ahora bien, tras haberse establecido la existencia de la irregularidad evidenciada en los acápites anteriores y en atención a lo dispuesto por el artículo 287 del CPACA, es necesario analizar si el vicio en comento cuenta con la entidad suficiente para afectar la elección contenida en el acto demandado. Al respecto, cabe indicar que la designación del accionado como director general de la CARDER, en el Acuerdo 037 de 2021, se produjo con el voto favorable de los trece integrantes del Consejo Directivo de la entidad. (...). Así, la Sala concluye que, para la reunión efectuada el 4 de noviembre de 2021, solo cuatro de los trece consejeros participantes fueron objeto de la recusación presentada por el señor Penilla Sánchez. (...). Adicionalmente, no son de recibo los argumentos de la parte demandante relativos a que la recusación debía entenderse extendida a los tres nuevos integrantes del Consejo Directivo de la CARDER que reemplazaron en dicho órgano colegiado a los alcaldes de Pereira, Guática y Mistrató, pues de la lectura de los escritos de recusación presentados por el señor Gabriel Penilla Sánchez se puede advertir que los cuestionamientos allí contenidos solo se referían a los alcaldes mencionados. De tal modo y teniendo en cuenta que la jurisprudencia de esta corporación ha hecho claridad acerca del carácter restrictivo de las causales de recusación, lo que impide su aplicación analógica o extensiva, no puede entenderse, de ninguna manera, que las consideraciones expuestas respecto de los referidos mandatarios locales debían extenderse a los alcaldes que les reemplazaron en el Consejo Directivo de la CARDER para el año 2021. Por lo expuesto, la sala encuentra que la recusación formulada por Gabriel Penilla Sánchez solo cobijaba a cuatro de los trece integrantes del Consejo Directivo de la entidad. Desde tal perspectiva, aún se encontraban habilitados para participar de la elección los nueve miembros restantes, quienes también depositaron su voto en favor del señor Julio César Gómez Salazar. Así las cosas, la irregularidad relativa al trámite de la recusación formulada por el señor Penilla Sánchez carece de la entidad necesaria para desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia del 16 de febrero de 2023; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00002-00 \(acumulado\).](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La exigencia del “estudio demostrativo” que justifique la iniciativa de la creación de una entidad descentralizada es un documento en el que, como resultado de un adecuado proceso de planeación, se consignan los hechos, datos, argumentos y análisis que permitan demostrar la necesidad o conveniencia de crear o autorizar la creación de una nueva entidad de esta naturaleza para cumplir determinado fin del Estado; su viabilidad jurídica, financiera y social; las características que tendrá, así como el cumplimiento de los principios de la función administrativa.

Síntesis del caso: El Gobierno Nacional a través del Departamento Administrativo de la Función Pública, y a solicitud de la alcaldesa mayor de Bogotá, D.C., solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuar acerca de la interpretación del artículo 69 de la Ley 489 de 1998, que se refiere a la creación de entidades administrativas descentralizadas, y, en particular, sobre el alcance de la exigencia de acompañar un «estudio demostrativo que justifique la iniciativa», a que se refiere esta disposición.

CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / ENTIDAD DESCENTRALIZADA / CREACIÓN DE LA ENTIDAD DESCENTRALIZADA / ESTUDIO DEMOSTRATIVO / CLASES DE ENTIDAD DESCENTRALIZADA / ENTIDAD DESCENTRALIZADA DE ORDEN NACIONAL / ENTIDAD DESCENTRALIZADA DEPARTAMENTAL / ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL / ENTIDAD DESCENTRALIZADA POR SERVICIOS / NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DESCENTRALIZADA

Problema jurídico 1: ¿Existe una definición legal sobre el concepto de “estudio demostrativo” como un nuevo documento que deba acompañarse para justificar la iniciativa de creación de una entidad descentralizada?

Tesis 1: “Lo que más importa resaltar, de este conjunto de normas, para los efectos de este concepto, es que la creación o autorización de una nueva entidad descentralizada es una decisión trascendente, desde el punto de vista jurídico, administrativo, económico, ambiental y social, que modifica, de manera permanente, la estructura de la Administración, a nivel nacional o territorial. Por lo tanto, lo que busca la ley con el «estudio demostrativo» es evitar que la decisión de crear una entidad de esta clase sea fruto del afán, la improvisación, la ligereza, la coyuntura política o el capricho del gobernante de turno, y lograr que constituya, por el contrario, una decisión debidamente razonada, evaluada en todos sus aspectos (jurídico, financiero, técnico, administrativo y ambiental, entre otros), sustentada, ponderada en todas sus implicaciones y planificada. (...) Para la Sala, la creación o constitución de cualquier entidad descentralizada es una decisión que debe estar precedida de un adecuado proceso de planeación, que permita establecer, en particular, la necesidad o la conveniencia de crear dicha entidad, para lograr determinados fines del Estado; el costo de esta decisión y los beneficios que esperan obtenerse, en comparación con otras alternativas; su forma de financiación; la manera como la nueva entidad quedará inserta en la estructura de la Administración Pública y las interacciones que tendrá con otras autoridades y particulares, incluyendo los controles a las cuales estará sujeta; su viabilidad jurídica, técnica, económica y administrativa; los mecanismos o las decisiones que permitan evitar una eventual duplicidad, contradicción o interferencia entre las funciones o los servicios que se asignarán a la nueva entidad y los que ya realizan otras autoridades o particulares, etc. (...) Toda esta información y los análisis respectivos son los que deben quedar contenidos, a juicio de la Sala, en el «estudio demostrativo» que justifique o fundamente razonablemente la decisión de crear una nueva entidad descentralizada, ya sea mediante su creación directa o mediante la autorización que se otorgue al Ejecutivo, para los mismos efectos. En todo caso, es pertinente aclarar que ni el artículo 69 de la Ley 489 de 1998, ni otra norma, exigen que el «estudio

demostrativo» se elabore y aporte como un documento separado, por lo que nada impide que dicho análisis se incorpore dentro de la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley, de ordenanza o de acuerdo, para su consideración y discusión, por parte de la respectiva corporación pública. (...) Finalmente, vale la pena aclarar que, en el caso de las entidades descentralizadas cuya creación puede ser autorizada por el órgano de representación popular competente, ninguna de las normas citadas exige que, una vez allegado el estudio demostrativo, en la forma y en el momento que se han explicado, dicho documento deba entregarse de nuevo, o deba presentarse un estudio adicional, durante el proceso de creación de la entidad (incluyendo el decreto que la crea, cuando sea el caso, o la firma de los contratos de sociedad, los estatutos, las actas de creación o los demás documentos requeridos por la ley). (...) En primer lugar, el «estudio demostrativo» no es un «nuevo documento» que se exija para la creación o autorización de una entidad descentralizada, pues dicho requisito está previsto en el artículo 69 de la Ley 489 de 1998, desde su promulgación (30 de diciembre de ese año). En segundo lugar, no existe una definición legal o reglamentaria de la expresión «estudio demostrativo», que la norma citada utiliza. Sin embargo, al efectuar una interpretación exegética, sistemática y finalista de dicha disposición, a la luz de otras normas de esa ley y de la Constitución Política, se infiere claramente que el «estudio demostrativo» es un documento en el que, como resultado de un adecuado proceso de planeación, se consignan los hechos, datos, argumentos y análisis que permitan demostrar la necesidad o conveniencia de crear o autorizar la creación de una nueva entidad descentralizada, para cumplir determinado fin del Estado; su viabilidad jurídica, financiera y social; las características que tendrá la nueva entidad, conforme a lo previsto en los artículos 50, 98 y 100 de la Ley 489 (según el caso), entre otras normas, así como el cumplimiento de los principios de la función administrativa (artículo 209 superior). Dicho «estudio» puede estar contenido en un documento separado, que se aporte como anexo a la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, o puede estar incluido en la exposición de motivos, siempre que tenga el contenido informativo y analítico que se explica en este concepto”.

NOTA DE RELATORÍA 1: En el presente concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado realiza un estudio del marco constitucional y normativo aplicable a la creación de entidades administrativas descentralizadas por servicios.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre las modalidades de descentralización administrativa, ver: Corte Constitucional, sentencia C-691 de 2007.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la creación de sociedades de economía mixta, ver: Corte Constitucional, sentencia C-357 de 1994 y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2242 del 9 de julio de 2015.

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre el deber de planeación en la función pública, ver: Corte Constitucional, sentencia C-121 de 2004 y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2260 del 10 de agosto de 2015.

ENTIDAD DESCENTRALIZADA / CREACIÓN DE LA ENTIDAD DESCENTRALIZADA / ESTUDIO DEMOSTRATIVO / ENTIDAD DESCENTRALIZADA DE ORDEN NACIONAL / ENTIDAD DESCENTRALIZADA DEPARTAMENTAL / ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL / ENTIDAD DESCENTRALIZADA POR SERVICIOS

Problema jurídico 2: *¿Podría entenderse que solo para la creación de entidades descentralizadas, propiamente dicha, resulta exigible el estudio demostrativo? ¿Podría entenderse que a partir del momento en que se autoriza la creación de la entidad, se inicia la elaboración del estudio demostrativo con los análisis técnicos, administrativos, jurídicos y presupuestales requeridos que la justifican?*

Tesis 2: “Tal como se explica en este concepto, el «estudio demostrativo» que justifique la iniciativa, con el alcance que se ha descrito, debe presentarse tanto en el caso de los proyectos de ley, ordenanza o acuerdo que pretendan crear directamente una entidad descentralizada, como en el de aquellos que tengan por objeto autorizar la creación de una entidad de este tipo, según lo dispuesto en la Constitución Política y la ley. En el caso de las entidades cuya creación puede ser autorizada por el Congreso, las asambleas departamentales o los concejos municipales o distritales, según el caso, no es necesario presentar posteriormente el mismo «estudio demostrativo», u otro adicional, durante el proceso de creación de la entidad descentralizada”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2496 del 22 de febrero de 2023; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00298-00\(2496\). Levantamiento de reserva mediante oficio del 27 de marzo 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 solicitud de revocatoria directa de unos actos administrativos expedidos por dicha entidad en ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control sobre las cámaras de comercio, función que, a partir 1° de enero de 2022, es competencia de la Superintendencia de Sociedades.

Síntesis del caso: Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia de Sociedades, con el fin de establecer la autoridad competente para resolver una solicitud de revocatoria directa presentada el 31 de mayo de 2022, por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, contra determinados actos administrativos proferidos y notificados por la Superintendencia de Industria y Comercio antes del 1.º de enero de 2022. Lo anterior, considerando que, por disposición del artículo 70 de la Ley 2069 de 2020, desde esa fecha, las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las cámaras de comercio pasaron de la SIC a la Superintendencia de Sociedades.

CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO / SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / REVOCATORIA DIRECTA / CONCEPTO DE LA REVOCATORIA DIRECTA / CARACTERÍSTICAS DE LA REVOCATORIA DIRECTA / COMPETENCIA PARA RESOLVER LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EFECTO DE LA REVOCATORIA DIRECTA / OBJETO DE LA REVOCATORIA DIRECTA / PROCEDENCIA DE LA REVOCATORIA DIRECTA / SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PÉRDIDA DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / FALTA DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / TRÁNSITO LEGISLATIVO / FUNCIÓN DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL / FUNCIÓN DE INSPECCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA / CÁMARA DE COMERCIO / FUNCIONES DE LA CÁMARA DE COMERCIO

Problema jurídico: ¿Considerando que, por disposición del artículo 70 de la Ley 2069 de 2020, desde el 1° de enero de 2022 las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las cámaras de comercio pasaron de la Superintendencia de Industria y Comercio a la Superintendencia de Sociedades, ¿le corresponde a la primera entidad resolver la solicitud de revocatoria directa presentada el 31 de mayo de 2022 por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, contra determinados actos administrativos proferidos y notificados por la Superintendencia de Industria y Comercio antes de la citada fecha?

Tesis: “[E]l presidente de la República, en ejercicio de sus funciones constitucionales, emitió el Decreto 4886 de 2011, que definió, en el Capítulo II, la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio. Según el artículo 2.º de ese decreto, la entidad estaría conformada por, entre otros, el «despacho delegado para la protección de la competencia», del cual dependería, a su vez, la «Dirección de Cámaras de Comercio». Recientemente, la Ley 2069 de 2020 dispuso, en el artículo 70, que la función de inspección, vigilancia y control sobre las cámaras de comercio pasaría a ser ejercida por la Superintendencia de Sociedades, a partir del 1º de enero de 2022 (...). En cumplimiento del inciso 3.º del artículo 70 de la Ley 2069 de 2020, el presidente de la República emitió el Decreto 92 de 2022. El Capítulo II de este acto administrativo definió la nueva estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, y, aunque conservó el «despacho del superintendente delegado para la protección de la competencia», suprimió la «Dirección de Cámaras de Comercio». Igualmente, en desarrollo del inciso 3.º del artículo 70 de la Ley 2069 de 2020, el presidente, mediante el Decreto 1380 de 2021, modificó parcialmente la estructura de la Superintendencia de Sociedades, al crear dentro de la «Delegatura de Supervisión Societaria», la Dirección de Supervisión de Cámaras de Comercio y sus Registros Públicos». (...) El Convenio Interadministrativo 259 del 30 de septiembre de 2021 fue suscrito entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio del principio de colaboración armónica, para facilitar el

cambio de competencias y contribuir a su cumplimiento. Según lo pactado, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene a cargo, entre otros, «los procesos judiciales que se deriven de hechos ocurridos con anterioridad al 1º de enero de 2022, relacionadas con el ejercicio de las competencias asignadas a la [SIC], para la inspección, vigilancia y control de las Cámaras de Comercio [...]». Igualmente, «seguirá conociendo y tramitando las actuaciones administrativas relacionadas con el cobro coactivo de actos administrativos emitidos con antelación al 1º de enero de 2022, al igual que el cobro de cartera, por contribuciones pendientes de pago y su recaudo». En contraste, se indicó que la Superintendencia de Sociedades «adoptará la obligación de imposición y registro de multas y contribuciones en materia de cámaras de comercio y comerciantes a partir del 1º de enero de 2022. Por tal motivo, no recibirá inventario alguno de multas ejecutoriadas por parte de la [SIC] con corte 31 de diciembre de 2021» (...). Para ello la SIC se comprometió a remitir a la Supersociedades «un inventario de las actuaciones sancionatorias en curso y no ejecutoriadas a 31 de diciembre de 2021» (...). (...) Vale la pena recordar que, conforme al artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos deben «ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales». Sin embargo, cuando, por un tránsito normativo, la autoridad que emitió la decisión pierde la «competencia funcional» en desarrollo de la cual la expidió, y esta pasa a ser ejercida por otra, será esta última la llamada, en principio, a resolver la solicitud⁵⁸. Lo anterior tiene una excepción, consistente en que el régimen de transición específico que sea aplicable determine o permita inferir una regla diferente. El criterio general de competencia adoptado en estos casos conduciría, en principio, a declarar competente a la Supersociedades, para pronunciarse sobre la revocatoria directa solicitada, por ser la entidad que, a partir del 1º de enero de 2022 y actualmente, tiene la función de inspección, vigilancia y control sobre las cámaras de comercio, entre ellas, la CMMA. Sin embargo, en este caso, es necesario tener en cuenta las reglas de transición normativas adoptadas por el Gobierno nacional para hacer efectivo y facilitar el cambio de competencia dispuesto por el Legislador. (...) En efecto, el presidente de la República, mediante el artículo 16, parágrafo 1, inciso 2º del Decreto 1380 de 2021, dispuso que la SIC, dada la «titularidad del derecho», conservaría la competencia para seguir «conociendo y tramitando las actuaciones administrativas relacionadas al cobro coactivo de actos administrativos emitidos con antelación al 1 de enero de 2022» (...). Así mismo, en el parágrafo 2º, inciso 1.º, indicó que tendría «a su cargo los procesos judiciales que se deriven de hechos ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 2022, relacionados con el ejercicio de las competencias asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio para la inspección, vigilancia y control de las cámaras de comercio». De forma concordante, en el Convenio Interadministrativo 259 de 2021, se dispuso expresamente que la Supersociedades «adoptará la obligación de imposición y registro de multas y contribuciones en materia de cámaras de comercio y comerciantes a partir del 1º de enero de 2022. Por tal motivo, no recibirá inventario alguno de multas ejecutoriadas por parte de la [SIC] con corte 31 de diciembre de 2021» (...). Para la Sala, la regla especial de competencia, que involucra el régimen de transición aplicado, resulta acorde con los parámetros de inmediatez, celeridad y economía procesal, pues, aparte de lo que ya se explicó sobre la competencia de la SIC para intervenir en los procesos judiciales y tramitar los procesos de cobro coactivo, la entidad que inició y finalizó el proceso tiene un conocimiento íntegro de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, por lo que tendría todos los elementos de juicio que le permitan resolver, en forma adecuada, la solicitud de revocatoria. En esa medida, es importante que la normativa referida sea leída de forma integral, con el objetivo de brindar seguridad jurídica a las autoridades y los interesados, que es un fin de relevancia constitucional, y no causar traumatismos en los procesos. Finalmente, cabe advertir que, carece de sustento jurídico el argumento presentado por la SIC, en el sentido de que resulta materialmente imposible que esa entidad avoque el conocimiento de la solicitud, en razón de la supresión de la Dirección de Cámaras de Comercio, y de que «no fue la SIC la autoridad que adoptó las decisiones impugnadas», sino «unas dependencias» de dicha entidad, que estaban a cargo de estas funciones. En efecto, la entidad que, por disposición legal (artículo 87 del Código de Comercio) era la competente para ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las cámaras de comercio era la Superintendencia de Industria y Comercio. Con este fin, debía adecuarse la estructura interna de la entidad, como se hizo; pero no eran las dependencias internas resultantes, que carecen de personería jurídica y de autonomía administrativa o financiera, sino la misma Superintendencia, como persona jurídica, la titular de la señalada función”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre las características de la revocatoria directa, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 6 de agosto de 2021, rad. núm. 11001-03-24-000-2019-00238-00; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 14 de febrero de 2013, rad. núm. 11001-03-06-000-2012-00092-00(C) y Corte Constitucional, sentencia SU-182 de 2019.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el tránsito de funciones y la competencia para resolver peticiones o recursos que tienen el alcance de cambiar el sentido de la decisión, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 29 de noviembre de 2016, rad. núm. 11001-03-06-000-2016-00143-00(C) y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 22 de mayo de 2017, rad. núm. 11001-03-06-000-2017-00025-00(C).

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 15 de febrero de 2023; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00225-00\(C\).](#)

3. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que el departamento del Valle del Cauca es la autoridad competente para atender una solicitud de pago por devolución de aportes por el tiempo que un pensionado laboró en una institución hospitalaria que carecía de personería jurídica.

Síntesis del caso: Conflicto de competencias administrativas suscitado entre Hospital Local de Obando E.S.E. (Valle del Cauca), Gobernación del Valle del Cauca, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de establecer la autoridad competente para estudiar la solicitud de pago por devolución de aportes realizada por Colpensiones, por concepto de una pensión reconocida a un ex empleado del Centro Hospital de Obando-V (Valle del Cauca), que carecía de personería jurídica.

CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO / GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA / MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO / COLPENSIONES / SISTEMA NACIONAL DE SALUD / CONCEPTO DE SISTEMA NACIONAL DE SALUD / ENTIDAD ADSCRITA AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD / DESCENTRALIZACIÓN DEL SECTOR SALUD / BONO PENSIONAL / DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA / PASIVO PRESTACIONAL / PASIVO PENSIONAL / INSTRUMENTOS DEL PAGO DEL PASIVO PENSIONAL / SECTOR SALUD / DEVOLUCIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL / DEVOLUCIÓN DE APORTES AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA / COMPETENCIA DEL DEPARTAMENTO

Problema jurídico: ¿El departamento de Valle del Cauca es la autoridad a la que le corresponde estudiar la solicitud de pago por devolución de aportes realizada por Colpensiones, por concepto de una pensión reconocida a un ex empleado del Centro Hospital de Obando-V (Valle del Cauca), quien laboró en esta institución entre el 12 de marzo de 1979 y el 11 de marzo de 1980?

Tesis: “i) El Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud se creó como consecuencia del proceso de descentralización del servicio de salud, iniciado por la Ley 60 de 1993, en respuesta a la falta de sostenimiento de la deuda prestacional de los funcionarios y ex funcionarios de las instituciones hospitalarias. A través de la mencionada ley se estableció un mecanismo para colaborar con el pasivo causado a 31 de diciembre de 1993, por concepto de pensiones y cesantías. ii) El inciso final del artículo 242 de la Ley 100 impuso a las entidades del sector salud la obligación de continuar «presupuestando y pagando» las pensiones, hasta cuando se realizara el corte de cuentas que permitiría establecer las obligaciones de las entidades territoriales para concurrir con la Nación en el Fondo del Pasivo. iii) Posteriormente, la Ley 715 de 2001 suprimió el Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud. Adicionalmente el artículo 61 estableció que, de acuerdo con los convenios de concurrencia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y las entidades territoriales tendrían a su cargo la obligación de financiar el pago de las mesadas y bonos pensionales que constituía el pasivo pensional a cargo del fondo suprimido. Se observa que en la Ley 715 de 2001 se habla de concurrencia entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y las entidades territoriales para financiar el pago de las mesadas y bonos pensionales que constituía el pasivo pensional a cargo del fondo suprimido. iv) La Ley 1438 de 2011 consagra la obligación de las entidades territoriales de entregar la información sobre el pasivo prestacional, de las vigencias anteriores a 1993, al Ministerio de Hacienda, a efectos de que éste pueda suscribir el contrato de concurrencia. Adicionalmente, indicó que el pago del pasivo pensional no es responsabilidad de las ESE, pues ellas no tenían vida jurídica antes de diciembre de 1993. iv) Finalmente, el Decreto 586 de 2017, dispuso que «en aquellos casos en que no se haya efectuado el corte de cuentas, ni suscrito el contrato de concurrencia o sus adiciones o modificaciones, se deberá dar aplicación a lo consagrado en el inciso 5.º del artículo 242 de la Ley 100 de 1993». Es decir, que las entidades del sector salud deberán seguir presupuestando y pagando las cesantías y pensiones a que están obligadas. (...) [C]onviene señalar que la

devolución de aportes se trata de un mecanismo de financiación de las pensiones, mediante el cual la caja, fondo o entidad pública que haga el reconocimiento de la pensión puede solicitar a las entidades los aportes por los tiempos cotizados o servidos que no se tuvieron en cuenta para el reconocimiento pensional. Esta forma de financiar la pensión se encuentra contenida en el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 (...). [L]a Corte Constitucional ha considerado que el reconocimiento de las cotizaciones por parte de las entidades públicas que las recibieron en un primer momento pero que no están a cargo de la pensión o por parte de aquellas entidades en las que el pensionado laboró sin cotizar, constituye un mecanismo para financiar las pensiones y garantizar la estabilidad del régimen pensional de prima media. (...) [E]l Decreto 056 de 1975, el cual creó el Sistema Nacional de Salud, dispuso que la dirección del sistema, a nivel seccional, quedaría a cargo de los Servicios Seccionales de Salud que funcionaran en las capitales de los Departamentos. En el presente caso, el Centro Hospital de Obando-V (sin personería jurídica) hacía parte del Servicio Seccional de Salud del Valle del Cauca que era administrado y dirigido por el Departamento. Por tal razón, mal podría afirmarse que el hospital tiene las obligaciones establecidas en el artículo 242 de la Ley 100 de 1993, pues, para esa fecha, solo existía como una dependencia del Servicio Seccional de Salud del Valle del Cauca. Cuando la Ley 100 señala que las entidades de salud deben seguir presupuestando y pagando pensiones hasta tanto no se realice el corte de cuentas, debe entenderse que es la entidad territorial la responsable, esto por cuanto era la encargada de los servicios de salud directamente para la época. En consecuencia, esta entidad es la obligada a seguir presupuestando y pagando pensiones. (...) De igual forma, el artículo 78 de la Ley 1438 de 2011, que se refiere expresamente al pasivo prestacional de las ESE y las instituciones del sector salud, prevé (...) el pago del pasivo pensional generado en instituciones públicas del sector salud hasta finalizar 1993 se encuentra a cargo de las entidades territoriales y del Ministerio de Hacienda, las cuales deben suscribir un contrato de concurrencia. Adicionalmente, el parágrafo del citado artículo indica que, en todo caso, el pago de la deuda no es responsabilidad de las ESE, pues estas no contaban con personería jurídica con anterioridad a diciembre de 1993. (...) Así las cosas, es necesario indicar que la Resolución GNR 130537 de 2 de mayo de 2016, mediante la cual Colpensiones reconoce la pensión de vejez al [peticionario] indica que las cotizaciones se hicieron al departamento del Valle del Cauca (...). Teniendo en cuenta que del citado acto administrativo se extrae que el departamento del Valle del Cauca recibió las cotizaciones por el tiempo que el [peticionario] trabajó en el Centro Hospital de Obando, se concluye que esa entidad territorial será la encargada de hacer el pago por devolución de aportes de conformidad con lo contemplado en el mencionado artículo 17 de la Ley 549 de 1999".

NOTA DE RELATORÍA 1: En la presente decisión la Sala hace un recuento de los antecedentes normativos del Sistema Nacional de Salud, del proceso de descentralización del sector salud y sobre el pago del pasivo prestacional del sector salud. Sobre dichos temas, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 13 de diciembre de 2022, con radicado 11001-03-06-000-2022-00098-00; decisión del 27 de agosto de 2019, con radicado 11001-03-06-000-2019-00041-00, decisión del 21 de abril de 2020, con radicado 11001-03-06-000-2019-00213-00.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el reconocimiento de los bonos pensionales, ver: Corte Constitucional, sentencia C-262 de 2001.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 22 de febrero de 2023; C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2022-00279-00\(C\)](#)

Salvamento de voto de la consejera Ana María Charry Gaitán

SALVAMENTO DE VOTO / EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO / PASIVO PENSIONAL / INSTRUMENTOS DEL PAGO DEL PASIVO PENSIONAL / SECTOR SALUD / BONO PENSIONAL / DEVOLUCIÓN DE APORTES AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA / DEVOLUCIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL / COMPETENCIA DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO

Problema jurídico: *¿Correspondía declarar competente al Hospital Local de Obando E.S.E. (Valle del Cauca) para atender la solicitud de pago por devolución de aportes, presentada por Colpensiones, respecto de la pensión reconocida a un ex empleado de dicha institución?*

Tesis: "En el presente caso, no se realizó una reserva para financiar el pasivo pensional del [beneficiario], quien se retiró del Centro Hospital de Obando-V (Valle del Cauca), ahora E.S.E., antes del 31 de diciembre de 1993. A pesar de lo anterior, la institución hospitalaria no ha agotado el trámite dispuesto en el Decreto 586 de 2017. Por consiguiente, a esa institución hospitalaria le corresponde asumir el pago por devolución de aportes que se reclama, hasta tanto promueva el procedimiento mencionado, tendiente a que el departamento del Valle del Cauca y la Nación, después del corte de cuentas respectivo, concurren en el pago solicitado por Colpensiones. (...) en mi concepto, es el Hospital Local de Obando E.S.E. (Valle del Cauca) el responsable de asumir el pago por devolución de aportes que se reclama, mientras no se surta

el procedimiento determinado en el Decreto 586 de 2017, para su liquidación, emisión y redención, y se suscriba un contrato de concurrencia para financiar el pasivo de los empleados retirados. Esto en atención al incumplimiento en el envío de la información requerida para activar el proceso de pago. Una vez cumplido el proceso y suscrito el contrato de concurrencia, es el departamento del Valle del Cauca el que debe concurrir como emisor y, adicionalmente, participa como contribuyente la Nación con su respectivo cupón a cargo. (...) [L]a falta de personería jurídica del Centro Hospital de Obando-V (Valle del Cauca) no influye en la decisión que debió adoptarse, pues no se trata de definir las entidades concurrentes para el reconocimiento y pago del pasivo pensional, ya que, como quedó claro, éstas son el departamento del Valle del Cauca y la Nación. Se reitera que, la competencia en el conflicto de la referencia debió atribuírsele a la ahora E.S.E. Hospital Local de Obando (Valle del Cauca), en razón a su omisión de enviar la información requerida para que los concurrentes puedan realizar el cálculo del pasivo pensional y proceder al pago correspondiente”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 22 de febrero de 2023; S.V. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00279-00\(C\)](#)

**GÉNERO Y NO
DISCRIMINACIÓN**



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIÓN DE TUTELA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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