

EDICIÓN
257

AGOSTO 2022


CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

#MeSuscriboMeActualizo

BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Carlos Enrique Moreno Rubio
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate
Hernando Sánchez
Sandra Lisset Ibarra Vélez
Jaime Enrique Rodríguez Navas
Myriam Stella Gutiérrez Argüello
Nandy Melissa Rozo Cabrera

RELATORÍAS

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

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 257, agosto de 2022
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co
Consejo de Estado
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.
Palacio de Justicia
Bogotá D.C. – Colombia

CONTENIDO

CONTENIDO	3
EDITORIAL	4
I. NORMAS ANULADAS Y LEGALIDAD CONDICIONADA.....	5
II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	6
III. SALA PLENA DEL CONTENCIOSO	18
IV. SECCIÓN PRIMERA.....	23
V. SECCIÓN SEGUNDA.....	31
VI. SECCIÓN TERCERA	42
VII. SECCIÓN CUARTA	63
VIII. SECCIÓN QUINTA.....	76
IX. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.....	83
X. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO	89

EDITORIAL

Para el Consejo de Estado es relevante presentar mensualmente el Boletín «Jurisprudencia y Conceptos», que contiene diferentes pronunciamientos en temas de derecho contencioso administrativo, constitucional y conceptos proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil.

En asuntos constitucionales, la Corporación indicó que se incurre en desconocimiento del precedente judicial al aplicar la Sentencia de Unificación del 29 de enero de 2020 sobre el término de caducidad del medio de control de reparación directa, en los casos de delitos de lesa humanidad y desplazamiento forzado de forma automática, sin tener en cuenta las particularidades de los casos.

Asimismo, la Sección Cuarta actuando como juez constitucional resolvió que, a pesar de que, para alegar la violación del principio de congruencia, el mecanismo preferente es el recurso extraordinario de revisión, en aras de salvaguardar el patrimonio público, se debe flexibilizar el requisito de subsidiariedad en la acción de tutela.

En otros asuntos de competencia de la Sección Primera, en una sentencia proferida dentro de una acción de nulidad, indicó que los artículos 2° y 4° del Decreto 4500 “por medio del cual se establecen normas sobre la educación religiosa en establecimientos oficiales y privados de educación preescolar, básica y media”, no vulneran los derechos a la libertad de religión y culto de los estudiantes.

Más adelante, la Sección Segunda sostuvo que, en cuanto a la prescripción de las acciones que emanan de los derechos laborales, esta puede ser decretada de oficio por el juez del proceso contencioso, sin que sea requisito para su estudio, que ésta haya sido propuesta por la contraparte, de conformidad con la facultad legal que se le otorga al juez de decidir sobre las excepciones propuestas y «sobre cualquier otra que se encuentre probada».

Por otra parte, la Sección Tercera estableció que, para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado por el incumplimiento del deber de seguridad y mantenimiento del orden público, debe valorarse la capacidad operativa de las autoridades, según la magnitud de las alteraciones y, los medios disponibles para su restablecimiento.

En punto de equidad de género y no discriminación, mediante sentencia proferida dentro de una acción de tutela, la Corporación reiteró su posición en cuanto a que las servidoras públicas madres cabeza de familia nombradas en provisionalidad, en cargos de carrera, tienen derecho a la estabilidad laboral y, ordenó su vinculación eventual en caso de presentarse una vacante.

La Sección Tercera condenó a la Nación por actos de tortura psicológica, ejercidos por miembros del extinto DAS, contra una periodista que investigaba el caso del comediante, periodista y activista Jaime Garzón.

Adicionalmente, en esta edición entregamos una separata especial con providencias procedentes de la Sección Cuarta en materia de impuestos departamentales, dada su importancia en materia tributaria.

Agradecemos a nuestros lectores su fidelidad y los invitamos a suscribirse para recibir mensualmente esta importante herramienta de consulta.

I. NORMAS ANULADAS Y LEGALIDAD CONDICIONADA

ANULADAS

SECCIÓN CUARTA

1. La Ordenanza 012 del 7 de mayo de 2009, expedida por la Asamblea del departamento de Risaralda: El artículo 6 en forma parcial.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de mayo de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 66001-23-33-000-2015-00457-02 \(25349\) \(ver página 70 de este boletín\).](#)

2. La Ordenanza 397 del 18 de diciembre de 2014, expedida por la Asamblea del departamento del Valle del Cauca: El ordinal 7° del artículo 154.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de junio de 2022, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 76001-23-33-000-2016-01053-01 \(25816\) \(ver página 73 de este boletín\).](#)

LEGALIDAD CONDICIONADA

SECCIÓN PRIMERA

La Resolución 4240 de 2000, "Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 del 28 de diciembre de 1999", expedida por la Unidad Administrativa de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN: el literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 12 de mayo de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 1100103-24-000-2014-00458-00. \(ver página 23 de este boletín\).](#)

1
ASUNTOS
CONSTITUCIONALES



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIONES DE TUTELA

1. Se incurre en defecto procedimental absoluto cuando se incurre en notificación indebida del auto que cita a la audiencia inicial dentro del trámite del medio de control de reparación directa.

Síntesis del caso: El juez de tutela consideró vulnerados los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso, en la medida en que se configuró un defecto procedimental absoluto por la indebida notificación del auto que convoca a la audiencia inicial dentro del trámite del medio de reparación directa. A su juicio, el juez no interpretó en debida forma lo dispuesto en la Ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 201 del CPACA, y, en consecuencia, debió enviar un mensaje de datos al canal digital de los sujetos procesales, con el objeto de comunicar el estado electrónico y la providencia a notificar. Por lo tanto, al no agotarse esta diligencia se consideró configurado el derecho procedimental absoluto.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIÓN JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / AUTO QUE FIJA FECHA PARA LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN / INDEBIDA NOTIFICACIÓN / DECLARACIÓN DESIERTA DEL RECURSO DE APELACIÓN / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema jurídico: [¿La autoridad accionada vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, invocados por la parte actora en el escrito de amparo, los cuales consideró lesionados con ocasión de las actuaciones adelantadas por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio y por el Tribunal Administrativo del Meta, a partir del auto de 27 de enero de 2021, comenzando por la citación a audiencia de conciliación que hiciera el primero con posterioridad al fallo condenatorio de primera instancia, y respecto de la cual no se efectuó la notificación correspondiente?]

Tesis: “[La Sala] advierte que, tal como lo precisó el a quo, la irregularidad que la parte accionante encuentra de la indebida aplicación de la norma procesal, no se invocó dentro del proceso ordinario. Con todo, el tribunal accionado, en el auto de 11 de noviembre de 2021, advirtió lo relativo a este asunto, considerando que la norma aplicable es la Ley 1437 de 2011 sin las modificaciones introducidas por la Ley 2080 de 2021, como quiera que esa era la norma vigente al momento de interponerse los recursos de apelación, lo que ocurrió antes de la entrada en vigencia de la nueva norma. En ese orden, la Sala advierte que, en cuanto a esta inconformidad, no hay lugar a pronunciamiento por parte del juez constitucional en tanto que, para la procedencia del estudio de la eventual inconsistencia procesal que se pone de presente, y respecto de la cual, podría predicarse vulneración del derecho fundamental al debido proceso, la parte actora debió alegarla al interior del proceso ordinario. (...) [No obstante,] esta Sala advierte que el juzgado, en cumplimiento [del artículo 201 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021] (...), debió enviar un mensaje de datos al canal digital de los sujetos procesales comunicando el estado electrónico y la providencia a notificar, diligencia que no se agotó, como puede apreciarse de lo dicho por el accionante y de las anotaciones respectivas en el expediente digital de primera instancia visible en el aplicativo TYBA; con lo cual esta Sala encuentra plausible afirmar que, tal como lo indicaron los accionantes, en el presente asunto existió una indebida notificación del auto de 27 de enero de 2021, que eventualmente podría provocar una vulneración de su derecho fundamental al debido proceso. Aunado a lo anterior, la indebida notificación se puede advertir también de la constancia secretarial de 23 de abril de 2021, que obra en el expediente digital de segunda instancia disponible en el aplicativo TyBA, en virtud de la cual la escribiente del Tribunal Administrativo del Meta (...), informó que, luego de comunicarse con el juzgado a efectos de constatar la notificación del auto de 27 de enero de 2021 mediante el cual se citó a la diligencia de conciliación, se logró verificar que “el apoderado de la parte actora no había sido notificado del mentado auto”. (...) Sin embargo, la Sala no puede pasar por alto que el apoderado de la parte demandante solicitó la nulidad procesal de todo lo actuado a partir de la mencionada providencia, solicitud que fue resuelta por el Tribunal por auto de 19 de agosto de 2021 y que, al resultar negada, continuó la discusión hasta el recurso de súplica, que a su vez fue despachado por esta misma autoridad judicial mediante providencia de 11 de noviembre de 2021, en virtud de la cual confirmó la negativa a declarar la nulidad procesal. (...)

[Ahora bien,] la Sala encuentra que, si bien la autoridad judicial procedió en debida forma al momento de resolver la nulidad plantada como consecuencia de la indebida notificación del auto que citó a audiencia de conciliación, como quiera que identificó la causal correspondiente, evidenció los supuestos de saneamiento, y en ese orden consideró superado el vicio alegado, lo cierto es que, al momento de decidir la solicitud, dejó de lado aspectos fácticos y jurídicos relevantes en el presente asunto, con lo cual erró al adoptar fundamentos excesivamente formales que la llevaron a restringir a la parte demandante su derecho de contradicción, acceso a la administración de justicia y defensa (garantías que conforman el núcleo esencial de debido proceso), al mismo tiempo que generó un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial. (...) Con todo lo dicho, resulta aún más claro para esta Sala que las autoridades judiciales vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes, como quiera que no solo se omitió la debida notificación del auto que citó a la diligencia de conciliación, por lo que el apoderado de los demandantes no logró asistir a la diligencia, sino que, además, como consecuencia de dicha irregularidad, se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por ese extremo de la litis, con lo cual se le negó la posibilidad de controvertir, en lo que le hubiere sido desfavorable, la decisión dictada en primera instancia, y en consecuencia, se trató de una nulidad insanable, como quiera que se pretermitió íntegramente la segunda instancia a los demandantes”.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 201 / LEY 2080 DE 2021

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 1 de julio de 2022, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación 11001 03 15 000 2022 01328 01 \(AC\).](#)

2. Se incurre en desconocimiento del precedente judicial al aplicar la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020, sobre el término de caducidad del medio de control de reparación directa en casos de delitos de lesa humanidad y desplazamiento forzado, de forma automática, sin tener en cuenta las particularidades del caso.

Síntesis del caso: Los accionantes ejercieron el medio de control reparación directa contra la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, con ocasión del daño sufrido por la muerte del señor Ananías Barón Rodríguez, ocurrida el 7 de abril de 2007, en medio de un supuesto enfrentamiento con personal del Gaula del Ejército. El Juzgado Segundo Administrativo de Yopal, mediante sentencia del 18 de mayo de 2020, declaró probada de oficio la excepción de caducidad del medio de control, decisión confirmada por el Tribunal Administrativo de Casanare el 16 de septiembre de 2021. El Consejo de Estado concluyó que se incurrió en desconocimiento del precedente, ya que, al momento en que se instauró la demanda, no resultaba aplicable la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020 para concretar el punto de partida para el cómputo del término de caducidad para el ejercicio oportuno del medio de control.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / DELITO DE LESA HUMANIDAD / IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD / MUERTE DE CIVIL EN PERSECUCIÓN ADELANTADA POR AGENTE DEL ESTADO / FALSO POSITIVO / CASO FALSO POSITIVO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / ALCANCE DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / EFECTOS EX NUNC

Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo de Casanare vulneró los derechos fundamentales invocados, por presuntamente incurrir en los defectos procedimental absoluto, fáctico, sustantivo,

desconocimiento del precedente y error inducido, al proferir la providencia del 16 de septiembre de 2021, a través del cual confirmó la decisión del Juzgado Segundo Administrativo de Yopal del 18 de mayo de 2020, que declaró probada la excepción de caducidad del medio de control reparación directa, ejercido por el grupo familiar de la víctima, contra la Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional por la muerte o ejecución extrajudicial del señor [A.B.R.]?

Tesis: “Se controvierte en el sub lite la vulneración de los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, a la integridad personal, a la igualdad, al debido proceso y a la reparación integral, con la expedición de la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare del 16 de septiembre de 2021, en la que se declaró la caducidad del medio de control de reparación directa adelantado como consecuencia de la muerte violenta del señor [A.B.R.], por parte de miembros del Ejército Nacional. (...) [E]sta Sala de decisión puede evidenciar que, a diferencia de lo planteado por la parte actora, en el caso bajo análisis no se configura la existencia de los defectos fáctico, sustantivo o material y violación directa de la Constitución, pues el Tribunal Administrativo de Casanare, advirtió que de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso podía determinar que la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020 era la aplicable para establecer la interposición oportuna del medio de control reparación directa de acuerdo con las particularidades del caso. Sin embargo, (...) sí se advierte la configuración del desconocimiento del precedente jurisprudencial (...) [S]e evidencia que el Tribunal Administrativo de Casanare aunque se refirió a los argumentos de la demanda y del recurso de apelación, aplicó con radicalidad la sentencia de unificación [del 29 de enero de 2020] y obvió analizar las circunstancias particulares del caso, esto es, que para el momento en que se surtieron estas actuaciones no existía un criterio unificado de la Sección Tercera del Consejo de Estado que apuntara a aplicar la figura jurídica de la caducidad en estos eventos, pues consideró que con posterioridad a la providencia SUJ-61.033 de 2020, perdió continuidad la tesis jurisprudencial mayoritaria que le precedía. Al respecto, se advierte que la sentencia unificadora no moduló sus efectos, por lo que se entiende que opera a futuro o «ex nunc»; de ahí que el Tribunal Administrativo de Casanare estaba en la obligación de ponderar los derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de los demandantes, de cara a las circunstancias del caso concreto, a efectos de no hacer ilusorias las garantías constitucionales, entre estas, la reparación patrimonial, cuando resulte diáfano el daño causado por el Estado. En consecuencia, para la Sala, es procedente acceder al amparo de tutela invocado por la configuración del defecto «desconocimiento del precedente jurisprudencial», al no encontrar en la providencia cuestionada un análisis del caso concreto, ya que solamente aplicó ipso iure la sentencia de unificación.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; Subsección A, sentencia del 7 de julio de 2022; C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-15-000-2022-01694-01 \(AC\).](#)

3. Se vulneró el derecho fundamental al habeas data de unos contratistas a quienes se les reportó erróneamente en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas

Síntesis del caso: *El juez constitucional consideró vulnerado el derecho fundamental al habeas data de unos contratistas, a quienes por error la Contraloría general de la República y la Asociación Aeropuerto del Café reportaron en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. Aunque las entidades accionadas intentaron corregir el error, en el trámite de segunda instancia no se logró verificar la corrección del error del reporte. En tal sentido, se confirmó el fallo de primera instancia que amparó el derecho fundamental de la parte accionante.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / CONTRATO DE OBRA CIVIL / INHABILIDAD PARA CELEBRAR EL CONTRATO ESTATAL / RECTIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LA BASE DE DATOS / ERROR DEL ESTADO / CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / ALCANCE DEL DERECHO AL HABEAS DATA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL HABEAS DATA

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala definir [¿si] la Asociación Aeropuerto del Café y la Contraloría General de la República, vulneraron los derechos invocados por [J.C. de los R.P. y M.J.C.B.], al haberlos reportado en el Registro Nacional de Obras Inconclusas [?]*

Tesis: “En el caso concreto, los [accionantes] fueron reportados en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. Según indicaron, esta situación generó que no pudieran contratar con el Estado, actividad económica a la que ambos se dedican. Adicional a esto, los dos fueron reportados en la referida base de datos, con fundamento en información errónea, pues, por un lado, los contratos de obra por los que fueron incluidos en el Registro se encontraban debidamente liquidados y concluidos, y por otro, la entidad que los reportó admitió que se trataba de un error y que había adelantado las gestiones necesarias para corregir la información. En este orden de ideas, se puede observar que el derecho al habeas data de los actores fue vulnerado, pues la información que fue consignada en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas por parte de AeroCAFÉ, fue errónea. Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Caldas decidió amparar el derecho invocado, y en esa medida ordenó a las entidades contra las que se dirigió esta acción, que adelantaran las actuaciones necesarias para que, de manera coordinada, corrigieran el dato erróneamente diligenciado. Como consecuencia de ello, la Contraloría General de la República informó que había habilitado el sistema SIRECI, con el fin de que AeroCAFÉ procediera a eliminar el reporte. A su vez, esta última entidad afirmó que, en efecto, eliminó el dato consignado. Así mismo, para acreditar el cumplimiento de la orden de tutela, AeroCAFÉ allegó el “archivo [en] excel correspondiente al reporte del formulario ROLES DE INVOLUCRADOS”, en el que, según afirmó, se demostraba la eliminación de los nombres de los tutelantes del Registro. No obstante, cabe resaltar que en esta sede no fue posible verificar el cumplimiento de la orden del fallo de primera instancia, porque los datos adjuntos a dicho documento, fueron removidos debido a que contenían información que podía suponer un riesgo de seguridad. Por esta razón, en el portal web <https://obrasinconclusas.contraloria.gov.co/>, se consultaron los reportes realizados por la Asociación Aeropuerto del Café, y así se pudo constatar que, en efecto, fueron eliminados de dicha base. Así las cosas, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, pues considera, al igual que el Tribunal Administrativo de Caldas, el derecho al habeas data de los accionantes fue vulnerado”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C sentencia del 15 de julio de 2022, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Vargas, radicación 17001-23-33-000-2021-00096-01 \(AC\).](#)

4. Se vulnera el derecho de petición de un servidor judicial a quien la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura no le expidió el certificado laboral solicitado

Síntesis del caso: *A pesar de que transcurrieron más de cuatro meses desde la radicación del derecho de petición, el Consejo Superior de la Judicatura no dio respuesta sobre la solicitud de la certificación laboral de la tutelante. Por lo tanto, el juez constitucional concluyó que se vulnera el derecho fundamental de petición.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / DERECHO DE PETICIÓN / EXPEDICIÓN DEL CERTIFICADO LABORAL / AUSENCIA DE RESPUESTA DEL DERECHO DE PETICIÓN / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala determinar si se vulneró el derecho fundamental de petición del tutelante.*

Tesis: En el sub examine, se encuentra acreditado que el 10 de diciembre de 2021, el tutelante radicó de forma presencial su petición ante la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, para solicitar que se expidiera certificación laboral. También se encuentra acreditado que se envió reiteración de la petición el 29 de enero y el 9 de febrero de 2022 a los correos electrónicos [autorizados por dicha entidad para la recepción de documentos y peticiones]. Como corolario de lo expuesto, se observa amenaza del derecho fundamental de petición, en tanto la entidad demandada no ha dado respuesta a la solicitud, y a la fecha han transcurrido más de cuatro meses desde su radicación. Por último, opera la presunción establecida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual, se tendrán por ciertos los hechos si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente. Esta Sala encuentra que la autoridad demandada guardó silencio frente a la acción de tutela, por lo que se presumen ciertos los hechos que fundamentan el amparo constitucional sobre la omisión de respuesta y, en efecto, la vulneración del derecho fundamental incoado.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C sentencia del 29 de abril de 2022, C.P. Nicolas Yepes Corrales, radicación 11001-03-15-000-2022-01804-00 \(AC\).](#)

5. A pesar de que para alegar la violación del principio de congruencia el mecanismo preferente es el recurso extraordinario de revisión, en aras de salvaguardar el patrimonio público se flexibiliza el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela

Síntesis del caso: El Consejo de Estado, actuando como juez constitucional, resolvió estudiar de fondo la acción de tutela en la que se busca proteger el patrimonio público y el derecho fundamental al debido proceso de la Rama Judicial-Dirección Administrativa de Administración Judicial, a pesar de la posibilidad de presentar el recurso extraordinario de revisión por la causal de vulneración del principio de congruencia. Acreditada la existencia de un perjuicio irremediable, la Sección Cuarta de esta Corporación resolvió proteger del derecho fundamental alegado de la parte accionante.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO IRREMEDIABLE / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / RELIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES / PRIMA ESPECIAL EN LA RAMA JUDICIAL / BONIFICACIÓN POR SERVICIOS DE LA RAMA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Problema jurídico: [C]orresponde a la Sala determinar si la autoridad judicial demandada vulneró los derechos fundamentales invocados por la parte actora, por haber incurrido en la supuesta vulneración del principio de congruencia al dictar la sentencia del 18 de marzo de 2021, previa verificación de los requisitos generales de procedibilidad, [¿Es procedente la presente acción de tutela a pesar de que se alega un desconocimiento al principio de congruencia, lo cual, en principio, debe ser estudiado a través del recurso extraordinario de revisión?]

Tesis: “En esta ocasión, la entidad demandante afirmó que al proferir la sentencia del 18 de marzo de 2021 la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo del Magdalena desconoció el principio de congruencia dado que no hay correspondencia entre lo solicitado por la señora [B.M.] y lo decidido por la autoridad judicial demandada en segunda instancia. Se advierte que la tesis adoptada por esta Sala cuando se alega como vulnerado el principio de congruencia, es que la parte actora cuenta con otro medio de defensa para la protección de los derechos invocados, como lo es el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 248 de la Ley 1437 de 2011. Como se sabe, el recurso extraordinario de revisión es un medio de impugnación excepcional de las sentencias ejecutoriadas, que permite el rompimiento del principio de cosa juzgada para restablecer tanto el imperio de la justicia como del ordenamiento jurídico que suelen resultar desconocidos por hechos externos al proceso judicial. (...) [Ahora bien,] pese a que la controversia planteada por la entidad actora es un asunto que puede ser ventilado mediante el ejercicio del recurso extraordinario de revisión, amparada en la causal 5 del artículo 250 del CPACA, el perjuicio irremediable es inminente, si se tiene en cuenta que, lo reconocido y ordenado en la providencia objeto de reproche no guarda relación con el objeto de la demanda e incluso se observa que la bonificación por compensación se trata de una partida que no fue devengada por la señora [N.B.M.] lo cual sin duda afecta de manera irreversible el patrimonio público, dado que, de mantener vigente la decisión objeto de estudio, se aceptaría que se realicen pagos con sustento en una providencia judicial errónea, lo que no permitiría resarcir el daño. (...) [En lo referente a la posible configuración de un defecto sustantivo, a juicio de la Sala,] se puede constatar que la autoridad judicial demandada incurrió en el [citado] defecto (...) dado que la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión, pues las consideraciones expuestas en la sentencia del 18 de marzo de 2021, no tienen relación alguna con los fundamentos planteados en la demanda, dado que la señora [B.M.] solicitó en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el reconocimiento de la prima especial de servicios como factor salarial y, como consecuencia, que se reliquidaran las prestaciones sociales. Mientras que, en segunda instancia, el estudio abordado por el juez natural se enmarcó en la posibilidad de reconocer la bonificación por compensación como factor salarial de los empleados de la Rama Judicial, lo que sin duda alguna vulnera el principio de congruencia

pues no hay relación entre lo pedido y lo resuelto. En esa medida, es evidente que con la expedición de la providencia objeto de estudio, se vulneró el derecho al debido proceso de la demandante pues la decisión de confirmar la condena de primera instancia en su contra no guardó entidad alguna en su parte considerativa con lo realmente planteado y solicitado de la demanda. Como se vio, la violación al principio de congruencia se dio porque la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia. Por lo expuesto, se amparará el derecho fundamental al debido proceso de la parte actora”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 30 de junio de 2022, C.P. Milton Chávez García, radicación 11001-03-15-000-2022-02285-00 \(AC\).](#)

ACCIONES POPULARES

El Consejo de Estado ordenó medidas para proteger el derecho colectivo a la prevención de desastres, frente a los deslizamientos de tierra y la construcción inadecuada de inmuebles en el municipio de Copacabana, Antioquia.

Síntesis del caso: Varios ciudadanos ejercieron la acción popular contra el departamento de Antioquia, el municipio de Copacabana (Ant.), el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Devimed S.A., Corantioquia, y el Departamento Administrativo del Sistema de Prevención, Atención y Recuperación de Desastres, por estimar vulnerados varios derechos colectivos, debido a un movimiento en masa que se presentó el 27 de abril de 2011, en el sector de la Loma de Los Duque, Los García y la Parcelación La Aldea del municipio. Esta Corporación, en segunda instancia, consideró que fueron vulnerados los derechos colectivos deprecados, en especial, el de prevención de desastres previsibles técnicamente, e impartió medidas para el amparo de los derechos, tales como: el monitoreo del kilómetro 6 de la autopista Medellín – Bogotá, la implementación de un sistema de alerta temprana que a la comunidad en caso de un nuevo deslizamiento, la reubicación de las viviendas construidas en la zona de alto riesgo, el ajuste del PBOT en cuanto al uso del suelo del sector, la adecuación del cauce de la quebrada Los Cedros y la reforestación de la zona, entre otras.

ACCIÓN POPULAR / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / FUNCIONES DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE / CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL / FUNCIONES DEL MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE / RESPONSABLE DE LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES

Problema jurídico 1: ¿A los Ministerios de Transporte y de Ambiente y Desarrollo Sostenible les asiste legitimación en la causa por pasiva y, en consecuencia, también estarían llamados a responder por la afectación a los derechos colectivos deprecados por la parte accionante?

Tesis 1: “[L]os ministerios accionados no se encuentran legitimados en la causa por pasiva en la presente acción, pues no están en la obligación de atender las emergencias generadas por situaciones de riesgo, como el deslizamiento acaecido en el Municipio el 27 de abril de 2011. (...) Lo anterior en atención a que, el Ministerio de Transporte como encargado de la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos de transporte carretero, marítimo, fluvial, férreo y aéreo y la regulación técnica en materia de transporte y tránsito de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo, no es el responsable de garantizar los derechos colectivos aquí invocados, ya que lo pretendido con la presente acción se encamina a determinar los elementos causantes de la emergencia presentada en la loma de Los Duque, Los García y la parcelación La Aldea en el año 2011, así como las entidades y/o personas llamadas a atender el riesgo generado y que causaron la afectación de derechos. (...) [S]i bien tiene dentro de sus funciones el establecimiento de políticas para el desarrollo de infraestructura a través de modalidades como el contrato de concesión, lo cierto es que, para el caso aquí planteado, esta competencia no lo legitima para

atender la circunstancia debatida, pues los hechos objeto de la presente acción, no se relacionan con esta modalidad contractual sino con el acaecimiento de un fenómeno de movimiento en masa. (...) [E]l Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es el rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables, y se encarga de orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio y de definir las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y del ambiente de la Nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible, sin perjuicio de las funciones asignadas a otros sectores. (...) Como se observa, las funciones de este Ministerio tampoco se relacionan con la gestión del riesgo o atención de desastres, sino con el establecimiento de políticas para la conservación o recuperación del medio ambiente, presupuesto que si bien podría redundar en la protección de los derechos colectivos invocados por la parte actora, lo cierto es que, las demás entidades accionadas son las primeras llamadas a atender la afectación padecida por la comunidad del Municipio, como se expondrá al resolver los demás problemas jurídicos planteados. En conclusión, se confirmará la decisión del a quo de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de las referidas carteras Ministeriales, con base en las razones previamente expuestas.”

RECURSO DE APELACIÓN EN ACCIÓN POPULAR / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO AMBIENTAL / ACTO ADMINISTRATIVO / RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL / CONTRATO DE CONCESIÓN VÍAL / DESLIZAMIENTO DE TIERRA / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA FUERZA MAYOR / FUNCIÓN DEL INTERVENTOR

Problema jurídico 2: ¿Hay lugar a declarar la configuración de la causal de eximente de responsabilidad de fuerza mayor, por el hecho de que, presuntamente, el deslizamiento acaecido en el sector de la loma de Los Duque, Los García y la parcelación la Aldea del Municipio en el mes de abril de 2011 obedeció a causas naturales y acciones antrópicas?

Tesis 2: “[L]e asistió razón al Tribunal cuando decidió declarar no probada el eximente de responsabilidad de fuerza mayor, respecto de DEVIMED S.A., CORANTIOQUIA y los demás accionados, pues, como ya se señaló, las condiciones geológicas y geomorfológicas del talud evidenciaban la situación de riesgo en la que se encontraba la zona. (...) Adicionalmente, como lo indicaron los diferentes estudios aportados al plenario, el lugar en el que ocurrió el deslizamiento es altamente inestable y, por lo tanto, de alto riesgo, motivo por el que no se debieron permitir asentamientos humanos allí, circunstancia que pone de relieve el hecho de que todas y cada una de las entidades demandadas tenían o debían tener conocimiento de esta circunstancia, prueba de ello es que DEVIMED S.A. venía ejecutando obras de estabilización y que el día antes a que se presentara el movimiento en masa, el Municipio evacuó los habitantes de la loma de Los Duque, Los García y la parcelación La Aldea, lo que demuestra que efectivamente se pudieron haber adoptado medidas realmente eficientes que minimizaran el impacto del desastre o lo previniera, todo lo cual, rompe de tajo con la posibilidad de declarar la ocurrencia de un hecho de fuerza mayor.(...) Pone de manifiesto que no resulta procedente que al interior de las acciones populares se argumenten los eximentes de responsabilidad, en especial, el de fuerza mayor, para excusarse de ejecutar las medidas necesarias para la protección del derecho colectivo vulnerado, pues la acción popular no es reparatoria sino que propende por la protección real y efectiva de derechos cuya titularidad está en cabeza de la colectividad. (...) [A] juicio de la Sala, la actuación del interventor no devino en la afectación de los derechos colectivos invocados por la parte actora, pues, en el marco del contrato de interventoría, requirió a DEVIMED S.A., como concesionario de la vía, para que ejecutara las acciones necesarias para lograr la estabilización del kilómetro 6 de la autopista; aunado al hecho de que no era su competencia adelantar obras y/o estudios especializados, ya que, de conformidad con lo ordenado en el inciso 3 del artículo 83 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011, la interventoría propende por el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y/o jurídico a la ejecución de algunos de los contratos suscritos por el Estado (...) Lo anterior, pone de manifiesto que, en el marco de la concesión, el llamado a garantizar que la colectividad no se viera afectada por la inestabilidad del kilómetro 6 de la autopista, no era el interventor, sino el concesionario mismo, pues fue copartícipe de las circunstancias que incidieron en la desestabilización del talud. (...) [L]a vulneración de los derechos colectivos no puede ser atribuida al interventor, pero no por la existencia de fuerza mayor como eximente de responsabilidad como lo indicó el Tribunal, sino, porque no era su competencia adelantar obras y/o estudios especializados en la zona objeto de la acción para repeler la inestabilidad del terreno, por lo que, no era la garante de los derechos conculcados. (...) En consecuencia, se revocará el numeral segundo de la parte resolutoria de la sentencia apelada que declaró probada la excepción de fuerza mayor propuesta por CONSULTORÍA COLOMBIANA CONCOL B Y C S.A., tal como se indicó por las razones previamente expuestas.”

RECURSO DE APELACIÓN EN ACCIÓN POPULAR / SISTEMA NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / ATENCIÓN Y PREVENCIÓN DE DESASTRES / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CENTRO DE ANTIOQUIA / FACULTAD SANCIONATORIA DE CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / POLICÍA AMBIENTAL / COMPETENCIA A PREVENCIÓN / DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA / RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL / DESLIZAMIENTO DE TIERRA

Problema jurídico 3: *¿A CORANTIOQUIA y al Departamento les asiste competencias en materia de atención y prevención de desastres en su territorio?*

Tesis 3: “[L]os ministerios accionados no se encuentran legitimados en la causa por pasiva en la presente acción, pues no están en la obligación de atender las emergencias generadas por situaciones de riesgo, como el deslizamiento acaecido en el Municipio el 27 de abril de 2011. (...) Lo anterior en atención a que, el Ministerio de Transporte como encargado de la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos de transporte carretero, marítimo, fluvial, férreo y aéreo y la regulación técnica en materia de transporte y tránsito de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo, no es el responsable de garantizar los derechos colectivos aquí invocados, ya que lo pretendido con la presente acción se encamina a determinar los elementos causantes de la emergencia presentada en la loma de Los Duque, Los García y la parcelación La Aldea en el año 2011, así como las entidades y/o personas llamadas a atender el riesgo generado y que causaron la afectación de derechos. (...) [S]i bien tiene dentro de sus funciones el establecimiento de políticas para el desarrollo de infraestructura a través de modalidades como el contrato de concesión, lo cierto es que, para el caso aquí planteado, esta competencia no lo legitima para atender la circunstancia debatida, pues los hechos objeto de la presente acción, no se relacionan con esta modalidad contractual sino con el acaecimiento de un fenómeno de movimiento en masa. (...) [E]l Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es el rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables, y se encarga de orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio y de definir las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y del ambiente de la Nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible, sin perjuicio de las funciones asignadas a otros sectores. (...) Como se observa, las funciones de este Ministerio tampoco se relacionan con la gestión del riesgo o atención de desastres, sino con el establecimiento de políticas para la conservación o recuperación del medio ambiente, presupuesto que si bien podría redundar en la protección de los derechos colectivos invocados por la parte actora, lo cierto es que, las demás entidades accionadas son las primeras llamadas a atender la afectación padecida por la comunidad del Municipio, como se expondrá al resolver los demás problemas jurídicos planteados. En conclusión, se confirmará la decisión del a quo de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de las referidas carteras Ministeriales, con base en las razones previamente expuestas.”

RECURSO DE APELACIÓN EN ACCIÓN POPULAR / CONTRATO DE CONCESIÓN VÍAL / OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA / PREVENCIÓN DE DESASTRES / INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL / ESTADO DE VÍA PÚBLICA / INESTABILIDAD DE TERRENOS

Problema jurídico 4: *¿Son procedentes las órdenes de amparo impartidas por el Tribunal a DEVIMED S.A.??*

Tesis 4: “[L]a Sala observa que dentro de las obligaciones adquiridas por parte de DEVIMED S.A. se encuentra no solo el mantenimiento y operación de la autopista, sino también todos aquellos trabajos necesarios para su conservación, reparación, mantenimiento y reconstrucción para mantener la vía en servicio, además de tener la obligación de realizar el seguimiento y monitoreo ambiental del proyecto. (...) Los deberes en mención le permiten a la Sala concluir que, las órdenes impartidas por el Tribunal consistentes en mantener: 1. En forma permanente la inspección y vigilancia sobre el sector de su influencia y adelantar todas las medidas necesarias para conservar la estabilidad de la Autopista Medellín –Bogotá en el K. 6 y su terreno circundante, y; 2. (...) Un sistema de alerta temprana de la Autopista Medellín - Bogotá K. 6, con el fin de dar aviso efectivo a la comunidad ladera abajo en caso de presentarse movimientos en masa en la parte alta o media de la montaña que nos ocupa, se ajustan al marco contractual previamente definido. (...) Por lo tanto, no le asiste razón al apelante cuando afirma que se le está ordenando mantener vigilancia sobre predios que no están bajo su objeto contractual, pues es claro que la orden se refiere a los tramos que fueron objeto de la concesión. (...) Igual consideración debe hacerse en cuanto al argumento relacionado con su imposibilidad de invertir los dineros recaudados en el

desarrollo de la concesión en actividades diferentes a las expresamente señaladas en el contrato, pues como se señaló, ambas órdenes están enmarcadas en sus obligaciones contractuales. (...) [S]egún el dictamen pericial rendido ante el Tribunal por parte de un geólogo de la Universidad Nacional de Colombia en el mes de junio de 2017, que por demás no fue objetado, el sector sub examine presenta gran inestabilidad pese a que el movimiento estaba inactivo, lo que exige la adopción de medidas preventivas para evitar la ocurrencia de perjuicios que afecten la vulneración de los derechos colectivos, como en efecto lo ordenó el Tribunal, razón por la que no está llamado a prosperar el argumento de DEVIMED S.A., pues desconoce que la acción popular tiene una naturaleza preventiva.”

RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / RESPONSABILIDAD DE PARTICULARES EN ACCIÓN POPULAR / CONSTRUCCIÓN EN ZONA DE RIESGO / AMENAZA A LOS DERECHOS COLECTIVOS / DESLIZAMIENTO DE TIERRA / PREVENCIÓN DE DESASTRES PREVISIBLES DE VÍA PÚBLICA / INESTABILIDAD DE TERRENOS

Problema jurídico 5: *¿A los señores MAYA MONSALVE y VÉLEZ VÉLEZ les asiste responsabilidad en los hechos que dieron origen a la presente acción y, por tanto, deben ejecutar las órdenes de amparo en los términos expuestos por el Tribunal?*

Tesis 5: “[E]l hecho [de] que los estudios técnicos practicados, así como el informe rendido por el perito geólogo ante el a quo, son unánimes en señalar que la parcelación se encontraba en una zona de alto riesgo de deslizamiento, el cual fue acrecentado por las intervenciones, cortes, entre otros, que se practicaron sin la debida previsión técnica durante la construcción de las viviendas de la parcelación. [L]a Sala considera que los diferentes estudios practicados son unísonos en señalar la responsabilidad y participación de los señores Vélez Vélez y Maya Monsalve, en la inestabilidad del talud que desencadenó en el deslizamiento del 27 de abril de 2011. (...) Ahora bien, les asiste razón cuando afirman que la única causa no fueron las intervenciones realizadas en la parcelación la Aldea y que las características geológicas y geomorfológicas del terreno, así como las acciones de otras personas, y la ola invernal, también contribuyeron en la situación, no obstante, esto no los exime de la responsabilidad que sus actos les acarrearán y que están plenamente probados en el plenario. (...) Por otro lado, en cuanto al argumento que las medidas adoptadas por las autoridades competentes resultaron tardías, la Sala estima necesario recordarle a los señores [M.M.] y [V.V.] que para efectos de determinar su participación en la afectación aquí debatida, no es necesario remitirse a las acciones adelantadas por las demás partes, pues como está probado, su actuar contribuyó de manera eficiente en la concreción del peligro y, por lo tanto, en la vulneración de los derechos colectivos, razón por la que, además, está probado que el Municipio evacuó de manera preventiva a los habitantes del sector, lo que permitió que no se presentara pérdida de vidas humanas y, además, que DEVIMED S.A. también adelantó gestiones para garantizar la estabilidad de la autopista, y aun así están llamadas a responder por la afectación de los derechos colectivos, como se expuso en los párrafos precedentes. (...) En consecuencia, en atención a que los particulares en mención fueron corresponsables de la problemática que dio origen a la presente acción, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, resulta procedente que se le ordene concurrir con las entidades accionadas para que adopten las acciones que permitan hacer cesar la vulneración, a efectos de dar aplicación a los deberes de precaución, solidaridad y autoprotección. (...) [L]a Sala no puede ser ajena a la realidad en que se encuentran los señores [M.M.] y [V.V.], pues debido a que la zona donde está ubicado su predio es inestable y no es posible que ninguna persona se asiente allí, forzoso es concluir que no podrán seguir haciendo uso del derecho de propiedad que ostentan, razón por la que el Tribunal de ordenarles participar a cada uno de los accionados, en un porcentaje del 2.5%, en las medidas que le competen al ente territorial, resulta desproporcionada respecto de las condiciones actuales de los particulares, razón por la que, en su lugar, se les exhortará para que cooperen con las autoridades aquí accionadas en los trámites y gestiones que se requieran con miras a dar cumplimiento al presente fallo, sin perjuicio de las acciones administrativas y policivas a que haya lugar.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia del 9 de junio de 2022; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 05001-23-33-000-2012-00614-02 \(AP\).](#)

ACCIONES DE GRUPO

La acción de grupo no es procedente para estudiar la validez de un acto administrativo, así este haya sido la causa efectiva del daño.

Síntesis del caso: Los demandantes desarrollaban actividades de minería y alfarería tradicional, ancestral o de hecho en los sectores de Malvinas, Bellavista y Pantanitos en el municipio de Sogamoso (Boyacá). La autoridad ambiental, Corporación Autónoma Regional de Boyacá (Corpoboyacá) emitió la Resolución no. 0618 de 2013, en la cual resolvió el cierre definitivo y la demolición de los hornos artesanos de cocción de arcilla que se encontraran ubicados en zonas cuyo uso de suelo no lo permitía y, estableció que los propietarios o arrendatarios de hornos de cocción de ladrillo tendrían tres meses para la implementación de ductos y/o chimeneas, cuya altura y ubicación permitiera la dispersión adecuada de las emisiones atmosféricas producidas en el proceso de cocción. A juicio de los demandantes la Resolución es ilegal, pues desatendió lo previsto en el artículo 7 de la Ley 1450 de 2011; particularmente, en diferenciar la minería tradicional de la ilegal. Con la decisión tomada por la administración, los demandantes han sufrido daños patrimoniales, que reclaman a través de la acción de grupo. En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Boyacá negó las pretensiones de la demanda, al concluir que Corpoboyacá actuó en pro del goce de un ambiente sano, el equilibrio ecológico y el aprovechamiento racional de los recursos naturales.

ACCIÓN DE GRUPO / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DE PERJUICIOS CAUSADOS A UN GRUPO / SENTENCIA DE LA ACCIÓN DE GRUPO / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN / FUENTE DEL DAÑO / ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL / JUICIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Problema jurídico: ¿Es procedente el medio de control de reparación de perjuicios causados a un grupo para estudiar la validez de un acto administrativo de carácter general que causó un daño?

Tesis: “[E]n cuanto tiene que ver con la procedencia del medio de control de jurisdiccional de reparación de perjuicios causados a un grupo de personas resulta imprescindible determinar, en cada caso que se trate, la causa o fuente del daño alegado con el fin de establecer si dicho medio de control es el legalmente procedente, por consiguiente, así debe procederse en el presente asunto. 2) Según se anuncia en la demanda, la fuente del daño es la Resolución no. 0618 del 30 de abril de 2013 proferida por Corpoboyacá, pues, los demandantes consideran que su aplicación es la que genera el daño común y los consecuentes perjuicios que reclaman; en ese orden de ideas, estiman que la ejecución de este acto administrativo generó importantes afectaciones de orden económico y laboral que no están en la obligación jurídica de soportar, además, en los hechos y pretensiones de la demanda cuestionan inequívoca y directamente su legalidad. Ahora bien, pese a que a la demanda no es clara, de los hechos relatados y las pretensiones formuladas la Sala infiere razonablemente los siguientes cargos de nulidad: i) la Resolución no. 0618 del 30 de abril de 2013 violó el principio de confianza legítima porque cambió de manera intempestiva las condiciones de los demandantes que venían desarrollando la actividad minera tradicional y de alfarería en el municipio de Sogamoso; ii) el cierre definitivo y la demolición de los hornos artesanales ordenado en la Resolución no. 0618 del 30 de abril de 2013 que se encuentran en zonas cuyo uso del suelo no lo permita “resulta abiertamente ilegal”, si se tiene en cuenta que, según las competencias que fija la Ley 685 de 2001, ninguna autoridad regional, seccional o local puede establecer zonas excluidas de minería y, iii) el hecho generador de los perjuicios es la Resolución no. 0618 del 30 de abril de 2013 por razón de que los demandantes no pueden realizar inversiones ante la indefinición de los usos del suelo del POT de Sogamoso y el Plan de Ordenamiento Minero. (...) Al respecto, nótese que estas imputaciones o ataques directos a la ilegalidad de Resolución no. 0618 del 30 de abril de 2013 fueron los temas que abordó el a quo en la sentencia de primera instancia, quien mediante fallo de fondo negó las pretensiones de la demanda y dio respuesta a cada uno de estos reproches que, de manera evidente, cuestionaban la validez jurídica del acto administrativo general expedido por Corpoboyacá. 3) Por lo anterior, la Sala se apartará del fallo de primera instancia porque el medio de control de perjuicios reclamados por un grupo no es idóneo para el presente asunto, debido a que, como se analizó en el acápite anterior de esta providencia, no es posible discutir o cuestionar a través de este la legalidad de un acto administrativo general, situación que no se presentó ni se acreditó en el sub examine. (...) De esta manera, como los daños que se reclaman provienen de un acto administrativo general cuya legalidad discuten los actores tanto en la demanda como

en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, debido a que cuestionan la validez jurídica de la Resolución no. 0618 del 30 de abril de 2013 proferida por Corpoboyacá. (...) La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 del CPACA, está instituida para procurar la nulidad de un acto administrativo cuando se considera que este ha lesionado un derecho contenido en una norma jurídica, su consecuente restablecimiento del derecho, así como también la indemnización de los perjuicios causados con el acto. (...) Al respecto, es importante anotar que es perfectamente posible que un acto administrativo general cause directamente un daño antijurídico pues, para tal efecto no necesita que medie un acto de ejecución, por cuanto se trata de una decisión imperativa y unilateral de la administración que crea situaciones jurídicas abstractas e impersonales y que por sí sola puede causar perjuicios, frente a los cuales los administrados, como en el presente caso, pueden demandar su reparación en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho en los términos del referido artículo 138 inciso 220 . En consecuencia, debido a que los demandantes identificaron la causa eficiente del daño en el acto administrativo general contenido en la Resolución no. 0618 del 30 de abril de 2013 proferida por Corpoboyacá cuya legalidad discuten de manera directa en el medio de control jurisdiccional de perjuicios causados a un grupo de personas previsto en los artículos 3, 46 y siguientes de la Ley 472 de 1998 y 145 de la Ley 1437 de 2011, resulta improcedente.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 10 de junio de 2022, C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación 15001-23-33-000-2013-00533-01\(AG\).](#)

2

**SALA PLENA
DEL CONTENCIOSO**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

1. La condena en contra de una entidad que no fue parte ni integró con las demandadas algún litisconsorcio, ni actuó como sucesora procesal de alguna de ellas, vulnera los derechos de defensa y contradicción como constitutivos del debido proceso, lo que constituye un motivo que invalida el fallo de acuerdo con la causal quinta de revisión prevista en el artículo 250 del CPACA.

Síntesis del caso: En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, la Superintendencia Nacional de Salud instauró demanda en contra de la sentencia del 28 de agosto de 2014, mediante la cual la Sección Tercera – Subsección A del Consejo de Estado resolvió una demanda de reparación directa en la que se condenó a dicha entidad por las actuaciones u omisiones desplegadas por la E.P.S. Risaralda S.A. en liquidación en los hechos alegados por los demandantes, al haber presuntamente asumido las obligaciones de la E.P.S. liquidada, al ser su liquidadora de acuerdo con la Resolución No. 1940 del 13 de diciembre de 1999, por medio de la cual tomó posesión.

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 / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN FUNDADO

Problema jurídico: ¿La sentencia del 28 de agosto de 2014, dictada por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en la causal prevista en el numeral 5 del artículo 250 del CPACA, esto es, nulidad originada en la sentencia, específicamente por haber vulnerado los derechos de defensa y contradicción de la Superintendencia Nacional de Salud?

Tesis: “[E]n el fallo recurrido el ad quem imputó responsabilidad “por las actuaciones u omisiones desplegadas por la entonces E.P.S. Risaralda” y, en consecuencia, condenó a la Superintendencia Nacional de Salud al pago de unos perjuicios morales a favor de los [demandantes] (...), sin que dicha entidad fuera convocada en la demanda, integrara algún litisconsorcio, o se aceptara como sucesora procesal. La razón que sostuvo el sentenciador para atribuir responsabilidad y condenar a la entidad se fundamentó en la Resolución No. 1940 del 13 de diciembre de 1999 “Por la cual se ordena La Toma de Posesión para Liquidar la Sociedad “ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RISARALDA S.A.- E.P.S. RISARALDA S.A.” y se dictan otras disposiciones”, acto administrativo a partir del cual afirmó que la Superintendencia Nacional de Salud “asumió las obligaciones de la entidad liquidada al ser esta su liquidadora”. Pues bien, la Sala no comparte los argumentos expresados en la sentencia recurrida por dos razones fundamentales: i) Según quedó visto la Superintendencia Nacional de Salud no fue vinculada al proceso. La demanda se dirigió contra la “ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RISARALDA S.A.- E.P.S. RISARALDA S.A.” y contra la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira, y así se conformó el contradictorio a lo largo de toda la actuación. ii) La Superintendencia Nacional de Salud no tiene la calidad de sucesora procesal de la extinta sociedad “ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RISARALDA S.A. –E.P.S. RISARALDA EN LIQUIDACIÓN” y, por tanto, tampoco fue vinculada al proceso en sustitución de la entidad demandada, teniendo en cuenta que, para la fecha de presentación de la demanda de reparación directa ya se había expedido la Resolución No. 1940 del 13 de diciembre de 1999, mediante el cual se ordenó la toma de posesión para liquidar dicha sociedad conforme el artículo 31 del Decreto 1922 de 1994. (...) [S]i bien la

sentencia de segunda instancia de 28 de agosto de 2014 determinó que la Superintendencia Nacional de Salud debía responder por los daños y perjuicios ocasionados toda vez que “el señor José Francisco Martínez Petro, liquidador de la E.P.S. Risaralda” informó que a través de la Resolución No. 1940 del 13 de diciembre de 1999, había tomado posesión de la E.P.S. Risaralda S.A. para su liquidación, razón por la cual la recurrente debía asumir las obligaciones de la entidad liquidada, la Sala se aparta de esta consideración, dado que, si bien la actuación de la Superintendencia Nacional de Salud se ejerció dentro del marco de competencias que le atribuye la ley para ordenar los correctivos frente a la situación financiera de la entidad vigilada, el ejercicio de dicha función administrativa no deriva para la entidad la subrogación de las obligaciones que surjan de la prestación directa del servicio de salud por la sociedad intervenida. (...) En este orden de ideas, comoquiera que la Superintendencia Nacional de Salud no fue convocada al proceso de reparación directa (...), ni tampoco integró con las demandadas ningún litisconsorcio, ni actuó como sucesora procesal de la E.P.S. Risaralda S.A. en Liquidación, fuerza concluir que no tuvo la calidad de parte dentro del proceso ordinario, por lo tanto, la sentencia recurrida al declararla administrativamente responsable (...) y, en consecuencia, condenarla al pago de los perjuicios morales en favor de los actores, transgredió el derecho de defensa y contradicción como constitutivos del debido proceso, traducido en el presente caso, en la imposibilidad de ser escuchada en el juicio, hacer valer pruebas, controvertir las presentadas en su contra y discutir las decisiones a través de los órganos judiciales a través de los recursos legalmente establecidos. Por lo anterior, es indiscutible para la Sala que, en el presente caso, la condena a la Superintendencia Nacional de Salud impuesta en la sentencia de 28 de agosto de 2014 constituye un motivo que invalida el fallo de acuerdo con la causal quinta de revisión prevista en el artículo 250 del CPACA”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de revisión relativa a la nulidad originada en la sentencia y contra la que no procede ningún recurso, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo providencias del 20 de abril de 2004, radicado 11001-03-15-000-1996-00132-01; del 18 de octubre de 2005, radicado 11001-03-15-000-2000-00239-00, del 7 de febrero de 2006, radicado 11001-03-15-000-1997-00150-00; del 9 de marzo de 2010, radicado 11001-03-15-000-2002-1024-01 y del 31 de mayo de 2011, radicado 11001-03-15-000-2008-00294-00.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiuno Especial de Decisión; sentencia del 17 de junio de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-15-000-2014-04059-00\(REV\)](#)

2. El solo ejercicio de cargos directivos de los partidos o movimientos políticos no da lugar a la estructuración de la causal de pérdida de investidura del numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política, en cuanto estos no son empleos públicos o privados sino cargos políticos.

Síntesis del caso: *En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del congresista John Milton Rodríguez González, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por una presunta violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses, y por indebida destinación de dineros públicos.*

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Problema jurídico: *¿El senador John Milton Rodríguez desconoció el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses por el desempeño simultáneo de funciones congresales y de un cargo o empleo privado en el partido Colombia Justa Libres?*

Tesis: “[A] la luz de las reglas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta Sala Especial de Decisión estima que el hoy accionado no ejerció cargo o empleo público o privado. Es cierto que el Senador John Milton Rodríguez se desempeñó como miembro permanente del Consejo Directivo Nacional

del partido Colombia Justa Libres y, transitoriamente, como co-presidente delegado del mismo partido político; empero, no lo es menos, que tales actuaciones no corresponden al ejercicio de cargos o empleos públicos o privados. No puede hablarse de un cargo o empleo público porque, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, los partidos políticos no son entidades públicas ya que “no hacen parte de la estructura del Estado, integrada por las ramas legislativa, la ejecutiva y la judicial, por los órganos de control y por la organización electoral, según lo establecido en los títulos V, VI, VII, VIII, IX y X de la Constitución”. Tampoco puede considerarse que se ejerció un cargo o empleo privado porque, a partir de lo establecido en los artículos 40, 107, 108, 109, 111, y 152 -literal c)- constitucionales, los partidos y movimientos políticos no pueden asimilarse a las personas jurídicas de derecho privado, ya que “tienen objetivos diferentes, que no son políticos como los de aquéllos, y que están sujetas a una normatividad distinta de Derecho Público, consagrada en los Códigos Civil y de Comercio, y demás disposiciones que los complementen”. Eso explica el porqué, a la luz de los pronunciamientos del Consejo de Estado, los cargos directivos de los partidos o movimientos políticos no son cargos o empleos públicos o privados, sino cargos políticos, cuyo desempeño no da lugar a la estructuración de la causal de desinvestidura. Agréguese a lo dicho, que la participación del hoy Senador en el Consejo Directivo Nacional del partido político -como miembro permanente- y como co-presidente delegado -de manera transitoria en los años 2019 y 2021- corresponden al ejercicio de actividades válidas que no generan la causal de desinvestidura, por tratarse de actuaciones cobijadas dentro de la excepción establecida en el numeral 9° del artículo 283 de la Ley 5 de 1992”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza de los cargos directivos de los partidos o movimientos políticos, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 23 de febrero de 1994, M.P.: Ernesto Rafael Ariza Muñoz, expediente Nro.: AC-1386; 13 de diciembre de 1994, M.P.: Delio Gómez Leyva, expediente Nro. AC-2051; 29 de abril de 1997, M.P.: Mario Alario Méndez, expediente Nro.: AC-4534; y 20 de enero de 2004, M.P.: Ana Margarita Olaya Forero, radicado nro.: 11001-03-15-000-2003-01159-01.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Trece Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 26 de mayo de 2022; C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-15-000-2021-04291-00\(PI\)](#)

3. El Consejo de Estado a través del mecanismo de revisión eventual unifica su jurisprudencia y determina que en las acciones populares donde se invoquen como vulnerados la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, es deber del juez constitucional realizar un análisis independiente sobre la violación de cada uno de estos derechos e intereses colectivos.

Síntesis del caso: En ejercicio de la acción popular, el accionante solicitó que se declararan vulnerados los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, que presuntamente se vieron afectados por la retención que hizo Finagro de parte de unos dineros pertenecientes al Departamento de César, y que le habían sido consignados en desarrollo de un convenio interadministrativo celebrado entre las dos entidades para garantizar unos créditos. A juicio del demandante, los requisitos para hacer efectivas las garantías no se habían cumplido y por ello no procedía la retención de los dineros.

REVISIÓN EVENTUAL DE LA ACCIÓN POPULAR / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / ACCIÓN POPULAR / MORALIDAD ADMINISTRATIVA / DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / PROTECCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Problema jurídico 1: ¿La vulneración de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y a la moralidad administrativa debe ser analizada de manera independiente por parte del juez de la acción popular?

Tesis 1: “[L]a relación de conexidad que existe entre los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en modo alguno significa que deban analizarse de manera conjunta, como si se tratara de derechos interdependientes. Tampoco quiere decir dicha conexidad que, si en un caso no se encuentra vulnerado el derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, ello releva al juez de analizar la vulneración que existe, o no, del derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público, como lo interpretó e hizo el Tribunal en la Sentencia que se revisa. En otras palabras, la conexidad que se ha reconocido entre moralidad administrativa y defensa del patrimonio público no implica que el juez no deba hacer un estudio independiente de cada uno de estos derechos e intereses colectivos en cada caso.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la independencia de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 2009, exp. 2003-00013-01 (AP).

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN FUNDADO

Problema jurídico 2: *¿Se vulneró el derecho a la protección del patrimonio público por parte del Banco Agrario y Finagro, por la retención irregular que hizo Finagro de parte de unos dineros pertenecientes al Departamento de César, y que le habían sido consignados en desarrollo de un convenio interadministrativo celebrado entre las dos entidades como garantía de unos créditos?*

Tesis 2: “La Sala encuentra que el derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público sí fue vulnerado por las entidades demandadas, pues no se demostró que, respecto de todos los créditos incumplidos, el Banco Agrario hubiera presentado las demandas ejecutivas. Tampoco se acreditó que Finagro hubiera cumplido su obligación de constatar, previo a ordenar la retención o reserva de parte del dinero aportado por el Departamento de Cesar, que el Banco acreedor había cumplido con los requisitos para hacer efectiva la garantía. Como se constató en el numeral anterior, los reglamentos establecían que para hacer efectivas las garantías se requería que el Banco Agrario aportara prueba de haber iniciado los procesos ejecutivos contra los patrimonios autónomos. En el proceso no se acreditó la iniciación de esos procesos ejecutivos respecto de todos los créditos incumplidos. Por tanto, debido a que se retuvieron dineros públicos de titularidad del Departamento de Cesar sin que se hubieran verificado las condiciones contractuales para que ello procediera, se decidirá que en el caso se vio vulnerado el derecho e interés colectivo al patrimonio público”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Catorce Especial de Decisión; sentencia del 31 de mayo de 2022; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 20001-33-31-001-2007-00042-01 \(AP\)REV](#)

3
SECCIÓN
PRIMERA


CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Es válido el acto administrativo que restringe el derecho de dominio del propietario de un bien inmueble incluido en una zona franca cuando el mismo no tiene la calidad de usuario operador, siempre que se entienda que el carácter exclusivo de las funciones de las que es titular dicho usuario se predica respecto de los inmuebles que son de propiedad de la zona franca y no frente a aquellos que son de propiedad de terceros. Ello, sin perjuicio de la intervención concurrente del usuario operador en cada transacción, para garantizar las funciones de dirección, administración, supervisión y promoción que le corresponden, de conformidad con la ley y con lo que dispongan los reglamentos.

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, contra el literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, "Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 del 28 de diciembre de 1999", adicionado por el artículo 1º de la Resolución número 9254 del 25 de septiembre de 2008, "por la cual se modifica parcialmente la Resolución 4240 de 2000", expedidas por la Unidad Administrativa de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

ZONA FRANCA / USUARIO DE LA ZONA FRANCA / OPERADOR DE ZONA FRANCA / DISPOSICIÓN DEL BIEN INMUEBLE / PROPIEDAD / LÍMITES DEL DERECHO A LA PROPIEDAD / LIMITACIÓN A LA PROPIEDAD PRIVADA / DERECHO A LA LIBRE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES / INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO / VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DIAN / FALTA DE COMPETENCIA / COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA / MODULACIÓN DE LA SENTENCIA / NULIDAD CONDICIONADA

Problema jurídico: [S]i es nulo, por infracción a norma superior, el acto administrativo que restringe el derecho de dominio del propietario de un bien inmueble incluido en una zona franca cuando el mismo no tiene la calidad de usuario operador.

Tesis: "[L]a anotada norma superior [artículo 58] prevé que el Estado garantizará el derecho a la propiedad privada con arreglo a las normas civiles y, además, exige que cualquier afectación a su uso y goce sea producto de la atención al interés público y debe provenir del Legislador. [...] En este punto, debe advertirse que la Corte Constitucional también ha indicado que, aun cuando se esté en uno de los eventos permitidos por la Constitución Política para limitar la propiedad, dicha restricción no puede impedirse de forma absoluta los atributos de goce y disposición sobre el bien. [...] En tal contexto, es claro para la Sala que la disposición enjuiciada supone una trasgresión del artículo 58 Constitucional, pues, como quedó en evidencia con antelación, se otorgó una potestad para que el Usuario Operador de una Zona Franca disponga de forma exclusiva de todos los bienes que componen una zona franca, incluso aquellos que son de propiedad de terceros, impidiendo de forma absoluta que estos últimos puedan ejercer algún acto de disposición sobre los mismos, tales como arrendarlo o venderlo, entre otros. [...] [H]a de mencionarse que esta Corporación ha entendido que la validez del acto administrativo depende, entre otras razones, de que sea expedido por el funcionario o la autoridad pública habilitada por el ordenamiento jurídico para ello; es decir, que tal función se encuentre dentro de la órbita de las atribuciones asignadas en la Constitución, la ley o el reglamento. [...] Así pues, en relación con el caso concreto, debe indicarse que la mencionada restricción sobre el derecho de propiedad no fue adoptada a través de una Ley ni se invocaron los motivos de utilidad pública o de interés social que habilitaran a la DIAN a trasladar al Usuario Operador la posibilidad de disponer de bienes que no son de su propiedad; de ahí que lo dicho no sólo ponga en evidencia un

desconocimiento al artículo 58 Superior, sino que implique que la entidad demandada no tenía competencia para expedir una limitación del derecho de dominio como la que aquí es objeto de estudio, pues, como se vio, el único facultado para adoptar decisiones de esa naturaleza por expreso mandato constitucional, es el Congreso de la República. [...] Lo hasta aquí señalado, llevaría a acceder al petitum, si no fuera porque de declarar la nulidad del enunciado literal d) impugnado se produciría un vacío normativo que dificultaría el ejercicio de coordinación del que es titular el Usuario Operador y podría ocasionar serios inconvenientes en cuanto a la administración de los bienes que son propiedad de la zona franca. En consecuencia, en aplicación del efecto útil de las disposiciones legales, la Sala declarará la validez condicionada del literal d) del parágrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, adicionado por el artículo 1º de la Resolución número 9254 de 2008 proferida por la DIAN, siempre que se entienda que el carácter exclusivo de las funciones de las que es titular el Usuario Operador se predica respecto de los inmuebles que son del dominio de zona franca y no frente a aquellos que son de propiedad de terceros. A lo dicho debe agregar la Sala que no desconoce la función especial que cumplen las zonas francas en relación con el comercio exterior y el desarrollo del país, y las funciones de dirección, administración, supervisión y promoción que le corresponden y que le exigen velar por el estricto cumplimiento de los requisitos y condiciones para que los usuarios de zonas francas se instalen en ella; precisamente en desarrollo de tales funciones, quedaría facultada para oponerse a la disposición de un bien inmueble cuando ella implique el desconocimiento de las reglas que deben ser observadas en la respectiva zona franca, lo que implica su intervención concurrente en la transacción. Pero lo que no puede atribuirse es la disposición exclusiva sobre bienes inmuebles que no son propiedad de la zona franca, pues tal limitación a los derechos de propiedad de terceros desborda la facultad que fue conferida por el legislador, único competente para pronunciarse sobre esta materia, y constituye una medida desproporcionada para la protección del interés general.”

Salvamento de voto de la consejera Nubia Margoth Peña Garzón

ZONA FRANCA / NORMA ESPECIAL / REGLAMENTACIÓN DE LA ZONA FRANCA / USUARIO DE LA ZONA FRANCA / OPERADOR DE ZONA FRANCA / PROPIETARIO DEL BIEN INMUEBLE / DIAN / COMPETENCIA DE LA DIAN / DISPOSICIÓN DEL BIEN INMUEBLE / CONTRATO / DERECHO A LA LIBRE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES / LIMITACIONES A LA PROPIEDAD

Problema jurídico: ¿Han debido negarse las pretensiones de la demanda?

Tesis: En primer lugar, estimo conveniente contextualizar que el examen de legalidad del literal d) del parágrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, se concretó en el cargo de incompetencia atribuida a la DIAN, por cuanto dicha norma previó “que el usuario operador de la zona franca era el único habilitado para ejercer actos de disposición sobre los inmuebles que hacen parte de ésta”. El fallo concluyó que se probó un exceso en su atribución, al limitar la propiedad de los inmuebles integrantes de una zona franca, bajo el entendido de que el único autorizado para comprar, arrendar, enajenar o disponer de los inmuebles era dicho usuario, lo que conllevó una violación al artículo 58 Superior, pues solo el legislador está habilitado para tal restricción. Pese a encontrar que esta vulneración llevaría a la nulidad del literal d), la Sala identificó que se produciría un vacío normativo que dificultaría el ejercicio de coordinación del que es titular el Usuario Operador y podría ocasionar serios inconvenientes en cuanto a la administración de los bienes que son propiedad de la zona franca, motivo por el cual le confirió validez condicionada. Planteados los razonamientos concluyentes del fallo, estimo importante destacar que la regulación de las zonas francas, según el artículo 1º de la Ley 1004 de 2005, tiene específicas características que la definen como “[...] una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior”. Esta circunstancia de “normativa especial” es relevante porque en vigencia del Decreto 2685 de 1999 y su modificatorio, el 383 de 2007, la declaratoria de existencia de una zona franca se efectuaba mediante resolución motivada que expedía la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, y su duración no podía exceder de 30 años. La referencia a la declaratoria de existencia de la zona franca es de vital importancia porque el fallo encontró que la DIAN era incompetente para imponer una limitación al derecho de la propiedad sobre los inmuebles que se ubican en la zona franca y que no son de titularidad del Usuario Operador de ésta. Tal hecho se analizó a la luz del artículo 58 Superior, y aunque partió del texto del Decreto 2685 de 1999, que facultaba al Usuario Operador para “2. Adquirir, arrendar o disponer a cualquier título de inmuebles, con destino a las actividades de Zona Franca”, no consideró el hecho de que para que la DIAN emitiera la declaratoria de la zona franca debía existir un “contrato de disposición” frente a los predios que no fuesen de propiedad del usuario operador, con lo cual se garantizaba al solicitante de la zona franca la debida gestión, administración y desarrollo de las actividades a su cargo durante el término de su vigencia. Este requisito de carácter previo, a mi juicio, debió ser considerado al examinar el reproche de la demanda, por cuanto la atribución que encontró excesiva estaba justificada en la declaratoria de la zona franca y con ello en la necesidad de que los inmuebles afectados estuvieran legalmente sometidos a esta restricción o limitación que les imponía el

pertenecer a la zona declarada como tal. [...] Este análisis sobre la normativa que rige dicha declaratoria ameritaba una revisión, por cuanto el apartado que se condicionó, no podía estudiarse únicamente desde la óptica del artículo 58 Superior, bajo el entendido de constituir un derecho absoluto, conforme se plantea, pues claramente es posible y así lo permite el Decreto 2685 de 1999, frente a que los inmuebles que no pertenecieran al solicitante se suscribiera un contrato que garantizaba el uso y la disposición del mismo por el tiempo del desarrollo de la zona franca. De manera que, precisamente, frente a tales predios que no son de propiedad del usuario operador ha de versar un acuerdo de voluntades que, de acuerdo con las leyes civiles, implica la fijación de unas obligaciones y deberes a cumplirse por quienes suscriben un contrato, en este caso, del denominado contrato de disposición, que por ser previo a la declaratoria era requisito per se para que la DIAN aceptara su desarrollo. Entonces, bajo estas circunstancias, a mi juicio, no podía concluirse que existió una restricción y menos que resultó excesiva. Tampoco, como consecuencia de ésta que el acto acusado se expidió con incompetencia de la DIAN, por cuanto claramente una zona franca está: i) sometida a un régimen especial respecto de un territorio específico y delimitado, y ii) es requisito previo la existencia de un acuerdo de uso o disposición entre el Usuario Operador y su propietario, con miras a cumplir el propósito de la zona franca, por el tiempo de su declaratoria, cuando quiera que el inmueble no pertenezca a dicho usuario. En este sentido era necesario contextualizar las funciones a cargo del usuario operador, a fin de evidenciar que el régimen especial que rige la operación de la zona franca justifica las atribuciones conferidas, entre las que se encuentra la administración, entendida como aquella que le concierne en relación con el territorio de la operación y disposición, que se aprecia en relación con el referido contrato y su exigencia, pues no puede perderse de vista que al constituir un acuerdo de voluntades, evidencia su naturaleza volitiva no impositiva, frente a que el propietario del inmueble destinado a la zona franca bien pudo no haber aceptado los términos de disposición y, por lo mismo, no surgir el contrato, lo que impediría la declaratoria de la zona franca. [...] Entonces, el análisis paralelo que se realizó de la norma que antecede y de la que fue objeto de demanda, se hizo a partir de una lectura y análisis parcial de la norma acusada, que no correspondió a su integralidad lo que llevó en mi entender, a descontextualizar el sentido de estas atribuciones, pues, cuando la norma cuestionada se refiere a la “administración exclusiva” no desconoce derechos de propiedad, en tanto éstos están a salvo con los acuerdos de disposición previamente suscritos con los propietarios de dichos inmuebles, y que constituyen como se vio, un requisitos sine quanon para la declaratoria. De manera que inferir una lectura aislada para derivar la afectación de un derecho de orden superior es desconocer el régimen especial al que se encuentran sometidos los inmuebles que conforman una zona franca y, en todo caso, la voluntad del propietario, pues, insisto, respecto de su derecho real es el acuerdo de voluntades sobre la disposición de éste, lo que respalda la autonomía de su derecho a la propiedad. Tampoco se desprende de la norma acusada que la declaratoria de una zona franca impida la transferencia de dominio, como lo concluyó el fallo, pues lo cierto es que no existe un gravamen que se ordene registrar en el folio de matrícula, lo cual no descarta que en cada caso concreto se deban analizar los términos del contrato de disposición, que en definitiva contiene el acuerdo sobre su uso. En estos términos expongo las razones de mi salvamento de voto, y por las cuales consideré que procedía denegar las pretensiones de la demanda.

Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

SENTENCIA / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: *¿Se debe en la parte resolutive de la sentencia condicionar la validez del acto administrativo demandado?*

Tesis: La Sala de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la sentencia, consideró que: “[...] Lo hasta aquí señalado, llevaría a acceder al petitum, si no fuera porque de declarar la nulidad del enunciado literal d) impugnado se produciría un vacío normativo que dificultaría el ejercicio de coordinación del que es titular el Usuario Operador y podría ocasionar serios inconvenientes en cuanto a la administración de los bienes que son propiedad de la zona franca [...]”. 3. Y, concluyó que “[...] en aplicación del efecto útil de las disposiciones legales, la Sala declarará la validez condicionada del literal d) del parágrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, adicionado por el artículo 1º de la Resolución número 9254 de 2008 proferida por la DIAN, siempre que se entienda que el carácter exclusivo de las funciones de las que es titular el Usuario Operador se predica respecto de los inmuebles que son del dominio de zona franca y no frente a aquellos que son de propiedad de terceros [...]”. El suscrito Magistrado, aunque comparte la decisión, estima que, los actos administrativos gozan de presunción de legalidad; en la parte considerativa se realiza su respectivo estudio y se indican los motivos y los términos por los cuales no se declara la nulidad; y, en esa medida, en la parte resolutive, se debe omitir su condicionamiento, toda vez que, la sentencia se profiere por las razones expuestas en su parte motiva.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 12 de mayo de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 1100103-24-000-2014-00458-00.](#)

2. Los artículos 2° y 4° del Decreto 4500 de 2006 no vulneran los derechos a la libertad de religión y cultos.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, contra los artículos 2°. y 4°. del Decreto núm. 4500 de 19 de diciembre de 2006, "Por el cual se establecen normas sobre la educación religiosa en los establecimientos oficiales y privados de educación preescolar, básica y media de acuerdo con la Ley 115 de 1994 y la Ley 133 de 1994.", expedido por el Presidente de la República y la Ministra de Educación Nacional.*

ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO / DERECHO A LA EDUCACIÓN / DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO / DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS SOCIOECONÓMICOS / CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO

Problema jurídico 1: *[S]i como lo dice la parte demandante, la expedición de las normas acusadas, desconoció los derechos a la libertad conciencia, religión, creencia, cultos y educación de los usuarios del derecho a la educación de las instituciones de educación preescolar, básica y media; por haber dispuesto un área de educación religiosa como obligatoria y evaluable para la promoción de los estudiantes al siguiente grado; si vulneran el inciso 4 del artículo 68 de la Constitución Política y, en consecuencia, si se debe declarar la nulidad de los artículos 2°. y 4°. del Decreto núm. 4500 de 2006.*

Tesis 1: [E]l artículo 2° demandado previó que todos los establecimientos - oficiales y privados -, en los que se imparta educación formal, deben ofrecer en su currículo y en el plan de estudios, como obligatoria y fundamental, el área de educación religiosa; lo anterior, con sujeción a los artículos 68 de la Constitución Política; 23 y 24 de la Ley 115 de 1994 y a la Ley 133 de 1994. La Sala al confrontar el artículo 2° acusado del Decreto núm. 4500 de 2006 con las normas transcritas supra, encuentra que: Si bien este artículo dispone el ofrecimiento, dentro del currículo y en el plan de estudios, del área de Educación Religiosa como obligatoria y fundamental, también se determina que es con sujeción a lo regulado en los artículos 68 de la Constitución, 23 y 24 de la Ley 115 y en la Ley 133. El inciso 4° del artículo 68 de la Constitución Política, dispone que "[...] en los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa [...]" El artículo 23 de la Ley 115 determina las áreas obligatorias y fundamentales del conocimiento y de la formación que necesariamente se deberán ofrecer de acuerdo con el currículo y el PEI, entre las que se encuentra la de educación religiosa. En el artículo inmediatamente siguiente (24), referente a la educación religiosa, señala que: i) en los establecimientos educativos - públicos y privados se garantiza el derecho a recibir educación religiosa; ii) esta área se establecerá sin perjuicio de las libertades de conciencia y de culto; y de los padres a escoger el tipo de educación para sus hijos menores; iii) en los establecimientos del Estado ninguna persona puede ser obligada a recibir educación religiosa; y iv) el área se deberá impartir con sujeción a lo que establezca la ley estatutaria que desarrolla el derecho de libertad religiosa y de cultos. [...] La Ley 133, que desarrolla los derechos de libertad religiosa y de cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución, en el artículo 2° reconoce el principio pluralista del Estado al prever que ninguna iglesia o confesión religiosa es ni será oficial o estatal; en el artículo 6.° garantiza, entre otros, los derechos a profesar las creencias religiosas que libremente se elijan o no profesar ninguna; a recibir o no enseñanza o información religiosa; de elegir para sí y los padres del hijo menor o incapaces bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito, la educación religiosa y moral según sus convicciones; a que los establecimientos educativos ofrezcan educación religiosa y moral de acuerdo con la enseñanza de la religión a la que pertenezcan; y a que los estudiantes ejerzan su derecho a no recibir educación religiosa; también establece que la voluntad de no recibir enseñanza religiosa y moral puede ser manifestada en el acto de matrícula por el alumno mayor de edad o los padres o curadores del menor o del incapaz. La Sala, acorde con lo anterior, considera que el artículo 2° del Decreto núm. 4500 de 2006 al establecer la educación religiosa como obligatoria y fundamental, no transgredió el artículo 68 Superior, por cuanto ello no implica la imposición de una religión específica a ser enseñada en los establecimiento educativos oficiales y privados; por el contrario, la norma regula que las instituciones educativas deberán respetar los derechos a la libertad religiosa y de cultos garantizada en el artículo 19 de la Constitución Política y desarrollada en la ley, la cual previó esta última el derecho de los padres de hijos menores o

incapaces, y de los estudiantes mayores de edad, a recibir o no educación religiosa, como se anotó previamente. La Sala destaca adicionalmente que los derechos a la libertad religiosa y de cultos de los estudiantes no solo están protegidos en el artículo 2° demandado; sino que dicha protección se extiende en el artículo 5° del Decreto 4500 de 2006, atinente a la libertad religiosa, en el que se establece que “[...] Los estudiantes ejercen su derecho a la libertad religiosa al optar o no por tomar la educación religiosa que se ofrece en su establecimiento educativo, aunque no corresponda a su credo, y en tal caso a realizar las actividades relacionadas con esta área de acuerdo con lo previsto en el Proyecto Educativo Institucional [...]”; decisión que “[...] deberá ser adoptada por los padres o tutores legales de los menores o por los estudiantes si son mayores de edad [...]”. De esta manera, se puede concluir que la disposición acusada está acorde tanto con el ordenamiento normativo interno como con la normativa internacional protectora de los derechos humanos, transcrita supra. Para la Sala, el que la norma se refiera a educación religiosa, no implica necesariamente que el área a impartir deba tener un componente religioso específico; lo anterior, en virtud a que los establecimientos educativos, en concreto los oficiales, a los que puede acudir cualquier persona en ejercicio de su derecho a la educación, deben contemplar en sus PEI, en cuya conformación participan los padres de familia, “[...] un programa alternativo [...] con base en el cual se evaluará [...]”; esto significa, que una institución educativa oficial, previa participación de la comunidad educativa, puede contemplar en el PEI la enseñanza o no de una religión específica; sin embargo, en el PEI se deberá garantizar, para aquellas personas que profesen una religión o no, un programa alternativo que les permita el ejercicio de sus libertades de conciencia, de religión y de cultos. En lo que respecta al proceso evaluativo del área de educación religiosa regulado en el artículo 4° demandado del Decreto núm. 4500 de 2006, como componente integral para la promoción de los estudiantes al grado siguiente, la Sala tampoco observa ilegalidad alguna, porque esta disposición garantiza un programa alternativo para quienes en ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales decidan no cursar el área citada supra que, se reitera, puede contener o no un componente religioso específico; y además, esta disposición demandada, se encuentra en armonía con lo previsto en el artículo 4° del Decreto núm. 230 de 2002, el cual regula la evaluación de los estudiantes, que tiene entre sus principales finalidades, las de: i) valorar el alcance y la obtención de logros, competencias y conocimientos por parte de los alumnos; y, ii) definir la promoción o no de los estudiantes en cada grado de la educación básica y media.

ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO / DERECHO A LA EDUCACIÓN / DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO / ESTUDIANTE / DERECHO A LA IGUALDAD / AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA / AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO

Problema jurídico 2: [S]i como lo dice la parte demandante, la expedición de las normas acusadas, desconoció los derechos a la libertad conciencia, religión, creencia, cultos y educación de los usuarios del derecho a la educación de las instituciones de educación preescolar, básica y media; por haber dispuesto un área de educación religiosa como obligatoria y evaluable para la promoción de los estudiantes al siguiente grado; si vulneran los artículos 18 y 19 de la Constitución Política, los literales g y h de la Ley 133 de 1994, 23 y 24 de la Ley 115 de 1994 y, en consecuencia, si se debe declarar la nulidad de los artículos 2°. y 4°. del Decreto núm. 4500 de 2006.

Tesis 2: En este punto y de conformidad con la jurisprudencia constitucional sobre la libertad religiosa y de cultos, la Sala no observa de qué manera la parte demandada interviene en la libertad de conciencia de los padres, estudiantes y profesores de las instituciones educativas; tampoco que los artículos acusados contraríen dicha libertad contenida en la norma supuestamente infringida según la parte demandante, por cuanto la regulación prevista en las normas acusadas no vulneran ni afectan las convicciones o creencias de los estudiantes, ni los obliga a actuar contra su conciencia. La Sala reitera que los artículos acusados respetan las garantías constitucionales y legales; de su lectura, en armonía y de forma integral con las restantes disposiciones del Decreto núm. 4500 de 2006, no es posible predicar que los usuarios de la educación religiosa estén obligados, para no cursar el área, a revelar cuáles son sus convicciones o creencias; lo que se advierte es que basta con manifestar el deseo de no querer recibir la cátedra para que, en consecuencia, puedan acceder al programa alternativo que debe estar previsto en el PEI, con lo cual se salvaguardan, respetan y cumplen las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la libertad religiosa y de cultos. . Ahora bien, la Sala destaca nuevamente que el hecho de que el área denominada educación religiosa se tenga que evaluar, no genera violación de los derechos de los estudiantes; por el contrario, garantiza un trato en igualdad de condiciones porque bien sea que se curse el programa curricular dispuesto en la institución educativa, o en el programa alternativo, la totalidad de los estudiantes deberán ser evaluados para acceder a un grado superior; de no ser así, en este aspecto, se les daría un trato preferencial a quienes en ejercicio de sus derechos de conciencia, religión o creencia, se abstienen de cursar el área de educación religiosa. De esta manera, la esencia del programa alternativo es precisamente garantizar la libertades constitucionales de religión o creencia; de ahí que si una institución de carácter oficial opta en su PEI por una educación laica, como considera la parte demandante debe ser, los estudiantes que desean recibir una educación religiosa, puedan acceder a ella y viceversa; es

decir, sin interesar si las instituciones educativas, junto con la totalidad de la comunidad educativa, optan por impartir un área de educación religiosa propiamente dicha o laica, la totalidad de los estudiantes deberán ser evaluados en igualdad de condiciones con el objeto de ser promovidos al grado siguiente; educación que, como se dispone en la ley, deberá ser impartida por docentes idóneos.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 1 de julio de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2007-00092-00.](#)

3. No son nulos los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 12, 13, 27, 30, 34, y 35 del Decreto 1290 de 2008, por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley.

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, contra el Decreto 1290 de 22 de abril de 2008, “por el cual “[...] se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley [...]”, proferido por el Gobierno Nacional conformado por el Presidente de la República, el Ministro del Interior y de Justicia (hoy Ministro de Justicia y del Derecho) y el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

PROGRAMA DE REPARACIÓN INDIVIDUAL POR VÍA ADMINISTRATIVA / VÍCTIMA / GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / DERECHOS DE LA VÍCTIMA / REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA / INDEMNIZACIÓN ADMINISTRATIVA / EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / INEXISTENCIA DE LA EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / INEXISTENCIA DE LA DESVIACIÓN DE PODER / INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DE LA NORMA EN QUE DEBÍA FUNDARSE

Problema jurídico 1: [S]i las disposiciones acusadas [artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 12, 13, 27, 30, 34, y 35] del Decreto 1290 de 22 de abril de 2008, fueron expedidas por el Gobierno Nacional extralimitándose en el ejercicio de sus competencias, con desviación de las atribuciones propias de los funcionarios que las expidieron, o por infracción de las normas en que deberían fundarse, y, en consecuencia, si debe declararse su nulidad

Tesis 1: El Gobierno Nacional, conformado por el Presidente de la República, el Ministro del Interior y de Justicia (hoy Ministro de Justicia y del Derecho) y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, profirió el Decreto 1290 de 22 de abril de 2008, por el cual “[...] se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley [...]” El Gobierno Nacional, expuso los motivos por los cuales se profirió el decreto acusado y las normas en las que se basó para ello. El Gobierno Nacional, previo a la expedición del decreto acusado, realizó consultas sociales a nivel nacional, las cuales obedecieron a un cronograma y a una metodología previamente diseñadas. De estas consultas se dejó registro escrito discriminado por ciudades. [...] Contrario a lo afirmado por el demandante, el Decreto 1290 de 2008, en desarrollo de la ley, acoge las reglas previstas por los instrumentos internacionales que establecen los principios fundamentales a la reparación suficiente, efectiva, rápida, y proporcional a la gravedad de las violaciones y a la entidad del daño sufrido, y conforme a la Ley 975, “[...] es viable que el Estado, dentro del principio de solidaridad y la obligación residual de reparar pueda establecer un procedimiento administrativo para reparar de manera anticipada a las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, sin perjuicio de la obligación de hacerlo que tienen los victimarios y el derecho de repetición del Estado contra estos [...]” En consecuencia, la Sala no considera que el acto administrativo acusado se haya expedido por fuera de las competencias del órgano emisor, por cuanto no se excedió la potestad reglamentaria, por lo que, el cargo no prosperará. Desviación de las atribuciones propias del funcionario. La anterior consideración sirve de base para el estudio del cargo relacionado con la desviación o abuso de poder en la que, a juicio de la parte demandante, presuntamente incurrió la administración con la expedición del decreto acusado y que la Sala considera que no se configuró debido a que, de conformidad con la valoración probatoria efectuada y el estudio del marco jurídico y jurisprudencial, no se encuentra que el Gobierno Nacional haya actuado en búsqueda de satisfacción de un interés personal al expedir el acto acusado. [...] Infracción de las normas en que debería fundarse 201. Respecto del cargo de infracción de las normas en que debería fundarse,

debe indicarse que, el programa fue establecido como uno de los componentes del Plan Nacional de Reparaciones y expresamente se manifestó que con él “[...] no se agotan las posibilidades de reparación por otros conceptos en beneficio de las víctimas de los grupos armados al margen de la ley [...]”. La parte demandante basa la razón de sus argumentos en la presunta violación de los derechos constitucionalmente protegidos que fueron referidos anteriormente. La Sala encuentra que esta violación no se configura respecto de ninguna de las normas transcritas, puesto que el programa creado mediante el decreto acusado especifica que “[...] no pretende agotar por completo las posibilidades de reparación por otros conceptos en beneficio de las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley [...]”, así que solo representa una garantía más para el pleno disfrute de cada derecho y no lo limita ni coarta. [...] La Sala considera que la parte demandante no logró desvirtuar la legalidad de los artículos objeto de control indicados supra 1, 2, 3, 4, 5, 6, 12, 13, 27, 30, 34, y 35 del Decreto 1290 de 22 de abril de 2008 por lo que los cargos de: i) extralimitación de las competencias; ii) desviación de las atribuciones propias del funcionario que los profirió; e iii) infracción de las normas en que debería fundarse no fueron probados y, por consiguiente, se negarán las pretensiones de la demanda. Con respecto a los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 31, 32, 33, 36, y 37, la Sala declarará de oficio la excepción de inepta demanda.

REQUISITOS DE LA DEMANDA / CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD / CONFIGURACIÓN PARCIAL DE LA INEPTITUD DE LA DEMANDA / PROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

Problema jurídico 2: Se debe declarar probada la excepción de inepta demanda planteada por el agente del Ministerio Público respecto de los cargos formulados en contra de los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 32, 33, 36, y 37 del decreto acusado, por considerar que la parte demandante omitió la carga procesal de desarrollar el concepto de violación, explicando las razones de por qué dichas disposiciones deben desaparecer del ordenamiento jurídico y no se encuentran amparadas por el principio de presunción de legalidad que las cobija.

Tesis 2: La Sala encuentra acertada la posición del Ministerio Público, por cuanto se observa que la parte demandante se limitó a afirmar que los artículos relacionados no se oponían por sí mismos a la Constitución Política, y solicitaba su nulidad, en razón de la presunta ilegalidad de los artículos precedentes. Por lo anterior, dada la ausencia absoluta de invocación normativa y de concepto de violación, la Sala encuentra probada de oficio la excepción de inepta demanda por ausencia de requisitos formales respecto de los artículos mencionados, pero también en cuanto al artículo 31 del decreto acusado, porque de ninguno de estos la parte demandante precisó las razones de la violación alegada ni el alcance y sentido de la misma. Por tanto, en uso de la facultad oficiosa prevista en el artículo 164, inciso segundo, del Código Contencioso Administrativo, así se declarará, y se continuará el estudio del caso solo respecto de los artículos restantes.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 8 de julio de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-](#)

4
SECCIÓN
SEGUNDA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992 no se encuentra sujetas al tope pensional que fija la Ley 71 de 1988 de 15 SMLMV, sino al límite consagrado en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, 20 SMLMV, sin que sea posible que su para aplicación se condicione por parte de la administración la consolidación del derecho en dicho término para acceder a la reliquidación de la prestación.

Síntesis del caso: A un servidor público se le reconoció la pensión de jubilación en el año 1991. En mayo del año 1993, la administración le reconoció un incremento pensional con efectividad a enero de la misma anualidad, atendiendo el monto de 15 SMLMV preceptuado en la Ley 71 de 1989. En el 2012 el pensionado solicitó el reajuste de la prestación a 20 SMLMV, en aplicación del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, por considerar que le asistía dicho derecho por cuanto su reconocimiento pensional fue posterior a la vigencia de la Ley 4 de 1992. La petición no fue atendida por la administración al considerar que el reajuste solicitado se encontraba condicionado a que la consolidación del derecho fuera posterior a 1992, lo cual no se cumplía en su caso.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN / LÍMITES AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / MONTO MÁXIMO DE LA PENSIÓN / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Problema jurídico : ¿ Es posible que a la pensión de jubilación reconocida el 31 de mayo de 1993, con efectividad al 1º de enero de 1993 y que superó los 15 SMLMV, le sea aplicado el tope salarial que establece el párrafo del artículo 35 de la Ley 100 de 1993 o si, en su defecto, se le debe seguir pagando en los términos en que se dispuso en la Resolución 2404 del 31 de mayo de 1993 expedida por el Director de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca, esto es, con el tope que establece el artículo 2º de la Ley 71 de 1988?

Tesis: " De las pruebas relacionadas se colige que al señor(...): (i) el 12 de abril de 1991 le fue reconocida una pensión de jubilación; (ii) el 31 de mayo de 1993 le fue reajustada su prestación, sin embargo, como superaba los 15 salarios mínimos, el Director de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca dio aplicación a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 71 de 1988; (iii) el 12 de julio y 13 de noviembre de 2012 solicitó la reliquidación de su pensión sin este tope pensional, petición que fue negada por cuanto las circunstancias de hecho y de derecho que dieron origen al reconocimiento no habían variado. Al efectuar la valoración integral de las pruebas que obran en el expediente y cotejarlas con el fondo del asunto, es dable concluir que, en principio, tiene razón el *a-quo* en cuanto a que no es posible efectuar la reliquidación de su pensión sin el tope fijado en el artículo 2 de la Ley 71 de 1988, dado que su derecho se consolidó al amparo de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 y, además, porque la entrada en vigencia de esta normativa en las entidades territoriales se produjo el 30 de junio de 1995. No obstante, es importante tener en cuenta que [S]i bien es cierto el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 dispuso que las pensiones de jubilación "reconocidas" con posterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992 no estarían sujetas al límite establecido por el artículo 2º de la Ley 71 de 1988, también lo es que, el supuesto normativo y/o verbo de este articulado, no hace referencia a "consolidar" sino a "reconocer" situaciones que, si bien pueden asemejarse, son muy diferentes entre sí; basta con examinar su significado en el diccionario de la Real Academia de la Lengua para llegar a tal conclusión, pues mientras que la primera se entiende como "[d]ar firmeza y solidez a algo" y/o "[c]onvertir algo en definitivo y estable", la segunda es sencillamente "[e]xaminar algo o a alguien para conocer su identidad, naturaleza y circunstancias". Bajo ese contexto, no es posible exigir un requisito que la propia ley no ha establecido, como es el hecho de consolidar un requisito, pues, para efectos del tope pensional y aplicación del artículo 35 de la Ley 100 de

1993, solo es necesario el reconocimiento como tal, pues se presume que ya ha consolidado su derecho. (...) Bajo esta premisa, según la cual, el reconocimiento del derecho se produce cuando el responsable del pago expide el acto administrativo que compromete a la administración, no hay razón para que se niegue la reliquidación de una prestación bajo la condición de que era necesario que se consolide un derecho, por ende, el párrafo del artículo 35 de la Ley 100 de 1993 debe entenderse de acuerdo con el límite que estableció la Ley 100 de 1993, esto es, veinte (20) salarios mínimos. (...) Así las cosas, como el 31 de mayo de 1993 se efectuó un reconocimiento pensional al señor (...) que superó los 15 salarios mínimos, con efectividad al 1° de enero de 1993, es decir, con posterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992, (...) al señor (...) le es aplicable el tope de los 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, porque si bien la Ley 33 de 1985 la cual regía su derecho pensional no preveía dicho límite, es preciso remitirse a las normas de carácter general que lo fijan, esto es, el artículo 2 de la Ley 71 de 1988, que en virtud del principio de favorabilidad rige el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, aunado a ello, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 rige un nuevo tope pensional para las pensiones que son reconocidas a partir del 18 de mayo de 1992. (...) [P]or criterios de favorabilidad laboral, ha de aplicarse la norma más beneficiosa para el trabajador, en este caso, el párrafo 3° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, vigente para la fecha de expedición de la Resolución 2404 de 31 de mayo de 1993. En este orden de ideas, como el límite que previó la Ley 100 de 1993 respecto del monto máximo de la prestación y al que pueden aspirar los pensionados que se beneficien con las prerrogativas que señala el artículo 35, es de 20 salarios mínimos, se deberá revocar la sentencia del a-quo, declarar la nulidad de los actos acusados y ordenar la reliquidación de la pensión del señor (...) sin que sobrepase del límite máximo de 20 salarios mínimos establecido en el Sistema General de Pensiones, desde el 1° de enero de 1993, tal y como lo dispuso la Resolución 2404 de 31 de mayo de 1993, pero con efectividad al 12 de julio de 2009, por efectos de la prescripción trienal, dado que la reclamación del señor (...) fue presentada el 12 de julio de 2012.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de 31 de marzo de 2022, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad 25-000-23-42-000-2013-04516-01 \(2364-2021\)](#)

2. En aquellos eventos en los que se califica la muerte de un suboficial del Ejército Nacional como fallecido en simple actividad, a consecuencia de la declaratoria judicial de muerte presunta por hechos acaecidos antes de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y en vigor de la Ley 100 de 1993, el régimen prestacional aplicable es la Ley 100 de 1993 modificada en lo pertinente por la Ley 797 de 2003 y no la normativa especial.

Síntesis del caso: La demandante en nombre y en representación de sus hijos elevó petición ante la entidad demandada, con el fin de que le fueran reconocidos los haberes laborales que les correspondían con ocasión de la declaración de la muerte presunta de su esposo y padre de sus descendientes, petición que fue resuelta de forma negativa bajo el argumento de que el suboficial fue retirado de la institución por la causal de inasistencia al servicio sin causa justificada, acto administrativo que se encontraba en firme. Ante la anterior decisión, la libelista a través de apoderado interpuso recurso de reposición en el sentido de que, dada la modificación judicial de la causal de retiro, se reconocieran: i) los salarios, bonificaciones, prestaciones primas, vacaciones, subsidio familiar y demás emolumentos que devengara un suboficial del Ejército Nacional por la muerte presunta decretada del exmilitar causante; ii) la pensión de sobrevivientes y; iii) modificar la hoja de servicios, sin que se advierta dentro del plenario la resolución de dicho recurso. Con posterioridad nuevamente elevó escrito ante el Ejército Nacional tendiente al reconocimiento de lo petitionado en el recurso de reposición, la

cual fue resuelta nuevamente de forma negativa reiterándole que el retiro del servicio del exmilitar fue por inasistencia sin causa justificada por más de 10 días.

RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES A FAVOR DE UN SUBOFICIAL DEL EJÉRCITO NACIONAL FALLECIDO EN SIMPLE ACTIVIDAD / MUERTE PRESUNTA POR DESAPARECIMIENTO / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA CE-SUJ2-009-18 DEL 1.º DE MARZO DE 2018 / RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL.

Problema jurídico: «¿La señora (...) en su calidad de cónyuge supérstite del extinto sargento segundo (...) quien falleció simplemente en actividad según la muerte presunta por desaparecimiento el 9 de diciembre de 2004, acreditó el cumplimiento de los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993 modificada en lo pertinente por la Ley 797 de 2003?»

Tesis: «[...] El Estado Colombiano ha sido parte en varios instrumentos internacionales que se han ocupado de la seguridad social como derecho que procura el bienestar general de una sociedad a través de normas, instituciones y procedimientos en materia de salud y de medios económicos ante riesgos y contingencias que se presentan en la vida de las personas. Para señalar algunos de dichos instrumentos internacionales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 22, consagró que «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad» y en el artículo 25 estipuló que toda persona «tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad». Asimismo, en el artículo 9.º del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales los Estados Partes reconocieron «el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social» y en idéntico sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 16, estipuló que «Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.». En relación con este aspecto, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señaló la importancia de las pensiones de vejez y de invalidez como una de las condiciones laborales que deben garantizarse a fin de alcanzar la paz. Posteriormente, en 1952, se suscribió el Convenio 102 de la OIT sobre la seguridad social, la cual contempló la pensión de vejez, como una garantía mínima para las personas protegidas. Luego, se suscribió el Convenio 128 sobre las prestaciones de vejez, invalidez y muerte (1967), en el que se resalta la importancia de esas prestaciones sociales. Es de anotar que, aunque tales instrumentos internacionales no han sido ratificados por Colombia, estos hacen parte del denominado soft law o derecho blando internacional y tienen utilidad interpretativa al armonizarlos con la Constitución y las normas que han consagrado el carácter esencial de la seguridad social y del derecho pensional. En efecto, la Ley 319 de 1996 aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador», en el cual se reconoció el derecho a la seguridad a toda persona «que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa». A su vez, el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia consagra la seguridad social como un derecho irrenunciable y como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos en que lo prevea la ley [...] De acuerdo con lo anterior, se precisa que lo debatido en el caso sub examine es el derecho a la pensión de sobrevivientes, debido a que al momento del fallecimiento presunto del exsuboficial (...) (9 de diciembre de 2004), no se encontraba pensionado ni percibía asignación de retiro. [...] El artículo 97 del Código Civil regula la declaración de la muerte presunta como consecuencia de la desaparición de una persona, pasados dos años sin tener noticias del ausente [...] A su turno, los artículos 656 a 658 del Código de Procedimiento Civil (normativa vigente al momento de la declaratoria de muerte presunta del suboficial), preceptúan que se trata de una presunción legal de muerte, que admite prueba en contrario y es declarada por el juez del último domicilio del desaparecido. De igual forma, se indica que la sentencia que declare la muerte presunta ordenará transcribir lo resuelto al funcionario del estado civil para que extienda el folio de defunción. Tiene por efecto extinguir la personalidad del ser humano, el que desaparece como sujeto de derechos y, posibilita la transmisión de los derechos patrimoniales derivados de tal insuceso. [...] el objeto de la controversia en el sub lite es la determinación del régimen prestacional que gobierna las condiciones de los suboficiales cuya muerte

hubiese sido simplemente en actividad acaecida antes de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y en vigor de la Ley 100 de 1993, y la posibilidad de que sus beneficiarios accedan a la pensión de sobrevivientes acorde con lo regulado en el Sistema General de Pensiones, en virtud de los principios protectorio, pro homine, favorabilidad, igualdad e inescindibilidad normativa. [...] la Subsección observa que a pesar de que fue declarada la muerte presunta por desaparecimiento del suboficial (...) la entidad demandada se negó en reiteradas oportunidades a modificar la hoja de servicios por la causal de retiro decretada judicialmente y cambiar la respectiva fecha de desvinculación. De igual forma, acorde con lo analizado en acápites anteriores, la muerte presunta del sargento segundo (...) debe ser catalogada en actos simplemente en actividad, toda vez que fue declarada judicialmente el 9 de diciembre de 2004, lo cual implica: i) la extinción de la persona como sujeto de derechos y; ii) conforme al ordinal 6.º del artículo 97 del Código Civil el último día en que se tuvo noticias del causante fue la mencionada fecha. Aunado a lo anterior, no se acreditó que el desaparecimiento del agente (...) tuvo relación directa con el Ejército Nacional o con ocasión del servicio prestado a la entidad demandada y ha de concluirse que ocurrió en actos en simple actividad, tal como lo prevé el parágrafo del artículo 197 del Decreto 1211 de 1990, motivo por el cual la verdadera causal de retiro es su desaparecimiento el cual coincide con la época en la cual se produjo su retiro de la institución. Ahora bien, el objeto del recurso de alzada de la entidad demandada se encuentra encaminado a la improcedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora (...) en su calidad de cónyuge supérstite del causante y sus hijos menores (...). Al respecto, se advierte que en virtud de la expedición de la sentencia de unificación CE-SUJ2-009-18 del 1.º de marzo de 2018, en atención al principio de favorabilidad, los beneficiarios de los oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en esta última, artículos 46, 47 y 48, regla que es extendible en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a todas las personas que acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos, y para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, dado los efectos retrospectivos de dicha decisión, tal como ocurre en el presente caso. Bajo esa línea de intelección, es claro que para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte en simple actividad del sargento segundo del Ejército Nacional (...) que ocurrió presuntamente el 9 de diciembre de 2004, el régimen prestacional aplicable es la Ley 100 de 1993 modificada en lo pertinente por la Ley 797 de 2003, y no la normativa especial como lo alude la entidad demandada en el recurso de alzada. En conclusión: la señora (...) y sus hijos, tienen derecho a ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en la proporción correspondiente, en los términos descritos en la Ley 100 de 1993, modificada en lo pertinente por la Ley 797 de 2003, toda vez que le resulta más beneficioso en virtud del principio de favorabilidad, pues se demostró el cumplimiento de los requisitos previstos en la mentada disposición para acceder a la prestación deprecada. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de veintitrés \(23\) de mayo de dos mil veintidós \(2022\), C.P. William Hernández Gómez, radicación: 15001-23-33-000-2019-00429-01 \(0097-2021\)](#)

3. Un notario en propiedad puede invocar el derecho preferencial para obtener su nombramiento en otra notaría de la misma circunscripción que se encuentre vacante, sin tenga incidencia si ésta es temporal o absoluta

Síntesis del caso: Una notaria en propiedad solicitó su nombramiento en otra notaría de la misma circunscripción electoral por encontrarse vacante, invocando el derecho preferencial, según lo regulado en el artículo 4º del Decreto 2054 de 2014, reglamentario del numeral 3º del artículo 178 del Decreto 970 de 1970. El Consejo Superior de la Carrera Notarial negó la petición anterior con fundamento en los supuestos normativos del Decreto 2054 de 2014, al considerar que la notaría a la cual pretendía acceder no se encontraba vacante, por cuanto el hecho de que el notario que allí se encontraba en propiedad aceptó un nombramiento en otra

notaría, luego de haber también ejercido el derecho de preferencial-, no implicaba que hubiera renunciado y, en consecuencia, asumir que dicha notaría se encontraba vacante.

NOTARIO / NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD / DERECHO PREFERENCIAL/ VACANCIA TEMPORAL / VACANCIA DEFINITIVA/ FALSA MOTIVACIÓN

Problema jurídico: *¿Una notaria en propiedad puede invocar el derecho de preferencial para ser nombrada en otra notaría de la misma circunscripción administrativa que se encuentre vacante, sin que tenga incidencia si ésta es temporal o absoluta?*

Tesis: “[...]A la luz del artículo 178 numeral 3° del Decreto 960 de 1970, son dos las exigencias normativas para invocar el derecho de preferencia por parte de un notario que aspira por su propia voluntad a ocupar otro despacho notarial: el primero, que la notaría a la cual aspira se encuentre dentro de la misma circunscripción político administrativa respecto de la que ya ocupa y, el segundo, que dicho despacho se encuentre vacante. Destáquese que esta preceptiva no distinguió a qué tipo de vacancia se refiere, si se trata de una absoluta o temporal. Se entiende que se está vacante, cuando un empleo o una dignidad está sin proveer, también se puede considerar que la vacancia se refiere a un cargo o empleo que se encuentra sin ocupar. (...)Según el aparte normativo transcrito (artículos 2.2.6.3.2.1. y 2.2.6.3.4.1 Decreto 1069 de 2015), que reprodujo en idénticos términos el artículo 5° del Decreto 2054 de 2014, de bulto se observa que fue prevista una prohibición legal para incoar el derecho de preferencia y es que la notaría a la que se pretenda acceder, se encuentre en **interinidad**, siendo así y aplicando una interpretación integral de la legislación que reglamenta el ejercicio de la función notarial, se puede colegir entonces que sí es procedente frente a las otras modalidades de provisión del empleo de notario como lo son en propiedad y en encargo, esta última fue la que se dio en el *sub lite*. (...) De acuerdo con el acopio probatorio analizado en el acápite 2.3. de esta providencia, se encontró acreditado que la señora (...)se desempeñaba desde el año 2012 como la Notaria Única del Círculo de El Guamo Bolívar cargo que ocupaba en propiedad, quien pidió en diciembre de 2014 en ejercicio del derecho de preferencia le fuera asignada la Notaría Única de Santa Catalina, pues el notario que la ocupaba también en propiedad había sido nombrado como Notario Único del Círculo de San Jacinto, mediante Decreto 368 del 16 de diciembre de 2014. A juicio de la demandante, ante la renuncia presentada por el doctor (...) como Notario de Santa Catalina para acceder a la Notaría de San Jacinto, el primer despacho quedó vacante razón por la que en su sentir, se reunían las exigencias del numeral 3° del artículo 178 del Decreto 960 de 1970. La Sala a pesar de no compartir la anterior apreciación, por cuanto en estricto sentido el doctor(..), no renunció a la Notaría que ocupaba en propiedad en Santa Catalina, lo cierto es que no se puede desconocer que este despacho notarial al que aspiró la accionante se había quedado sin titular, ante la falta o ausencia de quien lo desempeñaba, lo que se traduce en últimas que estaba vacante, tan cierto es que fue provisto este despacho mediante la figura del encargo.(...)Por su parte, la Administración le negó la petición a la demandante al efectuar una interpretación literal del numeral 3° del artículo 178 del Decreto 960 de 1970 reglamentado luego por el artículo 4° del Decreto 2054 de 2014, según el cual se predica vacante una notaría por la concreción de las circunstancias taxativas allí señaladas: muerte, renuncia, destitución del cargo, retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años, declaratoria de abandono del cargo y ejercicio de cargo público no autorizado por la ley. A juicio del Consejo Superior de la Carrera Notarial no era procedente reconocer el derecho de preferencia deprecado por la actora “por cuanto el nombramiento de otro notario en ejercicio del derecho de preferencia no está contemplado como causal de vacancia, en los términos de los artículos 4° y 6° del Decreto 2054 del 16 de diciembre de 2014”. La Sala se aparta del anterior criterio de interpretación, por cuanto si bien es cierto y ateniéndose al tenor literal de las causales contempladas en el artículo 4° del Decreto 2054 de 2014, no se encuentra contemplado el ejercicio previo del derecho de preferencia como causal de vacancia de una notaría, lo cierto es que no se deben desconocer otras situaciones administrativas que se pueden presentar en los despachos notariales, entre ellas, las faltas o ausencias de sus titulares que ameritan el nombramiento del notario en encargo.(...) a juicio de la Sala, acorde con la legislación ya referenciada, la modalidad de designación de un notario en encargo opera para suplir las faltas del titular, sin discriminar si se trata de faltas absolutas o temporales, por lo que el Consejo Superior de la Carrera Notarial al esgrimir en la contestación de la demanda que se debía verificar el contenido del artículo 71 del Decreto 2148 de 1983, norma que señala las causales de falta absoluta del notario, omitió que existen otras faltas que pueden ser de carácter temporal y que ameritan el nombramiento en encargo de un notario, supuesto normativo al que alude el artículo 66 numeral 3° *ídem*. Compaginada la anterior preceptiva con el numeral 3° del artículo 178 del Decreto 960 de 1970, se observa que al exigir que la notaría a la que se aspira se encuentre vacante, no distinguió si se condicionaba a una vacancia

definitiva, por tanto, no hay razón legal para afirmar que ante una falta temporal esté prohibido el ejercicio del derecho de preferencia –como pareció entender la demandada-, distinto cuando la notaría se encuentre ocupada en interinidad, que este no fue el caso. (...) en criterio de la Sala, analizada la situación particular a la luz del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, del Decreto 1069 de 2015 y del Decreto 1083 de 2015, se encuentra que la demandante sí reunía los requisitos para ser designada en ejercicio del derecho de preferencia como Notaría Única del Círculo de Santa Catalina Bolívar, ejercicio de este derecho que no riñe con la exigencia constitucional del concurso de méritos para acceder a la carrera notarial. En vista de que se evidencia la falsa motivación de los actos administrativos demandados y el desconocimiento de las normas en que debían fundarse, se declarará la nulidad de los oficios expedidos por el Consejo Superior de Carrera Notarial, tal y como así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia. [...]

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de 17 de marzo de 2022, C.P César Palomino Cortés, rad 11001032500020170053100 \(2463-2017\)](#)

4. Se confirma sanción disciplinaria impuesta al jefe de la oficina de Talento Humano del Hospital del Tunal, por omitir verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos para el desempeño del cargo de un servidor público de la entidad previo a su nombramiento.

Síntesis del caso: El jefe de Talento Humano del Hospital del Tunal fue sancionado por la personería de Bogotá, con suspensión en el ejercicio del cargo, por omitir al proyectar el acto de nombramiento del jefe de la oficina de control organizacional y calidad, verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos para su desempeño.

PROCESO DISCIPLINARIO / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA / NEGACIÓN DE LA PRÁCTICA DE PRUEBA / SUSPENSIÓN DEL CARGO PÚBLICO POR SANCIÓN DISCIPLINARIA

Problema jurídico: ¿Procede anular los actos administrativos mediante los cuales el profesional especializado, código 222, grado 8, de la oficina de talento humano del Hospital El Tunal fue sancionado con suspensión de 1 mes por omitir revisar el cumplimiento de los requisitos mínimos de un empleado que se posesionó en un cargo sin reunirlos, toda vez que la función que se le endilga por omisión no era de su resorte?

Tesis : «En lo atañadero a que no tuviera asignada la función, cabe precisar que, como se relacionó antes, el actor tenía la de preparar y presentar los proyectos de actos administrativos que deriven de la administración de personal [...] para la firma el gerente»; es decir, que de esta tarea se colige, sin ninguna hesitación, que debía revisar, en este caso, si los actos administrativos de nombramiento y posesión colmaran los requisitos mínimos, ello se deduce de la expresión «preparar», que significa Prevenir, disponer o hacer algo con alguna finalidad. [...]Hacer las operaciones necesarias para obtener un producto. tuviera la obligación de realizar la función respecto de la cual se le endilga su omisión;». Por ende, no es aceptable inferir que su actividad se limitaba a llenar una especie de formulario y entregárselo al gerente para que este lo firme; él debió disponer y prevenir que no podía presentar un acto administrativo y tramitar una posesión de una persona que no satisfacía los requisitos para desempeñar el empleo. Resulta reprochable que un profesional especializado pretenda afirmar que preparar y presentar un acto administrativo no implica su intervención como actuario, sino como un «convidado de piedra», al que simplemente le compete dar el visto bueno de los proyectos que le entreguen los profesionales universitarios que están bajo su coordinación. Así las cosas, los cargos de anulación planteados carecen de vocación de prosperidad.(...) En resumen, el visto bueno, el manual de funciones y los testimonios recaudados dentro del procedimiento disciplinario dan cuenta de que le correspondía al demandante, jefe

de talento humano, al momento de preparar y presentar el proyecto de acto administrativo, corroborar los requisitos del cargo que se pretendía ocupar. El hecho de que la profesional universitaria tenga la obligación de hacer la verificación física, no exonera ni libera al demandante de revisar, como proyectista, el acto administrativo de nombramiento y el acta de posesión del servidor público a designar, en el sub lite, el del jefe de oficina, código 6, grado 4, en el Hospital El Tunal, que ocupó el señor (...). De acuerdo con el artículo 44 de la Ley 734 de 2002, la responsabilidad por la comisión de una falta grave culposa, se tasó en la mínima sanción, cual es la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de un mes (artículo 46, ibidem), convertido a multa equivalente a 30 días de salario básico mensual devengado en la época de comisión de la falta, al haber cesado en sus funciones; dosificación que se halla ajustada a derecho y responde a la proporcionalidad con la sanción.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 28 de abril de 2022, C.P Carmelo Perdomo Cuéter, rad 25000-23-42-000-2015-01341-01 \(2819-2019\)](#)

5. La prescripción de un derecho puede ser decretada de oficio por el juez del proceso contencioso, sin que sea requisito para su estudio que haya sido propuesta por la contraparte, dado que, en la sentencia definitiva, el juez administrativo debe decidir sobre «las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que encuentre probada»

Síntesis del caso: El demandante a través de apoderado argumentó haber laborado entre el 6 de septiembre de 2010 y el 8 de septiembre de 2011, en calidad de médico, en la E.S.E. Hospital Francisco Valderrama de Turbo (Antioquia), mediante continuas órdenes de prestación de servicios. Que las actividades por las que fue contratado las realizó personalmente y, por ellas, percibió una remuneración económica mensual. Durante el tiempo en que estuvo contratado, cumplió con un horario de labores según un cuadro de turnos previsto por la entidad demandada, destacando que «en cualquier momento» recibía órdenes e instrucciones «impartidas de la dirección de la Entidad». El 25 de marzo de 2015, presentó derecho de petición ante la E.S.E. Hospital Francisco Valderrama, donde solicitó el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales y de las indemnizaciones correspondientes. El 17 de abril de 2015, a través de oficio sin número, el gerente de la E.S.E. negó el reconocimiento de la relación laboral y de las demás peticiones.

CONTRATO REALIDAD / PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES QUE EMANAN DE LOS DERECHOS LABORALES / CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN TRIENAL / FACULTAD DEL JUEZ DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA DECLARAR DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Problema jurídico: «¿De acuerdo con los argumentos expuestos por la parte demandante, apelante único en la alzada, la excepción de prescripción podía ser declarada de oficio, como lo consideró el a quo para negar las pretensiones de la demanda, o, por el contrario, su estudio requería de su invocación por la parte demandada?»

Tesis: «[...] En lo atinente a la prescripción de derechos laborales en el orden administrativo, el Decreto 3135 de 1968 – que previó la integración de la Seguridad Social entre el sector público y el privado, y reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y los trabajadores oficiales- estableció, en su artículo 41, lo siguiente: Artículo 41.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Asimismo, debe señalarse que el precepto fue posteriormente reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, que en su

artículo 102 precisó y reiteró el mismo lapso: Artículo 102.- Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual. [...] De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos, tesis o posiciones en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción en el contrato realidad: i) la prescripción trienal se cuenta desde terminación de último contrato de prestación de servicios; ii) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia constitutiva de la relación laboral; iii) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia declarativa, pero el contratista debe reclamar sus derechos a la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato; iv) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia declarativa, pero el contratista debe reclamar sus derechos a la Administración dentro de los 5 años siguientes a la terminación del último contrato. [...] No obstante lo anterior, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, "(...) cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, la cual estableció, a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios" [...] Ahora bien, es común que en algunos escenarios se confunda la prescripción con la caducidad; sin embargo, en materia contencioso-administrativa existen notorias diferencias que hacen distinguir con claridad ambos conceptos. Así, respecto de la prescripción, la jurisprudencia ha dicho que "(...) es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten, bien sea en materia adquisitiva o extintiva". Mientras que, sobre la caducidad, la ha considerado como "(...) el fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia". [...] En definitiva, con base en análisis normativo y jurisprudencial que antecede, puede concluirse que la prescripción de un derecho sí es posible decretarla de oficio por el juez del proceso contencioso, sin que sea requisito para su estudio que haya sido propuesta por la contraparte, dado que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, en la sentencia definitiva, el juez administrativo debe decidir sobre "las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada", y, por tratarse de una norma especial para esta jurisdicción, prima sobre las reglas generales de otros procedimientos, como lo sería, para este caso particular, el Código General del Proceso. [...] El presente recurso de apelación se formula contra la sentencia (...) proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, negatoria de las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada contra el oficio sin número de fecha (...) a través del cual el gerente de la E.S.E, Hospital Francisco Valderrama de Turbo negó la petición de reconocimiento de una relación laboral y del pago de las correspondientes prestaciones sociales al señor (...). [...] Al tenor de la norma trascrita, a diferencia de lo considerado por la parte recurrente, es evidente que el juez contencioso-administrativo, en este caso el Tribunal Administrativo Antioquia, contaba con la facultad de declarar de oficio la excepción de prescripción, puesto que la ley especial aplicable (Ley 1437 de 2011) así lo permite en caso de encontrarla probada, de tal manera que, aunque en el presente caso la entidad demandada no solicitó su declaración, sí procedía su análisis al momento de proferir sentencia, como en efecto ocurrió. Por su parte, el artículo 182A, adicionado por la Ley 2080 de 2021 a la Ley 1437 de 2011, en su numeral tercero, respecto de la sentencia anticipada, mantuvo la potestad oficiosa del juez para declarar probada de oficio, en cualquier estado del proceso, la excepción de prescripción. [...] En el caso bajo estudio, el a quo declaró probada en la sentencia, y de manera oficiosa, la excepción de prescripción, medio exceptivo que no reviste la naturaleza de previa, pero sí de perentoria, en tanto no pretende enderezar o subsanar irregularidades procesales, sino que extingue el derecho reclamado. De hecho, la aludida excepción no se enlista o forma parte de las excepciones previas de que trata el artículo 100 de la Ley 1564 de 2012. [...] Del análisis del contenido de los preceptos jurídicos citados, la Sala observa que el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad al juez administrativo para pronunciarse, sin límite alguno, sobre las excepciones propuestas o no dentro del proceso. En cambio, el artículo 282 de la Ley 1564 de 2012 sí restringió la facultad oficiosa respecto de las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa. [...] En ese orden de ideas, el argumento de apelación presentado por la parte demandante no está llamado a prosperar y, en consecuencia, la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, de 3 de agosto de 2017, deberá ser confirmada. [...] Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos, fáctica y jurídicamente, al asunto que ahora es objeto de estudio, y en el acervo probatorio, la Sala concluye que el juez contencioso-administrativo sí está facultado para declarar de oficio la excepción de prescripción, en virtud de lo preceptuado por el Código

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sobre el particular, razón por la cual debe confirmarse la sentencia de primera instancia. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 21 de abril de 2022, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 05001-23-33-000-2015-01983-01 \(4171-2017\)](#)

6. En el proceso ejecutivo, al encontrarse ejecutoriada la sentencia que constituye el título ejecutivo y hacer tránsito a cosa juzgada, es evidente que la discusión que allí se surtió no puede ser reabierta a través de la interposición de excepciones no consagradas dentro del artículo 509 del CPC, numeral 2.º que corresponden a «[...] pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia [...]».

Síntesis del caso: El Tribunal Administrativo de La Guajira, en segunda instancia, libró mandamiento ejecutivo en contra del departamento de La Guajira y a favor del demandante. El apoderado del demandado se opuso a las pretensiones del ejecutante y propuso las excepciones de «Cobro de lo no debido por liquidación excesiva de la actualización de cesantías», «Cobro de lo debido por liquidación excesiva de los rendimientos de cesantías», «Cobro por conceptos incompatibles no ordenados en la sentencia», «El título de recaudo contiene una suma liquidable pero no líquida», «Los actos de ejecución expedidos por la administración no se notificaron al ejecutante», «Cobro excesivo de las costas judiciales», «Regulación o pérdida de intereses moratorios por no aportar los documentos para el pago de sentencia en debida forma». En cuanto a las pruebas aportadas y solicitadas por la parte demandada el tribunal negó su práctica por cuanto su objeto era demostrar las excepciones propuestas, las cuales son diferentes a las establecidas en el art. 509, numeral 2.º del CPC. Por ende, debía seguirse adelante la ejecución, toda vez que los medios exceptivos no prosperaron. Igualmente dijo que debía atenderse al numeral 3.º de la sentencia que se ejecutaba, que no tenía confusión alguna, pero debían establecerse unas reglas a tener en cuenta al momento de la liquidación conforme al citado ordinal de la parte resolutive. En cuanto a los rendimientos se refirió a la forma de inversión de los fondos de pensiones y cesantías y estimó que dada la compleja situación que resultaba para la liquidación de los rendimientos financieros que generaban los recursos en un fondo de pensiones y cesantías y el método de distribución de estos rendimientos entre sus afiliados, cálculo que obedece a las operaciones propias e internas de cada fondo, estimó que ese Tribunal debía liquidar los rendimientos con un método moderado.

EXCEPCIONES CONTRA EL MANDAMIENTO DE PAGO / TÍTULO EJECUTIVO CONTENIDO EN LA SENTENCIA / FINALIDAD DEL PROCESO EJECUTIVO / PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA Y DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Problema jurídico 1: «¿Son procedentes las excepciones propuestas por el departamento de la Guajira dentro del proceso ejecutivo del epígrafe, cuyo título ejecutivo se encuentra constituido por la sentencia proferida el 8 de agosto de 2011 del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Riohacha,

dictada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor (...) contra el departamento de La Guajira?»

Tesis 1: «[...] al encontrarse ejecutoriada la sentencia y hacer tránsito a cosa juzgada es evidente que la discusión que allí se surtió no puede ser reabierta a través de la interposición de excepciones no consagradas dentro del artículo 509 del CPC, numeral 2.º que como se dijo, corresponden a «[...] pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia [...]». [...] las excepciones propuestas por el apoderado del departamento de La Guajira, que bajo su criterio de interpretación consideró aplicables, pretenden discutir nuevamente el derecho reconocido al demandante a través de la sentencia que constituye el título ejecutivo, desconociendo que en el proceso ejecutivo no se discute la existencia o no del derecho subjetivo, por lo que no puede surtirse nuevamente el debate que se finiquitó a través de la sentencia debidamente ejecutoriada, pues ello implicaría para el funcionario judicial asumir competencias que no le corresponden, como es variar la condena impuesta por el Juzgado, a través de una decisión que no fue objeto de apelación por la entidad territorial. Debe recordarse que el proceso ejecutivo está diseñado para hacer cumplir una obligación clara, expresa y exigible, de manera que en principio no es un escenario para discutir nuevamente el derecho y tratar de solucionar las deficiencias que se cometieron en la defensa de la entidad en el curso del proceso ordinario, toda vez que ello implica el desconocimiento del principio de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica. [...]»

LIQUIDACIÓN DEL CREDITO / IMPROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO PROPUESTA POR LAS PARTES / IMPROCEDENCIA DE LA MODIFICACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO POR EL AD QUEM

Problema jurídico 2: «*¿Se encuentra ajustada a derecho la actuación surtida frente a la liquidación del crédito presentada por las partes y luego modificada por el Tribunal Administrativo de la Guajira?»*

Tesis 2: «[...] Frente la liquidación del crédito la Corte Constitucional en sentencia C-814 de 2009 señaló que constituye una operación que tiene como finalidad calcular la deuda final, la cual supone la existencia de un mandamiento de pago, la sentencia dentro del proceso ejecutivo, está plenamente establecido el monto de la deuda a cobrar y en este sentido, que las bases matemáticas y financieras, con base en las cuales se lleva a cabo la operación de liquidación del crédito dentro del proceso ejecutivo, se han precisado durante el trámite del proceso. [...] es evidente que dentro del trámite de la liquidación del crédito no se atendió a lo establecido por el Juzgado Segundo Administrativo de Riohacha, toda vez que estableció, como paso previo para la determinación de la liquidación, contar con la certificación de las tasas reconocidas y aplicadas por el fondo de cesantías PORVENIR o aquel en el cual se haya afiliado el demandante. Tales pautas fueron estimadas como de obligatorio cumplimiento tal como se señaló en la parte resolutive de la providencia. Ahora bien, en este trámite la parte ejecutante presentó su liquidación sin la citada certificación expedida por el fondo de cesantías. Igualmente se advierte que la parte ejecutada solicitó al Tribunal que se oficiará a PORVENIR para que remitiera el mencionado documento a efectos de establecer con exactitud las tasas aplicables. Sin embargo, dicha petición pues (sic) desestimada por el juez colegiado a través de providencia de 12 de noviembre de 2013. Como se advierte, al encontrarnos en un escenario de complejidad para la liquidación del crédito, situación que fue advertida por el Juzgado Segundo Administrativo de Riohacha, que ordenó contar con la certificación expedida por el Fondo Administrador de cesantías, no era razonable que el Tribunal Administrativo de La Guajira escogiera, a su arbitrio, liquidar los rendimientos con un método que denominó moderado, tal como lo plasmó en providencia de 9 de junio de 2014. En este sentido se advierte que para la liquidación del crédito se omitió contar con la certificación ordenada por el Juzgado Segundo Administrativo de Riohacha, situación que desconoce los parámetros dados por el título ejecutivo, razón que impone dejar sin efectos las actuaciones desplegadas tanto por las partes como por el Tribunal Administrativo de La Guajira, referentes a la presentación, objeción y modificación de la liquidación del crédito, toda vez que los rendimientos financieros influyen sobre la liquidación del capital y de contera sobre los intereses moratorios. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 29 de mayo de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 44001-23-33-000-2012-00028-01 \(3161-2013\)](#)

5
SECCIÓN
TERCERA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Debe declararse la nulidad del acto cuando el siniestro declarado no corresponde a un riesgo amparado por el seguro de seriedad de la oferta, en el caso de la supuesta presentación de documentos falsos por el oferente.

Síntesis del caso: "Seguros Colpatria SA aseguró la seriedad de unas ofertas presentadas por el adjudicatario de un contrato; la adjudicación fue revocada por falsedad en la documentación presentada por este mediante los actos administrativos que ahora se demandan y se hicieron efectivas las garantías otorgadas por la demandante."

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SOLICITUD DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO QUE HACE EFECTIVA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO / GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA / GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA / PÓLIZA DE SERIEDAD DE LA OFERTA / GARANTÍA CON EL CONTRATO DE SEGURO / ACREDITACIÓN DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO / SINIESTRO / OCURRENCIA DEL SINIESTRO / PRUEBA DEL SINIESTRO / RECONOCIMIENTO DEL SINIESTRO / DOCUMENTO FALSO / FALSEDAD EN DOCUMENTO / FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO / USO DE DOCUMENTO FALSO / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ADJUDICACIÓN DE CONTRATO ESTATAL / IRREGULARIDAD EN LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATO ESTATAL

Problema jurídico 1: ¿Se debe declarar la nulidad de los actos administrativos que hicieron efectivas las garantías de seriedad, teniendo en cuenta que el siniestro declarado no corresponde a un riesgo amparado por la póliza de seguro, sino a la falsedad en la documentación presentada por el adjudicatario?

Tesis 1: "Las pólizas de cumplimiento (...) no ampararon el riesgo en el que se fundamentó la demandada para declarar el siniestro; según consta en las condiciones generales aportadas con estos, el amparo de seriedad de la oferta otorgado incluye idénticos riesgos a los previstos en el citado reglamento, esto es, la no suscripción del contrato, no ampliación de la vigencia de la garantía, no otorgamiento de la garantía de cumplimiento, retiro de la oferta y no pago de los derechos de publicación en el Diario Oficial; no se pactaron amparos adicionales y se excluyó expresamente la culpa de la víctima (...). Mediante la Resolución 585 de 18 de octubre de 2012 (...) el presidente de la ANH decidió no reponer el numeral cuarto del acápite resolutivo de la Resolución 246 de 11 de mayo de 2011 y ordenó convocar a audiencia a la aseguradora para garantizar el debido proceso en la cuantificación del siniestro. Para el efecto insistió en que (...) [la sociedad] presentó documentos falsos y no veraces por lo cual su propuesta no era seria y ello constituía incumplimiento de las obligaciones contraídas con la ANH en desarrollo del proceso de selección, lo cual justificó la decisión de hacer efectivas las garantías de seriedad. (...) De acuerdo con lo expuesto, no quedan dudas respecto de que la revocatoria de la adjudicación y la consecuencial exigencia de la garantía de seriedad de la oferta a la compañía de seguros tuvieron como fundamento el hecho de que el proponente supuestamente presentó documentos falsos para obtener la adjudicación, aspecto que no fue discutido en la presente litis, riesgo que las pólizas de seguro (...) no ampararon. (...) En efecto, (...) quedó previsto que las garantías cubrían los siguientes eventos: (i) no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado, (ii) no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta por ampliación del término para la adjudicación hasta por tres meses, (iii) falta de otorgamiento por el adjudicatario de la garantía de cumplimiento, (iv) retiro de la oferta y, (v) falta de pago de los derechos de publicación del contrato, que coinciden con los amparos obligatorios que debían garantizarse de acuerdo con el decreto reglamentario vigente cuando se expidieron las pólizas. Tal como lo reclama (...), en calidad de asegurador, solo está llamado a responder por los riesgos que en virtud del contrato asumió, esto es, aquellos garantizados en la póliza, entre los que no se incluyó la presentación de información falsa

por parte del oferente; según consta en los actos administrativos demandados, el contrato dejó de suscribirse por la decisión de la administración y no por reticencia del tomador; aunque, la decisión de la entidad devino de una actuación antijurídica del proponente, esta no quedó asegurada con las pólizas de seriedad de las ofertas, que solo amparaban los riesgos señalados en el párrafo que antecede. (...) Si bien se trató de seguros de cumplimiento en los que se amparaban actos propios del tomador, el específico riesgo de presentación de documentos falsos por parte de este, que fue el siniestro declarado por la ANH, no estaba cubierto; el contrato no se suscribió (...) porque la entidad revocó la adjudicación por considerar que no acreditó la experiencia exigida, de donde surge palmario que la no suscripción del contrato no derivó del incumplimiento del contratista a su obligación de hacerlo, sino, del hecho consistente en que no estaba llamado a ser el adjudicatario y ese escenario no lo amparaban las garantías de seriedad de las ofertas. (...) De conformidad con lo expuesto, la Sala revocará la decisión apelada y, en su lugar, declarará la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, en cuanto hicieron efectivas las garantías de seriedad (...) porque el siniestro declarado no corresponde a un riesgo amparado (...) y, en consecuencia, prospera la pretensión tercera encaminada a impedir que se cobre alguna suma por esos conceptos.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la imposibilidad de controvertir mediante la acción de controversias contractuales, aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el accionante no hubiere manifestado expresamente su discrepancia en el acto de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, consultar providencias de 20 de febrero de 1987, Exp. 4838; de 22 de junio de 1995, Exp. 9965, C.P. Daniel Suárez Hernández; de 29 de agosto de 1995, Exp. 8884, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; de 10 de abril de 1997, Exp. 10608; de julio 6 de 2005 Exp. 14113, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de 14 de abril de 2010, Exp. 17322, C.P. Enrique Gil Botero; de 31 de agosto de 2011, Exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de 20 de octubre de 2014, Exp. 24809, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; de 20 de octubre de 2014, Exp. 27777, C.P. Enrique Gil Botero; de 1 de julio de 2015, Exp. 37613, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; de 2 de junio de 2021, Exp. 51529, C.P. Alberto Montaña Plata.

CONDENA EN COSTAS / CAUSACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / CRITERIO OBJETIVO VALORATIVO EN CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / PRESUPUESTOS DE LA CONDENA EN COSTAS / REQUISITOS DE LA CONDENA EN COSTAS / PRUEBA DE LA CAUSACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / TARIFA DE LA CONDENA EN COSTAS / MONTO DE LA CONDENA EN COSTAS / COSTAS PROCESALES / APLICACIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES / CAUSACIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES / PRUEBA DE LA CAUSACIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES / PROCEDENCIA DE LAS COSTAS PROCESALES / OBLIGACIÓN DEL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES / AGENCIAS EN DERECHO / CONDENA EN AGENCIAS EN DERECHO / FIJACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / MONTO DE AGENCIAS EN DERECHO / PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / TARIFA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO

Problema jurídico 2: *¿Resulta procedente la condena en costas en segunda instancia de conformidad con el artículo 188 del CPACA, a cargo de la parte vencida en el proceso, esto es, la Agencia Nacional de Hidrocarburos?*

Tesis 2: “En los términos del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se condenará en costas a la parte vencida; ello impone revocar la condena en costas impuesta en primera instancia a la demandante, se mantendrá el valor de las agencias allí fijadas, pero, serán actualizadas conforme al IPC y las asumirá la Agencia Nacional de Hidrocarburos; en segunda instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$8.000.000, inferior al tope establecido en el Acuerdo PSAA1887 de 2003 (...).”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 10 de junio de 2022; C.P. Fredy Hernando Ibarra Martínez, radicación: 25000-23-36-000-2013-01359-01 \(55.263\)](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SOLICITUD DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO QUE HACE EFECTIVA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO / GARANTÍA DE SERIEDAD

DE LA OFERTA / GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA / PÓLIZA DE SERIEDAD DE LA OFERTA / GARANTÍA CON EL CONTRATO DE SEGURO / ACREDITACIÓN DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO / SINIESTRO / OCURRENCIA DEL SINIESTRO / PRUEBA DEL SINIESTRO / RECONOCIMIENTO DEL SINIESTRO / ADJUDICACIÓN DE CONTRATO ESTATAL / IRREGULARIDAD EN LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATO ESTATAL / GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA / FALTA DE COMPETENCIA / FALTA DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / FALTA DE COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL / ASEGURADO / RECLAMACIÓN DEL ASEGURADO

Problema jurídico 1: *¿Las salvedades del contratista en los actos contractuales no son requisito para resolverlas judicialmente?*

Tesis 1: “Si bien comparto las consideraciones de la sentencia relativas a que debe conocerse de fondo las pretensiones, considero que la decisión no debió fundamentarse en que la Administración no permitió dejar las salvedades y reclamaciones en los actos contractuales, sino que debió establecerse que dichas salvedades no son requisito para resolverlas judicialmente, y que por casos como el presente es que el legislador prohíbe la renuncia del contratista a hacer valer judicialmente sus pretensiones contractuales. 1.- En relación con las reclamaciones, no es posible, ni adecuado a la ley, exigirle contratista que desde la suscripción de la suspensión, modificación o prórroga del contrato plantee los costos que estas podrían generarle, porque en ese momento no conoce cuáles serían esos costos, ni su monto. 1.1.- Ni la Ley 80 de 1993, ni las normas procesales aplicables en materia de lo contencioso administrativo, han establecido la reclamación previa como requisito de procedibilidad para demandar los costos causados por la suspensión del contrato, por lo que no es dable al juez crear este tipo de requerimientos que, por tener efectos de carácter procesal, son de competencia exclusiva del legislador. 1.2.- No puede obligarse al contratista a reclamar perjuicios que aún no conoce, ya que solo al momento en que se ejecuta el acuerdo contractual se puede realizar un balance del efecto de este en la economía del contrato, así como de 2 los costos reales se asumieron en virtud del mismo. Por ese motivo, cualquier reclamación previa carecería de sustento. Exigir que se anticipe una reclamación que aún no tiene fundamento sí resulta contrario a la buena fe, pues implicaría reclamar por algo que aún no se sabe si realmente será llevado ante el juez del contrato. 2.- De otra parte, al estudiar la manera como la entidad impidió al contratista dejar sus reclamaciones, la sentencia reconoce que las entidades están en una posición dominante durante la ejecución del contrato, pues tienen las facultades para negarse a modificarlo, adicionarlo o prorrogarlo, y gozan, además, de potestades excepcionales para imponerse sobre el contratista. Por estas circunstancias el legislador, en el numeral 3 artículo 5 de la Ley 80 de 1993, (...) establece una prohibición a que el contratista renuncie a sus reclamaciones, lo que por contera implica que el juez no puede exigir las mismas para pronunciarse de fondo so pretexto de la buena fe contractual.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B: sentencia de 10 de junio de 2022, aclaración de voto C. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-36-000-2013-01359-01 \(55.263\)](#)

2. Se exime de responsabilidad contractual a la Industria Licorera de Caldas por acreditarse que el contratista alegó infundadamente un error de derecho para generar derecho

Síntesis del caso: *La parte actora pretende que se devuelvan unos pagos en exceso realizados en el marco del contrato n.º 090-2010, cuyo objeto fue el suministro de 9.200 toneladas de miel virgen, o hasta agotar el presupuesto oficial, como quiera que existe un saldo a su favor de \$637.155.729, como resultado de un error involuntario en el cálculo de la prima diferencial de los procesos de azúcar en las bolsas de Nueva York y Londres, para la fijación de los precios de la miel virgen durante los meses de mayo a septiembre de 2010.*

BALANCE / SALDOS A FAVOR / PROCEDENCIA DE SALDOS A FAVOR / INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS / REINTEGRO DEL PAGO DE LO NO DEBIDO / PAGO EN EXCESO / PROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN / IMPROCEDENCIA DEL INTERÉS CORRIENTE

Problema jurídico 1: ¿El acto administrativo de declaratoria del siniestro en la garantía de seriedad de la oferta y su confirmación por la Agencia Nacional de Hidrocarburos debió declararse nulo más que por la ausencia de cobertura de las garantías de seriedad, por la falta de competencia de la ANH para declarar, mediante acto administrativo, la ocurrencia de siniestros?

Tesis 1: “Si bien acompaño la decisión adoptada por la Sala, considero que la razón para declarar la nulidad de los actos administrativos demandados –aquellos mediante los cuales, al revocar los actos de adjudicación de unos bloques para la celebración de contratos de exploración y producción de hidrocarburos, la ANH hizo efectivas las garantías de seriedad presentadas por los adjudicatarios de dichos bloques– es, más que la ausencia de cobertura de las garantías de seriedad de las ofertas, la falta de competencia de la ANH para declarar, mediante acto administrativo, la ocurrencia de siniestros. (...) Al hacer efectivas las garantías de seriedad de la oferta expedidas por Seguros Colpatria S.A., la ANH señaló que lo hacía en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, la entidad no tenía competencia para declarar, mediante acto administrativo, la ocurrencia del siniestro de seriedad de la oferta de las mencionadas garantías, por las razones que pasan a exponerse: (...) El artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 desarrolla aspectos relacionados con el acto administrativo de adjudicación de procesos de selección sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esta norma no es aplicable al caso bajo estudio, porque las disposiciones que gobiernan la formación de los contratos de exploración y producción de hidrocarburos están contenidas en los Acuerdos expedidos por el Consejo Directivo de la ANH. En el caso concreto, el proceso competitivo (...), que resultó en la adjudicación (...), debía regirse por el Acuerdo No. 8 de 2004 y sus modificaciones, adiciones y aclaraciones, vigentes para el momento de los hechos de la demanda. (...) Revisados el Acuerdo No. 8 de 2004 y sus modificaciones, adiciones y aclaraciones, se advierte que en estas normas no estaba contemplada la facultad de la ANH de declarar, mediante acto administrativo, la ocurrencia del siniestro de seriedad de la oferta (...) si la ANH consideraba que la revocatoria de los actos de adjudicación de los bloques (...) era un evento amparado por las garantías de seriedad de la oferta expedidas por Seguros Colpatria S.A., debía, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, presentar una reclamación ante la compañía de seguros, con el fin de acreditar la ocurrencia del siniestro y su cuantía y hacer exigible la obligación de la aseguradora, puesto que no podía declarar la ocurrencia del siniestro de seriedad de la oferta mediante acto administrativo. (...) Si bien el anotado vicio de incompetencia no fue uno de los cargos de nulidad expuestos en la demanda por la compañía de seguros, ni un aspecto abordado por el Tribunal en la sentencia de primera instancia o puesto de presente en otra oportunidad procesal, la Sala debía declararlo de oficio, como ya lo ha establecido esta Corporación en reiteradas oportunidades”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el deber del juez de declarar el vicio de incompetencia para expedir el acto administrativo ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de mayo de 1999, exp. 10.196; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13.414; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15.324; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de febrero de 2009, exp. 16.493; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de abril de 2010, exp. 18.292; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 9 de febrero de 2011, exp. 17.558; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 25 de mayo de 2011, exp. 23.650; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 27 de octubre de 2011, exp. 34.144; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 14 de junio de 2012, exp. 22.223; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 16 de agosto de 2012, exp. 24.463; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 3 de octubre de 2012, exp. 26.140; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 20 de febrero de 2014, exp. 28.206; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 11 de junio de 2014, exp. 34.649; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 26 de noviembre de 2014, exp. 29.206; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 12 de marzo de 2015, exp. 29.208; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de junio de 2015, exp. 27.274; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 30 de julio de 2015, exp. 29.656; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 7 de marzo de 2016, exp. 39.223; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

Subsección C, Sentencia de 8 de junio de 2016, exp. 39.665; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 1 de agosto de 2016, exp. 33.027 y; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 28 de junio de 2019, exp. 42.326.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 08 de junio de 2022, C. P. María Adriana Marín, radicación 17001-23-33-000-2012-00297-01\(52112\).](#)

3. Pueden elevarse pretensiones contractuales en ausencia de salvedades previas cuando el contratista no vulnera la buena fe contractual, al haber realizado reclamaciones durante la ejecución del contrato que, fueron conocidas por la entidad contratante por lo que no se trata de reclamaciones sorpresivas.

Síntesis del caso: "el actor solicitó declarar responsable a la entidad contratante por excedentes y sobrecostos, reclamación que plasmó en una salvedad contenida en la liquidación bilateral, negocio jurídico que fue luego revocado directamente mediante un acto administrativo."

ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / CONTENIDO DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / CONTROL JUDICIAL DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / OBSERVACIONES A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / RECLAMACIÓN DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / TEORÍA DEL ACTO PROPIO / PRINCIPIO QUE PROHÍBE IR CONTRA LOS ACTOS PROPIOS / PRINCIPIO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET / PRINCIPIO DE RESPETO DEL ACTO PROPIO / ACTO PROPIO / BUENA FE CONTRACTUAL / APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ALCANCE DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ALCANCE DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / APLICACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema jurídico 1: ¿Debe el juez abordar aquel petitum que no fue objeto de discrepancia expresa por el contratista en el acto de liquidación bilateral del contrato?

Tesis 1: "[E]sta Sala recuerda que las consideraciones sobre la posibilidad de elevar pretensiones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ausencia de salvedades previas, es el resultado de consideraciones jurisprudenciales y normativas derivadas, en particular, de las disposiciones del Código Civil y de la Ley 80 de 1993, artículos 28 y 60 (contenida, en la actualidad, en una expresa disposición de la Ley 1150 de 2007, artículo 11). Esta exigencia, inicialmente circunscrita a la liquidación bilateral del contrato, fue luego ampliada, a través de una extensa y constante interpretación jurisprudencial, a otras actuaciones contractuales como las suspensiones, modificaciones y adiciones de los contratos, en observancia del principio de buena fe y de la prohibición de venir en contra de sus propios actos. (...) En medio de algunas diferencias interpretativas, expresar por escrito las inconformidades en el acta de liquidación bilateral, ha llegado a ser calificado como un "requisito de la acción contractual". Requisito al que se le ha atado la carga de claridad y de concreción y la necesidad de identificar los motivos concretos de la inconformidad, cuya ausencia "impide el examen judicial". (...) En efecto, como lo ha señalado el Consejo de Estado en repetidas ocasiones, y lo especificó esta misma Sala en una oportunidad reciente, "del principio de buena fe y la prohibición de venir contra los actos propios se deriva que las pretensiones

de la demanda solamente pueden prosperar cuando el demandante ha dejado constancias o salvedades” en la liquidación bilateral, así como en las modificaciones, adiciones, prorrogas y suspensiones contractuales. (...) Justamente, la exigencia de las salvedades tiene como fundamento que los acuerdos de las partes no puedan ser invalidados sino por el consentimiento mutuo o por causas legales, lo que evita que una parte sorprenda a la otra, o defraude su confianza al trasgredir el deber de ejecución de buena fe contractual. (...) Ahora bien, de la observancia del principio de buena fe no puede derivarse una infranqueable barrera para el acceso a la justicia. Esto es, las exigencias normativas y jurisprudenciales no pueden instrumentalizarse como un pretexto para la trasgresión del derecho a la tutela judicial efectiva y de acceso a la administración de justicia, en especial cuando es el resultado de exigencias formales, o de simples formalismos no contemplados por la ley, ni acordes con el referido desarrollo jurisprudencial.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la imposibilidad de controvertir mediante la acción de controversias contractuales, aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el accionante no hubiere manifestado expresamente su discrepancia en el acto de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo, consultar providencias de 20 de febrero de 1987, Exp. 4838; de 22 de junio de 1995, Exp. 9965, C.P. Daniel Suárez Hernández; de 29 de agosto de 1995, Exp. 8884, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; de 10 de abril de 1997, Exp. 10608; de julio 6 de 2005 Exp. 14113, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de 14 de abril de 2010, Exp. 17322, C.P. Enrique Gil Botero; de 31 de agosto de 2011, Exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de 20 de octubre de 2014, Exp. 24809, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; de 20 de octubre de 2014, Exp. 27777, C.P. Enrique Gil Botero; de 1 de julio de 2015, Exp. 37613, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; de 2 de junio de 2021, Exp. 51529, C.P. Alberto Montaña Plata.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / CONTENIDO DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / CONTROL JUDICIAL DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / OBSERVACIONES A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / RECLAMACIÓN DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / BUENA FE CONTRACTUAL / APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE / SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / ACTO PROPIO / PRINCIPIO DE RESPETO DEL ACTO PROPIO / PRINCIPIO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET / PRINCIPIO QUE PROHÍBE IR CONTRA LOS ACTOS PROPIOS / TEORÍA DEL ACTO PROPIO / CONTRATISTA / ACTIVIDAD CONTRACTUAL

Problema jurídico 2: *¿La actuación del contratista fue violatoria de la buena fe contractual y con ella sorprendió y defraudó a la entidad contratante, teniendo en cuenta que del material probatorio resulta ostensible que la demandada no solo conoció las reclamaciones de su contratista durante la ejecución del contrato, lo que desvirtúa el dicho de no haberla conocido oportunamente, sino que había adelantado varias actuaciones administrativas para su respectivo reconocimiento?*

Tesis 2: “En el caso concreto, el Tribunal ignoró por completo que las partes suscribieron una primera liquidación bilateral, en la que el contratista, de manera expresa, dejó plasmada sus inconformidades y formuló una salvedad relativa a la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico. Ignoró, también, que la administración, de manera atípica (en un acto administrativo que no fue objeto de demanda) decidió “revocar”, unilateralmente, aquello que había sido objeto de un acuerdo negocial. Esto es, la administración, de forma antojadiza, revocó el acuerdo bilateral que había sido legalmente celebrado. (...) Asimismo, se desconoció que el contratista, expresamente, y a través de una comunicación que hizo llegar a la entidad, le manifestó las razones para excluir de la segunda acta de liquidación bilateral sus salvedades, pues atendió el llamado de la entidad a proceder de esa manera para que pudiera esta recibir los recursos del convenio interadministrativo que la misma entidad había celebrado con el Invias. Esto es, aunque la observación no quedó integrada en el documento mismo, hizo parte de una clara, expresa e inequívoca manifestación ante la entidad, quien, en ningún momento fue tomada por sorpresa, pues, por el contrario, conocía de las reclamaciones con mucha anticipación a la época de la demanda, tanto como que, un comité técnico y el comité de conciliación tuvieron la oportunidad de pronunciarse y de tasar y valorar el monto del restablecimiento. (...) La entidad demandada, además de sustentar su defensa en la ausencia de salvedades en la liquidación, aseveró que el contratista había guardado silencio al momento de suscribir las suspensiones y la adición contractual. Sin embargo, para la Sala este argumento no resulta

de recibo. (...) Se debe tener en cuenta que la primera suspensión ocurrió al siguiente día del inicio de la ejecución contractual (...), suspensión frente a la cual (si se atienden las exigencias jurisprudenciales) difícilmente podía exigirse la presentación de salvedades, pues no era posible anticipar el impacto que tendrían frente a la posterior ejecución del contrato. Esta realidad se hace más palpable cuando se evidencia que la propia jurisprudencia ha exigido que las salvedades no sean genéricas (tipo “me reservo el derecho a reclamar”). Constituiría, entonces, un requisito de imposible cumplimiento el que, cuando las observaciones no puedan ser genéricas, se exija que se expresen salvedades claras y concretas, mediante la individualización de inconformidades y afectaciones, las cuales, por definición, no se habían presentado al día siguiente ni a los pocos días del inicio de la ejecución contractual. (...) En lo que respecta a la adición del contrato, se destaca que el contratista sí presentó una reclamación, lo cual hizo inmediatamente después de suscribir la referida adición. (...) De manera que no es aceptable la defensa de una entidad que afirmó haber sido sorprendida por el demandante, cuando, no solo conoció las reclamaciones de su contratista durante la ejecución del contrato (lo que desvirtúa el dicho de no haberla conocido oportunamente), sino que había adelantado varias actuaciones administrativas para su respectivo reconocimiento. (...) Por último, se recuerda que la buena fe, como principio rector de las actuaciones contractuales, protege a las partes para que no sean sorprendidas, para que no se defraude su confianza y evitar que se venga en contra de los propios actos, lo que no ocurrió en el presente caso.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las reclamaciones en los actos bilaterales suscritos por las partes en la contratación estatal, consultar providencia de 9 de marzo de 2000, Exp. 10778, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS EN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA PÚBLICA / ACREDITACIÓN DE LOS SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / SOBRECOSTOS DE LA OBRA PÚBLICA / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / SOBRECOSTOS EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Problema jurídico 3: *¿Resulta procedente el reconocimiento de los sobrecostos en los que incurrió el contratista por la mayor permanencia en obra, resultado de la conducta de la entidad contratante?*

Tesis 3: “[L]as pretensiones se circunscriben a los sobrecostos en los que incurrió el contratista por la mayor permanencia en obra, resultado de la conducta de la entidad contratante. (...) Si bien la propia entidad reconoció (en varias actuaciones y actos administrativos) lo que calificó como un desequilibrio, esta Sala tendrá en cuenta (del amplio material probatorio), además del dictamen pericial, la acreditación del interventor (originada en la solicitud del contratista), en donde se reconocieron algunas reclamaciones y se excluyeron otras, todas derivadas de la mayor permanencia, misma que resultaba atribuible a la entidad, comoquiera que esta celebró, en paralelo, otro contrato que tenía como objeto la “construcción de las redes de sistema”, en la calle principal del municipio de El Retiro, obra que inició su ejecución pocos días antes (...), y de manera casi concomitante a la obra del contrato de pavimentación del contrato (...), celebrado con el demandante, circunstancia que dificultó y retrasó la ejecución contractual y ocasionó una mayor permanencia atribuible a la entidad contratante. (...) A las referidas dificultades en la ejecución se suma la falta de construcción del alcantarillado, la falta de aprobación de la licencia ambiental, la tardanza en la entrega de diseños y en la definición del “esquema de ordenamiento territorial”. Estas razones, que soportaron la reclamación por la mayor permanencia y que no fueron rebatidas en el presente proceso por la entidad, constituyeron el fundamento mismo del reconocimiento por parte del comité técnico y el comité de conciliación del Departamento para el “estudio y análisis jurídico y financiero de la solicitud” del contratista. (...) Finalmente, en la experticia que fue practicada se determinó (de manera coincidente con lo que reconoció el comité de conciliación de la entidad) que los sobrecostos ascendieron a \$350.169.962, cifra que será tomada para efectuar el cálculo efectivo del reconocimiento patrimonial que procede a favor del demandante. (...) Se actualizará la condena, con su respectiva indexación (...).”

Aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

ACLARACIÓN DE VOTO / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / CONTENIDO DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / CONTROL

JUDICIAL DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / OBSERVACIONES A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / RECLAMACIÓN DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / BUENA FE CONTRACTUAL / APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE / SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / ACTO PROPIO / CONTRATISTA / ACTIVIDAD CONTRACTUAL

Problema jurídico: ¿Las salvedades del contratista en los actos contractuales no son requisito para resolverlas judicialmente?

Tesis: “Si bien comparto las consideraciones de la sentencia relativas a que debe conocerse de fondo las pretensiones, considero que la decisión no debió fundamentarse en que la Administración no permitió dejar las salvedades y reclamaciones en los actos contractuales, sino que debió establecerse que dichas salvedades no son requisito para resolverlas judicialmente, y que por casos como el presente es que el legislador prohíbe la renuncia del contratista a hacer valer judicialmente sus pretensiones contractuales. 1.- En relación con las reclamaciones, no es posible, ni adecuado a la ley, exigirle al contratista que desde la suscripción de la suspensión, modificación o prórroga del contrato plantee los costos que estas podrían generarle, porque en ese momento no conoce cuáles serían esos costos, ni su monto. 1.1.- Ni la Ley 80 de 1993, ni las normas procesales aplicables en materia de lo contencioso administrativo, han establecido la reclamación previa como requisito de procedibilidad para demandar los costos causados por la suspensión del contrato, por lo que no es dable al juez crear este tipo de requerimientos que, por tener efectos de carácter procesal, son de competencia exclusiva del legislador. 1.2.- No puede obligarse al contratista a reclamar perjuicios que aún no conoce, ya que solo al momento en que se ejecuta el acuerdo contractual se puede realizar un balance del efecto de este en la economía del contrato, así como de los costos reales que se asumieron en virtud del mismo. Por ese motivo, cualquier reclamación previa carecería de sustento. Exigir que se anticipe una reclamación que aún no tiene fundamento sí resulta contrario a la buena fe, pues implicaría reclamar por algo que aún no se sabe si realmente será llevado ante el juez del contrato. 2.- De otra parte, al estudiar la manera como la entidad impidió al contratista dejar sus reclamaciones, la sentencia reconoce que las entidades están en una posición dominante durante la ejecución del contrato, pues tienen las facultades para negarse a modificarlo, adicionarlo o prorrogarlo, y gozan, además, de potestades excepcionales para imponerse sobre el contratista. Por estas circunstancias el legislador, en el numeral 3 artículo 5 de la Ley 80 de 1993, (...) establece una prohibición a que el contratista renuncie a sus reclamaciones, lo que por contera implica que el juez no puede exigir las mismas para pronunciarse de fondo so pretexto de la buena fe contractual.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 10 de junio de 2022; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 50001-23-31-000-2008-00192-01 \(61168\)](#)

4. Superintendencia Financiera no debe responder patrimonialmente por omisión de inspección, vigilancia y control a sociedad de inversión en el mercado de divisas Forex, por la pérdida de las inversiones de los demandantes pese a que el representante de dicha sociedad se allanó a los cargos por el delito de captación masiva y habitual de dinero

Síntesis del caso: “Los demandantes pretenden que la Superintendencia Financiera sea declarada patrimonialmente responsable del daño que les habría irrogado por la omisión absoluta de inspección vigilancia y control a la sociedad Monex Market Colombia S.A., en la que invirtieron capitales para ser transados en el mercado de divisas FOREX con una tasa de retorno definida, pues —aduce— no habría adoptado las medidas necesarias para garantizar la recuperación de sus inversiones.”

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / INTERÉS JURÍDICO DIRECTO / DAÑO / DOCUMENTO / COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / RECONOCIMIENTO DE LA VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / PROCEDENCIA DE LA VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / PRUEBA TRASLADADA / PRUEBA TRASLADADA DE PROCESO PENAL / CONCEPTO / CONCEPTO DE EMPLEADO PÚBLICO / SUPERINTENDENCIA FINANCIERA / FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 1: *¿Tienen legitimación en la causa por activa quienes acreditaron interés jurídico mediante un concepto emitido por un servidor público de la Superintendencia Financiera, aportado en copia simple, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación y que hizo parte del proceso penal del cual se traslada al contencioso administrativo?*

Tesis 1: “Respecto de la legitimación en la causa, al proponer la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, la demandada adujo que no se había acreditado este presupuesto procesal (...) Como puede apreciarse, con ello alude la demandada a la legitimación de hecho, sino a la materia, asunto que ha de ser resuelto con ocasión del estudio del fondo de la litis. (...) Como medio para acreditar el interés jurídico del que es titular, así como del daño, la demandante aportó únicamente copia simple de un concepto suscrito por un servidor público de una “COMISIÓN SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA”, sobre la actividad económica desarrollada por el ciudadano (...) y sus asociados de la empresa Monex Market Colombia S.A., en respuesta a una “solicitud formulada ante la Superintendencia Financiera en la indagación (...) adelantada por la Fiscalía 128 Seccional de Delitos contra el Orden Económico y Social (...) Este es pues, así, uno de los medios cognoscitivos que (...) son propios de las etapas de indagación e investigación diferentes a las pruebas que, en el proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004 (...) De conformidad con la afirmado en el documento referido, este fue elaborado por un funcionario de la Superintendencia Financiera (sic) por solicitud que la Fiscalía General de la Nación realizó a dicha entidad [dentro del proceso penal], no a un funcionario de forma independiente. No hay pues razones para sostener que el concepto hubiera sido desconocido por la demandada ni que no tuviera la posibilidad de tacharlo como falso en este proceso, en el que se surtió su contradicción. En consecuencia, el documento será objeto de valoración [como prueba trasladada]. (...) Se observa pues, así, que al concepto requerido a la entidad demandada con destino a una indagación penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación contra (...) —accionista mayoritario de Monex Market Colombia S.A. — y sus asociados, se adjuntó documentación que da cuenta de la entrega de dinero o suscripción de contratos con la que se acredita la condición de inversionistas de buena fe —por demás, presumida — que aducen como sustento de sus pretensiones (...). Al existir así prueba del interés jurídico que se discute en el proceso, ellos se encuentran legitimados en la causa por activa.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los medios de prueba en el proceso penal, ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 15 de octubre de 2018, exp. 29629, C.P. Leónidas Bustos Martínez. Así mismo, sobre la valoración de la prueba trasladada ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2018, exp. 41847, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / COMPETENCIA MATERIAL DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / HECHOS DE LA DEMANDA / JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / DERECHO DE DEFENSA / DERECHO DE CONTRADICCIÓN PROCESAL / SUPERINTENDENCIA FINANCIERA / RECURSO DE APELACIÓN / AUDIENCIA INICIAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / SOCIEDAD / DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD /

LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD / MEDIDAS CAUTELARES / FALLA DEL SERVICIO / RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA / INVESTIGACIÓN PENAL / FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / FUNCIONARIO PÚBLICO / EMPLEADO PÚBLICO / ACTO ADMINISTRATIVO / INVERSIONISTA

Problema jurídico 2: ¿Conforme con el principio de congruencia no está facultado el juzgador de segundo grado para pronunciarse sobre hechos distintos a los que configuraron la causa petendi, por ello, en el caso concreto, en la demanda la omisión de vigilancia y control de la Superintendencia Financiera sobre la sociedad en la que los demandantes habían realizado inversiones fallidas, había sido absoluta, y no se hizo referencia alguna a la orden de disolución y posterior liquidación de tal sociedad, el ad -quem no tiene competencia para pronunciarse sobre omisiones en dichas decisiones de la Superintendencia?

Tesis 2: “Esta Subsección en línea con la jurisprudencia de la Sala Plena ha considerado reiteradamente que, por virtud del principio de congruencia, la competencia material del juzgador está definida por la causa petendi, es decir, por los hechos de la demanda que configuran la causa jurídica en que se fundamenta el derecho objeto de las pretensiones. No está pues facultado el juzgador de segundo grado para pronunciarse sobre hechos distintos a los que configuraron la causa petendi, ni siquiera fundándose en el principio iura novit curia, en cuanto conllevaría la vulneración del derecho de defensa y de contradicción de la contraparte. En esta instancia, la superintendencia demandada alegó que, en la apelación, la actora introdujo hechos con los que se configuraba una omisión diferente a aquella en la que se fundamentaba la causa petendi, definida en la audiencia inicial. Los cargos de la alzada delimitan la competencia del juzgador de segundo grado y, consecuentemente, inciden en la definición del problema jurídico, siendo así procedente el pronunciamiento de la Sala al respecto. (...) De acuerdo con los hechos de la demanda, la omisión de vigilancia y control de la Superintendencia Financiera sobre la sociedad (...) en la que los demandantes habían realizado inversiones fallidas, había sido absoluta, como lo afirmó expresamente. No se hizo referencia alguna en el escrito introductorio a la orden de disolución y posterior liquidación de tal sociedad, como medida cautelar procedente según el artículo 108.1 del Decreto 663 de 1993, que la Superintendencia Financiera impartió mediante la Resolución 1806 de 2008 (cuyo año de expedición confunde la parte activa al fundamentar la alzada). Por el contrario, atribuyó una falla del servicio a la demandada por la omisión de la adopción esas medidas cautelares y de otras medidas establecidas en una norma posterior a la de la Resolución 1806 del 14 de noviembre 2008, como lo es el artículo 7 del Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008. Tampoco hizo referencia la actora a la inspección realizada previamente a las instalaciones de (...) por la orden del Superintendente Delegado para Intermediarios de Valores y Otros Agentes proferida el 15 de septiembre de 2008, pese a que mencionó expresamente la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación, así como el informe presentado por un funcionario de la Superintendencia Financiera en dicha investigación. En definitiva, el derecho a ser reparada patrimonialmente por una falla del servicio del Estado no se basó en la omisión de la adopción de medidas en la Resolución 1806 de 2008, con la que justamente fueron tomadas medidas cautelares; controversia que, por demás, implica un cuestionamiento a un acto administrativo, dirimible mediante un medio de control diferente al de reparación directa, incoado por la parte demandante en este proceso.(...) Por lo tanto, al exceder la causa petendi, no se pronunciará la Sala sobre las omisiones que se hubieran presentado en la Resolución 1806 de 2008 en la inspección realizada por la Superintendencia Financiera, ni por haber omitido medidas de protección a los inversionistas y errado al determinar la nacionalidad de (...) en la Resolución 1806 de 2008; hechos estos en los que la parte actora fundó los dos primeros cargos de la alzada, que a su vez se relacionan con el último cargo.”

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 28866, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz; sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp. 34721, C.P. Guillermo Sánchez Luque; sentencia del 5 de julio de 2018, exp. 41681, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de junio de 2018, exp. 37646, C.P. Ramiro de Jesús Pazo Guerrero; sentencia del 14 de febrero de 1995, exp. S-123, C.P. Carlos Betancourt Jaramillo y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 6 de abril de 2018, exp. 46005, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA / ALCANCE DE LA CARGA DE LA PRUEBA / EFECTOS DE LA CARGA DE LA PRUEBA / JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / CERTEZA DE LA OCURRENCIA DEL DAÑO / FALTA DE PRUEBA DEL DAÑO / CARGAS PROCESALES / INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS PROCESALES / FALTA DE PRUEBA / NEGACIÓN

DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CAPTACIÓN MASIVA DE DINERO / OPERACIÓN DE CAPTACIÓN MASIVA DE DINERO / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

Problema jurídico 3: ¿Probaron los demandantes una pérdida patrimonial que constituye un daño antijurídico imputable a la Superintendencia Financiera por la omisión de medidas para proteger las inversiones que, de buena fe, habían realizado mediante Monex Market Colombia S.A. con anterioridad a la Resolución 1806 de 2008, debido a que el accionista principal de dicha sociedad se allanó a los cargos por el mencionado delito de captación masiva y habitual de dineros, y fue condenado mediante sentencia penal de 20 de enero de 2014?

Tesis 3: “[La carga de la prueba es una regla procesal que impone a las partes y al juzgador un papel en el proceso judicial. Este es un proceso de conocimiento, cuya configuración obedece a la relación que se traba entre las partes en contienda que, en procedimientos adversariales, como éste, es por su esencia dialéctica. En razón a ello, la comprensión del problema cuya resolución corresponde al juzgador, requiere una definición clara de la tesis y la antítesis, es decir, de las posiciones de la parte que formula las pretensiones y de la que se opone. Este sistema depende así, en buena medida, de la labor activa que en la defensa de los intereses en litigio asuman las partes procesales, lo que, en el plano fáctico, implica desplegar el poder de probar derivado del debido proceso. Deben las partes, por virtud del principio de la carga de la prueba que rige en materia contencioso-administrativa, solicitar y facilitar la práctica de la prueba de los hechos que esgrimen como fundamento de su posición. Como regla procesal, la carga de la prueba impone también un rol al juzgador que, como tal, es una regla de juicio que determina el sentido de una decisión ante la incertidumbre sobre los hechos en contienda y, de esa forma, permite zanjar un conflicto jurídico evitando el non liquet. En otras palabras, el principio de la carga de la prueba determina el sentido de una decisión judicial, que el juzgador tiene que proferir, pese a la incertidumbre que sobre los hechos pudiera existir, dando lugar a una decisión desfavorable a aquel que no hubiera conseguido acreditar con certeza los hechos que esgrimió. Esta regla, sin embargo, se flexibiliza en el ámbito contencioso-administrativo, en cuanto el artículo 213 del CPACA faculta al ad quem para que, antes de dictar sentencia, disponga “que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda”. No obstante, esta norma no impone un sistema inquisitivo en lo contencioso-administrativo, ni se propone soslayar la inactividad de las partes que no hayan desarrollado el papel procesal que les corresponde para la comprensión de los intereses en disputa y, con ello, del conflicto. Para que esta facultad se active debe, por lo tanto, existir al menos un principio de prueba, es decir, los elementos de convicción suficientes que, si bien no acrediten con certeza los hechos en cuestión, generen en el juzgador una duda razonable sobre su existencia o sobre la existencia de dos hechos contrapuestos, y así el supuesto fáctico se muestre como un punto oscuro. (...) Al punto, se advierte que el único cargo válido de la apelación —según el análisis del acápite precedente— no está llamado a prosperar, ya que la parte interesada no desplegó actividad probatoria alguna para acreditar el fundamento fáctico de su argumento. La apelante se limitó a atribuirle el daño antijurídico aducido a la Superintendencia Financiera, argumentando que Monex Market Colombia S.A. habría incurrido en captación masiva de dinero, ya que su accionista principal, (...), se había allanado a los cargos por tal delito y había sido condenado mediante sentencia penal de 20 de enero de 2014. Sin embargo, no allegó documento ni prueba alguna de tal allanamiento y condena penal, ni solicitó el traslado del expediente, ni que se tuviera como prueba, ni que se oficiara a la autoridad competente para su remisión en momento alguno de este proceso. No cumplió pues la actora con la carga procesal que le incumbe para el éxito del recurso y la estimación de sus pretensiones.

NOTA DE RELATORÍA: Al Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2019, exp. 17720, FJ 2.3.2, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Así mismo, ver, Corte Constitucional, sentencia C-640 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; sentencia C-331 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas; sentencia C-146 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt y sentencia T-733 de 2013, FJ 8.1.1, M.P. Alberto Rojas. De igual forma, consultar, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de mayo de 2010, exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01, FJ 1, M.P. Edgardo Villamil

DAÑO ANTIJURÍDICO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPUTACIÓN / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / JUEZ ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

JUDICIAL / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA JUDICIAL / CAPTACIÓN MASIVA DE DINERO / OPERACIÓN DE CAPTACIÓN MASIVA DE DINERO

Problema jurídico 4: *¿El juez administrativo que conoce de la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones de las autoridades estatales, tiene autonomía y no está obligado a fallar o proferir su decisión teniendo en cuenta juicios o procesos donde se realice la calificación jurídica de una conducta realizada por otra autoridad judicial, puesto que tienen causa, fin, procedimiento y medios de prueba diferentes?*

Tesis 4: “No puede pasarse por alto, por demás, que el juicio de antijuridicidad del daño y de imputación de responsabilidad patrimonial al Estado es independiente al juicio de otra autoridad judicial, como la que según la actora habría concluido que (...) había incurrido en captación masiva y habitual de dinero. En el ordenamiento jurídico colombiano se consagra el principio de autonomía judicial a nivel constitucional y estatutario. (...) En la jurisprudencia constitucional se ha sostenido (sic) que, conforme a dicho principio, al administrar justicia, el juez no está sometido a subordinación alguna, al punto de reconocerlo como sujeto único, que no recibe órdenes ni instrucciones en su labor jurisdiccional. Es por ello que, al juez de lo contencioso administrativo, al que le compete juzgar la responsabilidad por acciones u omisiones de las autoridades, no está atado al juicio sobre la calificación jurídica de una conducta realizada por otra autoridad judicial en un juicio que, además, tiene causa, fin, procedimiento y medios de prueba diferentes.”

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / DEMANDA DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / SOCIEDAD / DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD / LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD / PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD / DAÑO ANTIJURÍDICO / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / REGISTRO MERCANTIL / INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL / IMPUTACIÓN / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico 5: *¿Cuándo se demande la responsabilidad extracontractual del Estado por el no pago de una obligación contractual de una sociedad cuya disolución y liquidación se hubiera producido, debe acreditar su participación activa en el proceso de liquidación, y que el crédito a su favor no fue satisfecho como presupuesto del daño antijurídico, lo que no ocurrió en este caso concreto?*

Tesis 5: “Como lo consideró la Sala al revocar el auto con el que el a quo había rechazado la demanda y, en su lugar, la admitió, así como en su jurisprudencia reciente, quien demande la responsabilidad extracontractual del Estado como responsable del impago de una obligación contractual de una sociedad cuya disolución y liquidación se hubiera producido, debe acreditar su participación activa en el proceso de liquidación, y que el crédito a su favor no fue satisfecho como presupuesto del daño antijurídico. Sin embargo, en este proceso (...) la parte actora únicamente dio cuenta fáctica de la aprobación de la decisión de disolver y liquidar la sociedad (...) por sus accionistas, con el nombramiento del liquidador, lo que fue protocolizado e inscrito en el registro mercantil, sin que se haya probado que el proceso de liquidación hubiera concluido, ni que los demandantes hubieran participado en tal proceso. (...) Por lo tanto, al no haber probado la demandante el daño antijurídico aducido ni su imputación al ente demandado, la sentencia desestimatoria recurrida será confirmada.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2019, exp. 17720, FJ 2.3.2, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Así mismo, ver, Corte Constitucional, sentencia C-640 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B: sentencia de 23 de febrero de 2022; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 25000-23-36-000-2012-00723-02 \(52105\)](#)

5. La cláusula de reversión no se entiende pactada cuando se trata de contratos de concesión de servicios públicos.

Síntesis del caso: *“Sociedad Concesionaria del servicio de Aseo pretende se declare la nulidad de los actos administrativos que ordenaron el pago del valor correspondiente de la reversión de vehículos afectos a la prestación del servicio, alegando su inviabilidad al no haber sido pactada dicha cláusula en el contrato”.*

CONTRATO DE CONCESIÓN / CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / CLASES DE CONTRATO DE CONCESIÓN / CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / CLÁUSULA REGLAMENTARIA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / CLÁUSULA DE REVERSIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CLÁUSULA DE REVERSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETO DEL MONOPOLIO ESTATAL / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Problema jurídico 1: *¿En el contrato de concesión del servicio público de aseo debe tenerse por incluida la cláusula de reversión?*

Tesis 1: “[E]l artículo 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 disponen que la cláusula de reversión debe incluirse en los contratos de explotación o concesión de bienes. Sin embargo, este tipo de contratos no comprenden la concesión de un servicio público. El numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de concesión (...) esta norma diferencia entre la concesión de un servicio público, de una obra o de un bien público. La Sala lo ha entendido así en varias oportunidades. En ese sentido, es claro que la misma Ley 80 de 1993 era explícita en prever diferentes tipos de concesiones y los artículos 14 y 19 no se refieren a todas: expresamente se refieren a la explotación o concesión de bienes del Estado. En consecuencia, en los contratos de concesión de servicios públicos no puede entenderse pactada cláusula de reversión. En el presente caso, el Contrato no es una concesión de un bien estatal, sino una concesión del servicio de aseo en sus componentes de barrido, recolección y transporte de residuos sólidos ordinarios. Por esto, la cláusula de reversión no se puede entender incluida en dicho negocio jurídico. La figura del área de servicio exclusivo no tiene como objeto una actividad que pueda considerarse como bien estatal, que es lo que puede ocurrir con las actividades sometidas a monopolio, en las cuales su explotación comporta la generación de ingresos para el Estado. La prestación del servicio público de aseo no es monopolística, sino que puede realizarse por cualquier operador en un sistema de libre mercado: las concesiones de área exclusiva no tienen entonces como finalidad permitir que una actividad monopolística del Estado sea explotada por un particular. Tienen otro propósito, del que no puede deducirse una regla según la cual entidad territorial vaya a asumir directamente la prestación del servicio a la terminación del contrato. (...) [L]a entidad contratante debe hacer un análisis de conveniencia para tomar la decisión de pactar la reversión. En ese sentido, la reversión es una variable para la construcción del modelo de proyección del valor presente neto del contrato: al no ser una explotación de bienes del Estado, es viable, por ejemplo, que a la entidad no le interese contar con vehículos o tecnología obsoleta y, por ende, no incluya esa variable en el modelo. Por esto, se debe insistir que el supuesto en estos contratos no es que el particular ejerza una actividad que es propia del Estado, como ocurriría en las concesiones de bienes. En los contratos de concesión en áreas de servicio exclusivo se parte de una lógica completamente diferente.”

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE CONCESIÓN / CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO / APLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / LICITACIÓN PÚBLICA / PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA

Problema jurídico 2: *¿Los contratos de concesión para la prestación del servicio público de aseo están sometidos al régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública?*

Tesis 2: “El Contrato tuvo por objeto otorgar la explotación de un área de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo. Este es un negocio jurídico sometido a la Ley 80 de 1993, a pesar de que se trate de un servicio público domiciliario. El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, por regla general excluye la aplicación de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los contratos que celebren las entidades que presten servicios públicos. (...) Esta norma es aplicable a este caso: el contrato objeto del proceso fue celebrado por la entidad del ente territorial (Uaesp) con Atesa, que es una empresa de servicios públicos. Además, el objeto del Contrato consistió en que ésta asumiera la prestación del servicio público de aseo en un área de servicio exclusivo. Esto ha sido reconocido por la Corporación en varias oportunidades en las cuales ha señalado que, en materia de área de servicio exclusivo, se aplica el Estatuto General de la Contratación (...) en materia del servicio público domiciliario de aseo, el artículo 9º de la Ley 632 de 2000 dispone que los contratos deben llevarse a cabo mediante la celebración de contratos de concesión, previa la realización de licitación pública. (...) Adicionalmente, en la Resolución CRA No. 151 de 2001, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (en adelante CRA) estableció que era obligatorio incluir las cláusulas excepcionales en los contratos de áreas de servicio exclusivo.”

CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / REMUNERACIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REINTEGRO DEL PAGO DE LO NO DEBIDO / ACCIÓN CONTRACTUAL CON FINES DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTITUCIÓN DEL BIEN / REVERSIÓN DEL BIEN / RATIO DECIDENDI / INTERPRETACIÓN DE LA SENTENCIA / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA / NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA / RESOLUCIÓN SANCIONATORIA AL CONTRATISTA / CAMIÓN COMPACTADOR DE BASURA / PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO

Problema jurídico 3: *¿La cláusula de reversión es de la esencia de todos los contratos de concesión?*

Tesis 3: “[N]o es cierto que la Corte Constitucional haya analizado la reversión en un caso análogo al presente. Se pronunció sobre la reversión de contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones, en los cuales, entre otros, se usa el espectro que es un bien público. En ese sentido, la Corte analizó los artículos 4º de la Ley 422 de 1998 y 68 de la Ley 1341 de 2009, normas que no son aplicables al Contrato. Por esto, en una acción de tutela estudiada por esta Corporación contra una decisión arbitral en materia de contratos de concesión de aseo (...) [N]o es cierto que la ratio decidendi de la C-250 de 1996 sea que la cláusula de reversión es de la esencia de todos los contratos de concesión. La Corte analizó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 80 de 1993 y el problema que resolvió fue si era constitucional que en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna. Este contrato (...) no se rige por el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, ni es una concesión de bienes estatales. (...) [E]s claro que Atesa no debía entregar los vehículos compactadores a la Uaesp, razón por la cual se accederá parcialmente a las pretensiones del demandante: se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones 222 y 512 de 2013, y se restablecerá el derecho afectado en los términos solicitados. No se revocarán los artículos sexto y séptimo de la Resolución 222 de 2013, teniendo en cuenta la declaratoria de incumplimiento de Atesa realizada en la sentencia de primera instancia que no fue objeto de apelación. Finalmente, en caso de que Atesa haya realizado el pago, se ordenará que se le reintegre el dinero pagado. Teniendo en cuenta que no se probó que se hubiera pagado la suma ordenada en los actos demandados, Atesa presentará cuenta de cobro en la que debe especificar la fecha del pago y realizar la correspondiente actualización.”

NOTA DE RELATORÍA: En relación con el régimen aplicable a los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de octubre de 2005, rad. 23583, C. P. María Elena Giraldo Gómez. del 11 de noviembre de 2009, rad. 20691, C. P. Myriam Guerrero de Escobar; del 13 de abril de 2011, rad. 37423, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Acerca de la cláusula de reversión, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, rad. 10217, C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 7 de marzo de 2007, rad. 11542, C. P. Ramiro Saavedra Becerra y del 5 de mayo de 2020, rad. 48961, C. P. Alberto Montaña Plata.

Acerca de los contratos de concesión de aseo, cita: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 23 de agosto de 2018, rad. 11001-03-15-000-2018-01096-01(AC), C.P. Alberto Yepes Barreiro y acerca de la reversión en los contratos de concesión del servicio público de televisión, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de julio de 2015, rad. 39622, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y del 3 de diciembre de 2015, rad. 42327, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Acerca de la inexecutable del artículo 5 de la ley 1653 de 2013, cita: Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa. Acerca del término de caducidad en casos donde se liquida unilateralmente el contrato estatal, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 1 de agosto de 2019, rad. 62009, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 10 de junio de 2022; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 25000-23-36-000-2014-00344-01 \(61563\)](#)

6. El conteo del término de caducidad de las controversias contractuales cuando el contrato está sometido a liquidación, no siempre inicia una vez ésta ocurra, o cuando venza el plazo otorgado para su realización, pues en ocasiones las discrepancias están determinadas por decisiones encadenadas de la Administración que subsisten de forma independiente y, por lo mismo, su solución judicial no pende ni debe postergarse a la liquidación del contrato.

Síntesis del caso: "En virtud de la acción de controversias contractuales, sociedad pretende la declaratoria de incumplimiento de contrato suscrito con la Industria Licorera de Caldas en el año 1993, alegando el impago de una bonificación de unidades de licor (281.399 unidades de 750 c.c. o su equivalente) correspondiente al año 2008, en entregas parciales, en un plazo no inferior a noventa (90) días". Se considera que la acción no fue ejercida en tiempo.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / OBJETO DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETIVO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / TEORÍA DE LOS ACTOS ENCADENADOS / ACTO ADMINISTRATIVO ENCADENADO / NORMA ESPECIAL

Problema jurídico 1: ¿Cuál es la pauta del inicio del conteo del término de caducidad en asuntos de controversias contractuales cuando existen decisiones encadenadas de la Administración que subsisten de forma independiente a la liquidación del contrato?

Tesis 1: "[E]l cómputo del término de caducidad para el caso de los contratos que requieren liquidación comienza a contabilizarse una vez ésta ocurra, o cuando venza el plazo otorgado para su realización, en tanto la misma constituye prueba principal del estado económico del contrato, al contener los balances, acuerdos, así como las deudas y acreencias vigentes entre las partes con ocasión de su ejecución. Si bien la Sala comparte la pauta antes referida, lo cierto es que ésta no es aplicable a todos los casos en que los contratos requieran liquidación, pues, habrá de decirse de una vez que, esta regla tiene justificación en aquellos asuntos en que existe una relación directa y próxima entre los motivos que generan controversia y la liquidación del contrato, es decir, se debe tratar de aspectos cuyo estado de ejecución y balance son propios de una valoración final, por cuanto su medida de determinación puede variar de cara a la

proyección que tengan en la ejecución del contrato. Con importantes matices la jurisprudencia de esta Corporación reconoce en la teoría de los actos encadenados, aquella relación existente entre dos actos definitorios, esto es, aquellos que contienen una decisión sustancial con efectos jurídicos diversos entre sí pero que, siendo diferentes, son secuenciales el uno con el otro. (...) Con sustento en la anterior teoría, se ha reconocido la existencia de una relación encadenada o secuencial entre actos que contienen decisiones diversas, donde el cómputo de la caducidad puede llevarse al último de ellos, como ocurre v. gr entre el acto que declara la caducidad contractual y el de liquidación unilateral, pues su conexidad se expresa en que, el segundo -el de la liquidación unilateral- se expide como consecuencia del primero y sólo a partir de la expedición de este último se concreta el efecto financiero directo de la caducidad impuesta, razón por la cual el inicio del plazo para demandar se contabiliza sólo desde la firmeza del acto de liquidación, esto es, el supuesto normativo consagrado en numeral 10, literal d) del artículo 136 del CCA. (...) [E]n los casos en que la relación secuencial o concatenada no existe entre las decisiones de la Administración, la oportunidad para ejercer el derecho de acción corre de forma independiente para cada una de éstas, por tratarse de actos que, se itera, no son correlativos, es decir, no perviven en estrecha conexión sustantiva con el otro. (...) En efecto, el Legislador al conservar la premisa general del plazo de caducidad consagrada desde la expedición del Decreto 01 de 1984 y distinguirla de los escenarios específicos que desarrolló a través de la Ley 446 de 1998 en torno a la liquidación del negocio jurídico, reconoció la existencia de eventos y razones que pueden dar lugar a una controversia de esta naturaleza y que no tienen una relación estrecha y consecucional con la liquidación del contrato, y para estos casos dispuso el conteo de la caducidad desde que acontecen los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento al debate; por tanto, desconocer lo consagrado en tal premisa dejaría sin contenido dicha previsión, de modo que razonar en orden a identificar los eventos que perviven de forma independiente a la liquidación del contrato y, en caso de contienda judicial, aplicar el término de caducidad de la pauta normativa en cuestión, armoniza y se corresponde con el mandato del Legislador al haber distinguido, en una norma especial y de orden público, entre tales hipótesis, la configuración del fenómeno de la caducidad."

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CARACTERÍSTICAS DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CONCEPTO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / EFECTOS DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / NORMATIVIDAD DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CLASES DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / DESARROLLO DEL OBJETO DEL CONTRATO / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL

Problema jurídico 2: *¿Cuáles son las reglas normativas aplicables al conteo del término de caducidad en asuntos relacionados con controversias contractuales?*

Tesis 2: "[E]l análisis y aplicación de esta figura impone, en el caso particular, acudir a los preceptos contenidos en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, aplicable a los procesos iniciados a partir del 8 de julio de 1998 y hasta el 2 de julio de 2012, norma que conservó, en relación con los contratos, la premisa general que traía el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984- desde su expedición, puesto que prevé que en las acciones relativas a contratos el plazo para demandar es de 2 años, "que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento", con la adición, a renglón seguido, de un listado de eventos sobre la forma de contabilizar dicho plazo. Así, en las hipótesis específicas añadidas a la premisa de la norma, se estableció que: (i) en los contratos de ejecución instantánea los 2 años se cuentan desde el cumplimiento o cuando debió cumplirse el objeto contractual; (ii) en el caso de los contratos que no requieran liquidación la oportunidad debe establecerse desde que se terminó el contrato por cualquier causa; y (iii) en los que requieren ser liquidados la oportunidad se contabiliza, así: a) si la liquidación era efectuada de común acuerdo, desde la firma del acta, b) si la liquidación era efectuada unilateralmente, desde la ejecutoria del acto que la aprobara, y, c) si la liquidación no era efectuada dentro del término convencional o legal, desde el incumplimiento de esa obligación. A su vez, precisa que si se pide la nulidad absoluta o relativa del contrato esto debe acontecer dentro de los 2 años siguientes a su perfeccionamiento y, en el caso de nulidad absoluta, este plazo se puede extender por el término de vigencia del contrato si éste es superior a 2 años, sin que en ninguna circunstancia supere los 5 años contados a partir de su perfeccionamiento."

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TERMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / PODER OFICIOSO DEL JUEZ / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / DESARROLLO DEL OBJETO DEL CONTRATO / DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / TEORÍA DE LOS ACTOS ENCADENADOS / ACTO ADMINISTRATIVO ENCADENADO / CONFIGURACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Problema jurídico 3: ¿Al estar las pretensiones de la demanda relacionadas con el incumplimiento de unas metas adicionales en venta, el conteo de la caducidad debió realizarse a partir de la liquidación del contrato?

Tesis 3: “[E]ste es un caso que impone que el conteo de la caducidad de la acción se haga en los términos de la premisa general contenida en el numeral 10 del artículo 136 del CCA –esto es, “a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento” –, dado que el asunto que acá se discute no está ligado o concatenado a la liquidación del contrato, pues el conflicto se suscitó respecto al cumplimiento de unas metas adicionales en ventas, cuyos beneficios fueron parte de una política de bonificación establecida por la contratante para el segundo semestre del año 2008, los cuales no conllevaban, por sí solos, una inobservancia del plan de compras pactado en el negocio jurídico, pues en nada modificaron los planes de compras fijados en el contrato; y por tanto, su resolución no debía trasladarse hasta la terminación y liquidación del mismo; de ello no hay duda. (...) [D]ado que el origen de los reproches esgrimidos por la actora se concreta en las modificaciones que, afirma, introdujo el Acuerdo 3 de 2009 al Plan de Bonificación Comercial para el segundo semestre de 2008, la caducidad debe contabilizarse desde el momento en que Populares Ltda. conoció dicho Acuerdo. (...) Populares Ltda. conoció el contenido del Acuerdo 3 de 2009, al menos, desde el oficio del 2 de abril de ese año, razón por la cual el término de dos años para demandar empezó a correr desde el 3 de abril de 2009 y se extendió hasta el 3 de abril de 2011; sin embargo, dado que el 22 de septiembre de 2009 la demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 28 Judicial II delegada ante el Tribunal Administrativo de Caldas, a partir de ese día se suspendió el término de caducidad, es decir, restando 559 días para que ocurriera este fenómeno jurídico. El término de caducidad se reanudó el 23 de diciembre de 2009, día siguiente al cumplimiento de los 3 meses de que trata el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, pues el vencimiento de dicho plazo ocurrió antes de la expedición de la constancia sobre la falta de acuerdo entre los interesados. De esta forma, la interesada tenía hasta el 5 de julio de 2011 para instaurar la demanda, lo cual aconteció el 1 de agosto de 2011, es decir, fuera del plazo previsto en la ley para tal fin. (...) Por consiguiente y en aplicación del artículo 164 del CCA, se revocará la sentencia proferida por el a quo y, en su lugar, se declarará, de oficio que, en este asunto, operó el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción.”

NOTA DE RELATORÍA: Acerca del término de caducidad en la acción de controversias contractuales, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de agosto de 2000, rad. 11816, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros; sentencia de 13 de noviembre de 2013, rad. 31755, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, auto de 2 de julio de 2021, rad. 66495, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico; providencia de 5 de octubre de 2016, rad. 49820, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico. Además, sobre la naturaleza de la liquidación contractual, consultar sentencia de 3 de agosto de 2000, rad. 17979, C. P. María Elena Giraldo Gómez; y sentencia de 30 de agosto de 2001, rad. 16256, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2006 rad. 15323; del 7 de marzo de 2012, rad. 22734 y del 10 de agosto de 2000, rad 11816, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 11 de mayo de 2022; C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 17001-23-31-000-2011-00350-01 \(56558\)](#)

7. El deber de seguridad y protección del Estado no es absoluto. En materia de mantenimiento del orden público debe valorarse la capacidad operativa según

la magnitud de las alteraciones y los medios disponibles para su restablecimiento.

Síntesis del caso: *“El 31 de agosto de 1999, en la ciudad de Barranquilla hubo un paro cívico en el que se presentaron bloqueos, quema de objetos y saqueos. Desconocidos vandalizaron y saquearon la sede de una sociedad. Alegan omisión en el deber de protección, pues la Policía no impidió que terceros dañaran su propiedad, aunque tuvo conocimiento de las conductas delictivas.*”

PRESUPUESTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ALCANCE DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / DEBER DE PROTECCIÓN DE LA FUERZA PÚBLICA / DEBERES DEL ESTADO / DEBERES DE LA POLICÍA NACIONAL / FINES DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / REPARACIÓN DEL DAÑO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DERECHO DE REUNIÓN / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DAÑO CAUSADO POR HECHO DEL TERCERO / IMPREVISIBILIDAD DEL HECHO DEL TERCERO / IRRESISTIBILIDAD DEL HECHO DEL TERCERO / ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO / DAÑO CAUSADO POR PERTURBACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico 1: *¿Se configuró falla del servicio por incumplimiento del deber de seguridad y protección, ante el saqueo y la destrucción de la sede de una empresa, en una manifestación pública?*

Tesis 1: “La Policía Nacional sabía de las manifestaciones y estuvo presente en las zonas de la ciudad que iban a ser afectadas por el paro. Inicialmente, para garantizar el derecho de reunión o movilización y el mantenimiento del orden público. Cuando advirtió que algunos manifestantes portaban armas o elementos para causar daño a los bienes públicos y a la propiedad privada, intentó dispersar la movilización con tanquetas. Las autoridades anticiparon aquellas situaciones que normalmente ocurren en las manifestaciones, no era posible prever que una manifestación -que debía ser pacífica y cuyo fin era reclamar por la deficiente prestación de los servicios públicos- terminaría con el saqueo y la quema de la sede de Arquiglass del Caribe Ltda., empresa que -además- no estaba relacionada con el motivo de la protesta. La magnitud de los actos vandálicos, la desproporción de la multitud de personas que participó en ellos, el uso de armas de fuego y otros elementos con alto poder de destrucción y la intención de dañar la propiedad privada del sector de forma indiscriminada, eran hechos imprevisibles para las autoridades, dentro del desarrollo normal y habitual de una manifestación. La conducta de la turba de manifestantes tampoco podía ser resistida por las autoridades, pues la cantidad de personas que participaron en estos actos y las acciones violentas que emprendieron no eran propias de una manifestación pacífica, sino de una asonada que se salió de control. Los medios que tenía la Policía Nacional a su disposición impedían concentrar la totalidad de la acción defensiva en un solo establecimiento de comercio, circunstancia que limitaba la capacidad de acción para repeler este ataque. (...) No debe perderse de vista que en estos eventos debe juzgarse la posibilidad de resistir las acciones violentas, de acuerdo con la capacidad operativa y los medios de los que dispone el Estado. En materia de mantenimiento del orden público, esa capacidad debe ser valorada según la magnitud de las alteraciones que se presentan en determinado momento y los medios disponibles para su restablecimiento, para establecer si el Estado podía hacerle frente. Como el ataque a la sede de Arquiglass del Caribe Ltda. no podía ser previsto por la Policía Nacional y tampoco podía ser resistido, se configuró el hecho de un tercero.”

PRESUPUESTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ALCANCE DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / DEBER DE PROTECCIÓN DE LA FUERZA PÚBLICA / DEBERES DEL ESTADO / DEBERES DE LA POLICÍA NACIONAL / FINES DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / REPARACIÓN DEL DAÑO / FUNCIONES DEL ALCALDE MUNICIPAL / FUNCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / DEBERES DE LA FUERZA PÚBLICA / FALLA DEL SERVICIO / PRESUPUESTOS DE LA FALLA DEL SERVICIO

Problema jurídico 2: *¿Cuáles son los límites de responsabilidad del Estado en los eventos en los que se produce un daño antijurídico?*

Tesis 2: “El artículo 1 de la Ley 62 de 1993, en consonancia con los artículos 2 y 218 CN, dispone que la Policía Nacional está instituida para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, para el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. El presidente de la República, como comandante supremo de las Fuerzas Armadas de la República, dirige la fuerza pública (artículo 189.3 CN) y le corresponde conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo cuando sea perturbado (artículos 189.4 y 213 y siguientes CN). A su vez, el gobernador es agente del presidente de la República para el mantenimiento del orden público (artículo 303 CN). En consonancia, el alcalde es la primera autoridad de policía del municipio y le corresponde conservar el orden público de éste, de conformidad con la ley y las instrucciones que reciba del presidente de la República y del gobernador (artículo 315.2 CN). La jurisprudencia, en vigencia del artículo 16 de la Constitución de 1886-que corresponde al citado artículo 2 CN- concluyó que estos deberes no implican que el Estado sea un “asegurador general” contra daños, tampoco entrañan una responsabilidad automática derivada exclusivamente de la afectación de un derecho y encuentran su límite en los recursos materiales y humanos de que disponen las autoridades para disuadir y, en últimas, garantizar la seguridad e integridad. Se trata, pues, de una falla relativa del servicio. Imputar responsabilidad al Estado con base en disposiciones generales como la contenida en el artículo 2 CN supondría la existencia de una obligación, en términos jurídicos, en la cual debe responder por todos los daños que sufran las personas. Esa norma contiene un deber general, del cual, de forma abstracta o general, no pueden derivarse directamente obligaciones resarcitorias. Si no fuese así, el Estado respondería siempre que una persona le cause daño a otra, con independencia de su intervención en el hecho, lo cual constituye, evidentemente, una distorsión que aleja al juez de la Administración de los fundamentos civiles de la responsabilidad extracontractual del Estado, para -en su lugar- ubicarlo en los predios ajenos de la responsabilidad política. En esta materia se requieren análisis más precisos soportados en normas destinadas a regular la responsabilidad, que impongan verdaderas obligaciones resarcitorias en términos civiles, y no estén fundados en disposiciones que fueron concebidas para establecer fines relacionados con la organización del Estado. Por tanto, las entidades públicas solo son responsables civilmente cuando con su acción u omisión causen un daño a otro (art. 2341 CC), pues solo en esos eventos puede surgir la obligación indemnizatoria.”

CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DAÑO CAUSADO POR HECHO DEL TERCERO / IMPREVISIBILIDAD DEL HECHO DEL TERCERO / IRRESISTIBILIDAD DEL HECHO DEL TERCERO / REQUISITOS DEL HECHO DEL TERCERO / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL / CAUSACIÓN DEL DAÑO / PRODUCCIÓN DEL DAÑO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Problema jurídico 3: *¿Cuál es el alcance de los presupuestos de irresistibilidad e imprevisibilidad para determinar la ocurrencia del hecho de un tercero como causal eximente de responsabilidad estatal?*

Tesis 3: “El hecho del tercero se configura como causal de exoneración de responsabilidad cuando se prueba que es la causa exclusiva del daño. Por ello se exige que ese tercero sea completamente ajeno a la administración y que su acción sea imprevisible e irresistible. El hecho de un tercero es imprevisible cuando su ocurrencia es improbable. La conducta debe ser imprevisible para la Administración, ya que si puede ser evitada o anticipada le debe ser imputada dada su obligación de impedir el resultado. La imprevisibilidad no significa que la autoridad deba imaginarse todo aquello que puede ocurrir, pues bajo ese supuesto nada es imprevisible. Por su parte, el hecho de un tercero es irresistible cuando el cumplimiento cuidadoso y diligente de los deberes de la Administración es insuficiente para evitar el hecho dañoso. El hecho debe ser irresistible puesto que si la entidad puede oponérsele válidamente no lo puede alegar como causal de exoneración.”

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la procedencia de la acción de reparación directa contra actos administrativos, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 1993, rad. 7303 y del 8 de marzo de 2007, Rad. 16421. Sobre el valor probatorio de las copias simples, cita: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, rad. 25022, C. P. Enrique Gil Botero. Respecto el valor probatorio de las fotografías, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, rad. 28832, C. P. Danilo Rojas Betancourth. En cuanto a la responsabilidad estatal por la falta al deber de protección del

Estado, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de julio de 1969, rad. 541, C. P. Carlos Portocarrero; sentencia de 11 de noviembre de 1990, rad. 5737, C. P. Gustavo De Greiff Restrepo; sentencia de 29 de octubre de 1998, rad. 10747, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 26 de noviembre de 2015, rad. 34776, C. P. Guillermo Sánchez Luque. Acerca de la causal eximente de responsabilidad del Estado por el hecho del tercero, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de agosto de 1989, rad. 5693, C. P. Gustavo De Greiff Restrepo.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 26 de febrero de 2021; C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 08001-23-31-000-2001-01676-01\(39063\)](#)

6
SECCIÓN
CUARTA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Para efectuar ajustes de comparabilidad en el régimen de precios de transferencia es viable usar compañías controladas, si se demuestra que el control no afectó representativamente sus resultados.

Síntesis del caso: Se analizó la legalidad de los actos administrativos en los que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2010 de un contribuyente, entre otros aspectos, para rechazar costos de ventas como resultado de desconocer el ajuste de comparabilidad por riesgo de mercado que efectuó en el estudio de precios de transferencia y, por ende, ajustar a la mediana del rango intercuartil el margen de utilidad determinado en las transacciones realizadas en el periodo e imponer sanción por inexactitud. La Sala anuló parcialmente los referidos actos administrativos para aceptar la procedencia de los costos de venta por precios de transferencia al concluir que el ajuste de comparabilidad que realizó la demandante era procedente, a la par que el desconocimiento de la DIAN de una de las comparables en el estudio de precios de transferencia fundado en la existencia de una situación de control no era óbice para descartar de plano el uso de compañías controladas como comparables, pues si bien ello exige un mayor grado de análisis, es posible tal uso para realizar ajustes de comparabilidad, si se demuestra que la situación de control no afectó representativamente sus resultados, lo cual se evidenció en el caso, porque la contribuyente hizo un estudio minucioso y demostró que las operaciones de la comparable CE Franklin Ltd. con sus vinculadas no superaban el 4% del total de ventas del periodo, por lo que el grado de incidencia negativa en el margen de comparabilidad no era lo suficientemente representativo para descartarla del estudio de precios de transferencia.

RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Aplicación y objeto / RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Finalidad / CASOS DE VINCULACIÓN ECONÓMICA / CRITERIOS DE VINCULACIÓN ECONÓMICA - Presupuestos / DECLARACIÓN INFORMATIVA INDIVIDUAL DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Obligatoriedad / DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Objeto y requisitos / MÉTODOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES CON VINCULADOS ECONÓMICOS O PARTES RELACIONADAS EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / MÉTODO DE MÁRGENES TRANSACCIONALES DE UTILIDAD DE OPERACIÓN TU PARA LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD DE LAS OPERACIONES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / CRITERIOS DE COMPARABILIDAD DE LAS OPERACIONES ENTRE VINCULADOS ECONÓMICOS Y PARTES INDEPENDIENTES / AJUSTES DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Procedencia / CONDICIONES DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Alcance / CONDICIONES DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Generales del mercado y estrategias de negocios / AJUSTE DE COMPARABILIDAD POR RIESGO DE MERCADO – Procedencia. Estrategias comerciales / ESTRATEGIA DE PENETRACIÓN EN EL MERCADO / ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES DEL AJUSTE DE COMPARABILIDAD - Valor de las operaciones / USO DE PRESUPUESTOS Y PROYECCIONES PARA EFECTUAR AJUSTES DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Procedencia. Existencia de situaciones especiales por adopción de estrategias empresariales / ENTIDADES COMPARABLES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / USO DE COMPAÑÍAS VINCULADAS PARA EFECTUAR AJUSTES DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Procedencia / PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA

Problema jurídico: ¿Son procedentes los costos de ventas desconocidos por la Administración como consecuencia del ajuste a la mediana del rango ajustado por el rechazo de ajustes de comparabilidad por riesgo en el mercado y de una de las compañías comparables?

Tesis: “Los artículos 260-1 y siguientes del Estatuto Tributario regulan el régimen de precios de transferencia, que aplica a los contribuyentes del impuesto de renta que celebren operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas del exterior, y los obliga a determinar sus ingresos, costos y deducciones, teniendo en cuenta los precios y márgenes de utilidad de operaciones comparables con o entre partes independientes, para que prevalezcan los precios de mercado y no los fijados artificialmente por las partes, por su vinculación económica, para aminorar su carga fiscal. Conforme con esta disposición y con el artículo 28 de la Ley 788 de 2002 -vigente durante el periodo en discusión-, existe vinculación económica, cuando se presenta relación de subordinación y control o la existencia de grupo empresarial, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, 28 de la Ley 222 de 1995, o en los casos previstos en los artículos 450 y 452 del Estatuto Tributario. El control puede ser individual o conjunto, sin participación en el capital de la subordinada, ejercido por una matriz domiciliada en el exterior y por personas naturales o de naturaleza no societaria, y la vinculación se predica de las sociedades que conforman el grupo empresarial, aunque su matriz se domicilie en el exterior. El inciso 2 del artículo 260-1 Ib. establece que la DIAN, en desarrollo de las facultades de verificación y control, determina los ingresos ordinarios y extraordinarios, al igual que los costos y deducciones de las operaciones de los contribuyentes del impuesto de renta con vinculados económicos o partes relacionadas, «mediante la determinación del precio o margen de utilidad a partir de precios y márgenes de utilidad en operaciones comparables con o entre partes no vinculadas económicamente, en Colombia o en el exterior». Con tal fin, el artículo 260-8 ejusdem dispuso que los obligados deben presentar una declaración informativa anual de sus operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas, y el artículo 260-4 ib. señaló que deben preparar y enviar la documentación comprobatoria por cada operación, para demostrar la correcta aplicación de las normas que regulan el régimen de precios de transferencia. El artículo 260-2 del Estatuto Tributario indica los métodos para determinar el margen de utilidad de las operaciones, entre los que se encuentra el de márgenes transaccionales de utilidad de operación - TU, que fue el utilizado por la demandante en su estudio de precios de transferencia. Dicha norma contempla la posibilidad de ajustar los rangos mediante métodos estadísticos, como lo es el rango intercuartil. Las transacciones comparadas se evalúan según las características establecidas en el artículo 260-3 ib., y pueden resultar en ajustes que permitan una mayor comparabilidad. El artículo 7 del Decreto 4349 de 2004 exige que la información específica de la documentación comprobatoria de precios de transferencia contenga la descripción detallada de «las partes intervinientes, objeto, término de duración y valor de los contratos, acuerdos o convenios celebrados entre el contribuyente y los vinculados económicos o partes relacionadas domiciliados o residentes en el exterior y/o en paraísos fiscales», así como el aporte de «Información general sobre las estrategias comerciales: penetración, ampliación o mantenimiento del mercado, volumen de operaciones, políticas de créditos, formas de pago, costo de oportunidad, procesos de calidad, certificaciones nacionales e internacionales de productos o servicios, contratos de exclusividad y de garantías, entre otras». Y en situaciones especiales que afecten las operaciones del estudio de precios de transferencia, el contribuyente debe presentar estudios financieros y de mercado, presupuestos, proyecciones, reportes financieros por líneas de productos o segmentos de mercado o negocios elaborados para el ejercicio gravable. En el caso concreto, la DIAN asume que el ajuste de comparabilidad por riesgo de mercado, sustentado en cifras proyectadas concernientes a la producción de un tercero, se realizó en condiciones contractuales desventajosas para la contribuyente, quien asumió consecuencias con su cliente principal, Acerías Paz del Río, que no serían pactadas por terceros independientes en situaciones comparables, pues desde el inicio del contrato se podían prever utilidades mínimas frente a las transacciones de la actora con otros clientes. Conforme con el marco normativo referido, en el método de márgenes transaccionales de utilidad de operación -TU-, ante la existencia de circunstancias especiales, la contribuyente debe realizar ajustes para lograr una mayor comparabilidad, allegando la documentación exigida por el artículo 260-3 del Estatuto Tributario y el Decreto Reglamentario 4349 de 2004. Así, para determinar si las operaciones son comparables o si existen diferencias significativas en el método TU, se toman en cuenta los atributos de las operaciones, relativos a las circunstancias económicas o de mercado, tales como: «ubicación geográfica, tamaño del mercado, nivel del mercado (por mayor o detal), nivel de la competencia en el mercado, posición competitiva de compradores y vendedores, la disponibilidad de bienes y servicios sustitutos, los niveles de la oferta y la demanda en el mercado, poder de compra de los consumidores, reglamentos gubernamentales, costos de producción, costo de transportación, fecha y hora de la operación, estrategias de negocios, incluyendo las relacionadas con la penetración, permanencia y ampliación del mercado». Según el caso, si la transacción tiene características especiales que impidan equipararla con las de los entes con los que se pretende comparar, cabe ajustarla suprimiendo tales características, para permitir una comparación más precisa. La comparabilidad de las transacciones se determina por la presencia de características económicas relevantes, y por la posibilidad de realizar ajustes técnicos razonables a las condiciones de las mismas (artículo 260-3 Estatuto Tributario); y dentro de las condiciones de comparabilidad se pueden encontrar las generales del mercado o las estrategias de negocios. Por ello, si la comparación enfrenta una condición económica particular en la parte analizada, y no en las comparables o viceversa, ésta podrá eliminarse para lograr una mayor comparabilidad, siempre que sea razonable. La transacción intercompañía sujeta al análisis de precios de transferencia corresponde a los egresos por compra de inventarios para distribución (material refractario y repuestos) de Magnesita Colombia a sus compañías vinculadas en el

exterior durante el año gravable 2010, sobre las cuales el estudio de precios indicó que, como no existe información de ventas de estas compañías a terceros independientes en Colombia, no había comparables internos para analizar la transacción, siendo necesario acudir a bases de datos para encontrar comparables externos. Así mismo, Refractarios Magnesita fue seleccionada como parte analizada, porque «se cuenta con información financiera regida por los principios contables colombianos, y adicionalmente, la información funcional de esta permite la caracterización adecuada que conduce a la selección óptima de comparables, por tanto, se dispone de información de negocios, activos y riesgos asumidos». La actora realizó ajustes de comparabilidad bajo el método TU -aspecto no discutido-, y se seleccionó como indicador de rentabilidad el generado a través de la utilidad operativa sobre las ventas netas (ROS), para lo cual se aplicaron «ciertos ajustes de acuerdo con las diferencias en el manejo del capital de trabajo para mejorar la comparabilidad financiera (liquidez, solvencia y eficiencia operativa que influyen en la rentabilidad) frente a la empresa analizada». Además, por cuenta de la estructura de las operaciones entre la sociedad y su cliente principal, Acerías Paz del Río, se realizó un ajuste por el incumplimiento de dicho cliente con la producción estimada, que afectó significativamente los resultados de la contribuyente. La actora efectuó el ajuste de comparabilidad por riesgo en el mercado, porque en el en el año 2010 la producción de su cliente principal no tuvo el comportamiento esperado y sus niveles de producción y ventas estuvieron por debajo de lo proyectado, de manera que, bajo el método TU y calculando el indicador de rentabilidad para cada compañía, obtuvo como resultado un ROS de 2.993 % para la actividad de distribución, que se ubicó en el rango intercuartil generado por compañías independientes funcionalmente comparables, que osciló en un cuartil inferior de 2.833 % y un cuartil superior de 5.172 %. (...) Para cumplir el deber de sustentar las circunstancias especiales que dieron lugar al ajuste de comparabilidad, en el estudio de precios de transferencia la demandante allegó elementos descriptivos, como son la identificación de las partes intervinientes (Magnesita Colombia y Acerías Paz del Río), el objeto, término de duración y valor de los contratos, acuerdos o convenios celebrados entre la contribuyente y los vinculados económicos o partes relacionadas domiciliados o residentes en el exterior e información sobre la estrategia comercial de penetración en el mercado colombiano, volumen de operaciones, formas de pago y procesos de calidad, entre otros. El estudio incluyó análisis funcionales, de mercado y económicos enfocados a explicar las estrategias del negocio con Acerías Paz del Río, y el riesgo a que se enfrentaba la demandante al incluir una cláusula de ajuste de comparabilidad con su cliente que, según información financiera suministrada, se materializó en el año 2010. (...) Sobre ese particular, los actos demandados indicaron que la actora realizó el ajuste de comparabilidad por riesgo en el mercado tomando cifras proyectadas y no la realidad económica, y que como Magnesita Colombia es una empresa distribuidora, no era razonable que realizara negocios que implicaran pérdida, pues ello no es coherente con el objeto social de esas compañías. (...) Para abordar el análisis sustancial de las condiciones del ajuste de comparabilidad, es preciso establecer la valoración de las operaciones debatidas en el régimen de precios de transferencia porque, como lo afirman las partes, las transacciones de la actora con sus vinculadas económicas en el exterior (Brasil y Argentina) no incidieron en la determinación de las operaciones con su cliente principal -Acerías Paz del Río-, tercero independiente con quien no tuvo vinculación económica sujeta a los efectos del régimen. (...) Así, los ajustes debatidos obedecieron a un déficit en ingresos con un no vinculado, y no a costos de ventas excesivos o manipulados con vinculados, pues los precios pactados con estos últimos no generaron las pérdidas del ejercicio, punto sobre el que la DIAN no explicó el presunto incremento injustificado de costos de compra de los inventarios a sus vinculados en el exterior, ya que su análisis se fundó en una presunción - no probada-, de pérdida en la operación con Acerías Paz del Río derivada de «costos artificialmente incrementados por el vinculado en el exterior». (...) En esas condiciones, se advierte que el ajuste realizado por la sociedad demandante era procedente en los términos del artículo 260-3 del Estatuto Tributario, pues obedeció a una circunstancia excepcional identificable sobre la cual se ajustó la comparación con terceros independientes, y que la DIAN no objetó el dictamen aludido, ni demostró que las operaciones de Magnesita Colombia con sus vinculadas en el exterior incidieran en los resultados del negocio con Acerías Paz del Río, tercero independiente residente en Colombia con quien no ostentó vinculación. Al amparo de la normativa de precios de transferencia y las directrices OCDE, cuando se quiera penetrar un mercado o incrementar la participación en el mismo se deben verificar las estrategias de negocio con el fin de valorar el riesgo asumido por el contribuyente, para lo cual se puede fijar un precio de producto acorde con las exigencias, o incurrir temporalmente en mayores costos y obtener utilidades inferiores frente a otros contribuyentes que participen en la misma actividad comercial, sin distinguir entre productores, comercializadores o prestadores de servicios. Revisada la información del estudio de precios de transferencia y del contrato con Acerías Paz del Río surge que la contribuyente asumió un riesgo materializado en el año 2010, que generó la pérdida discutida, por la baja producción de hierro del periodo y el daño técnico en los hornos de su cliente principal, circunstancias atribuibles a su cliente principal, y no en mayores costos de operaciones con empresas vinculadas. Aunado a lo anterior, el resultado de los estados financieros de la demandante de los años 2011 a 2013 evidencia que el negocio con Acerías Paz del Río generó utilidades que se incrementaron progresivamente con respecto al 2010, pues el riesgo asumido, que se concretó en la pérdida aducida, no se mantuvo indefinidamente, en tanto la estrategia de negocio funcionó. (...) Tal posición implica la verificación de otro aspecto discutido por las partes, en cuanto al uso de «proyecciones» para realizar el ajuste de comparabilidad, cuando existen situaciones especiales por la adopción de estrategias empresariales. Así, conforme con la OCDE, al valorar

la estrategia comercial de un contribuyente que lo lleva a obtener temporalmente bajas utilidades en espera de mejores resultados, la autoridad fiscal debe verificar que la expectativa se concrete en un término razonable que justifique los costos de los primeros periodos de actividad. En la documentación comprobatoria se observó que la expectativa del negocio de la actora con su cliente principal se concretó en los periodos inmediatamente siguientes al discutido, con la mejora en las utilidades propuestas a mediano plazo, lo cual evidenció que la estrategia no se prolongó en el tiempo sin resultados, en tanto no incurrió en pérdidas por un periodo mayor al de empresas comparables independientes, de lo que dan cuenta las proyecciones que sustentaron el estudio de precios de transferencia y los estados financieros de los años 2011 a 2013. Así, al evaluar la estrategia comercial utilizada por la contribuyente, la DIAN debió tomar como referencia la realidad económica de la compañía en los años 2011 a 2013 para establecer que si la pérdida se seguía generando dicha estrategia no funcionó. Ahora bien, el desconocimiento de la DIAN de una de las comparables en el estudio de precios de transferencia parte del supuesto de que CE Franklin Ltd. no cumplía las exigencias de independencia en sus decisiones, pues fue subsidiaria de Smith International hasta agosto de 2010, y a partir de esa fecha pasó a ser controlada de Schlumberger NV, propietaria del 56% de las acciones, por lo cual se presentaba una situación de control que sería indicio de que los precios o márgenes estarían afectados por la política intercompañía de grupo. En el estudio de precios, luego de verificar que dentro del mercado interno no existía suficiente información y entidades comparables del mismo sector económico, la actora presentó la estrategia de búsqueda de comparables (...) La información entregada evidencia que solo una de las ocho compañías seleccionadas como comparables fue rechazada por la DIAN, quien adujo como único argumento la condición de control por parte de otra empresa, lo que la hacía «suponer» que «los precios o márgenes estarían afectados por la política intercompañía de grupo», frente a lo cual la contribuyente realizó verificaciones adicionales para identificar la magnitud e incidencia de las operaciones con vinculados que hubiera tenido CE Franklin Ltd. Bajo los supuestos del artículo 260-3 del Estatuto Tributario y del criterio de la OCDE, el uso de compañías vinculadas para realizar ajustes de comparabilidad no está restringido, siempre que se constate que la contribuyente adelantó la verificación correspondiente con el fin de identificar la magnitud e incidencia de las operaciones con los vinculados que haya realizado la comparable. Así, conforme con la OCDE «ser comparable significa que ninguna de las diferencias (si las hay) entre las situaciones que se comparan pueda afectar en forma significativa a las condiciones analizadas en la metodología (por ejemplo, el precio o el margen) o que se pueden realizar ajustes suficientemente precisos para eliminar los efectos de dichas diferencias. En la determinación del grado de comparabilidad, incluyendo el tipo de ajustes que resulten necesarios para lograrla, se requiere comprender cómo evalúan las sociedades independientes las operaciones potenciales». Así, para realizar ajustes de comparabilidad es posible usar compañías controladas, si se demuestra que tal control no afectó representativamente sus resultados, esto es, que las diferencias entre las situaciones comparadas no afectan las condiciones analizadas en la metodología, tales como el precio o margen, lo cual trasciende el análisis subjetivo relacionado con el control o vinculación a que están sujetas, y exige el estudio material de las operaciones que realizan, para determinar si cumplen el principio de plena competencia, al enmarcarse en situaciones de libre mercado propias de sociedades independientes. En ese contexto, de la documentación comprobatoria, y en concreto del Reporte Anual 2010 de CE Franklin Ltd. y del cotejo de la prueba pericial, se estableció que las operaciones que la comparable realizó con empresas vinculadas equivalen a menos del 4% del total, y que más del 96% las ejecutó con terceros independientes. Por ello, si bien el uso de compañías controladas como comparables exige un mayor grado de análisis, no es óbice para descartarlas de plano -como lo hizo la Administración-, porque la contribuyente hizo un estudio minucioso y demostró que las operaciones de CE Franklin Ltd. con sus vinculadas no superaban el 4% del total de ventas del periodo, con lo cual el grado de incidencia negativa en el margen de comparabilidad no era lo suficientemente representativo para descartarla del estudio de precios de transferencia. En consecuencia, la DIAN se limitó a señalar que la circunstancia de una de las ocho comparables hacía suponer que «los precios o márgenes estarían afectados por la política intercompañía de grupo», sin analizar el aspecto material de las operaciones de esa comparable, y sin controvertir las cifras del estudio de precios de transferencia, ni demostrar incumplimiento del principio de plena competencia. (...)».

Salvamento parcial de voto de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Aplicación y objeto / PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Alcance / DIRECTRICES DE LA OCDE EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Principio de plena competencia / ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Entidades comparables. Regla general / PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Finalidad y alcance / MANUAL PRÁCTICO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA DE LA ONU PARA PAÍSES EN DESARROLLO 2021 - Alcance del principio de plena competencia / EXCEPCIONALIDAD DEL USO DE COMPAÑÍAS CONTROLADAS COMO COMPARABLES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Manual Práctico de Precios de

Transferencia de la ONU para países en desarrollo 2021 / USO DE COMPAÑÍAS CONTROLADAS COMO COMPARABLES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Improcedencia. Incumplimiento de requisitos legales y de las guías de precios de transferencia / DISMINUCIÓN DE COSTOS DECLARADOS POR AJUSTE DEL MARGEN DE UTILIDAD A LA MEDIANA DEL RANGO INTERCUARTIL – Legalidad

Tesis: “[S]alvo el voto en la sentencia del proceso en referencia, en tanto reconoció como procedente la utilización de una compañía vinculada dentro del set de compañías comparables que servían de sustento al estudio de precios de transferencias, pues se consideró que las operaciones de la comparable, glosada por la DIAN, con sus vinculadas no eran representativas. Al respecto es importante observar que el artículo 260-2 del Estatuto Tributario señala que los contribuyentes del impuesto sobre la renta que celebren operaciones con vinculados del exterior están obligados a determinar sus ingresos, costos y deducciones, considerando el principio de plena competencia, el cual se satisface cuando una operación entre vinculados cumple con las condiciones que se hubieren utilizado en operaciones comparables con o entre partes independientes. Las directrices de la OCDE acogidas en nuestra regulación de precios, parten de la aplicación del principio de plena competencia el cual *«se basa en la comparación de las condiciones de una operación vinculada con aquellas que se pactaría entre empresas independientes que realizaran una operación comparable en circunstancias comparables»*. Por esta razón, uno de los elementos fundamentales del principio de plena competencia es el de la comparación entre la transacción vinculada y las transacciones no vinculadas, de ahí que, los análisis de comparabilidad deban llevarse a cabo, por regla general, con empresas independientes que no pertenezcan a otros grupos multinacionales. Esto, porque las operaciones económicas que realizan las compañías que pertenecen a grupos multinacionales suelen no verse impactadas por las fuerzas externas del mercado, a diferencia de lo que ocurre cuando empresas independientes realizan operaciones entre sí, de manera que no son fiables para determinar que los precios o rentabilidades se pactaron a precios de mercado. Al respecto, cabe agregar que *«la condición de la independencia se requiere, debido a que únicamente aquellas operaciones/compañías que son independientes pueden asegurar que se cumpla a cabalidad con el principio de independencia, mientras que aquellas condiciones impuestas en las transacciones entre partes relacionadas pudieron haber sido establecidas por la parte controlante, lo cual hace que la operación se desvíe de las condiciones esenciales del mercado que se buscan»*. Lo anterior también es aceptado por la Organización de Naciones Unidas (ONU). En efecto, en el *Manual Práctico de Precios de Transferencia para Países en Desarrollo 2021*, esa organización internacional reconoce expresamente que *«un elemento fundamental del principio de plena competencia es el de la comparación entre la transacción vinculada y las transacciones no vinculadas. Por lo tanto, la mayoría de los procesos de búsqueda intentarán eliminar transacciones que hayan sido realizadas por entidades que pertenecen a un grupo multinacional»* (subrayado propio). De ahí que sea claro que la aplicación del principio de plena competencia, por regla general, **no admite la utilización de compañías vinculadas o pertenecientes a grupos multinacionales para realizar el análisis de comparabilidad**. No obstante, el mencionado manual prevé una excepción a la mencionada regla general cuando ocurren situaciones muy excepcionales en las que no se dispone de comparables fiables, debido a la ausencia información comercial y financiera o a las dificultades que puedan existir para obtenerla en el contexto político económico de un determinado Estado. Descendiendo al caso concreto de Refractaria Magnesita, se observa que no se cumplieron las condiciones establecidas en el Estatuto Tributario y en las guías de precios de transferencia, dado que las mismas no admiten en desarrollo del principio de plena competencia la utilización como comparables de compañías vinculadas, ni las condiciones previstas por la ONU para aplicar la excepción a la regla general en la que se fundamenta la aplicación del principio de plena competencia. Según se analizó, el manual de precios de la ONU autorizan (sic) que se utilice como comparable una compañía vinculada, única y exclusivamente, cuando no se disponga de compañías independientes fiables. De no existir esta situación excepcional, deberá aplicarse la regla general en la que se fundamenta el principio de plena competencia, esto es, que el análisis de comparabilidad se efectúe entre la transacción o compañía vinculada y las transacciones o compañías no vinculadas y, en consecuencia, que deban eliminarse las operaciones que hayan realizado compañías pertenecientes a otros grupos multinacionales. En el expediente está acreditado que la contribuyente realizó el análisis de comparabilidad para determinar si las transacciones que realizó con sus vinculadas cumplían con el principio de plena competencia, tomando como referencia un grupo de comparables conformado por más de 6 compañías, entre las que sólo 1 era una compañía vinculada, pues pertenecía a otro grupo multinacional. Esta situación hace evidente que, en este caso concreto, sí se disponían de comparables independientes fiables, de manera que no se cumplía la condición establecida por la doctrina para tomar como comparable a una compañía que pertenecía a otro grupo multinacional. Así, para el caso concreto, lo procedente en el análisis de precios de transferencia, era tener en cuenta solo los comparables independientes, como en efecto lo hizo la DIAN, lo cual puso de presente que, la rentabilidad de la demandante, se encontraba por fuera del rango intercuartil, lo que derivaba en el incumplimiento del principio *«Arm’s Length»*, o principio del operador independiente, tras lo cual, era preciso ajustar el margen de utilidad, a la mediana del rango intercuartil. Entonces, la disminución de los costos declarados por la demandante determinada en los actos acusados, se ajustó a la legalidad, por lo que no procedía la anulación de los actos administrativos acusados en lo concerniente a este concepto.”.

Aclaración de voto del Consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

PROCEDENCIA DEL AJUSTE DE COMPARABILIDAD POR RIESGO DE MERCADO - Ilegalidad de los actos acusados por indebido análisis de la finalidad y alcance del ajuste de comparabilidad / AJUSTES DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Finalidad y alcance. Reiteración de jurisprudencia / PROCEDENCIA DE LOS AJUSTES DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE TRANSFERENCIA - Su justificación o no tiene que ver con la situación de la parte analizada y las comparables frente a las circunstancias económicas o de mercado

Tesis 1: “[A]compañó la decisión adoptada por la Sala en el sentido de confirmar la nulidad de los actos acusados, sin perjuicio de lo cual estimo pertinente, para el correcto entendimiento del criterio acogido, precisar las siguientes cuestiones: 1- La autoridad rechazó el ajuste de comparabilidad solicitado por la contribuyente porque estimó que las condiciones contractuales que esta pactó con su cliente principal (que era una entidad no vinculada) habrían generado en el año revisado una disminución de ingresos que no habría asumido otro agente del mercado; lo anterior en la medida en que el precio de venta de mercancías renegociado por la demandante con su cliente llevaba a que el margen de utilidad que percibía de este (1,99%) fuese inferior en un 50% del que obtenía de otros clientes (3,99%). Adicionalmente, reprochó la autoridad que el ajuste de comparabilidad en cuestión se hiciese tomando en cuenta cifras proyectadas, en lugar de las procedentes de la realidad económica de la sociedad bajo los contratos suscritos. 2- Así, en el debate planteado en los actos acusados se desconoció que, bajo el análisis de precios de transferencia, el efecto de la disminución de ingresos por la reducción de compras de inventario por parte del cliente principal de la demandante se refleja en el factor ingreso por ventas, en la fórmula del indicador de rentabilidad seleccionado (ROS) para la aplicación del método TU y su comparación con las comparables seleccionadas. Mientras que la actora entendió que la circunstancia relatada fue excepcional, propia de una situación particular (i.e. la crisis por la que atravesaba su principal cliente), motivo por el que realizó el ajuste de comparabilidad para eliminar el efecto al que esa diferencia en las circunstancias económicamente relevantes daba lugar en el precio o margen de utilidad. Esto, bajo el supuesto de que las comparables seleccionadas no habrían estado en una situación similar a la de la parte analizada, en lo relativo a la estrategia de negocios que habría ocasionado la reducción de ingresos. 2- Por lo mencionado, la autoridad sustentó el rechazo del ajuste de comparabilidad, en el reproche a las condiciones contractuales pactadas por la actora con su cliente -tercero independiente local- y no en la situación de comparabilidad de la parte analizada con las comparables seleccionadas. De modo que la discusión sobre la procedencia del ajuste de comparabilidad no fue planteada atendiendo a su finalidad y alcance en materia de precios de transferencia, bien para cuestionar si la parte analizada y las comparables estaban en condiciones económicas o de mercado similares, por lo que no era necesario realizar ningún ajuste para llegar a una situación de comparabilidad, o bien para debatir si la parte analizada y las comparables estaban en condiciones diferentes pero el ajuste no se realizó correctamente por una u otra razón. Al respecto, esta Sección ha precisado la finalidad y alcance de un ajuste de comparabilidad (Sentencia del 9 de diciembre de 2020, exp. 23166, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez), para entender que a partir de la verificación de los factores de comparabilidad, se debe determinar si existen diferencias en las circunstancias económicamente relevantes de las operaciones o de las empresas comparadas. Establecido lo anterior, se debe juzgar si las diferencias entre las situaciones comparadas afectan materialmente el precio o margen de transacción y, de ser así, si se pueden realizar ajustes técnicos-económicos razonables para eliminar los efectos de tales diferencias. Bajo esa metodología, un ajuste de comparabilidad busca eliminar los efectos de las diferencias existentes que afecten significativamente el precio o margen de utilidad entre las operaciones o entidades comparadas para lograr que sean efectivamente comparables. Así, dependiendo de los hechos y circunstancias de cada caso concreto –y sin que existan fórmulas preestablecidas–, el ajuste de comparabilidad puede llevar a corregir los resultados de las comparables seleccionadas, de la parte analizada, o de unas y otra. Para el caso, era entonces preciso analizar, en primer lugar, si las circunstancias económicas o de mercado eran o no similares para la parte analizada y las comparables (si la parte analizada aplicó una estrategia de negocios que sus comparables no, que habría afectado el índice de rentabilidad ROS en el factor ingresos ventas), lo que, al afectar materialmente el margen de utilidad, las ubica en una situación dispar que debe ser corregida mediante un ajuste de comparabilidad para llevarlas a un escenario de comparabilidad. 3- Como está planteada la discusión en el fallo, atendiendo la forma en que la demandada abordó el análisis del caso, se entiende que la actora incurre en pérdidas por la operación con su cliente principal y no por la compra de inventarios de las vinculadas, por lo que el ajuste no obedece a costos de ventas excesivos o manipulados por la operación con los vinculados. Este entendimiento desdibuja y confunde la discusión técnica sobre la procedencia o no de un ajuste de comparabilidad que, se reitera, tiene que ver con la situación de la parte analizada y las comparables frente a las circunstancias económicas o de mercado. El análisis de la procedencia o no del ajuste de comparabilidad no depende de si la actora asumió mayores costos en sus operaciones con las vinculadas, sino de si se encontraba o no en una situación similar a la de las comparables seleccionadas frente a las estrategias de negocio asumidas en su actividad. Es decir,

si la demandante aplicó una estrategia de penetración de mercado que sus comparables no, que afectó materialmente el margen de utilidad y que merecía entonces ser ajustada porque incidió en el indicador de rentabilidad ROS en el factor ingresos ventas que se compararía entre la parte analizada y las comparables seleccionadas bajo el método TU.”.

SELECCIÓN DE COMPARABLES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y PROCEDENCIA DE LOS AJUSTES DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE TRANSFERENCIA – Naturaleza y alcance / SELECCIÓN DE LA PARTE ANALIZADA EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Alcance / RECHAZO DE COMPARABLES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Efectos jurídicos / RECHAZO DE AJUSTES DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Efectos jurídicos / RECHAZO DE COMPARABLES Y DE AJUSTES DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Diferencias / SELECCIÓN DE COMPARABLES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Análisis de comparabilidad / ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Contenido y procedimiento / FACTORES DE COMPARABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / USO DE COMPAÑÍAS CONTROLADAS COMO COMPARABLES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Procedencia / RECHAZO DE COMPAÑÍAS CONTROLADAS O VINCULADAS COMO COMPARABLES EN EL ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD DEL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Alcance. El solo hecho de que la comparable seleccionada sea una entidad controlada no es suficiente para sustentar su rechazo

Tesis 2: “Frente al rechazo de la compañía controlada del set de comparables seleccionadas, el fallo concluye que para realizar ajustes de comparabilidad es posible usar compañías controladas, si se demuestra que tal control no afectó representativamente sus resultados, esto es, que las diferencias entre las situaciones comparadas no afectan las condiciones analizadas en la metodología, tales como el precio o margen. Al respecto, conviene precisar que si bien la selección de una comparable y la procedencia del ajuste de comparabilidad pueden encontrarse en un punto del análisis de comparabilidad (cuando se requiera realizar un ajuste por diferencias con la comparable interna), se trata de aspectos conceptualmente diferentes en materia de precios de transferencia. En este punto, el análisis debe dirigirse en primer lugar a determinar si la contribuyente podía seleccionar una comparable interna. En línea con ello, los efectos derivados del rechazo de una de las comparables y de un ajuste de comparabilidad son diferentes. En el primer caso, al excluirse la comparable se recompone el rango con las demás comparables y se compara el precio o margen de la parte analizada para determinar si se encuentra dentro del rango de plena competencia. En el segundo caso, una vez se definen las comparables y las diferencias que afectan materialmente el precio o margen, se procede a realizar el ajuste de comparabilidad que corresponda para mitigar el efecto de tales diferencias. 5- Sobre el rechazo de la comparable CE Franklin Ltd., la demandada planteó que debía excluirse por presentar una situación de control que puede ser indicio de que los precios o márgenes pueden estar afectados por la política intercompañía del grupo. Al efecto, debe tenerse en cuenta que para efectos del análisis de comparabilidad, el contribuyente puede seleccionar comparables externas o internas, y que dentro de estas últimas se incluyen transacciones comparables entre una de las partes de la transacción controlada -u otra entidad del grupo- y partes independientes. Precisamente, dentro de un análisis de comparabilidad, antes de emprender la búsqueda de comparables externas, generalmente se evalúa la existencia de comparables internas que en muchos casos resultan más fiables en la medida en que pueden tener una relación más directa y cercana a la transacción bajo análisis y se cuenta con mayor y mejor información de sus transacciones. En este punto, lo relevante será someter a la comparable interna, al igual que a una externa, al escrutinio de los factores de comparabilidad, esto es, las características del tipo de transacción, las funciones o actividades económicas significativas, incluyendo los activos utilizados y los riesgos asumidos por las partes, los términos contractuales, las circunstancias económicas o de mercado, y las estrategias de negocios. En este sentido, el solo hecho de que la comparable seleccionada sea una entidad controlada no es suficiente para sustentar su rechazo pues, por un lado, las transacciones relevantes para efectos del análisis de comparabilidad son las que aquella realiza con partes independientes y, por otro, en la medida en que cumpla los cinco factores de comparabilidad (o que existiendo diferencias que afecten materialmente el precio o margen de utilidad se puedan realizar ajustes técnicos–económicos razonables para eliminar los efectos de tales diferencias), no deberían ser descartadas”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 14 de julio de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 15001-23-33-000-2016-00146-01 \(24637\).](#)

2. La Sala reitera que para que se configure el hecho generador de la estampilla pro desarrollo departamental se requiere la intervención real y efectiva de un funcionario del orden departamental en la expedición de los actos o documentos gravados, con independencia de su calidad de sujeto activo del tributo.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad del artículo 6 de la Ordenanza 012 de 2009, en el que la Asamblea del departamento de Risaralda gravó con la estampilla pro desarrollo departamental los actos, negocios o contratos, con o sin cuantía, sujetos a registro en la oficina de registro o en las cámaras de comercio. La Sala confirmó la sentencia anulatoria de dicha disposición, porque concluyó que desconoce el artículo 175 del Decreto Ley 1222 de 1986, toda vez que en el otorgamiento de tales operaciones no interviene un funcionario departamental, intervención que no se configura cuando el departamento actúa como sujeto activo del tributo. Por ende, concluyó que la dicha Asamblea gravó, sin tener competencia para ello, operaciones en las que no intervienen funcionarios del ente territorial.

ESTAMPILLA PRO DESARROLLO DEPARTAMENTAL - Autorización legal / RENTAS DE LA ESTAMPILLA PRO DESARROLLO DEPARTAMENTAL - Destinación / OBLIGACIÓN DE ADHERIR Y ANULAR LA ESTAMPILLA PRO DESARROLLO DEPARTAMENTAL - Competencia / ESTAMPILLA PRO DESARROLLO DEPARTAMENTAL - Hecho generador / HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA PRODESARROLLO DEPARTAMENTAL - Presupuestos. Reiteración de jurisprudencia / INTERVENCIÓN DE FUNCIONARIO DEL ORDEN DEPARTAMENTAL EN ACTOS O INSTRUMENTOS GRAVADOS CON LA ESTAMPILLA PRODESARROLLO DEPARTAMENTAL - Obligatoriedad. Reiteración de jurisprudencia / HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA PRO DESARROLLO DEPARTAMENTAL SOBRE ACTOS, NEGOCIOS O CONTRATOS, CON O SIN CUANTÍA SUJETOS A REGISTRO EN LA OFICINA DE REGISTRO O EN LAS CÁMARAS DE COMERCIO - Ilegalidad parcial del artículo 6 de la Ordenanza 012 de 2009 de la Asamblea de Risaralda. Falta de intervención directa de un funcionario departamental en la operación

Problema jurídico: ¿El artículo 6 de la Ordenanza 012 de 2009, en cuanto grava con la estampilla pro desarrollo departamental los actos y contratos, con o sin cuantía, sujetos a registro, infringió el artículo 175 del Decreto 1222 de 1986?

Tesis: "El artículo 170 del Decreto Ley 1222 de 1986, "por el cual se expide el Código de Régimen Departamental", autorizó a las asambleas departamentales para crear la estampilla pro desarrollo departamental en su jurisdicción, destinada a la construcción de infraestructura educativa, sanitaria y deportiva. Además, en el artículo 175, dispuso que la obligación de adherir y anular la estampilla queda a cargo de los funcionarios departamentales que intervengan en el acto. Conforme con la norma que autorizó la creación de la estampilla pro desarrollo departamental, solo pueden gravarse con esta, las actividades y operaciones realizadas en el departamento, no las realizadas por los municipios, distritos ni las entidades municipales o distritales. Respecto al hecho generador de la estampilla pro desarrollo, es criterio reiterado de la Sección que para que se configure el hecho generador es necesario que los actos gravados se realicen en el territorio del departamento y que el funcionario departamental intervenga directamente en la operación gravada con la estampilla. La intervención directa del funcionario departamental en los actos que se gravan con la estampilla tiene fundamento, precisamente, en lo previsto en el artículo 175 del Decreto 1222 de 1986, conforme con el cual, "[l]a obligación de adherir y anular las estampillas [...] queda a cargo de los funcionarios departamentales que intervengan en el acto" De manera que la intervención de la autoridad departamental no obedece a su calidad de sujeto activo de la relación jurídica tributaria, sino de su intervención real y efectiva en la operación gravada, pues, de lo contrario, "se gravaría cualquier actividad generada dentro del departamento sin distinción del sujeto, finalidad que no posee el presente tributo". Así, como la intervención real y efectiva del funcionario del departamento debe ser en el acto u operación que grava con la estampilla, no puede alegarse que esa intervención se presenta cuando actúa como sujeto activo del tributo. [E]n los apartes demandados, el artículo 6 de la Ordenanza 012 de 2009 es contrario a lo dispuesto en el artículo 175 del Decreto Ley 1222 de 1986, toda vez que, en

el otorgamiento de los actos, negocios o contratos, con o sin cuantía, sujetos a registro en la oficina de registro o en las cámaras de comercio, no interviene un funcionario departamental y no existe tal intervención cuando el departamento actúa como sujeto activo del tributo, como lo alega el apelante. Por tanto, la Asamblea Departamental de Risaralda gravó, sin tener competencia para ello, operaciones en las que no intervienen funcionarios del ente territorial. En consecuencia, la Sala comparte lo resuelto por el juez de primera instancia, que declaró la nulidad del artículo 6 de la Ordenanza 012 de 2009, en los apartes demandados, de conformidad con lo expuesto (...).”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de mayo de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 66001-23-33-000-2015-00457-02 \(25349\).](#)

3. Para efectos de la procedencia de la exención del IVA sobre la exportación de servicios, la Sala reitera cuáles son los presupuestos para que el servicio se entienda utilizado en el exterior, así como el alcance de la prohibición de vinculación económica del inciso 5 del artículo 1 del Decreto 2223 de 2013.

Síntesis del caso: La DIAN rechazó la solicitud de devolución de saldos a favor del IVA de los períodos 2º y 4º del año 2015 y 1º del año 2016 que presentó cierto contribuyente, porque consideró que la prestación del servicio de promoción de programas de idiomas que originó tales saldos no constituía una exportación, ya que el servicio no se había utilizado exclusivamente en el exterior. Lo anterior, con sustento en que la ejecución de las actividades tuvo lugar en Colombia y en que la contribuyente se benefició por el servicio, dado que a cambio recibía una comisión. La Sala anuló los actos administrativos que negaron la devolución, al concluir que se confundió la prestación del servicio exportable con su aprovechamiento o consumo, pues el literal c) del artículo 481 del Estatuto Tributario, que establece el beneficio de la exención del IVA por la exportación de servicios, parte de la premisa de que las actividades que constituyen el servicio, cuya exportación se reclama, se ejecuten en el territorio nacional, de modo que de prestarse el servicio fuera de Colombia, ya no calificará para la exención. Reiteró que un servicio se entiende utilizado en el exterior cuando el beneficio, provecho o utilidad derivado del mismo tiene lugar fuera de nuestro país, presupuesto que encontró probado en el caso, toda vez que la empresa EF Education First Suiza prestaba los servicios educativos por fuera del territorio nacional, los cuales promocionaba dentro del mismo la contribuyente EF Education First Colombia, en virtud del contrato de prestación de servicios de promoción por cuya ejecución recibía una comisión. Aclaró la Sala que la previsión del inciso 5º del artículo 1 del Decreto 2223 de 2013, que prohíbe aplicar la exención por exportación de servicios cuando quien resulte beneficiado con el servicio prestado desde Colombia sea un vinculado económico, situado en Colombia, de la entidad contratante del exterior, no impide que entre el contratante en el exterior y el prestador de los servicios en Colombia exista vinculación económica, pues lo que se restringe es que el beneficiario del servicio (prestado en Colombia) a la empresa extranjera, sea un vinculado económico suyo, ubicado en territorio nacional, de modo que la sola vinculación económica no es óbice para que aplique la exportación de servicios. En consecuencia, concluyó que respecto del servicio de promoción que se celebró entre la actora y la sociedad suiza se configuró una exportación de servicios, por lo que procedía su tratamiento como operación exenta del IVA y, por ende, la devolución del saldo a favor del tributo que se negó en los actos acusados.

SERVICIOS EXENTOS DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS - Exportación de servicios / EXENCIÓN DEL IVA POR EXPORTACIÓN DE SERVICIOS – Requisitos / SERVICIO UTILIZADO EN EL EXTERIOR - Presupuestos. Reiteración de jurisprudencia / VINCULACIÓN ECONÓMICA PARA EFECTOS DE LA EXENCIÓN DEL IVA POR EXPORTACIÓN DE SERVICIOS - Alcance de la prohibición del inciso 5º del artículo 1 del Decreto 2223 de 2013. Reiteración de jurisprudencia // SERVICIO DE PROMOCIÓN DE PROGRAMAS ACADÉMICOS Y CURSOS DE IDIOMAS – Procedencia de la exención del IVA por exportación de servicios / DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR DE IVA -

Procedencia. Configuración de la exención del IVA por exportación de servicios con derecho a devolución / DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR DE IVA – Intereses procedentes

Problema jurídico: *¿El servicio de promoción de programas académicos e idiomas que prestó la actora a un vinculado económico del exterior configuró una exportación de servicios a la luz del literal c) del artículo 481 del Estatuto Tributario para ser exento del impuesto sobre las ventas?*

Tesis: “Parte la Sala de reiterar que un servicio se entiende utilizado en el exterior cuando el beneficio, provecho o utilidad derivado del mismo tiene lugar por fuera del territorio nacional, esto a partir de que **las actividades que constituyen el servicio, cuya exportación se reclama, hayan sido ejecutadas en Colombia**, pues esto hace parte de las premisas del beneficio previsto en el artículo 481 del Estatuto Tributario. Es así, que de prestarse el servicio fuera de Colombia, el mismo ya no calificará para la exención. Pues bien, advierte la Sección que, el Acuerdo entre la actora y la sociedad extranjera, tenía como objeto la promoción de cursos (programas de idiomas) para la consecución de clientes en Colombia por parte de la sociedad colombiana para la sociedad extranjera, a partir de lo cual, los participantes de los programas y cursos **vijaban desde su país de residencia, en este caso Colombia, hasta el país en donde el idioma local sería enseñado**, en donde asistirán al curso respectivo. Se encuentra probado que era EF Suiza la entidad que prestaba los servicios educativos por fuera del territorio y, en Colombia, esa sociedad solo estaba interesada en promover sus productos a través de EF Colombia. Igualmente se encuentra acreditado con el certificado del revisor fiscal que los recursos recaudados en razón de este acuerdo de promoción fueron contabilizados y reportados en medios magnéticos como ingresos recibidos para terceros. Con todo lo anterior, encuentra la Sala satisfechas las condiciones para el beneficio, en tanto, el beneficiario del servicio de promoción prestado en Colombia, como correspondía, era la sociedad EF Education First (Suiza), y el beneficio o provecho del servicio de ese servicio se materializaba en el exterior ya que los clientes o estudiantes, efectivamente se trasladaban al exterior para tomar su curso de idiomas. En ese sentido, comparte la Sala lo dicho por la apelante en que se incurrió en una confusión del entendimiento del negocio toda vez que las actividades o prestaciones ejecutadas en Colombia como lo eran la recepción de documentos, suministro de información de los cursos de idiomas o el traslado de recursos de los estudiantes a la sociedad extranjera constituían prestaciones propias del servicio de promoción, las cuales debían por definición del artículo 481 del Estatuto Tributario, ser prestadas en Colombia y por lo cual recibía una remuneración (comisión) lo que no debe confundirse con el aprovechamiento de ese servicio, que se traducía en la consecución de clientes para los programas de idiomas de la empresa, servicio que a su vez se materializaba en el exterior, a cargo suyo. Finalmente, frente a la vinculación económica existente entre las compañías y que la misma actora reconoció expresamente, es importante poner de presente la prohibición prevista en el inciso 5° del artículo 1 del Decreto 2223 de 2013 (...) Sobre ese particular ya se había pronunciado la Sala en vigencia del artículo 1° del Decreto 1805 de 2010, el cual contenía la misma prohibición (...) Pone de presente lo anterior que la sola vinculación económica no es óbice para que aplique la exportación de servicios, lo que se restringe es que el beneficiario del servicio (prestado en Colombia) a la empresa extranjera, sea un vinculado económico suyo, ubicado en territorio nacional. Descendiendo al caso concreto, encuentra la Sala acreditado que el beneficio o provecho del servicio de promoción de los programas de idiomas, lo reportó la entidad extranjera del exterior, contratante, en tanto obtuvo estudiantes para los cursos de idiomas por ella ofertados, cuyo desarrollo tuvo ocurrencia en el exterior, aspecto que no es objeto de discusión entre las partes y que igualmente reconoce el Tribunal. Ahora bien, el hecho de que las actividades de promoción hayan sido desarrolladas en Colombia, lejos de descartar la configuración de la exportación, como lo pretende el Tribunal, la corrobora. En tanto, no puede perderse de vista que, el objeto de exportación era el servicio de promoción, propósito para el cual, las actividades inherentes a esa intermediación o promoción, debían cumplirse en Colombia, porque así lo exige el propio precepto que consagra el beneficio, artículo 481 E.T, que parte de la premisa de que el servicio exportable sea prestado en Colombia, lo cual resulta diferente al consumo del mismo dentro del país. Entonces, con prescindencia de las demás actividades que hubiera podido desarrollar la actora en el país, encuentra la Sala que, respecto del servicio de promoción celebrado entre la actora y la sociedad suiza, se configuró una exportación de servicios y en consecuencia procedía su tratamiento como operación exenta del impuesto sobre las ventas. (...) Sí, encuentra la Sala procedente la devolución de los saldos a favor solicitados por la actora por concepto del IVA de los períodos 2° y 4° del año 2015 y 1° del año 2016, junto con los intereses previstos en el artículo 863 del Estatuto Tributario, (...) En el marco anterior, la Sala ordenará a la DIAN el pago de los intereses corrientes desde la fecha de notificación de las Resoluciones (...) que rechazaron las solicitudes de devolución, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Asimismo, deberá reconocer intereses moratorios desde el día siguiente a la ejecutoria de esta providencia hasta la fecha del pago, a la tasa señalada en el artículo 864 del Estatuto Tributario.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 7 de julio de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2017-](#)

[01506-01 \(25923\).](#)

4. Es ilegal la creación de un tributo (tasa) por la expedición del formulario para la liquidación y pago del impuesto sobre vehículos automotores.

Síntesis del caso: Se anuló el ordinal 7° del artículo 154 de la Ordenanza 397 del 18 de diciembre de 2014, en el que la Asamblea del departamento del Valle del Cauca estableció una «tasa» denominada «Derechos de sistematización de la información del Impuesto sobre vehículos automotores». Lo anterior, porque la Sala concluyó que, al margen de su tipología, no existe una ley que haya creado o autorizado el tributo en mención, por lo que la referida asamblea carecía de potestades normativas de carácter tributario para crear el aludido gravamen.

AUTONOMÍA IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Alcance y límites. Reiteración de jurisprudencia / ADOPCIÓN DE IMPUESTOS POR ENTIDADES TERRITORIALES - Sujeción al principio de legalidad / CREACIÓN EX NOVO DE TRIBUTOS - Reserva de ley / TASA POR EXPEDICIÓN DEL FORMULARIO PARA LA LIQUIDACIÓN Y PAGO DEL IMPUESTO SOBRE VEHÍCULOS AUTOMOTORES – Ilegalidad. Falta de autorización legal para su creación / DERECHOS DE SISTEMATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE VEHÍCULOS AUTOMOTORES – Ilegalidad. Falta de autorización legal para su creación

Problema jurídico: ¿La asamblea departamental es titular de potestades normativas en materia tributaria para establecer un gravamen cuyo hecho generador corresponde a la expedición del formulario para la liquidación y pago del impuesto sobre vehículos automotores?

Tesis: “[L]a Sala precisa que la materia sobre la que versa la litis se encuentra regulada por los artículos 1.º, 287 y 300 de la Constitución, en virtud de los cuales los departamentos —y demás entes territoriales— cuentan con autonomía para la gestión de sus intereses, lo cual implica la potestad para administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Por esa razón, el artículo 338 *ibidem* les reconoce potestad normativa para regular sus tributos, disposición que debe interpretarse de conformidad y armonía con lo previsto por los artículos 287 y 300 de la Constitución, según los cuales el ámbito de autonomía de los departamentos se sujeta a «los límites de la Constitución y la ley». A partir de allí, se ha concluido que en nuestro régimen constitucional no pueden existir tributos territoriales sin una ley que les anteceda. Se requiere de una co-legislación en la que el régimen de cada figura tributaria territorial concreta se determine con la intervención del Estado, a través de la ley, y del ente territorial, mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso. Así, deben confluír la ley y la norma local para que el sistema tributario se acompase con la organización territorial prevista en el artículo 1.º de la Constitución, de conformidad con el cual Colombia está organizada en forma de República unitaria, con autonomía de sus entidades territoriales. En suma, constitucionalmente no es admisible que existan tributos territoriales regulados completa y exclusivamente por normas locales. A esa conclusión llegó la Corte Constitucional en la sentencia C-517 de 1992 (MP: Ciro Angarita Barón), en la cual se adoptó como estricta regla de derecho uniforme, que se ha conservado hasta el presente, el planteamiento de que la creación *ex novo* de tributos es una competencia privativa del legislador; de suerte que las potestades tributarias atribuidas a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales deben entenderse circunscritas a lo que determine la respectiva ley de creación del tributo territorial. Fue en esa providencia que el Alto Tribunal Constitucional aclaró que la interpretación teleológica y sistemática de los mandatos superiores conduce a afirmar que, en materia tributaria, se estableció una competencia concurrente de regulación normativa de los niveles central, regional y local para «fijar las condiciones aplicables por igual en todo el territorio nacional, sin... cercenar o desconocer la facultad decisoria de que gozan las instancias regional y local». En definitiva, los límites de la potestad tributaria de los entes territoriales les impiden crear tributos, en sentido estricto. Solo podrán establecerlos en sus respectivas jurisdicciones, a través de sus órganos de representación popular, cuando una ley los haya creado. (...) Por último, se advierte que la Sección ha emitido pronunciamientos previos relacionados con los «derechos de sistematización» aquí debatidos, originados con ocasión de la liquidación del impuesto sobre vehículos automotores, en las que se ha considerado que «no existe una ley que haya autorizado la creación del gravamen, es claro que el departamento...no tenía competencia para imponerlo en su jurisdicción. De modo que, al establecerlo, la entidad territorial se atribuyó funciones propias del legislador». 4- A la luz de esos planteamientos, pasa la Sala a juzgar el caso concreto para definir si el ente territorial tenía potestades normativas para establecer un gravamen cuyo hecho generador fuera la expedición del formulario para la

liquidación y pago del impuesto sobre vehículos automotores. Al respecto, está probado que la asamblea departamental de la entidad demandada profirió el ordinal 7.º del artículo 154 de la Ordenanza nro. 397 de 2014, que consagra la «tasa» denominada «Derechos de sistematización de la información del Impuesto sobre vehículos automotores». Sin embargo, conforme a las premisas jurídicas antes expuestas, al margen de su tipología tributaria, no existe una ley que haya creado o autorizado el tributo en mención, por lo cual la Sala concluye que la demandada no tenía competencia para crear el gravamen «Derechos de sistematización de la información del Impuesto sobre vehículos automotores»." .

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de junio de 2022, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 76001-23-33-000-2016-01053-01 \(25816\).](#)

7
SECCIÓN
QUINTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se negó la nulidad de la elección del representante de los exrectores ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de elección del representante de los exrectores ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía, aduciendo que se infringieron los artículos 2º, literal h), 7º, 10, literal k), 12, 13, 14, 16 y 17 del Acuerdo 32 de 2009 (Estatuto Electoral) y el artículo 6º del Acuerdo 31 de 2010 (Reglamento Electoral de los integrantes del Consejo Superior), por haberse omitido en el procedimiento de elección del representante de los exrectores las actividades relacionadas con la inscripción de candidatos, verificación de sus requisitos y la designación de jurados, testigos y escrutadores. También se afirma, que en la elección acusada hubo maniobras de favoritismo electoral en beneficio del demandado. La Sala negó las pretensiones de la demanda, luego de concluir que, (i) los órganos que intervinieron en la elección impugnada se avinieron a las actividades y etapas que establece el reglamento que la gobierna; y, (ii) que no se probó el favorecimiento electoral de que trata el artículo 126 Superior en la medida que no resulta aplicable al caso y dado que no se probaron conductas de manipulación, clientelismo, ni favorecimiento electoral.

ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE DE LOS EXRECTORES ANTE EL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO

Problema jurídico: Corresponde a la Sala determinar si el acto acusado debe anularse porque infringió los artículos 2º, literal h), 7º, 10, literal k), 12, 13, 14, 16 y 17 del Acuerdo 32 de 2009 (Estatuto Electoral) y el artículo 6º del Acuerdo 31 de 2010 (Reglamento Electoral de los integrantes del Consejo Superior), por haberse omitido en el procedimiento de elección del representante de los exrectores las actividades relacionadas con la inscripción de candidatos, verificación de sus requisitos y la designación de jurados, testigos y escrutadores. Así mismo, es menester analizar la violación del artículo 126 de la Constitución Política que propone la parte actora, quien afirma que en la elección acusada hubo maniobras de favoritismo electoral en beneficio del demandado, a quien atribuye la calidad de servidor público por cuenta de su pertenencia al órgano colegiado.

Tesis: “[A] diferencia de lo que asegura la parte actora, el acto que convocó a la elección sí previó las actividades que echa de menos. En primer lugar, la “inscripción de candidatos y fechas”, señalada en el mencionado Acuerdo 31 de 2010, corresponde a los puntos 2 y 3 del artículo 5º de la convocatoria, que contemplan la “Nominación personal e indelegable de candidatos ante el Secretario de la Asamblea” y la “Lectura de candidatos según el orden de la nominación”, las cuales se realizarían en la misma sesión de elección. (...). Ahora bien, la Sala considera que ningún reparo cabe frente a la decisión de haber efectuado esas postulaciones en la misma Asamblea, toda vez que, tal y como lo destacó el Ministerio Público, la fecha se anunció desde el 30 de septiembre de 2021, es decir, con casi un (1) mes de antelación y además, porque ninguna norma —en particular las invocadas en la demanda— exige que ello se realice en un plazo perentorio o término anterior a la sesión donde se elige. En segundo lugar, (...) en el acta donde consta la sesión de elección se consignó que el secretario general de la Universidad (...) al verificar la asistencia recordó los requisitos de la convocatoria y seguidamente, nombró a los participantes que tenían la calidad de exrectores. (...). En tercer lugar, la designación de jurados y escrutadores, (...) fue atendida en los puntos 4, 5 y 6 del artículo quinto de la convocatoria al advertir que la elección se realizaría mediante el voto secreto, directo, personal e indelegable en urna, que el escrutinio correspondería a los veedores de la Asamblea, que serían dos (2) integrantes del Consejo Electoral, según el artículo séptimo del mismo acto, y que se leerían los resultados por parte del presidente de la Asamblea. (...). [S]i bien no se habló propiamente de “jurados” en este trámite, lo cierto es que la votación contó con “veedores” —del Consejo Electoral— que entregaron las tarjetas electorales y custodiaron la urna en la que fueron depositadas. En lo que atañe a los escrutinios, conforme se anunció en la convocatoria, en el punto 7 del acta consta que “Terminado el proceso de sufragio por parte de cada uno de [los] asistentes, se procedió por parte de los veedores, a nivelar la mesa, abrir la urna y realizar el respectivo conteo de votos en presencia de la Asamblea”. Por lo tanto, es evidente que hubo escrutadores, que corresponden a los mismos veedores a los que se ha hecho referencia, lo cual no es irregular ni extraño, a diferencia de lo que sugiere el demandante. (...). Por último, los testigos no están incluidos en el artículo 6º del Acuerdo 31 de 2010 como actores de estas elecciones y en consecuencia, no constituye un punto que debiera incorporarse al momento de hacer la convocatoria. En cualquier caso, nada obsta para que, amparado en la autonomía universitaria y en aras de ofrecer mayores garantías a este procedimiento, el Consejo Superior incluya en el futuro este acompañamiento a para quienes aspiran a ser miembros de este órgano. (...). En conclusión,

para esta judicatura resulta claro que los órganos que intervinieron en la elección impugnada se avinieron a las actividades y etapas que establece el reglamento que la gobierna. Por lo tanto, la interpretación del demandante sobre la forma en que debía adelantarse el trámite eleccionario (...) no alcanza a estructurar un cargo sólido de infracción de normas superiores ni de expedición irregular. (...). [T]anto los electores del representante de los exrectores ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia, como este mismo integrante, son particulares y, en esa medida, no son destinatarios de la norma superior cuya infracción alega el demandante. Sin perjuicio de lo anterior, es importante precisar que la inaplicación del artículo 126 constitucional para el escenario descrito no supone el consentimiento de conductas de manipulación o favoritismo entre electores y elegidos, en el seno de los consejos superiores universitarios. (...). En consecuencia, este cargo tampoco prospera, primero, porque no resulta aplicable al caso la prohibición del artículo 126 de la Constitución Política, por cuanto en la elección cuestionada no intervinieron servidores públicos en la condición de nominadores ni como designados, y segundo, debido a que no se probaron conductas de manipulación, clientelismo ni favorecimiento electoral, en contra de los principios rectores de la función administrativa.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 30 de junio de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2021-00069-00.](#)

2. Se negó la declaratoria de nulidad del numeral 3º del artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 de 14 de diciembre de 2020, relacionado con la conformación y reglamentación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel de las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del numeral 3º del artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 de 14 de diciembre de 2020, relacionado con la conformación y reglamentación de la comisión consultiva de Alto Nivel de las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, aduciendo que: (i) se adicionaron exigencias distintas a las señaladas en el artículo 3 de la Ley 649 de 2001, para ser candidato a Representante a la Cámara por la circunscripción especial de las comunidades negras, afrodescendientes raizales y palenqueras; (ii) el Gobierno Nacional excedió su competencia reglamentaria; (iii) la norma acusada se expidió con desconocimiento del derecho fundamental de la consulta previa del que gozan las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras; y (iv) porque resulta contrario a la soberanía popular (artículo 3 superior), quebranta el derecho a la igualdad (art. 13 de la C.P) y el derecho fundamental de conformación, ejercicio y control de poder político (art. 40 ejusdem); limita la posibilidad de organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, así como a la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse (art. 107 constitucional); contraria el artículo 177 superior; y con todo ello vulnera la supremacía constitucional (art. 4 de la C.P). La Sala negó las pretensiones de la demanda luego de concluir que: (i) la norma acusada no reguló los requisitos exigidos para obtener el aval previsto en el artículo 3 de la Ley 649 de 2001; (ii) que el gobierno nacional no excedió la potestad reglamentaria; (iii) no hubo desconocimiento del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras; y, (iv) tampoco se presentó infracción de las normas superiores alegadas.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL DE AFRODESCENDIENTES / REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN DE CANDIDATO A ELECCIÓN POPULAR / INEXISTENCIA DE LA EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA / INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR

Problema jurídico: Corresponde a la Sala dar respuesta a los siguientes interrogantes: (i) ¿Al introducir el requisito previsto en el numeral 3 del artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 de 2020, el Gobierno Nacional adicionó exigencias, distintas de las contempladas en el artículo 3 de la Ley 649 de 2001, para ser candidato a Representante a la Cámara por la circunscripción especial de las comunidades negras, afrodescendientes raizales y palenqueras? (ii) ¿Por esta vía el Gobierno Nacional excedió su

competencia reglamentaria de la ley prevista en el artículo 189.11 de la Constitución? (iii) ¿Fue expedido el numeral 3 del artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 de 2020 con desconocimiento del derecho fundamental a la consulta previa del que gozan las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, respecto de las medidas legislativas y administrativas de amplio espectro que los afectan? (iv) ¿Resulta contrario a la soberanía popular (art. 3 superior), quebranta el derecho a la igualdad (art. 13 de la C.P) y el derecho fundamental de conformación, ejercicio y control de poder político (art. 40 ejusdem); limita la posibilidad de organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, así como a la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse (art. 107 constitucional); contraria el artículo 177 superior; y con todo ello vulnera la supremacía constitucional (art. 4 de la C.P) el requisito, constitutivo del cargo de la demanda, previsto en el numeral 3 del artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 de 2020?

Tesis: “[E]n el caso de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, así como para las consultivas departamentales, el reglamento demandado determinó que, para la obtención de dicho aval se debía cumplir con el requisito de “ser o haber integrado alguna de las instituciones de participación de las comunidades negras, afrocolombianas raizales y palenqueras.” Es decir, la exigencia mencionada se contempló, únicamente, para obtener el aval en relación con el ejercicio de los derechos de participación desarrollados en la Ley 70 de 1993, más no para regular los requisitos exigidos para obtener el aval establecido en el artículo 3 de la Ley 649 de 2001, lo que se corrobora de la lectura del Capítulo 6 del Decreto 1640 de 2020, el cual contiene dos disposiciones entre las que se encuentra la aquí demandada. (...). Así las cosas, es claro que esta disposición se ocupa de desarrollar el aval otorgado por el respectivo Consejo Comunitario para el ejercicio de los derechos de participación en el marco de la reglamentación de la Ley 70 de 1993, por lo que, el requisito establecido en el numeral 3 del artículo al que se viene haciendo referencia, no puede hacerse extensivo a quienes aspiran a ser candidatos a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de las comunidades negras, afrodescendiente, raizales y palenqueras, regulada en el artículo 3 de la Ley 649 de 2001. (...). Como lo expuso la agente del Ministerio Público, unos son los requisitos para ser parte de la Comisión Consultiva de Alto Nivel y para el registro de Consejos Comunitarios, y otras las condiciones exigidas para ser candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial que corresponde a estos grupos. Lo anterior pone en evidencia la inviabilidad del planteamiento elevado por la parte actora, derivada del hecho de que a la disposición se le imputa un contenido normativo y un alcance que no tiene (...). Como el artículo demandado no hace referencia expresa a su aplicación en relación con las normas de la Ley 649 de 2001, de su contenido resulta imposible derivar la consecuencia que se le pretende endilgar, relativa a la modificación de los requisitos del artículo 3 de la Ley 649 de 2001 frente al otorgamiento de avales para acceder a corporaciones de elección popular propiamente dichas. Si bien, la disposición demandada se refiere al aval requerido en el marco del ejercicio del derecho a elegir y ser elegido del cual son titulares los miembros de estas comunidades en virtud de la Ley 70 de 1993 y sus dos primeros requisitos coinciden con aquellos establecidos en el artículo 3 de la Ley 649 de 2001, lo cierto es que, por este solo hecho, no se puede concluir razonablemente que el Gobierno Nacional hubiere derogado tácitamente o modificado la referida norma, máxime si se tiene en cuenta que ni en el encabezado ni en las motivaciones del acto administrativo se hizo mención a esa disposición legal. En ese sentido, para la Sala es claro que el Gobierno Nacional conformado en este caso por el presidente de la República y el ministro del Interior no excedieron la potestad reglamentaria y, por ende, no se presenta una violación del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, como tampoco del artículo 3 de la Ley 649 de 2001. (...). De las pruebas allegadas al expediente, la Sala observa que, contrario a lo afirmado por la parte actora, en relación con la norma demandada, se llevó a cabo el proceso de consulta previa, en garantía de dicho derecho fundamental (...). [S]e observa con toda claridad que el texto de la norma que se demanda fue producto de las concertaciones entre el Gobierno Nacional y el Espacio Nacional de Consulta Previa del cual se delegó a la Comisión VI. En concreto, se advierte el desarrollo genuino de un espacio de negociación para lograr un acuerdo con las comunidades negras, afrodescendientes, palenqueras y raizales sobre las medidas que las afectan directamente, en desarrollo del principio de buena fe que debe guiar la actuación de las partes, y que permitió, efectiva y materialmente, una participación activa e incidente de esas comunidades. (...). Conforme con lo anterior, de la literalidad de la norma demandada no se advierte vulneración del artículo 40 de la Constitución, según el cual, toda persona tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, sino que, por el contrario, se desarrolla dicho derecho dentro del marco constitucional y en protección de la misma comunidad, porque es a esa comunidad a la que corresponde, en la órbita de su autonomía, determinar si una persona pertenece, o no, a ella. (...). Ahora, el numeral tercero del artículo 2.5.1.6.2. no vulnera el principio de igualdad en los términos expuestos por el actor, pues, se reitera, dicha disposición no restringe la participación para los miembros “consultivos”, como lo afirma el accionante, sino que hace referencia a aquellas personas que han integrado alguna institución de participación, con fin de obtener el aval para conformar la Comisión Consultiva de Alto Nivel establecida en el artículo 45 de la Ley 70 de 1993. (...). En esa medida, el requisito resulta congruente con la autonomía, la autodeterminación y el autogobierno de las comunidades negras, raizales y palenqueras, porque es la propia colectividad la que determina, en el marco de su propia organización, quiénes pueden aspirar a representarlos en los distintos escenarios de participación por cumplir con la exigencia de pertenencia a ellas. Así las cosas, la medida que el actor considera discriminatoria por reducir el espectro de pertenencia a una comunidad negra,

afrodescendiente, raizal y palenquera a la condición de “haber sido consultivo”, no lo es. Todo lo contrario, constituye una medida afirmativa y de autonomía dispuesta por el Estado a iniciativa del Espacio Nacional de Consulta Previa, a través de la cual se promueve y garantiza el autorreconocimiento de esas comunidades, a efectos de que sean ellos quienes decidan quiénes serán sus representantes en los espacios de participación, cualquiera que ellos sean.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 28 de julio de 2022; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00011-00.](#)

3. Se declaró la nulidad del acto de elección del alcalde del municipio de Sincelejo.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del alcalde municipal de Sincelejo, aduciendo que el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo. La Sala revocó la decisión de primera instancia que había negado las pretensiones de la demanda, para en su lugar, declarar la nulidad del acto de elección demandado, luego de concluir, producto de la valoración en conjunto del material probatorio allegado al proceso, que en efecto el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo.*

INHABILIDADES DEL ALCALDE MUNICIPAL / DOBLE MILITANCIA POLÍTICA EN LA MODALIDAD DE APOYO / VALOR PROBATORIO DE LA FOTOGRAFÍA / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA EN VIDEO / PROPAGANDA ELECTORAL / CONFIGURACIÓN DE LA DOBLE MILITANCIA POLÍTICA EN LA MODALIDAD DE APOYO

Problema jurídico: *Corresponde a esta Sección resolver, en los precisos términos expuestos en los recursos de apelación, si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el 4 de noviembre de 2021. Para el efecto, se debe determinar si está acreditado o no que el señor Andrés Eduardo Gómez Martínez pese a haber inscrito su candidatura a la Alcaldía de Sincelejo para el periodo 2020-2023 por la coalición Todos por Sincelejo, integrada por los partidos Cambio Radical, de la U, Conservador y Centro Democrático -coalición que tenía un candidato propio para la Gobernación de Sucre-, apoyó al señor Yahir Acuña Cardales, candidato a ese cargo por Grupo Significativo de Ciudadanos “Cien por ciento Sucre” y, por ende, si incurrió o no en la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo.*

Tesis: “[E]l demandado no sólo asistía con el señor Yahir Acuña Cardales a eventos públicos donde aparecía la propaganda política conjunta, presuntamente contratada por un tercero, sino que, además, aceptó compartir elementos característicos de la campaña del candidato a la gobernación en su propia campaña, como lo son la tipografía y los colores distintivos. Es decir, del material probatorio obrante en el expediente se advierte que el demandado compartía el diseño de propaganda electoral con el señor Acuña Cardales y si bien, en ninguna fotografía porta prendas de vestir diferentes a las de su campaña propia, sí porta las del mismo diseño y colores que las del testigo, lo que también verificaría su testimonio. En otras palabras, no sólo resulta conforme con el testimonio del señor Acuña Cardales que aparezcan en vallas publicitarias juntos, sino que, además comparten el mismo diseño de signos distintivos de las campañas lo que demuestra una identidad entre los dos lo que respalda el dicho del testigo independientemente de que las precitadas vallas hayan sido contratadas o no por el demandado o por un tercero. Adicionalmente, no se encuentra prueba o manifestación alguna en el plenario que demuestre o indique que el demandado rechazó este tipo de propaganda ni la identidad de colores y tipologías de letras que se generó en la aludida publicidad. (...). En el presente asunto, de la valoración en conjunto del material probatorio obrante en el expediente, se advierte que el testimonio rendido por el señor Yahir Acuña Cardales -quien fue el apoyado en este caso- se encuentra soportado en las declaraciones extraproceso, en los demás testimonios rendidos en primera instancia, en el interrogatorio de parte del demandado y en las fotografías y videos que fueron allegados al proceso que se presumen auténticos y conservan plena validez conforme las disposiciones procesales anteriormente citadas. Además, las referidos documentos -fotografías y el video- y los testimonios de los señores Álvaro Díaz Bohórquez, Ramiro González Zabala y Luis Oreste Barachi Vélez analizados en conjunto constituyen indicios graves de que el demandado incurrió en la conducta prohibitiva de doble militancia en la modalidad de apoyo, que no lograron ser desvirtuados con el testimonio del señor Eduardo Pérez, con el interrogatorio de parte del demandado ni con ninguna otra prueba dentro del plenario. (...). Así, se puede establecer que hubo un acuerdo -tácito o expreso- entre los señores Andrés Eduardo Gómez Martínez y Yahir Acuña Cardales para adelantar una campaña política conjunta, crear en el electorado una identidad entre los dos que implicó identidad de colores, tipografía, eventos e incluso de propaganda, la cual, si bien pudo ser sufragada por terceros, nunca fue rechazada

por el demandado -hasta donde se acreditó en el expediente-. Por lo tanto, la conducta reprochada en este caso no es la publicidad conjunta sino la totalidad de actos adelantados por el demandado en pro de generar identidad con la campaña del referido testigo que analizados de manera global dan cuenta de lo expuesto. (...). En tales condiciones, encuentra la Sala acreditada la configuración de la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo respecto del señor Andrés Eduardo Gómez Martínez en su campaña a la Alcaldía de Sincelejo período 2020-2023 toda vez que pese a que la coalición Todos por Sincelejo por la que fue inscrita su candidatura, tuvo candidato propio a la Gobernación de Sucre; él adelantó una campaña conjunta y apoyó la aspiración del señor Yahir Acuña Cardales, quien fue inscrito por el grupo significativo de ciudadanos Cien por ciento Sucre para tal dignidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 23 de junio de 2022; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 70001-23-33-000-2020-00004-03.](#)

4. Se negó la nulidad del acto de elección de una edil de la localidad de Puente Aranda de la ciudad de Bogotá.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de una edil de la localidad de Puente Aranda de la ciudad de Bogotá, con fundamento en que la demandada no había residido en la respectiva localidad por lo menos durante los dos años anteriores a la fecha de la elección. La Sala revocó la decisión de primera instancia que había declarado la nulidad del acto de elección, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda, luego de encontrar acreditado que la demandada tenía su residencia familiar en la localidad de Puente Aranda y que había estado habitando en dicha localidad durante por lo menos dos años, dando con ello cumplimiento en debida forma al requisito previsto en el artículo 65 del Decreto Ley 1421 de 1993.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL EDIL / RESIDENCIA ELECTORAL

Problema jurídico: *Le corresponde a la Sala determinar si, de acuerdo con los argumentos expuestos en la apelación, hay lugar a confirmar o revocar la sentencia de primera instancia. En ese orden de ideas, la Sala se limitará a estudiar si en el caso concreto se probó uno de los requisitos establecidos en el artículo 65 del Decreto Ley 1421 de 1993, esto es, haber residido en la respectiva localidad por lo menos durante los dos años anteriores a la fecha de la elección.*

Tesis: “Contrario a lo sostenido por el a quo, para la Sala, de las pruebas (...) referidas no es posible concluir que la señora Erika Milena Medina Arévalo no residía en la localidad de Puente Aranda con suficiente antelación al momento de su elección. (...). [T]ambién se ha indicado que la acreditación de la calidad de residente que se exige a quien se postula a un determinado cargo de elección popular, como es el de edil del Distrito Capital, no se trata de la residencia electoral que se exige a las personas que van a ejercer su derecho a elegir y a participar en las decisiones en el ámbito local, es decir, a los electores. Adicionalmente, (...), esta Sección ha indicado que de allí derivan varios elementos definitorios del concepto de residencia electoral, entre los que se cuenta la unicidad, entendida como la obligación con que cuentan los ciudadanos que tienen vínculos con más de una dirección de residencia (p.ej. habitacional, profesional, comercial), de elegir sólo uno de ellos para efectos del ejercicio de su derecho al voto. Así, el hecho de que la demandada tuviese registrada una dirección ubicada en la localidad de Los Mártires, permite presumir la existencia de un vínculo con esa localidad, pero no descartar en vínculo con otros lugares en los que la señora Medina Arévalo pudiese tener su vivienda o desarrollar otras actividades. Por lo tanto, dado que el concepto de domicilio civil y la propia enunciación del requisito cuyo incumplimiento se alega resultan mucho más amplios que la residencia electoral a que alude la parte demandante, lo señalado en el documento en mención resulta insuficiente para sustentar la declaratoria de nulidad del acto electoral acusado. (...). Así, los elementos probatorios antes referidos conducen a concluir que i) el señor Nieto López, para el 26 de julio de 2017, residía en la localidad de Puente Aranda; y ii) que, para esa fecha, también lo hacía con la señora Erika Milena Medina Arévalo, por cuanto se acreditó que compartían el mismo lugar de habitación como pareja. (...). [P]ara la Sala, se encuentra acreditado que, tras haber residido en la localidad de los Mártires, la demandada se trasladó con su familia a la localidad de Puente Aranda, cuando menos para la fecha señalada [26 de julio de 2017]. Así las cosas, dado que las pruebas allegadas al plenario dan cuenta de que para el 26 de julio de 2017 la demandada tenía su residencia familiar en la localidad de Puente Aranda, la Sala concluye que, al momento de su elección como edil, que tuvo lugar en

el mes de octubre de 2019, esta llevaba más de dos años habitando dicha localidad, por lo que se cumplió en debida forma el requisito establecido en el artículo 65 del Decreto Ley 1421 de 1993.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 23 de junio de 2022; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 25000-23-41-000-2019-01154-01.](#)

9

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que la Superintendencia de Industria y Comercio, por conducto del Grupo de Trabajo de Control Disciplinario Interno, es la entidad competente para continuar con el trámite disciplinario iniciado en contra una abogada adscrita al Grupo de Defensa del Consumidor de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta misma entidad, por unas presuntas irregularidades cometidas en el trámite del proceso judicial de protección al consumidor.

Síntesis del caso: Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación -Procuraduría Provincial de Pereira-, la Superintendencia de Industria y Comercio -Grupo de Control Disciplinario Interno- y la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Risaralda, con el fin de establecer la autoridad competente para continuar el trámite disciplinario iniciado contra una abogada adscrita al Grupo de Defensa del Consumidor de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la referida Superintendencia, por unas presuntas irregularidades cometidas en el trámite del proceso judicial de protección al consumidor.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD / ALCANCE DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD / COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL / COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL / FUNCIÓN JURISDICCIONAL / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Problema jurídico 1: ¿Los artículos 2 y 239 del Código General Disciplinario deben ser inaplicados por la Sala, en ejercicio de la denominada excepción de inconstitucionalidad, en cuanto ampliaron las competencias de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (y las respectivas comisiones seccionales) para investigar disciplinariamente a las autoridades (no judiciales) que administren justicia de manera excepcional, ya sea en forma temporal o permanente, puede y debe ser aplicado, a pesar de que el artículo 257A de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, solo otorgó a dichos organismos competencia para ejercer la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y los empleados de la Rama Judicial, y sobre los abogados en ejercicio de su profesión?

Tesis 1: “[L]a excepción de inconstitucionalidad procede en el evento en que se evidencie una oposición flagrante entre la disposición de inferior jerarquía y el mandato constitucional, de tal manera que aquella y este no puedan regir en forma simultánea. Es decir, no puede tratarse de cualquier oposición entre las normas, sino que debe ser «tan grave» que no sea posible que rijan simultáneamente. Es ese el requisito para que proceda la inaplicación de la disposición de menor rango y se aplique directamente el precepto constitucional. De no existir tal oposición, no se puede argumentar la inconstitucionalidad de la disposición inferior para evadir su cumplimiento. (...) La necesidad de acudir a la excepción de inconstitucionalidad justifica la abstención de la autoridad en la aplicación de la norma incompatible con la Carta, así como el sacrificio de los principios constitucionales citados, en aras de preservar el principio de supremacía constitucional y el orden jurídico del Estado de Derecho. No obstante, y en aras de mantener ese orden jurídico, la aplicación se encuentra limitada a resolver únicamente casos o situaciones concretas, como bien lo ha sostenido esta corporación. (...) [S]e observa que las nuevas competencias disciplinarias asignadas por los artículos 2 y 239 de la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021, a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a las comisiones seccionales de disciplina judicial, frente a las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, ya sea de forma permanente o transitoria, resultan incompatibles con lo dispuesto en el artículo 257 A de la Constitución Política, adicionado por el artículo 19 del Acto Legislativo de 2015, mandato superior que determina, puntualmente, que dichas comisiones ejercerán la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y los abogados en ejercicio de su profesión, salvo que esa función se atribuya por ley

a un Colegios de Abogados, y que, además, no faculta al Congreso de la República para atribuirle funciones adicionales a dichos organismos de la Rama Judicial. Con base en lo anterior, se observa que existe una clara y evidente incompatibilidad entre el mandato superior y las disposiciones de inferior jerarquía que le asignan a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a sus seccionales la función jurisdiccional disciplinaria sobre las autoridades que administren justicia de manera excepcional, ya sea en forma temporal o permanente, contenidas en los artículos 2 y 239 del Código General Disciplinario”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la figura de la excepción de inconstitucionalidad, sus características y efectos, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2302 de 2017 y 2193 de 2014; y Corte Constitucional, sentencia C- 600 de 1998.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD / CONFLICTO DE COMPETENCIA EN MATERIA DISCIPLINARIA / CONTROL INTERNO / OFICINA DE CONTROL INTERNO / SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO / FACULTAD JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Problema jurídico 2: *¿La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad competente para continuar con la actuación disciplinaria abierta, en la etapa de indagación preliminar, contra la abogada adscrita al Grupo de Defensa del Consumidor de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, por presuntas irregularidades cometidas en el trámite del proceso judicial de protección al consumidor?*

Tesis 2: “[L]a Sala considera que la autoridad competente para seguir conociendo de la actuación disciplinaria es la Superintendencia de Industria y Comercio, por intermedio de su Grupo de Trabajo de Control Disciplinario Interno, con fundamento en los argumentos expuestos en esta decisión, que se sintetizan así: (i) [investigada] es abogada, designada como profesional universitaria y adscrita al Grupo de Defensa del Consumidor de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio. Por lo tanto, es una servidora (funcionaria pública) de dicha entidad. (ii) El superintendente de Industria y Comercio, en ejercicio de sus facultades legales, profirió la Resolución núm. 14371 del 29 de marzo de 2017, mediante la cual asignó funciones jurisdiccionales a algunos funcionarios de esa entidad, entre ellos, los profesionales universitarios del Grupo de Trabajo de Defensa del Consumidor, teniendo en cuenta la reorganización de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales y la entrada en vigencia del Código General del Proceso, como se dispone en el artículo 6 de dicho acto administrativo. (iii) Lo anterior significa que, dentro del proceso radicado con el núm. 20-161972, cuyo trámite dio pie a la queja disciplinaria núm. 21-392458, la servidora pública actuó en ejercicio de funciones jurisdiccionales, en una materia precisa. (iv) Ahora bien, el artículo 257A de la Constitución establece que la Comisión de Disciplina Judicial ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y será la encargada también de examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de su profesión, salvo que esta función se atribuya por la ley a un Colegio de Abogados. Es decir, que las actuaciones disciplinarias contra una servidora pública de la Superintendencia de Industria y Comercio, que ejerció funciones jurisdiccionales, no serían de competencia de la mencionada comisión, por lo cual su trámite debería adelantarse a través del Grupo de Trabajo de Control Disciplinario Interno de esa entidad. (...) No obstante, se observa que las nuevas competencias disciplinarias asignadas a dichos organismos judiciales, por los artículos 2 y 239 de la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021, para investigar a las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, resultan incompatibles con lo dispuesto en el artículo 257A de la Constitución, incorporado por el artículo 19 del Acto Legislativo de 2015, el cual solamente otorga a dichas comisiones la función jurisdiccional disciplinaria sobre los siguientes sujetos: los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, y los abogados, en ejercicio de su profesión, mientras que esta última competencia no sea atribuida por la ley a un colegios de abogados. (...) La incompatibilidad entre el artículo 257 A de la Constitución, por un lado, y los apartes pertinentes de los artículos 2 y 239 del Código General Disciplinario, por el otro, radica, en este caso concreto, en que, si la Sala debiera aplicar dichas normas legales, tendría que declarar competente a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, por conducto de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Bogotá. Por el contrario, si aplica el artículo 257 A de la Carta, no podría declarar competente a dichos organismos, y tendría que atribuir la competencia a la oficina de control disciplinario interno de la Superintendencia de Industria y Comercio. Por lo tanto, no es posible aplicar, al mismo tiempo, el artículo 257 A de la Constitución Política y los artículos 2 y 239 (en su integridad) de la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021. En consecuencia, en este caso particular, se dará aplicación a la figura de la excepción de inconstitucionalidad, frente a lo dispuesto, parcialmente, en los artículos 2 y 239 del Código General Disciplinario, conforme a lo explicado”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 2 de junio de 2022; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00055-00\(C\)](#)

2. Cuando un participante de un proceso de licitación pública se presenta a este encontrándose incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, genera una nueva inhabilidad, de conformidad con lo previsto en el literal b) del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Síntesis del caso: El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre el marco legal que rige el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, en particular, el régimen aplicable en materia de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses a propósito de las actuaciones realizadas por un ex miembro de la junta directiva de una sociedad descentralizada por servicios y las consecuencias frente a los procesos de selección y contratos celebrados, si se presentara violación a dicho régimen.

ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES – Incompatibilidad para contratar con personas jurídicas por relaciones funcionales con miembros de la junta directiva de la entidad pública contratante / CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Aplicables a las entidades exceptuadas del Estatuto de Contratación Estatal / CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Efectos de las inhabilidades e incompatibilidades en el contrato estatal

Problema jurídico 1: En el evento en que un miembro de la Junta Directiva de una empresa participante en un proceso de selección y/o celebración de contrato, previamente a dicho negocio jurídico, se encuentre incurso en una o varias de las causales de incompatibilidad señaladas en el numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 ¿Se genera automáticamente la inhabilidad de que trata el literal b, numeral 1° del artículo 8° ibídem?

Tesis 1: “Cuando una persona o empresa participa en un proceso de licitación pública y presenta una propuesta o celebra un contrato como resultado de cualquier proceso de selección, a pesar de encontrarse incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, se hace acreedora a una nueva inhabilidad, de conformidad con lo previsto en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. En este evento, es suficiente con la sola participación de la persona incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad en el procedimiento anterior a la celebración de un contrato estatal para que, por ministerio de la ley, se genere o surja la nueva inhabilidad de que trata la citada disposición. (...) La inhabilidad consecuente se extiende por el término de cinco (5) años, contado a partir de la fecha de la participación en el proceso a través de la presentación de la oferta o propuesta, o de la fecha de celebración (perfeccionamiento) del contrato, según el caso. (...) Desde el punto de vista contractual, es claro que no es jurídicamente posible perfeccionar y ejecutar el contrato con la persona incurso en la causal de inhabilidad o incompatibilidad y, de contera, tampoco podrá la persona natural o jurídica participar en procesos de selección adelantados por entidades estatales ni celebrar contratos con ninguna de ellas, durante el tiempo legal que dure la nueva inhabilidad”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las prohibiciones, impedimentos inhabilidades o situaciones de conflicto de intereses en la función pública, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de mayo de 2007. (Exp. 1822).

CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Inhabilidad consecuente para quienes presentan oferta en licitaciones o celebran contratos estando inhabilitados

Problema jurídico 2: En cualquier caso, conflicto de intereses, incompatibilidad o inhabilidad, ¿Es necesario que la entidad contratante y/o una autoridad administrativa o jurisdiccional presente ante la autoridad competente una declaratoria de la situación para que se entienda configurada?

Tesis 2: “No se requiere de una declaratoria judicial o administrativa para la configuración de la inhabilidad de que trata el literal b, numeral 1° del artículo 8° ibídem. (...) No es necesario que exista pronunciamiento expreso a través de un acto en donde se señale que efectivamente la situación tuvo lugar. La mencionada

causal de inhabilidad consecuente opera ipso iure, lo que significa que, para su existencia, basta solo la ocurrencia del supuesto contenido en la disposición, es decir, nace por el hecho de haber participado la persona en la licitación o celebrado el contrato encontrándose incurso en una inhabilidad o incompatibilidad. (...) no se requiere de un pronunciamiento expreso por la entidad estatal que adelanta el procedimiento de selección ni de otra autoridad administrativa o judicial para que se configure la causal de inhabilidad. Sin embargo, esta circunstancia no exime a la entidad estatal que tramita el proceso de selección o que celebró el contrato, según el caso, del deber de verificar y comprobar la existencia de la causal de inhabilidad o incompatibilidad anterior (supuesto de hecho) que ocasiona la nueva inhabilidad y pronunciarse de manera expresa al respecto en el momento de la evaluación, así como luego confirmar la existencia de la causal y rechazar la oferta en el acto de adjudicación o en el acto que niegue la posibilidad de celebrar el contrato o en el acto que decida la actuación administrativa especial que para el efecto se adelante, según el caso. Es decir, el procedimiento que adelanta la entidad estatal para corroborar la inhabilidad o incompatibilidad y las declaraciones que efectúe en torno a su existencia son tan solo en ejercicio del deber que le asiste a ella de verificación, constatación, confirmación o ratificación de su presencia a fin de ser aplicados sus efectos en el proceso de selección en curso o en el momento previo a la suscripción del contrato, pero, se reitera, no son constitutivas de la causal. (...) Previamente a cualquier pronunciamiento que realice la entidad estatal acerca de la existencia de una causal de inhabilidad o incompatibilidad por parte de un oferente o contratista, debe dársele traslado de esa situación con el fin de que tenga oportunidad de pronunciarse al respecto. Es decir, antes de tomar decisiones que limiten o restrinjan la libertad contractual del oferente o contratista por la aplicación de la nueva inhabilidad, la entidad estatal debe garantizar su derecho fundamental al debido proceso y los corolarios de defensa y contradicción (artículo 29 C.P. y artículo 3 de la Ley 1437 de 2011), y descartar que su participación en el proceso de selección o en la celebración del contrato, pesando sobre él una inhabilidad o incompatibilidad, tenga alguna justificación o no esté afectada por un vicio del consentimiento”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la inhabilidad consecuente para quienes presentan oferta en licitaciones o celebran contratos estando inhabilitados, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2013, (Exp. 25.646); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2011, (Exp. 16306) y Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de abril de 2006. (Exp. 1732).

CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Efectos de las inhabilidades e incompatibilidades en el contrato estatal / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Aplicables a las entidades exceptuadas del Estatuto de Contratación Estatal / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / EFECTOS DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN EL CONTRATO ESTATAL / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Deber de atender el derecho al debido proceso del contratista cuando se configura una causal inhabilidad o incompatibilidad

Problema jurídico 3: *En el evento en que una entidad no esté sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ¿Ésta se considera competente para hacer la declaratoria indicada de conflicto de intereses, incompatibilidad o inhabilidad y sus efectos?*

Tesis 3: “No tiene la entidad exceptuada competencia para hacer una declaratoria de carácter constitutivo de la causal de inhabilidad o incompatibilidad mencionada, según se señaló en las respuestas anteriores. No obstante, considera la Sala que sí tiene la entidad exceptuada competencia –puesto que incluso es su deber– para verificar, constatar, comprobar y confirmar la existencia de una causal de inhabilidad o incompatibilidad anterior de un oferente que se presente en esas circunstancias a un proceso de selección por ella adelantado, y que ocasiona por ese solo hecho la nueva inhabilidad prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, así como para pronunciarse de manera expresa al respecto en el momento de la evaluación y al culminar la actuación administrativa especial que para el efecto desarrolle. (...) Si en el curso de un proceso de selección tales entidades estatales advierten que uno de los participantes está afectado por una inhabilidad o incompatibilidad, les corresponde indicarlo en el informe de evaluación de las ofertas o su equivalente y, posteriormente, como se señaló en este concepto, deben rechazar la oferta en acto administrativo debidamente motivado, esto es, previa verificación de la causal y dejando constancia en el mismo de las razones que sustentan la decisión. En todo caso, antes de la declaración de la existencia de la inhabilidad o incompatibilidad, es necesario que se garantice el debido proceso administrativo y los derechos de defensa y contradicción al proponente incurso en la respectiva prohibición (artículo 29 C.P.). (...) La facultad de terminación unilateral del contrato establecida en el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuando se haya celebrado con persona incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad, no es aplicable en el caso de entidades exceptuadas del ámbito del citado Estatuto, habida cuenta de que sus contratos se gobiernan por las normas del derecho privado y aquellas del derecho público solamente en lo concerniente a los principios de la función administrativa, a los principios del control fiscal, y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades (aspectos taxativamente considerados en el artículo 13 de la Ley

1150 de 2007), en las cuales no se consagra la posibilidad de hacer uso de dicha potestad exorbitante o privilegio de decisión unilateral. (...) Quiere decir lo anterior que, en caso de que tales entidades exceptuadas de la legislación general de contratación estatal celebren un contrato con una persona afectada por una inhabilidad o incompatibilidad, deben proceder a demandar en plazo oportuno ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, la nulidad absoluta del contrato estatal especial por objeto ilícito (...). De otra parte, como se indicó, existirían otras dos posibilidades: 1) terminarlo de común acuerdo, o 2) terminarlo unilateralmente, por parte de la entidad estatal, cuando en el contrato, previo consentimiento de las partes, se le haya otorgado expresamente esa potestad a una de ellas en las respectivas estipulaciones del contrato, en este caso a la Administración. (...) Sin embargo, de llegarse a pactar en tales contratos una causal de terminación por tal motivo o terminarse el mismo por mutuo acuerdo entre las partes, según el caso ante tales eventos, ello no evitaría, en modo alguno, que se configurara la nueva inhabilidad consecuente por haberse celebrado un contrato estando inhabilitado el contratista, prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por cuanto, como se explica en este concepto, ella opera ipso iure (...). Si el contrato viciado con la nulidad absoluta por objeto ilícito derivada de su celebración en contravención del régimen de inhabilidades e incompatibilidades ya se encuentra terminado, en los supuestos en que se hayan generado y ejecutado prestaciones recibidas a satisfacción, en principio serían eficaces provisoriamente y deben ser cumplidas las obligaciones que por esa ejecución correlativamente estén a cargo de entidad contratante según el título contractual, hasta tanto se demande y la declaración judicial que se obtenga de invalidez quede en firme, pues, únicamente a partir de dicha decisión judicial se pueden afectar los derechos y/o obligaciones aún pendientes de ejecución”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el deber de respetar y acatar el derecho al debido proceso de los contratistas por parte de las entidades estatales contratantes sujetas a un régimen especial de contratación o al Derecho privado, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 2015, (Exp. 2264).

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / NULIDAD DEL CONTRATO

Problema jurídico 4: *En caso de que la declaratoria deba realizarla la entidad no sometida al Estatuto de la Contratación de la Administración Pública, ¿Debe la entidad exceptuada instaurar acción contractual para obtener la declaratoria de nulidad de los contratos mencionados, o se presenta otra acción judicial alternativa o simultánea que debería emprenderse en estos casos?*

Tesis 4: “Se reitera que corresponde a la entidad estatal exceptuada del régimen general de la contratación estatal y afectada por la celebración del contrato con una persona incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad instaurar la demanda correspondiente, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), con miras a obtener la declaratoria judicial de nulidad absoluta del mismo, para lo cual tiene un plazo para demandar de dos (2) años, contado a partir del día siguiente al de su perfeccionamiento, y en todo caso, mientras el contrato esté vigente (artículo 164, numeral 2, literal j ibídem)”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2335 del 15 de mayo de 2018; C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación: 11001-03-06-000-2017-00058-00\(2335\). Levantamiento de reserva mediante auto del 5 de julio de 2022.](#)

10
GÉNERO Y NO
DISCRIMINACIÓN



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIÓN DE TUTELA

1. Se reitera que las madres cabeza de familia nombradas en provisionalidad en cargos de carrera, tienen derecho a la estabilidad laboral y, por ende, se ordena su vinculación eventual en caso de presentarse una vacante.

Síntesis del caso: La accionante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de citador III grado 00 en el Juzgado Único Penal Especializado de la ciudad de Barranquilla. El 11 de enero de 2022, fue retirada del cargo, por cuanto en él se posesionó, en propiedad, la persona que ganó el concurso de méritos. En la actualidad, la tutelante cuenta con 52 años, es madre cabeza de hogar y tiene a su cargo a su hijo de 9 años, ya que su padre se ausentó desde la gestación y desconoce su paradero, así como a su señora madre de 73 años, quien actualmente tiene problemas neurológicos. Esta Corporación concluyó, en sede de tutela, que, si bien los empleados públicos nombrados en provisionalidad no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, máxime cuando el cargo es proveído mediante concurso de méritos, el Juzgado accionado debe tener en cuenta la condición de madre cabeza de familia de la accionante y, por ende, reubicarla en caso de que haya vacantes disponibles.

ACCIÓN DE TUTELA EN LOS CASOS DE DESVINCULACIÓN LABORAL DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO / DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL DEL TRABAJADOR / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL / DESVINCULACIÓN DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / APLICACIÓN DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONCURSO DE MÉRITOS / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRES CABEZA DE FAMILIA

Problema jurídico: ¿Las autoridades accionadas violaron los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, trabajo, igualdad, mínimo vital, seguridad social y vivienda digna de la accionante, al retirarla del cargo que ocupaba en provisionalidad como citador III grado 00, al no tener en cuenta su condición de estabilidad laboral reforzada al ser madre cabeza de familia?

Tesis: “[E]l Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Barranquilla señaló que si bien la accionante no comunicó de forma escrita su situación especial, sí era de amplio conocimiento para el despacho y la Rama Judicial del Atlántico que la accionante ostentaba la calidad de madre cabeza de familia y tiene a su cargo a su madre quien se encuentre enferma, tanto así, que en algunas oportunidades entre los mismos compañeros realizaron recolectas para poder ayudarla con los gastos de los medicamentos de su señora madre y de su hijo. (...) Conforme a lo anterior, y como quedó consignado en el registro civil de nacimiento de su hijo, como datos de los padres únicamente se encuentra registrada la señora Alvis Pinto, es decir es madre cabeza de familia de su hijo de nueve años y tiene a su cargo a su madre de 78 años, quien además se encuentra diagnosticada con demencia vascular, según historia clínica aportada. (...) Finalmente, la accionante manifiesta que no cuenta con ayuda de ningún otro miembro de su familia y que, por el contrario, es ella quien les provee soporte económico para asegurar su subsistencia, la de su hijo y la de su señora madre. (...) Circunstancias que, para esta Sala de Subsección, demuestran que la señora [E. P.A.] es el sustento, tiene el cuidado y manutención de su familia, ya que su madre y su hijo dependen económicamente de ella y su retiro del servicio evidencian la dificultad que puede surgir para conseguir un nuevo empleo y asegurar los recursos económicos suficientes para garantizar sus necesidades básicas y la de su familia a cargo. Con todo, si bien al plenario no se aportó evidencia que demuestre que dicha circunstancia hubiera sido puesta en conocimiento de manera escrita, lo cierto es, que para la nominadora era un hecho notorio pues en su informe señaló que conocía de la situación especial de la accionante, no obstante, aseguró que al no tener la solicitud escrita por parte de la señora Alvis Pinto antes de que se ofertara el cargo, no realizó ningún reporte ni tomó ninguna medida encaminada a proteger dicha condición. (...) Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la estabilidad laboral reforzada de una madre cabeza de familia no es absoluta, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos y en ese sentido, lo que debe procurar es proveer dicho cargo como última medida

con quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, con el propósito de garantizar también a ellos sus derechos fundamentales. En esa medida, aunque la accionante cuenta con un fuero de estabilidad laboral reforzada derivado de su condición de madre cabeza de familia, también es cierto que existe una tensión entre la protección de sus derechos y el respeto de la carrera administrativa y de los resultados del concurso de méritos adelantado para proveer cargos en la Rama Judicial, por lo que no es dable acceder a la pretensión de reintegro al cargo que ocupaba y que ya fue provisto, pues esta decisión conllevaría la vulneración de los derechos fundamentales de la persona que ganó el concurso de méritos, quien accedió al cargo por meritocracia e implicaría el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional que ha reconocido la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión a cargos públicos. (...) Por esta razón, la Sala considera que el amparo únicamente es procedente, en el evento de existir o presentarse vacantes disponibles al momento de la notificación de esta providencia, o en caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad, el Juzgado Primero Penal Del Circuito Especializado de Barranquilla debe nombrar a la señora [E.P.A.P.] a un cargo igual o equivalente al que ocupaba, siempre y cuando persistan las condiciones para considerar que tiene la condición de madre cabeza de familia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A: sentencia del 7 de julio de 2022; C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 08001-23-33-000-2022-00046-01 \(AC\).](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Se condena a la Nación por actos de tortura psicológica ejercidos por el grupo G3 del DAS contra periodista que realizó labor investigativa en el caso Jaime Garzón Forero.

Síntesis del caso: *“Ciudadana quien laboraba como periodista, desde el año 2000 fue amenazada, torturada psicológicamente y objeto de otra serie de delitos que se atribuyen a funcionarios del extinto DAS, como consecuencia de la investigación que realizó por el homicidio del periodista y humorista Jaime Garzón Forero.”*

DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / TORTURA / TORTURA AGRAVADA / CONFIGURACIÓN DE LA TORTURA / DAS / VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD, RESERVA E INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES / INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES / VIOLENCIA PSICOLÓGICA CONTRA LA MUJER / VIOLENCIA PSICOLÓGICA / INFORMES DE INTELIGENCIA DEL DAS / DAÑO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO / BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD / INTEGRACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD / TRATADO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS / PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS / CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Problema jurídico 1: *¿Los actos constitutivos de vulneración de los derechos humanos por parte de agentes estatales en ejercicio de la función administrativa constituyen fuente de responsabilidad patrimonial?*

Tesis 1: “Está probado en el proceso que ... y su hija fueron sometidas a amenazas, seguimientos, interceptaciones ilegales, tortura psicológica y labores de inteligencia entre 2001 y 2010 y que, como consecuencia de ello, sufrió estrés post traumático crónico con características agudas asociado a manifestaciones ansiosas, depresivas y sicosomáticas...cualquier trato cruel o inhumano ejercido para obtener de una persona determinada información o una confesión se encuentra prohibido por los convenios internacionales ratificados por Colombia... al indicar que los actos que configuren el delito de tortura desencadenan la violación de derechos fundamentales protegidos expresamente por la Constitución, principalmente del derecho inalienable a la dignidad humana; por tanto, su vulneración, acarrea para quien incurre en la comisión de ese delito responsabilidades concretas, que no se limitan a aceptar y cumplir la pena que la legislación prevé, sino que se extienden a resarcir en términos materiales los perjuicios y el daño causado... En relación con la responsabilidad del Estado, en casos como el presente, la Sección Tercera, de tiempo atrás, ha señalado que cuando una autoridad pública ocasiona un daño en desarrollo de las funciones propias que le fueron constitucional y legalmente asignadas, la

imputabilidad del mismo a la Administración se estructura en la medida en que haya sido causado por un agente estatal o en que el hecho tenga un nexo o vínculo próximo y directo con el servicio, de esta manera, es posible inferir que el daño fue ocasionado como consecuencia y en el marco del ejercicio de una función administrativa.”

CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / TORTURA / TORTURA AGRAVADA / TORTURA PSÍQUICA / CONFIGURACIÓN DE LA TORTURA / DAS / DAÑO CAUSADO POR AGENTE ESTATAL EN SERVICIO / AGENTE DEL DAS / PERIODISTA / CASO HOMICIDIO DE PERIODISTA / DELITO / DELITO DE LESA HUMANIDAD / COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Problema jurídico 2: *¿Es responsable el Estado por actos irregulares perpetrados por parte de agentes del grupo G3 del DAS a través del empleo de herramientas de dotación oficial en labores de inteligencia?*

Tesis 2: “Está acreditado que, como consecuencia del homicidio del reconocido periodista y humorista Jaime Garzón Forero, la periodista... participó activamente con el fin de determinar los móviles y causantes del delito, actuación que la llevó a ser víctima de amenazas que la llevaron incluso a abandonar el país con apoyo de varias organizaciones internacionales... Está ampliamente acreditada la existencia de un grupo denominado G3 que contó con total libertad para hacer uso de equipos y vehículos, personal e infraestructura del DAS, desde investigadores hasta los directores generales de la entidad con el fin de obtener información de inteligencia que serviría para torturarla... Asimismo, está acreditado que la responsabilidad penal individual de cada uno de los partícipes en dichos delitos también fue cometida por los responsables a título de coautores, “por su rol como miembros con estatus de un órgano con estructura piramidal que desarrolla labores de inteligencia, donde la responsabilidad de sus miembros al actuar de manera unificada, compromete por igual, a cada uno de ellos” al punto de que, para lograr su objetivo, cada una de las subdirecciones debían actuar en consonancia y bajo la coordinación del director general de inteligencia... Para la Sala es inadmisibles y censurables la existencia de este tipo de actuaciones, que se extendieron sobre aquellas personas a las que consideraban opositoras al gobierno nacional de la época y que marcaron la comisión de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos y derecho internacional humanitario – desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas, masacres, etc. Así las cosas, los anteriores razonamientos llevan a la Sala a concluir que existen pruebas de responsabilidad contra la Administración en los delitos cometidos en contra de la señora (...) lo contrario sería patrocinar las graves irregularidades que revelan la situación, es decir, el que pertenecieran al DAS ex funcionarios de los que se tiene certeza estaban delinquirando y que estaban utilizando los equipos tecnológicos e instrumentos de dotación oficial para ejecutar actos criminales.”

VIOLENCIA PSICOLÓGICA CONTRA LA MUJER / TORTURA / TORTURA AGRAVADA / TORTURA PSÍQUICA / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A CARGO DEL ESTADO / DAÑO MORAL / CONFIGURACIÓN DEL DAÑO MORAL / CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL / LIQUIDACIÓN DEL DAÑO MORAL / RECONOCIMIENTO DEL DAÑO MORAL / REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL / TASACIÓN DEL DAÑO MORAL

Problema jurídico 3: *¿Es posible desbordar el tope de indemnización del daño moral en casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario?*

Tesis 3: “[S]e encuentra suficientemente soportado en el proceso el perjuicio causado a la víctima directa y a sus familiares, como consecuencia del delito de tortura psicológica, las amenazas y demás a los cuales fue sometida la señora (...), en especial del impacto que sufrió cuando tuvo acceso a la investigación que se adelantaba por esos hechos, con lo cual confirmó que sus denuncias eran reales... en casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, entre otros, la jurisprudencia de la Corporación estableció que podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en los eventos allí descritos, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios fijados en dicha sentencia. ... resulta posible desbordar los límites tradicionalmente otorgados y valorar el perjuicio moral para este tipo de circunstancias en las que el daño es producto de la comisión de una conducta punible. Lo anterior, teniendo en cuenta: i) las condiciones en que fue amenazada, perseguida y torturada

sicológicamente la periodista y, ii) el móvil terrorista del delito, el cual tuvo como propósito infundir temor a las personas que realizaban labores de intermediación humanitaria y ser opositoras del gobierno nacional, hechos que constituyen sin duda una violación a los derechos humanos, lo cual permite a la Sala inferir que la congoja y aflicción de sus familiares cobró, en este caso particular la mayor intensidad.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el conteo e inaplicación del término de la caducidad en la acción de reparación directa, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 6 de agosto de 2009, expediente No. 36.834, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; reiterado por esta Subsección, entre otras, en: sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente No. 27.588, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; auto del 12 de mayo de 2016, expediente No. 56.601 y sentencia del 30 de agosto de 2017, expediente No. 39.435, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena sentencia del 29 de enero de 2020, exp. 85001-33-33-002-2014-00144-01 (61.033). : En cuanto al conteo del término de caducidad de la acción de reparación directa por error judicial, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, radicación número: 08001-23-31-000-2009-00193-01(38833) del 26 de noviembre de 2015, reiterada en sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicación: 50001-23-31-000-2005-00274-01(39435), 30 de agosto de 2017, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de octubre de 2018, radicación número: 19001-23-31-000-2009-00289-01(46878), entre muchas otras. 56 Al respecto consultar las siguientes decisiones: i) sentencia del 30 de agosto de 2017, radicado: 50001-23-31-000-2005-00274-01 (39435); ii) sentencia del 13 de junio de 2016, radicado: 76001-23-31-000-2004-04636-01(37392); iii) sentencia del 24 de octubre de 2016, radicado: 25000-23-26-000-2006-00818-01(38159); iv) sentencia del 22 de febrero de 2017, radicado: 05001-23-33-000-2016-01685-01(58052); estas dos últimas con ponencia del magistrado Hernán Andrade Rincón, sentencia de 23 de junio de 2010, expediente 17493, M.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez; Subsecciones A y C, auto del 9 de mayo de 2011, expediente 40.196, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia del 27 de enero de 2012, exp. 22.205, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; autos del 1 de febrero de 2012, expediente 41.660, M.P. Olga Mérida Valle de la Hoz; 21 de noviembre de 2012, expediente 45.094, y del 14 de agosto de 2013, expediente 46.124, M.P. Mauricio Fajardo Gómez”. Sobre el valor probatorio de las copias simples de documento, ver Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 28 de agosto de 2013, Exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. En cuanto al valor probatorio de la prueba trasladada, consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativos, Sección Tercera, C.P. Hernán Andrade Rincón, sentencia de 5 de junio de 2008, exp. 16174. De igual manera se pueden consultar las sentencias de 20 de febrero de 1992, expediente 6514 y de 30 de mayo de 2002 expediente 13476. Sobre la valoración de las pruebas en acatamiento de los principios de justicia material y acceso a la administración de justicia, ver Sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el día 28 de agosto de 2014, dentro del proceso No. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988), C. P. Ramiro Pazos Guerrero, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: Hernán Andrade Rincón, Bogotá, D. C., 14 de septiembre de 2016, radicación número: 25000-23-26-000-2001-01825-02 (34349)B y Corte Constitucional, sentencia T-204 de 2018 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Hernán Andrade Rincón, sentencia del 14 de julio de 2016, Exp. 35.029. Sobre las reglas de apreciación del testimonio practicado por fuera del proceso, ver sentencia de unificación del 11 de septiembre del 2013, expediente 20601. Sobre las reglas jurisprudenciales de valoración del testimonio no ratificado, ver sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2001, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación n.º 12.370, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, radicación n.º 73001-23-31-000-1995-3172-01(14174)DM, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 2009, C.P. Enrique Gil Botero, radicación n.º 07001-23-31-000-1993-00063-01(13440), Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 9 de febrero de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación n.º 25000-23-26-000-1994-09702-01(16934), sentencia del 23 de junio de 2010, Consejero Ponente (E) Mauricio Fajardo Gómez, radicación n.º 52001-23-31-000-1997-08660-01(17493), entre otras. Sobre el conteo de la acción de reparación directa en casos que el daño o su conocimiento se prolonga en el tiempo, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia, del 29 de enero de 2020, radicación: 85001-33-33-002-2014-00144-01 (61.033), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 7 de mayo de 2008, exp. 16922. Respecto de la vulneración de derechos humanos por parte de agentes del Estado, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2017, radicación número: 660012331002200600616 00 (35920) y Corte Constitucional, Sentencia C-351/98, M.P. Fabio Morón Díaz, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 10 octubre de 1994, exp. 8200, CP: Juan de Dios Montes; 15 de junio del 2000, exp. 11330, CP: Ricardo Hoyos Duque; 24 de noviembre del 2005, exp. 13305, CP: Germán Rodríguez Villamizar; 16 de febrero del 2006, exp. 15383, CP: Ramiro Saavedra Becerra; 17 de marzo del 2010, exp. 18526, CP: Mauricio Fajardo Gómez; Subsección B, sentencia del 26 de julio del 2012, exp. 25245, CP: Danilo Rojas Betancourth (E); Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 40411, CP: Ramiro Pazos Guerrero y Subsección A, sentencia del 27 de abril de 2016, exp. 50231, CP: Hernán Andrade Rincón. 149 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de julio de 2014, exp. 29.327, CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada en la sentencia del 13 de agosto de 2014, exp 30.025, CP: Hernán Andrade Rincón. 150 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de julio de 2019, exp. 05001-23-31-000-2010-02149-01 (50.315). Sobre la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de los deberes control respecto del personal y los instrumentos de dotación oficial Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de septiembre de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 35.574. En ese mismo sentido consultar sentencia de 24 de julio de 2013. Exp 23.958. De igual forma en sentencia del 27 de marzo de 2014, Exp. 27.193 y Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, sentencia del 21 de noviembre de 2013, Exp. 27.964, M.P. Enrique Gil Botero. En relación con los topes de indemnización del daño moral, ver las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto del 2014, exp. 26251 y exp. 27709. Además, se puede consultar el fallo de 25 de septiembre del 2013, C.P. Enrique Gil Botero, exp. 36460 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de Sala Plena de 28 de agosto de 2014, Exp. 32.988, M.P. Ramiro

Pazos Guerrero. Sobre el reconocimiento y tope del daño a la salud, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 32988 M.P. Ramiro Pazos Guerrero y exp. 26251. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 31170. M.P. Enrique Gil Botero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 17 de junio de 2022; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25000-23-26-000-2012-00198-01 \(66603\)](#)