

EDICIÓN
278

MAYO 2024



#MeSuscriboMeActualizo

BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Milton Chaves García
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

Hernando Sánchez Sánchez
César Palomino Cortés
Jorge Edison Portocarrero Banguera
Luis Eduardo Mesa Nieves
Jaime Enrique Rodríguez Navas
Nicolas Yepes Corrales
William Barrera Muñoz
Myriam Stella Gutiérrez Argüello
Wilson Ramos Girón
Ana María Charry Gaitán
John Jairo Morales Álzate
Nandy Melissa Rozo Cabrera

RELATORÍAS

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo
Liliana Marcela Becerra Gámez
Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo
Gloria Cristina Olmos Leguizamón
Antonio José Sánchez David
Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo
Jorge Eduardo González Correa
Natalia Yadira Castilla Caro
Guillermo León Gómez Moreno
Nubia Yaneth Pajarito Navarrete
Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo
María Magaly Santos Murillo
Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo
Wadith Rodolfo Corredor Villate
Sala de Consulta y Servicio Civil
María del Pilar Pimentel Triviño
Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
María del Pilar Pimentel Triviño
Acciones Constitucionales
Pedro Javier Barrera Varela
Ingrid Catherine Viasús Quintero
Juan Alejandro Suárez Salamanca

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 278, mayo de 2024
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co
Consejo de Estado
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.
Palacio de Justicia
Bogotá D.C. – Colombia

CONTENIDO

CONTENIDO	3
EDITORIAL	5
I. NORMAS ANULADAS, SUSPENDIDAS Y EXHORTOS	6
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2011-00267-00 (acu) ➤ C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 17001-23-31-000-2011-00099-03 ➤ C.P. Jorge Edison Portocarrero Banguera, radicación: 11001-03-25-000-2015-00364-00 (0738-2015) ➤ C.P. Omar Joaquín Barreto Suárez, radicación: 11001-03-28-000-2023-00058-00 ➤ C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 63001-2333-000-2023-00048-01. ➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 05001-23-33-000-2023-01176-01 ➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra (E), radicación 11001-03-28-000-2023-00055-00 ➤ C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 44001-23-40-000-2024-00008-01 ➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 76001-23-33-000-2023-00935-01 	
II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES	10
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 68001-23-33-000-2017-00330-01 (AP) ➤ C.P. Germán Eduardo Osorio Cifuentes, radicación 17001-23-33-000-2019-00188-01 (AP) ➤ C.P. Germán Eduardo Osorio Cifuentes, radicación: 88001-23-33-000-2021-00041-02 (AP) 	
III. SALA PLENA DEL CONTENCIOSO	21
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-15-000-2024-00535-00(PI) 	
IV. SECCIÓN PRIMERA	24
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2011-00267-00 (acu) ➤ C.P. Germán Eduardo Osorio Cifuentes, radicación: 11001-03-24-000- 2011-00205-00. ➤ C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 63001-2333-000-2023-00048-01 ➤ C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 17001-23-31-000-2011-00099-03. 	
V. SECCIÓN SEGUNDA	33
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación:13001-23-33-000-2016-01005-01 (2734-2021) ➤ C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 76001-23-33-000-2020-00154-02 (4137-2021) ➤ C.P. César Palomino Cortés, radicación 25000-23-42-000-2014-00453-01 (0260-2019) ➤ C.P. Jorge Edison Portocarrero Banguera, radicación: 25000-23-42--000-2018-01641-02 (661-2023) ➤ C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 20001-23-33-000-2013-00352-01 (2466-16) 	
VI. SECCIÓN TERCERA	45
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación 13001-23-31-000-2008-00362-01(55730) ➤ C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 41001-23-31-000-2011-00096-02(60909) ➤ C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 25000-23-36-000-2012-00568-01(61269) 	
VII. SECCIÓN CUARTA	56
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2020-00029-00 (25411) ➤ C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2022-00069-00 (27331) ➤ C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2022-00111-01 (27598) ➤ C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2016-00896-01 (26634) ➤ C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2014-00014-00 (21017) 	
VIII. SECCIÓN QUINTA	71
<ul style="list-style-type: none"> ➤ C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2023-00056-00 (Principal) ➤ C.P. Omar Joaquín Barreto Suárez, radicación: 11001-03-28-000-2023-00058-00 ➤ C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00107-00 	

IX. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

77

- C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2023-00200-00
- C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2023-00094-00
- C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00818-00
- C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2024-00002-00

X. GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN

83

- C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 25000-23-26-000-2012-00475-01(68409)
- C.P. Luis Alberto Álvarez Parra (E), radicación: 11001-03-28-000-2023-00055-00
- C.P. María Adriana Marín, radicación: 11001-03-15-000-2023-07506-00 (AC)

EDITORIAL

Extendemos un cordial saludo a nuestros lectores, y les presentamos la edición 278 del Boletín “*Jurisprudencia y Conceptos*” que recopila las providencias relevantes y novedosas proferidas por el Consejo de Estado, en cumplimiento de sus funciones contenciosa y consultiva.

Resaltamos una decisión proferida por la Sección Segunda, mediante el cual se determinó que, comoquiera que la incapacidad es una situación administrativa, esta no suspende ni interrumpe el vínculo laboral, razón por la cual, aun dentro de ese lapso, el servidor público es beneficiario de las prestaciones sociales otorgadas por el ordenamiento jurídico.

En asuntos de competencia de la Sección Tercera, dentro de una acción de reparación directa, se definió que se exonera de responsabilidad patrimonial al Estado- Superintendencia Financiera y de Sociedades y a la Fiscalía General de la Nación-, por la pérdida de los montos entregados por los demandantes a DMG, pues la conducta de las víctimas fue la determinante del daño y no una omisión en las funciones de inspección y vigilancia.

Por otra parte, la Sección Quinta a través del medio de control de nulidad, declaró la nulidad del acto que reconoció personería jurídica al movimiento político “Todos Somos Colombia”, por haber incurrido en falsa motivación y en contradicción con las disposiciones contenidas en los artículos 108 y 262 de la Constitución Política.

Entre las decisiones judiciales que se fallaron con enfoque de género, la Sección Tercera reiteró su jurisprudencia al indicar que se debe negar indemnización por privación de la libertad a persona absuelta por in dubio pro reo, en casos de violencia sexual contra mujer, puesto que la perspectiva de género refuerza la legalidad de la medida de aseguramiento.

Así mismo, en el marco de una acción de tutela, se estableció que la interrupción por parte del empleador del disfrute del permiso remunerado de lactancia otorgado a la servidora judicial, vulnera los derechos fundamentales, a disfrutar del descanso remunerado durante la lactancia y a no ser discriminada por su condición especial de madre lactante; así como el derecho fundamental de su menor hija(o) a gozar de una alimentación equilibrada, adecuada y saludable y, por ende, a recibir leche materna durante sus primeros meses de vida.

Esperamos cumplir con sus expectativas y agradecemos la consulta de esta importante herramienta de difusión jurisprudencial.

I. NORMAS ANULADAS, SUSPENDIDAS Y EXHORTOS

ANULADAS

SECCIÓN PRIMERA

1. El Decreto 2025 de 2011, “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010”, expedido por el Ministerio de la Protección Social: El artículo 3 y parcialmente el inciso segundo del artículo.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de febrero de 2024; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2011-00267-00, 11001-03-24-000-2011-00261-00 y 11001-03-25-000-2011-00414-00 \(acumulados\).](#)

2. La Resolución 012 de 4 de marzo de 2010, “Por medio de la cual se otorga un permiso provisional y transitorio para servir una ruta temporal de transporte público”, expedida por el Secretario de Tránsito y Transporte de la ciudad de Manizales, y el Decreto 0123 de 15 de abril de 2010, “Por el cual se adiciona transitoriamente el Decreto 128 de 2006”, expedido por el Alcalde de Manizales.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de marzo de 2024; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 17001-23-31-000-2011-00099-03.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

El numeral 10 del artículo 4 del «Reglamento Administrativo, Operativo, Técnico y Académico de los Bomberos de Colombia» quebranta normas de carácter legal, motivo por el cual debe ser anulado.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de catorce \(14\) de mayo de dos mil veinticuatro \(2024\), C.P. Jorge Edison Portocarrero Banguera, radicación: 11001-03-25-000-2015-00364-00 \(0738-2015\).](#)

SECCIÓN CUARTA

1. La Circular 000005 del 5 de febrero de 2021, Asunto: “LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO DE REGISTRO EN LOS CASOS DE NUDA PROPIEDAD, USUFRUCTO Y CONSOLIDACIÓN DEL DOMINIO PLENO”, expedida por el Director de Rentas y Gestión Tributaria de la Gobernación de Cundinamarca.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de abril de 2024, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2022-00111-01 \(27598\) Acum.](#)

2. El Concepto 100208221-00-172 del 20 de septiembre de 2011, proferido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de abril de 2024, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2022-00069-00 \(27331\).](#)

SECCIÓN QUINTA

1. La Resolución 2238 del 23 de marzo de 2023, por medio de la cual se reconoció la personería jurídica al movimiento político Todos Somos Colombia y ordenó su inscripción en el Registro Único de Partidos y Movimientos Políticos, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 18 de abril de 2024; C.P. Omar Joaquín Barreto Suárez, radicación: 11001-03-28-000-2023-00058-00.](#)

2. La Resolución 2239 del 23 de marzo de 2023, por medio de la cual se reconoció la personería jurídica al partido Creemos y ordenó su inscripción en el Registro Único de Partidos y Movimientos Políticos, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 18 de abril de 2024; C.P. Omar Joaquín Barreto Suárez, radicación: 11001-03-28-000-2023-00059-00.](#)

SUSPENDIDAS

SECCIÓN PRIMERA

El Acuerdo 8 de 20 de diciembre de 2002, "Por medio del cual se modifican los Estatutos Internos de la Lotería del Quindío", expedido por la LOTERÍA DEL QUINDÍO: El artículo 10.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 7 de marzo de 2024; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 63001-2333-000-2023-00048-01.](#)

EXHORTOS

SECCIÓN QUINTA

1. La Sección Quinta conminó al Tribunal Administrativo de Antioquia para que tenga en cuenta y aplique la normativa que rige el proceso especial de nulidad electoral, en específico las reglas de trámite de las medidas cautelares.

Sobre el particular dispuso en la parte considerativa lo siguiente: “Sin embargo, se insiste, el traslado se surte antes de la admisión de la demanda para cumplir con la norma imperativa especial que señala que en nulidad electoral la medida cautelar solo puede ser presentada con la demanda y resuelta en el mismo auto admisorio. Así las cosas, se conminará al tribunal de primera instancia para que, en lo sucesivo, tenga en cuenta y aplique la normativa que rige el proceso especial de nulidad electoral.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 18 de abril de 2024, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 05001-23-33-000-2023-01176-01.](#)

2. La Sección Quinta instó a las mujeres congresistas para que postulen sus nombres y aspiren a ocupar cargos en las mesas directivas del Congreso de la República.

Sobre el particular dispuso en la parte considerativa lo siguiente: “En ese sentido, si bien el inciso tercero del artículo 18 de la Ley 1909 de 2018 precisa que la representación debe alternarse en periodos sucesivos entre hombres y mujeres, lo cierto es que en esta precisa oportunidad no podía cumplirse debido a que (i) el Centro Democrático ocupó el cargo en la legislatura 2022-2023; (ii) Verde Oxígeno no postuló candidato y el único senador con el que cuenta es varón; y (iii) la congresista Ana María Castañeda decidió postergar su aspiración para ser elegida. Conviene precisar que, la referida alternancia fue en derecho establecido por el legislador para que las mujeres congresistas, que hacen parte de los partidos de oposición, pudieran postular sus nombres para que, después del proceso electoral, resultaran elegidas en la segunda vicepresidencia del Senado o de la Cámara de Representantes. Por lo anterior, se insta a las mujeres de dichas colectividades para que consideren su nombre para que aspiren a ocupar dicha dignidad en las mesas directivas de alguna de las cámaras que componen el Congreso.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 7 de marzo de 2024, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra \(E\), radicación 11001-03-28-000-2023-00055-00.](#)

3. La Sección Quinta exhortó al Tribunal Administrativo de La Guajira para que, en adelante, se resuelva en una misma providencia la admisión de la demanda y la suspensión provisional.

Sobre el particular dispuso en la parte resolutive lo siguiente: “EXHORTAR al Tribunal Administrativo de La Guajira para que, en adelante, cumpla con lo establecido por el legislador en el inciso final del artículo 277 del CPACA, en el sentido de resolver en una misma providencia la admisión de la demanda y la suspensión provisional, previo a correr traslado de la misma conforme lo ordena la norma.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 15 de marzo de 2024, C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 44001-23-40-000-2024-00008-01.](#)

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

Sobre el particular dispuso en la parte considerativa lo siguiente: “Al respecto, resulta del caso precisar que al interior de la Sección se ha decretado la nulidad procesal cuando se omite correr el traslado por cuanto es evidente que en aquellos casos se desconoce la precitada providencia de unificación y se afecta el debido proceso, pero no, cuando el traslado se corre en la forma prevista para los procesos ordinarios porque, se insiste, en esos casos, la garantía en últimas sí se da. Así las cosas, se conminará al tribunal de primera instancia para que, en lo sucesivo, tenga en cuenta y aplique la normativa que rige el proceso especial de nulidad electoral.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 4 de abril de 2024, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 76001-23-33-000-2023-00935-01.](#)

**ASUNTOS
CONSTITUCIONALES**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIONES POPULARES

1. Exploración de hidrocarburos en pozos de la Vereda Pita de Limón y actividades hidrocarburíferas en el Pozo Picoplata, en el municipio de San Martín, Departamento del Cesar, no vulneran derechos colectivos

Síntesis del caso: El 2 de junio de 2009 fue suscrito entre en la empresa Consorcio Energía Colombia S.A. – Cenercol y la ANH el Contrato No. 50 de Exploración y Producción de Yacimientos Convencionales, para el proyecto denominado “Área de Perforación Exploratoria – APE VMM3”, a desarrollarse en los Municipios de Aguachica y San Martín en el Departamento del Cesar y Rionegro en el Departamento de Santander, negocio que fue cedido a la empresa Shell mediante un otrosí. Durante la ejecución del contrato, Shell solicitó una modificación en los compromisos exploratorios adquiridos, para variar la naturaleza del Pozo Picoplata 1, de estratigráfico a exploratorio, la cual fue aprobada mediante Oficio No. 511-20160111 del 7 de enero de 2016, por la ANH. El día 2 de diciembre de 2015, se firmó un contrato adicional, en el que se autorizó la exploración y producción de yacimientos no convencionales de hidrocarburos y se autorizó la cesión del negocio jurídico a la unión temporal conformada por las empresas Conocophillips y CNE OILS & GAS S.A.S. A través de Resolución No. 0123 del 8 de febrero de 2016, la ANLA aprobó la cesión de los derechos de la licencia ambiental a éstas últimas empresas.

ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / NEGACIÓN DEL AMPARO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / CONTRATO DE EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS / FRACKING / ESTUDIOS DE EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS / EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS / YACIMIENTO DE HIDROCARBUROS

Problema jurídico 1: ¿[E]s cierto que en el pozo Picoplata 1 se desarrollaron actividades de fracking?, de ser positiva la respuesta, ¿ello da lugar al desconocimiento de los derechos colectivos?

Tesis 1: De la controversia sobre las actividades efectuadas en el pozo Picoplata 1. Al respecto se tendrá que evaluar si es cierto que en el anotado pozo se desarrollaron actividades de fracking. En caso de que la respuesta a dicho interrogante sea afirmativa, deberá absolverse si ello da lugar al desconocimiento de los derechos colectivos invocados en el asunto de la referencia. Resolver dicho interrogante impone precisar el concepto de fracking y determinar si las actividades llevadas a cabo en el pozo PicoPlata1 se enmarcan en el mismo. Pues bien, lo primero que debe indicarse es que, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 3004 de 2013, los yacimientos no convencionales se definen como aquellas formaciones rocosas con baja permeabilidad primaria a la cuales se les deben realizar actividades de estimulación para mejorar las condiciones de movilidad que permitan extraer hidrocarburos. (...) Ahora, ni esa norma, ni la Resolución 90341 de 2014, definían la técnica petrolera usada para la exploración y explotación en esa clase de yacimientos. No fue sino hasta la emisión del artículo 2.2.1.1.1A.2. del Decreto 1073 de 2015, adicionado por el Decreto 328 de 2020, que se indicó que para la estimulación de dichas formaciones rocosas se utiliza el fracturamiento multietapa con perforación horizontal o comúnmente denominada como “fracking”. (...) [E]s claro para la Sala que, para el desarrollo de actividades de fracking, deben concurrir tres (3) elementos: (i) que se adelanten tareas de exploración o explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, es decir, zonas geológicas de muy baja permeabilidad, (ii) que las mismas sean efectuadas desde pozos horizontales, y (iii) que desde estos se fracture en múltiples etapas la roca madre en la que se encuentra el petróleo, a través de grandes cantidades de un fluido compuesto principalmente por agua que facilita la salida del hidrocarburo a la superficie. (...) Así las cosas, del material probatorio obrante en el plenario, se encuentra acreditado que Pozo Picoplata 1 fue construido desarrollo de las obligaciones contraídas por las entonces contratistas en el marco del Contrato de Exploración y Producción No. 50 de 2009, en el Bloque VMM-3 Convencional. Igualmente, se probó que el citado pozo inicialmente fue catalogado como estratigráfico, es decir, su objetivo fue el de probar la existencia de hidrocarburos en la formación La Luna. Posteriormente, tras la suscripción del Contrato Adicional, la ANH

aceptó la reclasificación de este a exploratorio con la finalidad de conocer las características de la citada formación geológica, es decir, si se trataba de un yacimiento convencional o no convencional. Asimismo, se observa que, para la realización de las actividades exploratorias previstas en la Fase 1 del contrato adicional, se empleó la técnica de fracturamiento hidráulico usada tradicionalmente para yacimientos convencionales, debido a que el anotado pozo es de tipo vertical y a que la cantidad de agua que se dispuso para esos efectos no superó los cinco mil (5.000) barriles de agua. Dicha circunstancia difiere de la técnica de fracturamiento hidráulico multietapa o fracking, pues, como se vio en el punto 4.10. de esta providencia, la misma se requiere de un pozo horizontal en el que se emplean grandes cantidades de agua, que, según la experticia, es de más de cincuenta mil (50.000) y trescientos mil (300.000) barriles de agua, para fracturar la roca generadora y extraer el petróleo. En consecuencia, es claro para la Sala que, de lo que reposa en el plenario, no es posible colegir que en el marco del anotado Contrato Adicional se hubieran adelantado actividades de fracking como alega la recurrente. Sumado lo expuesto, es menester indicar que la demandante confunde el tipo de yacimiento con la técnica empleada para la extracción de hidrocarburos, pues el hecho de que un yacimiento tenga la condición de no convencional no es sinónimo de que toda actividad extractiva allí realizada sea fracking.

ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / NEGACIÓN DEL AMPARO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS / CONTRATO DE EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS / LICENCIA AMBIENTAL / AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES / ACTO QUE OTORGA LA LICENCIA AMBIENTAL

Problema jurídico 2: *¿[E]s cierto que para la ejecución del aludido negocio jurídico las empresas demandadas no contaban con una licencia ambiental, debido a que el permiso que les fue concedido por la Resolución No. 857 de 2014 perdió vigencia con la suscripción del contrato adicional y a la renuncia de los contratistas a explorar y explotar yacimientos convencionales?*

Tesis 2: [N]o es cierto que la licencia ambiental conferida a través de la Resolución No. 857 de 2014 hubiere perdido vigencia con la suscripción del Contrato Adicional de Exploración y Producción E&P Yacimientos No Convencionales de Hidrocarburos VMM-03. (...) En efecto, téngase en cuenta que en dicho instrumento ambiental se concedió un permiso para la realización de actividades exploratorias de hidrocarburos en los Municipios de Aguachica y San Martín en el Departamento de Cesar y Rionegro en el Departamento de Santander y se prohibió la realización de cualquier tipo de actividades en yacimientos no convencionales. Ahora, aunque el anotado Contrato Adicional tenía como finalidad la exploración y explotación en yacimientos no convencionales, lo cierto es que en dicho instrumento también se habilitó a los contratistas para seguir adelantando actividades de exploración en yacimientos convencionales. (...) No se pasa por alto que Conocophillips y CNE Oil & Gas renunciaron a continuar con la segunda fase exploratoria del Contrato de Exploración y Producción No. 50 de 2009, en el Bloque VMM-3 Convencional. Sin embargo, como se vio en el Acta de Liquidación de dicho negocio jurídico, el mismo se mantuvo vigente para esas empresas y, por ende, seguían siendo responsables de las obligaciones allí dispuestas. (...) Por ende, al no advertirse ningún impedimento para que esas sociedades continuaran con su actividad en yacimientos convencionales, es claro que las mismas podían seguir empleando la licencia ambiental que les fue conferida en la Resolución No. 857 de 2014, para el desarrollo de sus actividades de exploración de hidrocarburos, siempre que no realizaran actividades en yacimientos no convencionales. Además, tampoco se advierte que ese acto administrativo haya sido suspendido o anulado por alguna autoridad judicial o revocado directamente por la ANLA, por lo que es claro que el mismo aún producía efectos y se encuentra revestido de presunción de legalidad. (...) las empresas demandadas solicitaron a la ANLA la concesión de una nueva licencia ambiental para la exploración y explotación de la citada zona como un yacimiento no convencional. Dicho procedimiento inició a través de Auto 99 del 4 de enero de 2018 y fue archivado a través de Autos 6445 de ese año y 917 de 2019. (...) Así las cosas, la Sala advierte que las actividades de estratigrafía y exploratorias que realizaron en el Pozo Picoplata 1, tuvieron por finalidad conocer las características de permeabilidad de la roca que existen en la formación geológica La Luna; es decir, buscaban definir si ese yacimiento era convencional o no convencional. En efecto, los expertos designados por el Tribunal indicaron que la anotada formación podía presentar condiciones propias de un yacimiento no convencional, pero que ello no podría ser conocido a ciencia cierta dado que, en la misma zona, la roca podría variar sus condiciones de permeabilidad. (...) Ahora, una vez se evaluaron las condiciones de la formación la Luna y se concluyó que se trataba de un yacimiento no convencional, está acreditado que las empresas demandadas procedieron a informar esa circunstancia a la ANH y a la ANLA y, además, taponaron y clausuraron el pozo Picoplata 1. Asimismo, está probado que las empresas accionadas iniciaron el respectivo procedimiento de licenciamiento ambiental que les permitiera la exploración y explotación de ese pozo a través de la técnica adecuada, esto es, el fracturamiento hidráulico

multietapa con perforación horizontal o fracking, pero que la ANLA archivó esa solicitud al no cumplir con los requisitos necesarios para esos efectos, de modo que en la actualidad el proyecto se encuentra suspendido. En ese orden de ideas, es claro que el demandante no acreditó el fundamento de la vulneración de los derechos colectivos que fue expuesto en el libelo introductorio y en el recurso de alzada, esto es, que las empresas demandadas hayan realizado fracking sin contar con un permiso ambiental; pues, como se vio, los elementos materiales probatorios obrantes en el plenario dan cuenta que, en principio, las actividades adelantadas en el Pozo PicoPlata 1 habrían atendido a técnicas de tipo convencional y estarían amparadas bajo la licencia conferida en la Resolución No. 857 de 2014. Además, la Sala concuerda con el Tribunal respecto a que la actora no probó que se hubiera ocasionado algún daño derivado de la ejecución de esas actividades; y, aunque en el trámite de primera instancia indicó que se habían contaminado las fuentes hídricas de la vereda Pita Limón del Municipio de San Martín Cesar, lo cierto es que en la sentencia recurrida no se encontró ninguna relación de ello con el proyecto, ni dicho punto fue objeto de apelación.

ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / NEGACIÓN DEL AMPARO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / DECRETO DE PRUEBA DE OFICIO / DICTAMEN PERICIAL / OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL / OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE EN EL DICTAMEN PERICIAL / CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / IMPROCEDENCIA DE LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE EN EL DICTAMEN PERICIAL / ADECUADA VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL

Problema jurídico 3: *¿Debe prosperar la objeción por error grave en contra de la experticia practicada de oficio el trámite de primera instancia, si el recurrente alega que sus conclusiones son deficientes y que no se identificaron los posibles impactos ambientales que fueron generados por la intervención en el yacimiento no convencional La Luna?*

Tesis 3: “De la controversia sobre el dictamen pericial. En este punto, es menester definir si debe prosperar la objeción por error grave en contra de la experticia practicada de oficio el trámite de primera instancia, si el recurrente alega que sus conclusiones son deficientes y que no se identificaron los posibles impactos ambientales que fueron generados por la intervención en el yacimiento no convencional La Luna. Con miras a resolver ese interrogante, es importante señalar que la anotada prueba fue decretada de oficio por el Tribunal en auto del 1 de febrero de 2019, en los siguientes términos: “Con fundamento en el artículo 234 del CGP, se resuelve Oficiar por Secretaría de este Tribunal, al director del Instituto Colombiano del Petróleo (ICP) para que designe un experto en la industria petrolera para que elabore un Peritaje Oficial. (...) Posteriormente, en memorial del 19 de noviembre de 2019, los expertos Edward Tovar Artunduaga y Mauricio Cardeñosa Mendoza, respondieron a cada una de las preguntas planteadas por el Tribunal. (...) en la audiencia de contradicción de dicha experticia, la parte actora objetó las conclusiones allí planteadas, debido a que: (i) no existió ningún soporte documental o probatorio en las conclusiones de los peritos, (ii) la conclusión relativa a que las actividades de fracking únicamente se llevaban a cabo con la técnica de fracturamiento hidráulico multietapa en pozos convencionales con alta intensidad en uso de agua, desconocía que el mismo también podía ser efectuado a través del fracturamiento hidráulico o la estimulación hidráulica, (iii) no era cierto que en el pozo Picoplata 1 no se hubieran adelantado actividad de fracking, y (iv) cuestionó que no se aportaron pruebas que permitieran entender la razón por la que se expuso que el fracking era una técnica segura y sus efectos mitigables y reversibles. (...) En ese orden de ideas, es preciso indicar que el artículo 32 de la Ley 472 de 1998 señaló que los dictámenes periciales tendrán que ser evaluados por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica y con estos se podrán acreditar los hechos sobre los que se realizó el correspondiente estudio. Además, esa disposición normativa, señaló que el segundo dictamen sobre los mismos hechos es inobjetable, por lo que es dable colegir que esa norma permite que los sujetos procesales cuestionen la primera experticia efectuada en el proceso. (...) A su vez, en los incisos 3 y 4 del artículo 226 del CGP, aplicable al presente asunto por la remisión dispuesta en el artículo 29 de la Ley 472 de 1998, dispuso, entre otras, que todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado y se tendrán que explicar los fundamentos técnicos empleados. (...) Ahora, para la prosperidad de la objeción por error grave de una prueba pericial, esta Sección, en providencia del 28 de noviembre de 2017, expedida en el proceso con número de radicado 25000 23 24 000 2012 00791 01 con ponencia del consejero de Estado Hernando Sánchez Sánchez, refirió que la misma procede cuando se presenta una inexactitud entre el objeto de la prueba y las conclusiones del dictamen. (...) es claro para la Sala que no cualquier reparo fundado en juicios o apreciaciones sobre los fundamentos o conclusiones de la prueba pericial tiene la entidad de configurar el error grave, puesto que, de acuerdo a los lineamientos jurisprudenciales traídos a colación, se trata de equivocaciones de tal envergadura que tornan defectuoso el medio de prueba y descartan su vocación para acreditar la situación fáctica objeto de probanza. (...) Siendo ello así, lo que advierte la Sala es que los reparos del demandante

no buscan enmarcar algún error del proceso de formación de la prueba pericial, sino que están dirigidos a cuestionar las conclusiones allí expuestas al no compartir las mismas, sin que ello sea óbice para restar valor probatorio al análisis técnico. (...) [D]ebe destacarse que en la audiencia de contradicción del dictamen los peritos informaron que sus conclusiones, además de los elementos probatorios obrantes en el plenario, habían sido producto de su experiencia profesional en el campo de la industria petrolera, de las prácticas habituales en la misma y de la documentación científica en la materia. Igualmente, no se observa que los peritos estuvieran en la obligación de determinar los posibles impactos ambientales que fueron generados por intervención del yacimiento no convencional La Luna, dado que en la providencia que decretó la experticia lo que se ordenó fue que se indicara si había evidencia sobre el uso de la técnica del fracking y solo en caso de que la respuesta a dicho interrogante fuera afirmativa, se precisara si había prueba que dicha actividad había generado algún daño ambiente.

ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / NEGACIÓN DEL AMPARO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / PERITO / CREDIBILIDAD DEL PERITO / IMPARCIALIDAD DEL PERITO

Problema jurídico 4: *¿[E]l Tribunal en la sentencia recurrida omitió definir la tacha relacionada con que los peritos hacían parte de un equipo de expositores que fue designado para la pedagogía sobre los beneficios del fracking?*

Tesis 4: De la controversia sobre la tacha de los peritos. Al respecto, se tendrá que absolver si el Tribunal en la sentencia recurrida omitió definir la tacha relacionada con que los peritos hacían parte de un equipo de expositores que fue designado para la pedagogía sobre los beneficios del fracking. (...) De entrada lo que se advierte es que asiste razón a la recurrente respecto a que en la sentencia apelada no resolvió dicha tacha, pues se limitó a absolver la concerniente a la vinculación laboral de los expertos por Ecopetrol. Sin embargo, a juicio de la Sala, ello no es suficiente para revocar la sentencia de primera instancia, pues el hecho que los expertos hayan sido expositores sobre los beneficios en el uso de la técnica del fracking no les genera automáticamente tener un interés directo en las resultas del presente asunto. Ello es así, toda vez que en este proceso no se discute sobre la conveniencia en el uso o sobre la necesidad de la prohibición de esa técnica en el país, sino que, como se dijo en el punto 4.9. de esta providencia, el objeto de la litis se centra en determinar si las actividades ejecutadas por las empresas demandadas en el marco del Contrato Adicional de Exploración y Producción E&P desconocieron los derechos colectivos invocados en la demanda, sin que se advierta que los aludidos peritos tengan algún vínculo con las empresas operadoras o que se beneficien con lo que se defina en este proceso.

ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / NEGACIÓN DEL AMPARO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / PRESUPUESTOS DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS / AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES / DAÑO AMBIENTAL / FALTA DE PRUEBA DEL DAÑO / INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

Problema Jurídico 5: *¿Se vulneró el derecho a la moralidad administrativa si la recurrente alega que el mismo fue desconocido?*

Tesis 5: De la controversia sobre la vulneración del derecho a la moralidad administrativa. Al respecto, se tendrá que determinar si se vulneró el derecho a la moralidad administrativa si la recurrente alega que el mismo fue desconocido debido a que: (i) la ANH no emitió un acto formal para la cesión del contrato principal a las sociedades demandadas, (ii) no se les exigió una licencia ambiental para el desarrollo de actividades fracking en el pozo pico plata ni para su reclasificación, y (iv) la ANLA no adelantó ningún procedimiento sancionatorio en contra de las sociedades accionadas por infringir la normativa ambiental. (...) [P]ara que se acredite la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, deben concurrir dos (2) elementos; el primero, el objetivo, tendiente al desconocimiento de las normas dispuestas en el ordenamiento jurídico; y el segundo, el subjetivo, en el que se debe acreditar que la intención del funcionario público es la realización de maniobras corruptas o amañadas para favorecerse a sí mismo o a un tercero. (...) En cuanto al reproche relacionado con que la ANH no emitió un acto formal para la cesión del contrato principal a las sociedades demandadas, en el recurso de alzada no se indicó qué maniobras contrarias al correcto ejercicio de la función pública habían desplegado los funcionarios vinculados a esa agencia, de modo que no se acreditó el requisito subjetivo. (...) En cuanto al objetivo, debe indicarse que, a

través de comunicación 2015311026001, la ANH expresó las siguientes razones para no emitir un acto de cesión del aludido contrato. (...) Respecto a los reproches relacionados con la falta de exigencia de una licencia ambiental para el desarrollo de actividades de fracking, la necesidad de un permiso para la reclasificación del pozo Picoplata 1 de estratigráfico a exploratorio y la omisión en el adelantamiento de un procedimiento sancionatorio contra Conocophillips y CNE Oil & Gas, es importante señalar que la parte actora no demostró que los servidores de la ANLA hayan actuado con intereses contrarios al correcto funcionamiento de la administración pública con la intención de favorecerse o para beneficiar a las aludidas empresas. Tampoco se cumplió el requisito objetivo frente a dichos puntos, pues, como se vio en el punto 4.10. de esta providencia, no es cierto que se haya adelantado esa técnica en el pozo Picoplata 1; en consecuencia, no se probó el desconocimiento de alguna disposición normativa. (...) Por último, debe reiterarse que en el presente asunto no se acreditó que se hubiere ocasionado algún daño ambiental, de modo que no existe ninguna razón objetiva que obligue a esa autoridad ambiental a iniciar algún proceso de esa naturaleza o que esté contrariando alguna norma legal por abstenerse a ello”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 26 de octubre de 2023, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 68001-23-33-000-2017-00330-01 \(AP\).](#)

Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN POPULAR / CONCEPTO / ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL / FRACKING / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Problema jurídico: *¿Se deben precisar los antecedentes jurisprudenciales, en especial los de la Sección Tercera de esta Corporación, relacionados con el concepto fracking?*

Tesis: “[A]tendiendo al contenido técnico de la definición de “fracking”, resulta pertinente, en casos como el de la referencia, precisar los antecedentes jurisprudenciales, en especial los de la Sección Tercera de esta Corporación, relacionados con el concepto mencionado y determinar los criterios jurisprudenciales aplicables al caso concreto”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 30 de noviembre de 2023, A.V. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 68001-23-33-000-2017-00330-01 \(AP\)](#)

2. No se vulneran los derechos e intereses colectivos cuando no se demuestra su afectación por la falta de construcción de un puente peatonal, el cual está a discrecionalidad del Gobierno Nacional por mandato legal.

Síntesis del caso: *Se presenta demanda de acción popular contra el Instituto Nacional de Vías – INVIAS y el municipio de Aguadas, con ocasión de la presunta vulneración de los derechos e intereses colectivos al goce de un ambiente sano, a la prevención de desastres previsibles técnicamente y a la construcción de obras públicas eficientes y oportunas, por la falta de construcción de un puente peatonal en el sitio denominado LA MARÍA, ubicado sobre la vía la Pintada la Felisa en el Municipio de Aguadas, Caldas. El a quo negó las pretensiones de la demanda al advertir que no se logró demostrar la transgresión de los derechos e intereses colectivos invocados por la falta de construcción del puente peatonal, obra vial en la que el Gobierno Nacional, por mandato de la Ley 1338 de 2009, gozaba de plena discrecionalidad para determinar la viabilidad de dicha construcción en el Municipio de Aguadas, Caldas. El juez ad quem en este caso confirmó la sentencia de primera instancia, al corroborar que no se vulneraron los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda por la no realización de esa obra vial. No obstante, en la sentencia que resolvió el recurso de alzada se reiteró la jurisprudencia decantada por esta Corporación, en relación con la justificación de la intervención del juez popular en los casos relacionados con la posible transgresión de los derechos e intereses colectivos*

asociados a la malla vial y la adecuada aplicación del principio de planeación de infraestructura vial.

MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / ACCIÓN POPULAR / APELACIÓN EN ACCIÓN POPULAR / APELACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA / RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA / DERECHO AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO / DERECHO A LA PREVENCIÓN DE DESASTRES TÉCNICAMENTE PREVISIBLES / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN DEL GASTO PÚBLICO / INFRAESTRUCTURA VIAL / PUENTE VEHICULAR / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / NEGACIÓN DEL AMPARO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / EXHORTO / IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS

Problema jurídico: *[C]orresponde a la Sala determinar si el demandante demostró la transgresión de los derechos colectivos previstos en los literales a), l) y m) del artículo 4° de la Ley 472 por las razones enunciadas en el recurso de apelación.*

Tesis: “[L]a jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado ha entendido que la intervención del juez popular, en los casos relacionados con la malla vial, se justifica cuando las condiciones de las carreteras o de sus elementos integrantes y accesorios generan un riesgo de desastre o de accidentabilidad para la población en general; o cuando se evidencia un daño material a los intereses colectivos relacionado con el goce del espacio público, con la afectación injustificada de la movilidad o con el incumplimiento de los plazos contractuales de los proyectos que se encuentran en fase de construcción. La condena en este tipo de casos se soporta en una transgresión o amenaza efectiva a los intereses o derechos colectivos que amerite la incursión en el ámbito discrecional de planeación de la administración, pues la manifiesta desproporcionalidad en la selección de prioridades, o las graves omisiones en materia de mitigación o corrección de los riesgos o daños existentes serían las causas que justificarían la intervención del juez popular. Así, por ejemplo, la Sección Primera del Consejo de Estado, en la sentencia de 30 de marzo de 2006, estimó necesario construir un puente peatonal en una vía de alto tráfico vehicular con el fin de resguardar el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, en tanto se demostró que la vía generaba un “riesgo para la vida y la seguridad de transeúntes y conductores”. En la sentencia de 26 de abril de 2018, se ampararon los derechos a la defensa del patrimonio público, al goce del espacio público, a la utilización de los bienes públicos y a la prevención de desastres previsibles técnicamente transgredidos por la estructura de un puente que se encontraba en “estado delicado con amenaza de colapso”. La misma Sección, en las sentencias de 26 de julio de 2007 y de 31 de enero de 2008, 17 de julio de 2008, 18 de marzo de 2010, 27 de octubre de 2017, 6 de junio de 2019, 21 de enero de 2021, se refirió al imperativo de que las vías existentes cumplan con las especificaciones técnicas en materia de pavimentación, dimensiones, señalización, demarcación y mobiliario para efectos de garantizar la seguridad de las personas y disminuir el riesgo de accidentalidad. En las sentencias de 25 de enero de 2018 y 14 de diciembre de 2018 esta autoridad judicial amparó los derechos colectivos afectados por la limitación injustificada de la movilidad derivada, en el primer caso, de la suspensión de las obras de construcción de la variante intersección sur de Santander de Quilichao; y en el segundo, como consecuencia de la construcción de un puente vehicular. En la sentencia de 15 de noviembre de 2018, se estudió el evento en que un fenómeno natural de inestabilidad de taludes representa una amenaza para la comunidad porque afecta la única vía que comunica a dos municipios. Y en las sentencias de 14 de septiembre de 2020 y 5 de mayo de 2023, la Sección abordó el escenario en que la ejecución de un contrato de construcción de malla vial incrementó los fenómenos de socavación de los sectores aledaños. Como puede apreciarse, cuando se trata de la defensa de los derechos colectivos quebrantados o amenazados con ocasión de la malla vial, el actor popular tiene la obligación de demostrar las razones por las que el hecho dañino objeto del proceso judicial amerita la modificación del orden de prioridades previsto para la realización de las obras de infraestructura. El principio de planeación permite la elaboración de estrategias coordinadas que incentiven el adecuado desarrollo de la infraestructura del transporte de conformidad con la prospectiva contenida en el plan de expansión vial, en el plan sectorial de transporte, en los planes territoriales de transporte e infraestructura de los departamentos y en los planes modales. Por eso, el problema planteado debe repercutir a tal grado en el interés general que amerite la transformación ponderada de aquellos lineamientos. (...) [Ahora bien, observa la Sala que,] [l]as citadas pruebas acreditan que el puente objeto del litigio es una obra de la red secundaria del municipio de Aguadas cuya viabilidad preliminar se valoró en el año 2016. Adicionalmente, en el marco del Convenio 001256 de 31 de diciembre de 2020, el Invías y el departamento realizaron los estudios y diseños para la construcción de dos puentes que mejorarán la conectividad del sector, a saber: el puente de la vereda La María y el puente de la Estación Pacora. Sin embargo, en el acervo no se demostró que exista una justificación razonable que permita modificar el orden de prioridades que establezcan el

municipio y el departamento para la materialización de esas obras. Actualmente, el municipio de Aguadas tiene dos salidas a Manizales y dos salidas a Medellín. Del material probatorio se infiere que ambas obras generarán una disminución de 20 o 30 kilómetros en el trayecto Aguadas - Manizales, pero ningún factor de riesgo o vulnerabilidad ambiental o social sugiere que primero deba efectuarse la construcción del puente ubicado en La María. En este caso las autoridades competentes deben valorar si cuentan con los recursos necesarios para construir ambos puentes de forma concomitante o si construirán primero aquel puente que presente un mayor costo beneficio. El puente ubicado en el sector de La María requiere una erogación mayor relacionada con el desarrollo de un tramo vial faltante y la adquisición de predios de propiedad privada, mientras que llevar a cabo la obra de la Estación de Pacora tiene unos beneficios económicos y temporales en materia predial. (...) Por ello, no es cierto que exista una afectación al patrimonio público con ocasión de la actuación administrativa cuestionada. Por el contrario, las autoridades están actuando en el margen de libertad que reconoce el principio de planeación, a efectos de cumplir con los propósitos del Estado, a través de un proceso de priorización de los recursos existentes. (...) En este caso, la Sala no puede separarse de los márgenes de razonabilidad exigibles a la función de impartir justicia porque el accionante ni si quisiera demostró que la obra debatida mitigue un riesgo de desastre, un riesgo de accidentabilidad para la población en general, o que exista un daño material a los intereses colectivos. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, lo cual no obsta para que la Sala exhorte al municipio de Aguadas, al departamento de Caldas y al Invías, como la ha hecho en casos similares, con miras a que definan un orden de prioridades justificado a partir de los estudios y diseños técnicos existentes y, consecuentemente, coordinen sus actuaciones en procura del mejoramiento continuo de la infraestructura vial del sector, en el marco de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias. Finalmente, según lo previsto en los artículos 38 de la Ley 472 de 1998 y 365 del Código General del Proceso y atendiendo el criterio sostenido por la Sala Especial de Decisión No. 27, en providencia del 6 de agosto de 2019, a través del cual se unificó la jurisprudencia de la Corporación respecto de la condena en costas procesales en acciones populares, no se condenará en costas en esta instancia.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la aplicabilidad del principio de planeación en los casos relacionados con la malla vial y la necesidad de intervención del juez popular para evitar la trasgresión de los derechos e intereses colectivos, en particular el goce del espacio público, con la afectación injustificada de la movilidad o con el incumplimiento de los plazos contractuales de los proyectos que se encuentran en fase de construcción, se pueden consultar las siguientes decisiones de la Sección Primera de esta Corporación: MP. Camilo Arciniegas Andrade, Rad. N.º 17001-23-31-000-2003-00052-01(AP). MP. María Elizabeth García González, Rad. N.º 76001-23-33-010-2014-01400-01(AP). MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Rad. N.º 08001-23-31-000-1999-0294001(AP). MP. Camilo Arciniegas Andrade, Rad. N.º 19001-23-31-000-2004-02748-01(AP). MP. Camilo Arciniegas Andrade, Rad. N.º 68001-23-15-000-2002-01460-01(AP). MP. (E) María Claudia Rojas Lasso, Rad. N.º 41001-23-31-000-2004-001364-01(AP). MP. (E) Oswaldo Giraldo López, Rad. N.º 68001-23-31-000-2011-00774-01(AP). MP. Roberto Augusto Serrato Valdés, Rad. N.º 68001-23-33-000-2015-00847-01(AP). MP. Nubia Margoth Peña Garzón, Rad. N.º 85001-23-33-000-2018-00145-01(AP). MP. María Elizabeth García González, Rad. N.º 19001-23-33-004-2011-0061301(AP). MP. Roberto Augusto Serrato Valdés, Rad. N.º 23001-23-33-000-2013-00265-01(AP). MP. Hernando Sánchez Sánchez, Rad. N.º 66001-23-33-000-2013-00070-02(AP). MP. Nubia Margoth Peña Garzón, Rad. N.º 73001-23-31-000-2011-00787-03 (AP). MP. Roberto Augusto Serrato Valdés, Rad. 05001-23-33-000-2011-01184-01(AP)."

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 23 de noviembre de 2023, C.P. Germán Eduardo Osorio Cifuentes, radicación 17001-23-33-000-2019-00188-01 \(AP\).](#)

3. El Consejo de Estado protegió la reserva de manglar y la comunidad raizal en Providencia, frente a un proyecto de construcción de una base de guardacostas.

Síntesis del caso: *En noviembre de 2020, tras el paso del huracán Iota sobre las islas de Providencia y Santa Catalina, la Armada Nacional retomó una vieja iniciativa para construir una base de guardacostas en la desembocadura del arroyo Bowden, en el sector de Old Town, en la isla de Providencia. Este proyecto había sido rechazado por la población raizal a través de un proceso de consulta previa entre 2015 y 2017. El Consejo de Estado, con ocasión de una acción popular promovida por pescadores locales, ordenó, en segunda instancia, cesar de manera definitiva el proyecto de infraestructura militar, con el fin de evitar el daño irreversible que esta edificación podría generar sobre el ecosistema costero.*

RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / ACCIÓN POPULAR / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DESARROLLO URBANO / DERECHO AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO / ARMADA NACIONAL / CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA / PROYECTO DE INFRAESTRUCTURA / LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / MUELLE / FALTA DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / LICENCIA AMBIENTAL / LICENCIA DE URBANISMO / DEFENSA DEL ESTADO / MAR TERRITORIAL / ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA / TERRITORIO CONTINENTAL / ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA / CONFIRMACIÓN DEL FALLO / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / ESQUEMA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / MANGLAR / ZONIFICACIÓN DE MANGLARES / ÁREA PROTEGIDA / SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS

Problema jurídico: *¿Hay lugar a confirmar el fallo proferido el 20 de junio de 2023 por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que dispuso: i) amparar los derechos colectivos al medio ambiente sano y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes de la Isla de Providencia y Santa Catalina, y ii) ordenar a la Nación, Ministerio de Defensa, Armada Nacional, abstenerse de realizar construcciones dentro de la zona de influencia del buffer de manglar, drenaje de Gully y zona de playa del sector de Old Town, especialmente en lo concerniente al predio identificado con el registro catastral No. 88564000100000029000100000?*

Tesis: “Para la Sala el orden público democrático que adoptó la Constitución Política de 1991 subordinó el poder civil sobre la función castrense y contempló un adecuado respeto y acatamiento de las normas ambientales y urbanísticas. De ahí que la Fuerza Pública deba respetar el ordenamiento territorial y el régimen legal ambiental, aun cuando no esté obligada a agotar el requisito relacionado con la licencia de urbanismo. (...) [S]e tiene que la Armada Nacional, en principio, obtuvo una serie de permisos y autorizaciones en virtud de los cuales asumió que podía llevar a cabo las citadas obras. Sin embargo, lo cierto es que la autoridad castrense y Coralina debieron advertir que la construcción de la infraestructura del muelle, al ser parte de un área protegida del SINAP, estaba sujeta a la obtención del respectivo licenciamiento ambiental. El 10 de noviembre de 2000, la UNESCO declaró e incorporó la reserva de biosfera “Seaflower” a la Red Mundial de reservas de la Biosfera. En consecuencia, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante Resolución 107 de 27 de enero de 2005, declaró una zona del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina como área marina protegida de la Reserva de la Biosfera Seaflower. (...) [D]esde el punto de vista de la viabilidad jurídica del proyecto de construcción de la Estación de Control de Tráfico Marítimo, se debe considerar que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, conforme al Decreto 2041 de 2014, compilado por el Decreto 1076 de 2015, es responsable de aprobar las licencias Ambientales de los proyectos, obras o actividades de infraestructura que estén ubicadas al interior de las áreas protegidas pertenecientes al SINAP. (...) Por ende, no es cierta la premisa del apelante sobre la obtención de todas las autorizaciones ambientales que eran aplicables, en la medida en que el muelle ocupa y modifica el uso de la zona sumergida del Distrito de Manejo Integrado “Área Marina Protegida Reserva de Biosfera Seaflower”, cuya viabilidad se evalúa a través de una licencia ambiental. Aunado a ello, la Secretaría de Planeación de Providencia, a través de certificado de uso del suelo CUS/228/2021 de 24 de febrero de 2021, derogó tácitamente el certificado SP-CUS-1552 de agosto de 2016, según el cual la Armada Nacional podía utilizar 637,57 metros cuadrados del predio del litigio para uso “institucional”. (...) En consecuencia, respecto del reparo de la Armada Nacional conforme al cual cuenta con los permisos necesarios para el desarrollo de aquel proyecto, los cuales se encuentran vigentes y generaron obligaciones económicas, la Sala prohija las consideraciones que se tuvieron en cuenta en el auto de 21 de octubre de 2022, cuando esta Sección confirmó la medida cautelar de suspensión de las actividades de construcción de la infraestructura del sub examine, en el sentido de negar el argumento. (...) La Armada Nacional sostuvo en el tercer planteamiento que la parte actora no demostró el daño causado por ese cuerpo militar al entorno natural. Alegó que las obras que originaron el debate procesal actualmente no están siendo ejecutadas y las “construcciones, vertimientos, talas de árbol y manglar” tampoco fueron realizadas por los miembros de esa institución. A su juicio, los informes y conceptos de Coralina son “irresponsables” y “subjetivos” en tanto las afectaciones al entorno natural se originaron en predios aledaños que no han sido objeto de seguimiento por la Autoridad Ambiental. (...) [E]s pertinente recordar que, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han establecido que la prosperidad de la acción popular no depende de que exista un daño o perjuicio, pues la posibilidad de que se infrinja un derecho colectivo es razón suficiente para que el juez conceda la acción y adopte las medidas necesarias para evitar que la vulneración se presente. Según lo ha señalado el Consejo de Estado en forma reiterada, los supuestos sustanciales para la procedencia de las acciones populares son: i) la existencia de una acción u omisión por parte de las autoridades públicas o de los particulares, en relación con el cumplimiento de sus deberes legales, ii) la

existencia de un daño contingente, peligro, amenaza, o vulneración de derechos o intereses colectivos; y iii) la relación de causalidad entre la acción u omisión, y la afectación de los derechos e intereses mencionados. En este caso se cumplieron tales supuestos en tanto las obras que afectaban negativamente el ecosistema protegido dejaron de ejecutarse al amparo de la medida cautelar decretada en este proceso por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y confirmada por esta Sección en el auto de 21 de octubre de 2022. (...) [L]a Sala observa que la Armada Nacional desarrolló actividades asociadas a la construcción del proyecto de Estación de Control de Tráfico Marítimo en el sector del Old Town de la Isla de Providencia, y persistió en la ejecución de dichas labores en abierto desconocimiento de la medida preventiva impuesta por Coralina. El Comando de la Armada Nacional en el Archipiélago solo concluyó las actividades que afectaban el equilibrio del ecosistema de manglares, como resultado de la medida cautelar adoptada durante este proceso judicial. Se evidenció un interés activo en la utilización del terreno, apreciable en las instalaciones del campamento temporal que incluyen carpas, zonas de lavado, tanques de agua, baños, duchas, cocinas y otras estructuras destinadas a la estancia del cuerpo de Guardacostas. Adicionalmente, se constató que la Armada Nacional desplegó su personal y utilizó diversas herramientas de construcción para llevar a cabo actividades de relleno con material de escombros y compactación del suelo. (...) De modo que la Sala no advierte que las apreciaciones documentadas por Coralina carezcan de fundamento técnico y científico. Adicionalmente, en lo que atañe al impacto generado al recurso hídrico por los habitantes de los predios vecinos, y contrario a lo manifestado por la Armada Nacional, Coralina reconoció en el informe técnico 456 de 6 de julio de 2022 que los vertimientos cotidianos realizados en el sector provenían de la tubería de dos propiedades aledañas. Conclusión que no contradice los demás hallazgos identificados en sus informes sobre la compactación del suelo y el cambio de la cobertura geográfica atribuible a la institución castrense. (...) Así pues, de conformidad con el material probatorio incorporado oportunamente al plenario, los reparos de la Armada Nacional valorados en este acápite no cuentan con vocación de prosperidad, en virtud del carácter preventivo de las acciones populares. (...) [L]a Sala confirmará la sentencia proferida el 20 de junio de 2023 por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que amparó los derechos reconocidos en los literales a) y m) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998. Por último, según lo previsto en los artículos 38 de la Ley 472 de 1998 y 365 del Código General del Proceso y atendiendo el criterio jurisprudencial sostenido en la sentencia de 6 de agosto de 2019, no se condenará en costas en esta instancia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de febrero de 2024, C.P. Germán Eduardo Osorio Cifuentes, radicación: 88001-23-33-000-2021-00041-02 \(AP\).](#)

Aclaración de voto de la magistrada Nubia Margoth Peña Garzón

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN POPULAR / RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DESARROLLO URBANO / DERECHO AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO / ARMADA NACIONAL / CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA / PROYECTO DE INFRAESTRUCTURA / LICENCIA AMBIENTAL / MAR TERRITORIAL / ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / MANGLAR / ZONIFICACIÓN DE MANGLARES / ÁREA PROTEGIDA / SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS / COMITÉ PARA LA VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA DE ACCIÓN POPULAR / CONFORMACIÓN DEL COMITÉ PARA LA VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA DE ACCIÓN POPULAR

“Con el debido respeto manifiesto que aunque comparto la decisión adoptada en la sentencia de 22 de febrero de 2024, de confirmar el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 20 de junio de 2023, que amparó los derechos colectivos al medio ambiente sano y el derecho a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes de la Isla de Providencia y Santa Catalina y, en consecuencia, ordenó a la Nación-Ministerio de defensa- Armada Nacional que “[...] se abstenga de realizar cualquier tipo de construcción dentro de la zona de influencia del buffer de manglar, drenaje de Gully y zona de playa del sector de Old Town, especialmente en lo concerniente al predio identificado con el registro catastral No. 88564000100000029000100000, en razón de las graves afectaciones ambientales que provocaría la construcción del proyecto Base Estación de Guardacostas en la Isla de Providencia y Santa Catalina [...]”, considero que ha debido integrarse un comité de verificación del cumplimiento de la sentencia, conforme lo ordena el inciso 4° del artículo 34 de la Ley 472 de 5 de agosto de 1998 . Lo anterior, por cuanto dicho

comité tiene por finalidad que quienes lo integran efectúen un seguimiento a lo ordenado en la sentencia y, además, puede servir de instancia de articulación para lograr la efectiva protección de los derechos amparados, independientemente de que la orden sea de no hacer, como ocurre en el asunto sub examine, pues en dicha instancia se ventilan los asuntos propios de la ejecución de la orden, incluso, el Tribunal podría disponer de las medidas que tenga a su alcance para asegurar el efectivo cumplimiento de la orden judicial.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de febrero de 2024, A.V. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 88001-23-33-000-2021-00041-02 \(AP\).](#)

Aclaración de voto del magistrado Hernando Sánchez Sánchez

ACLARACIÓN DE VOTO / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / ACCIÓN POPULAR / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DESARROLLO URBANO / DERECHO AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO / ARMADA NACIONAL / CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA / PROYECTO DE INFRAESTRUCTURA / LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / ESQUEMA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / MANGLAR / ZONIFICACIÓN DE MANGLARES / ÁREA PROTEGIDA / SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS / COMITÉ PARA LA VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA DE ACCIÓN POPULAR / CONFORMACIÓN DEL COMITÉ PARA LA VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA DE ACCIÓN POPULAR

“Con el debido y acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, en la sentencia de 22 de febrero de 2024, manifiesto que, aunque comparto la decisión, aclaro mi voto en los siguientes términos (...). Visto el artículo 34 de la Ley 472 de 5 de agosto de 1998, sobre sentencia, y atendiendo a que se ampararon los derechos colectivos al medio ambiente sano y el derecho a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes de la Isla de Providencia y Santa Catalina: el suscrito Magistrado considera que se debió ordenar la conformación del comité de verificación de cumplimiento, con la participación de las autoridades que ejercen control ambiental y urbanístico en la Isla de Providencia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de febrero de 2024, A.V. Hernando Sánchez Sánchez., radicación: 88001-23-33-000-2021-00041-02 \(AP\).](#)

SALA PLENA DEL CONTENCIOSO



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

No se acreditó la transgresión de los límites establecidos para la recepción de donaciones individuales en la campaña electoral del representante a la Cámara Duvalier Sánchez Arango.

Síntesis del caso: *La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a través de la Sala Cuarta Especial de Decisión, resuelve en primera instancia la demanda de pérdida de investidura en contra del representante a la Cámara Duvalier Sánchez Arango, por una presunta transgresión del límite fijado para el recaudo de donaciones y contribuciones individuales.*

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / VIOLACIÓN DE TOPES MÁXIMOS DE FINANCIACIÓN DE LA CAMPAÑA ELECTORAL / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico: *¿El representante a la Cámara Duvalier Sánchez Arango incurrió en la causal de pérdida de investidura establecida en el inciso séptimo del artículo 109 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 23, 24 y 26 de la Ley 1475 de 2011, como consecuencia de una supuesta transgresión de los límites establecidos para la recepción de donaciones individuales?*

Tesis: “A diferencia de lo que considera el accionante, en cuanto a que los aportes privados en su totalidad no pueden superar el 10% del valor total de los gastos autorizado, aspecto que también reiteró en sus alegatos y al cual se limita el estudio del cargo, la Corte Constitucional y esta Corporación han dado luces respecto del alcance de la acepción «topes individuales», encontrándose que la interpretación se ha decantado por el monto pecuniario o en especie que cada persona natural o jurídica puede aportar en favor de determinada campaña, partido, movimiento, grupo significativo de ciudadanos o candidato. (...) Ahora bien, aun cuando las disposiciones del texto estatutario mencionado no resultan aplicables a la financiación de campañas políticas relativas a la elección popular de cargos y corporaciones públicas, lo cierto es que tales acepciones resultan extensibles al propósito y a las categorías contempladas en la Ley 1475 de 2011. Ello pues, en ambos casos, se ha limitado el monto máximo total que puede recaudarse para el desarrollo de las acciones y estrategias tendientes a obtener el apoyo ciudadano en las urnas en un determinado sentido, con el objeto de proteger la igualdad, la transparencia y el pluralismo que guían todo proceso democrático. (...) Por lo expuesto, esta Sala encuentra que la transgresión del límite establecido para la recepción de donaciones o contribuciones individuales se configura cuando una misma persona, sea esta natural o jurídica, efectúa aportes a una campaña política en una cuantía superior al diez (10%) del monto total establecido por el CNE como máximo para la financiación de aquella, en los términos señalados en el inciso tercero del artículo 24 de la Ley 1475 de 2011. (...) [L]a Sala encuentra que, contrario a lo señalado por la parte demandante, el accionado no incurrió en la violación de los límites máximos previstos en el artículo 23 de la Ley 1475 de 2011 para la recepción de donaciones o contribuciones individuales, pues, para el efecto, el monto total no se establece conjuntamente desde los aportes efectuados por personas naturales y jurídicas, sino a partir de la suma que cada persona entregó a la campaña. (...) Se evidenció que la auditoría interna del partido Alianza Verde y del Consejo Nacional Electoral no advirtieron alguna irregularidad en relación con la violación del límite de los topes máximos de financiación (aportes y gastos), que impidiera el reconocimiento de recursos provenientes de la reposición de gastos por votos válidos obtenidos. (...) Por consiguiente, al no encontrarse acreditado el elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura alegada, la Sala se abstendrá de examinar el aspecto subjetivo y, en consecuencia, negará la solicitud de desinvestidura formulada por [Y.E.P.B.]”

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre los topes de financiación de origen privado, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2011, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre los conceptos de violación de los topes máximos de financiación y desconocimiento de los límites al monto de gastos, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 22 de octubre de 2019. Rad. 11001-03-15-000-2018-01294-01. MP. Hernando Sánchez Sánchez.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre las normas relativas a la financiación de los promotores de los mecanismos de participación ciudadana, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010. MP. Humberto Antonio Sierra Porto; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 15 de diciembre de 2021, rad. 05001-23-33-000-2018-02345-01, MP. Hernando Sánchez Sánchez.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Cuarta Especial de Decisión; Sentencia del 12 de abril de 2024; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-15-000-2024-00535-00\(PI\).](#)

**SECCIÓN
PRIMERA**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Son nulas, por exceder la potestad reglamentaria y las disposiciones en que debían fundarse, las normas expedidas por el gobierno nacional que establecieron sanciones para las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado cuando el legislador no delegó esa atribución.

Síntesis del caso: *En ejercicio de la acción de nulidad los señores Jorge Eliecer Manrique Villanueva y César Humberto González Rodríguez y la representante legal de la Confederación de Cooperativas de Colombia – CONFECOOP, promovieron demandas, que se acumularon, en contra del Ministerio de la Protección Social, con la pretensión de que se declare la nulidad parcial del Decreto 2025 del 8 de junio de 2011, “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010”.*

ACCIÓN DE NULIDAD / SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA / GOBIERNO NACIONAL / DECRETO / SANCIÓN / COOPERATIVA / COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO / POTESTAD REGLAMENTARIA/ CRITERIOS PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / LÍMITES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA / RESERVA DE LEY / INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico: *Si son nulas por exceder la potestad reglamentaria y las disposiciones en que debían fundarse, las normas expedidas por el gobierno Nacional que establecieron sanciones para las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado cuando el legislador no delegó esa atribución.*

Tesis: En relación con el artículo 3 y el inciso segundo del artículo 4 del Decreto 2025 de 2011 La Sala precisa que estudiará conjuntamente los cargos de violación que se esgrimen en contra del artículo 3 y del inciso segundo del artículo 4 del Decreto 2025 de 2011, comoquiera que, por un lado, el último aparte normativo remite a lo regulado en el tercero, y por el otro, a ambos se les atribuye el exceso de la potestad reglamentaria y la infracción de las normas objeto de reglamentación. [...] La parte actora fundó los cargos de violación respecto del artículo 3 del Decreto 2025 de 2011 en que el gobierno nacional excedió la potestad reglamentaria al introducir conductas sancionables que no fueron previstas en las normas objeto de regulación, y del inciso segundo del artículo 4 del Decreto 2025 de 2011 en que no podía establecer la sanción de disolución y liquidación de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, comoquiera que no se previó en el inciso segundo del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y en la Ley 1233 de 2008. [...] la Ley 1233 de 2008 tuvo como objeto precisar “los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones”. Dentro de las disposiciones que desarrolla esta ley, solo dos artículos contienen sanciones para las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, y con la consecuencia jurídica que se reprocha en el inciso segundo del artículo 4 acusado, es decir, la disolución y liquidación de dichas organizaciones, [...] Así las cosas, la Sala concluye que, ni el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, ni las disposiciones de la Ley 1233 de 2008, le otorgaron al gobierno nacional la función de establecer las conductas sancionables en las que podrían incurrir las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, por lo que la regulación prevista por el artículo 3 y el inciso segundo del artículo 4 del Decreto 2025 de 2011 solamente se podía circunscribir a las causales tipificadas por el legislador, dado que sobre aquellas recaía la función reglamentaria. En ese sentido, las sanciones que definió el Congreso de la República a través de la Ley 1233 de 2008 para las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado están dirigidas a castigarlas cuando hagan intermediación laboral o cualquier otra modalidad de contratación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales contemplados en la normativa laboral vigente, conforme lo prescribe el inciso primero ibidem. A su vez, el artículo 4 de la Ley 1233 de 2008 previó la cancelación de la personería jurídica de estas organizaciones cuando no cumplan la normatividad vigente, especialmente la relativa al control y vigilancia que ejerce la Superintendencia de Economía Solidaria; adicionalmente, su párrafo determinó un régimen de transición y que, estarían incursas en causal de disolución y liquidación aquellas creadas con anterioridad a esa ley, que dentro de los seis (6) meses siguientes a su expedición no hubiesen ajustado sus regímenes y estatutos a las disposiciones legales vigentes para su registro e inscripción en el otrora Ministerio de la Protección Social

y en la superintendencia respectiva. Por su parte, el numeral 3 del artículo 7 de la norma ejusdem dispuso como causal de disolución y liquidación, así como de la cancelación de la personería jurídica el que se compruebe que ejercen prácticas de intermediación laboral o actividades propias de servicios temporales. De contera, las conductas enlistadas por el artículo 3 del Decreto 2025 de 2011 y, la consecuencia jurídica de disolución y liquidación señalada por el inciso segundo del artículo 4 ibidem 66, no guardan correspondencia ni fueron establecidas por el legislador en las normas objeto de reglamentación. Para ello se recuerda que, las conductas que sanciona el mencionado artículo 3 del decreto acusado hacen referencia a los siguientes eventos: Cuando la asociación o vinculación del trabajador asociado no sea voluntaria; cuando la cooperativa o precooperativa de trabajo asociado no tenga independencia financiera, en la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten; tengan vinculación económica con el tercero contratante; no ejerzan frente al trabajador asociado la potestad reglamentaria y disciplinaria; no impartan las instrucciones para la ejecución de la labor de los trabajadores asociados en circunstancias de tiempo, modo y lugar; los trabajadores asociados no participen de la toma de decisiones, ni de los excedentes o rendimientos económicos de la organización solidaria; los trabajadores asociados no realicen aportes sociales; no realicen el pago de las compensaciones extraordinarias, ordinarias o de seguridad social o que incurra en otras conductas definidas como las faltas en otras normas legales. A ello se agrega que, aunque el decreto acusado no reglamentó la Ley 79 de 1988, “por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa”, esta normativa, al desarrollar en el Capítulo III las responsabilidades y sanciones, dispuso que las “[c]ooperativas, los titulares de sus órganos de administración y vigilancia y los liquidadores, serán responsables por los actos u omisiones que impliquen el incumplimiento de las normas legales y estatutarias y se harán acreedores a las sanciones que más adelante se determinan, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones”. El artículo 153 ibidem señaló las conductas sancionables para los titulares de los órganos de administración y vigilancia, a los empleados y a los liquidadores de las cooperativas; mientras que el artículo 154 ejusdem determinó en qué consisten dichas sanciones, pero de ningún modo facultó al gobierno nacional para describir las conductas que fueran objeto de castigo ni las sanciones frente a las mismas. En ese orden de análisis, la Sala concluye que, al dictar el gobierno nacional el artículo 3 y el inciso segundo del artículo 4 del Decreto 2025 de 2011, excedió la potestad reglamentaria, así como lo señalado por el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y la Ley 1233 de 2008, habida cuenta que, (i) el legislador no le otorgó la facultad expresa de establecer las sanciones para las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, (ii) ni los elementos estructurales del tipo para ese propósito; a lo dicho se agrega que las conductas que castigan las normas enjuiciadas, en los aspectos que no resultan ser simples modalidades de las conductas legales, no fueron señaladas por el legislador, con lo cual se infringió el principio de legalidad, lo que conduce a que le asista razón a la parte actora y deba declararse la nulidad del artículo 3, así como del inciso segundo del artículo 4 del Decreto 2025 de 2011, en lo que hace relación con las conductas fijadas por el artículo 3 ibídem.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de febrero de 2024; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001 03 24 000 2011 00267 00, 11001 03 24 000 2011 00261 00 y 11001 03 25 000 2011 00414 00 \(acumulados\)](#)

2. Se determina la legalidad del acto por medio de la cual se declara, reserva, delimita y alindera el Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis.

Síntesis del caso: *En ejercicio de la acción de nulidad se presentó demanda cuestionando la legalidad de la Resolución 2079 del 27 de octubre de 2009, acto administrativo por medio del cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial declaró, reservó, delimitó y alindero el Parque Nacional Natural Yaigojé- Apaporis.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL / DELIMITACIÓN DEL TERRITORIO INDÍGENA / PARQUE NACIONAL NATURAL / COMUNIDAD ÉTNICA / PARTICIPACIÓN DE LA COMUNIDAD ÉTNICA / COMUNIDAD INDÍGENA / CONSULTA PREVIA / DERECHO A LA CONSULTA PREVIA / REQUISITOS DE LA CONSULTA PREVIA DE LA COMUNIDAD INDÍGENA / SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / APLICACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA / MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA / PARQUES NACIONALES NATURALES / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA / INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 1: *Establecer si se debe declarar la nulidad de la Resolución 2079 del 27 de octubre de 2009, acto administrativo por medio del cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial declaró, reservó, delimitó y alinderó el Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis, por infracción de los artículos 1°, 7°, 40 (numeral 2°), 63, 70, 286, 287, 329 y 330 de la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales aprobado por el Congreso de la República a través de la Ley 21 de 1991, concretamente porque el proceso de consulta previa no se adelantó adecuadamente, pues no se adelantó la etapa de pre-consulta; se omitió la realización de talleres de identificación de impactos y de definición de medidas de manejo; no se realizaron preacuerdos; el proceso consultivo no respetó el principio de buena fe y tampoco se dio la oportunidad a las comunidades de participar.*

Tesis 1: [E]l cargo relativo a la infracción de los artículos 1°, 7° (numeral 2°), 40, 63, 70, 286, 287, 329 y 330 de la Constitución Política y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales aprobado por el Congreso de la República a través de la Ley 21 de 1991 no está llamado a prosperar, puesto que: (i) En relación con la iniciativa para la creación del Área Protegida Yaigojé Apaporis bajo la denominación del Parque Nacional Natural como una categoría del Sistema de Parques Naturales, se advierte que existió consenso entre las comunidades pertenecientes a la Asociación de Capitanes Indígenas de Yaigojé-Apaporis – ACIYA– sobre la necesidad de acudir a la figura de Parque Nacional Natural, como el mecanismo más adecuado para preservar el área considerado como «un lugar sagrado». (ii) El Convenio de Cooperación 003 de 23 de junio de 2008 celebrado entre la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales y la Asociación de Capitanes Indígenas del Yaigojé-Apaporis – ACIYA– fue suscrito por los señores Gerardo Macuna Miraña y el señor Leonardo Rodríguez Macuna, quienes estaban debidamente legitimados para realizar dicho acto. (iii) La etapa pre-consultiva sí se realizó y durante las reuniones de socialización, se ofreció claridad sobre los antecedentes del proceso de constitución del parque nacional y el marco jurídico de la consulta previa. Además, se absolvió las dudas e inquietudes que surgieron sobre el impacto de la medida. Se contó con un traductor para facilitar el diálogo entre los participantes. (iv) La reunión de protocolización realizada los días 24 y 25 de julio de 2009 se realizó en un ambiente propicio para la discusión; se desarrolló según el cronograma estipulado y; contó con la debida participación de las autoridades y de las instituciones representativas de cada una de ellas. A través de este proceso, se logró obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades asentadas en el territorio, respetando en principio de buena fe. [...] (v) A lo largo del proceso consultivo quedó demostrado que este se llevó a cabo a través de instituciones representativas y, además de ello, las comunidades manifestaron su posición sobre la iniciativa de crear el parque nacional. Esto se logró, pues las comunidades afectadas contaron con escenarios idóneos y propicios de participación, a través de sus voceros. (vi) Tampoco se observa el desconocimiento a la diversidad y a la autonomía de la comunidad ACITAVA, pues, según lo indicó la Corte Constitucional en sentencia T-384A de 2014, dicha organización «no contaba para ese momento con el reconocimiento legal que le permitiera actuar dentro del proceso de consulta en examen». Por ende, era evidente que el proceso consultivo se adelantara con las comunidades que tenían reconocimiento legal para la fecha en que se inició dicho proceso.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL / DELIMITACIÓN DEL TERRITORIO INDÍGENA / PARQUE NACIONAL NATURAL / RESGUARDO INDÍGENA / INAPLICACIÓN DE LA NORMA / CONSULTA PREVIA / MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA / INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico 2: *Determinar si se debe declarar la nulidad de la Resolución 2079 del 27 de octubre de 2009, acto administrativo por medio del cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial declaró, reservó, delimitó y alinderó el Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis, por infracción del artículo 7° del Decreto 622 de 16 de marzo de 1977 y de los artículos 15, 16 y 17 del Decreto 1320 de 1998, por cuanto la autoridad demandada (a) omitió adelantar los estudios necesarios para establecer un régimen especial en beneficio de la población a fin de respetar su permanencia y su derecho al aprovechamiento de los recursos naturales y, (b) no cumplió con las fases detalladas en el referido Decreto 1320 de 1998.*

Tesis 2: [E]l artículo 7° del Decreto 622 de 1977 no constituye un parámetro normativo que era aplicable al procedimiento de consulta objeto de análisis en este proceso, toda vez que dicha disposición hace referencia explícita a la constitución de un área de reserva indígena y no a los resguardos indígenas. En estos términos, nótese que las reservas indígenas se definen como «un globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas, delimitado y legalmente asignado por el Incora a aquella (s) para que ejerza en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros» mientras que los resguardos indígenas son «una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas

tradiciones culturales». Además, el Decreto 2001 de 1998 permitió la conversión de las reservas indígenas en resguardos. Así las cosas, la exigencia de contar con los estudios necesarios para establecer un régimen especial en beneficio de la población a fin de respetar su permanencia y su derecho al aprovechamiento de los recursos naturales no resulta aplicable, por cuanto, en el presente caso, no se está en presencia de una reserva indígena sino de un resguardo. Como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia T- 384A de 2014, «esta figura habría desaparecido por virtud de lo reglado en el decreto 2001 de 1998, cuando este último cuerpo normativo, en su artículo 11, autorizó la conversión de reservas indígenas en resguardos». De otro lado, [según] [...] los artículos 15, 16 y 17 del Decreto 1320 de 1998 [...] cuando se trata del desarrollo de un proyecto que afecte los recursos naturales no incluidos en una licencia ambiental se deberá tener en cuenta la certificación del Ministerio del Interior y de Justicia sobre la existencia o no de comunidades indígenas o negras en la zona y, de comprobarse la existencia de algunas comunidades, debe surtirse el procedimiento de consulta previa. Dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de recibo de la solicitud, la autoridad ambiental deberá citar a una reunión de consulta dentro de los quince (15) días siguientes, preferiblemente en la zona de asentamiento de la comunidad, con la asistencia de los representantes de las comunidades indígenas y negras involucradas y el Ministerio del Interior. Igualmente, deben ser invitados la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y demás entidades del Estado que tengan interés en el asunto. La reunión se realizará teniendo en cuenta el siguiente orden: el interesado debe exponer las condiciones técnicas en que pretende usar, aprovechar o afectar los recursos naturales renovables. Posteriormente, se escuchará a los representantes de las comunidades indígenas o negras consultadas y se determinarán los impactos que se pueden generar con ocasión de la actividad y las medidas necesarias para prevenirlos, corregirlos, mitigarlos, controlarlos o compensarlos. Finalmente, agotado el objeto se dejará constancia de lo ocurrido en el acta respectiva. Dicho trámite, conforme quedó demostrado, fue el que se cumplió, pues quedó documentado que el Ministerio del Interior expidió la certificación en la cual se indicó que el proceso de consulta previa debía adelantarse con diecinueve (19) comunidades; la reunión de protocolización de la consulta se desarrolló conforme al orden del día y los pasos previstos en esa norma y, finalmente, los implicados llegaron a un acuerdo y agotado el objeto de la reunión se dejó constancia de lo ocurrido en la correspondiente acta.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL / DELIMITACIÓN DEL SUELO / DELIMITACIÓN DEL TERRITORIO INDÍGENA / PARQUE NACIONAL NATURAL / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL / ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL / MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / OBJETO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INEXISTENCIA DE LA DESVIACIÓN DE PODER / INEXISTENCIA DE LA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

***Problema jurídico 3:** Evaluar si se debe declarar la nulidad de la Resolución 2079 del 27 de octubre de 2009, acto administrativo por medio del cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial declaró, reservó, delimitó y alindero el Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis, con sustento en que fue expedida con desviación de poder y falsa motivación, pues contraria a la motivación inmersa en la Resolución 2079 de 27 de octubre de 2009, la verdadera finalidad perseguida por el ente ministerial de ambiente, vivienda y desarrollo territorial consistía en frenar la actividad minera.*

Tesis 3: En el caso específico, se evidencia que la Resolución 2079 del 27 de octubre de 2009, fue expedida por el entonces ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 334 del Decreto Ley 2811 de 1974, 5 (numeral 18°) de la Ley 99 de 1993, en consonancia con el artículo 6 (numeral 11°) del Decreto-Ley 216 de 2003. [...] En esa medida, a juicio de la Sala, el actor no logró acreditar, con medios de prueba, que el fin perseguido por el ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial obedecía a razones espurias o ajenas al interés general, y tampoco fue desvirtuado el hecho de que dicha resolución se justificó en criterios relacionados con la necesidad de proteger la naturaleza y de conservar las áreas de importancia ecológica. Por el contrario, el referido acto administrativo relacionó los argumentos técnicos que justifican la declaratoria del Parque Nacional Natural Yaigojé- Apaporis de acuerdo con el documento titulado «Propuesta de Declaratoria Parque Nacional Natural Yaigoje-Apaporis». Siguiendo el anterior criterio jurisprudencial, tampoco se demostró que el acto enjuiciado haya sido expedido con falsa motivación, pues por tratarse de un acto administrativo de carácter general, la motivación que se exige para esta clase de actos consiste en la indicación del objeto del acto y la invocación de los fundamentos legales para su expedición, requisitos que se cumplieron.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 22 de febrero de 2024; C.P. Germán Eduardo Osorio Cifuentes, radicación: 11001-03-24-000- 2011-00205-00.](#)

3. La Junta Directiva de la Lotería del Quindío carece de competencia para modificar su estructura.

Síntesis del caso: Se decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 29 de septiembre de 2023, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, que denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 8 de 20 de diciembre de 2002, “Por medio del cual se modifican los Estatutos Internos de la Lotería del Quindío”, y del pliego de condiciones definitivo de la Licitación Pública núm. 1 de 2023 cuyo objeto es la: “Concesión para la operación exclusiva del juego de apuestas permanentes “chance” a un único operador en el Departamento del Quindío, por un término de cinco (5) años, prorrogables por una sola vez antes del vencimiento del plazo inicial y siempre que el concesionario demuestre el cumplimiento de las condiciones determinadas por la entidad concedente para el desarrollo de las apuestas, contados a partir del 02 de febrero de 2024 al 01 de febrero de 2029”, expedidos por la Lotería del Quindío.

APELACIÓN DEL AUTO QUE NIEGA SUSPENSIÓN PROVISIONAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / LOTERÍA DEL QUINDÍO / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / ESTATUTOS DE LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / JUNTA DIRECTIVA DE LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / FUNCIONES JUNTA DIRECTIVA DE LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO / MODIFICACIÓN DE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA / FALTA DE COMPETENCIA / PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REVOCATORIA PARCIAL DEL AUTO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico: Examinar si hay lugar a suspender provisionalmente los efectos del artículo 10 del Acuerdo 8 de 20 de diciembre de 2002, “Por medio del cual se modifican los Estatutos Internos de la Lotería del Quindío”, por falta de competencia de la Junta Directiva de la demandada para modificar sus estatutos y, en consecuencia, si es procedente revocar parcialmente el auto que denegó la solicitud de suspensión provisional.

Tesis: Para resolver, se tiene que conforme a lo previsto en el artículo 50 de la Ley 489, “la ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica”, dentro de la cual se entiende incluida su denominación; naturaleza jurídica; sede; integración de su patrimonio; el señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares; y el Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estarán adscritos o vinculados. En el mismo sentido, el artículo 73, en concordancia con el artículo 89 ídem, prevén que la integración de las juntas directivas de las EICE se rige por las reglas establecidas en el correspondiente acto de creación. En lo que tienen que ver con las funciones de las juntas directivas de las EICE, según lo previsto en el literal b) del artículo 90 de la Ley 489, les corresponde “Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca”. De lo anterior se desprende que la composición de la junta directiva de las EICE se encuentra definida en su correspondiente acto de creación; y su función, en materia de modificación de su estructura orgánica y estatutos, consiste en “proponer al Gobierno Nacional” las correspondientes reformas. Descendiendo al caso concreto se tiene que de la revisión de la Ordenanza núm. 009 de 1995 que se estima infringida, la LOTERÍA DEL QUINDÍO fue creada como un establecimiento público, a través del Decreto 064 de 1966, el cual fue transformado por la Asamblea Departamental del Quindío en EICE, mediante la mencionada ordenanza. El artículo 6° del citado Decreto dispuso que la junta directiva de la EICE estaría conformada por 9 miembros así: el Gobernador del Departamento o su Delegado, quien la presidirá; un representante del Ministerio de Salud; un representante de la Curia Diocesana; dos representantes de la Banca, la Industria y el Comercio escogidos por el Gobernador de ternas de candidatos que envíen las Seccionales de FENALCO, la ANDI y la Asociación Bancaria de Armenia; un representante de las Asociaciones cívicas que tengan relación con el sector salud, elegido por el Gobernador; y tres representantes de la Asamblea del Departamento con sus respectivos suplentes. Por su parte, el artículo 7° de la Ordenanza 009 de 1995 señaló que la Junta Directiva de la LOTERÍA DEL QUINDÍO tendría, entre otras, las funciones de “adoptar los estatutos de la empresa y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno” y “determinar la organización interna de la empresa, mediante la creación, supresión o modificación de las dependencias o unidades a que hubiere lugar y señalamiento de sus funciones”. [...] Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera que asiste razón al recurrente cuando afirma que, en principio, el artículo 10° del Acuerdo 8 de 20 de diciembre de 2002 trasgrede lo previsto en el literal [b)] del artículo 90 de la Ley 489, habida cuenta que la Junta Directiva de la LOTERÍA DEL QUINDÍO carece de competencia para

modificar su estructura, en tanto que ni la ley ni la Ordenanza 009 de 1995 la autorizan para tal efecto. Ahora, en lo que tiene que ver con el trámite de aprobación de los estatutos adoptados a través del acto acusado, la Sala observa que la parte actora no aportó prueba que demuestre que no se cumplió con el requerimiento previsto en el literal c) del artículo 7° de la Ordenanza 009 de 1995 ni obran en esta etapa procesal los elementos probatorios necesarios para determinar dicha circunstancia, por lo que no habría lugar a suspender provisionalmente los demás apartes del acto demandado. [...] Así las cosas, la Sala revocará el proveído impugnado en lo que tiene que ver con la suspensión provisional de los efectos del artículo 10° del Acuerdo 8 de 20 de diciembre de 2002 y confirmará en lo demás la providencia apelada.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 7 de marzo de 2024; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 63001-2333-000-2023-00048-01.](#)

4. Se declara la nulidad de los actos por violación de las normas en que debían fundarse y estar falsamente motivados, a partir de la incorrecta aplicación del artículo 20 de la Ley 336 y la infracción del Decreto 3422 de 2009, en concordancia con los Decretos Municipales 0246 de 2006, 0128 de 2006 y 0467 de 2009, que prohíben el ingreso de vehículos de transporte público por incremento.

Síntesis del caso: *La Sociedad Coordinadora de Buses Urbanos de Manizales S.A., SOCOBUSES S.A., en ejercicio de la acción pública de nulidad presentó demanda para obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución 012 de 4 de marzo de 2010, por medio de la cual el Secretario de Tránsito y Transporte de la ciudad de Manizales, otorgó permiso provisional y transitorio a Autolegal S.A. para servir una ruta circular temporal en la ciudad de Manizales; y del Decreto 0123 de 15 de abril de 2010 “por medio del cual se adiciona transitoriamente el Decreto 0128 de 2006”, en tanto permite el aumento de la capacidad transportadora de las empresas individualmente consideradas y la establecida como global para la ciudad de Manizales.*

ACCIÓN DE NULIDAD / SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA / MUNICIPIO / SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO / RUTAS DE TRANSPORTE / PERMISO DE LA EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE / ACCIÓN POPULAR / MEDIDA CAUTELAR / REPRODUCCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO SUSPENDIDO / REESTRUCTURACIÓN DE LAS RUTAS PARA EL TRANSPORTE TERRESTRE / REESTRUCTURACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE / INFRACCIÓN DE LA NORMA EN QUE DEBÍA FUNDARSE / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NEGACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 1: *Examinar si es cierto que la Resolución núm. 012 de 4 de marzo de 2010 viola las normas en que debían fundarse y adolece de falsa motivación, defectos estos observados por el Tribunal en la sentencia impugnada a partir de la incorrecta aplicación del artículo 20 de la Ley 336; y la infracción de los decretos municipales 0246 de 2006, 0128 de 2006 y 0467 de 2009, así como el Decreto 3422 de 2009, que prohíben el ingreso de vehículos de transporte público por incremento en el MUNICIPIO DE MANIZALES.*

Tesis 1: A partir del acervo probatorio que reposa en el expediente, la Sala pudo determinar que la expedición de los actos acusados giró en torno, exclusivamente, a un común denominador: la medida cautelar de 3 de marzo de 201049, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso de acción popular instaurado por los ciudadanos Francisco Javier González Sánchez y Milton César Jiménez Ramírez contra los municipios de Manizales y Villamaría (Caldas), y la empresa TIM S.A., por la supuesta vulneración de los derechos colectivos al patrimonio público, movilidad ciudadana, moralidad administrativa, libertad de empresa y contratación, y libre competencia económica. En medio de los extensos relatos y argumentaciones difundidas por las partes, aquel surge como el hito judicial que encarna el punto de partida imprescindible en el análisis del caso concreto. [...] De esta orden judicial se logra extraer, en lo que concierne al asunto bajo examen, que (i) se justificó en que la entrada

en funcionamiento del SETP había causado, y era previsible que siguiera causando, un daño inminente a la colectividad del MUNICIPIO DE MANIZALES, materializado en la transgresión del derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; (ii) dispuso que el alcalde del MUNICIPIO DE MANIZALES, dentro del ámbito de sus competencias, expidiera los actos necesarios con los cuales restableciera en forma inmediata las rutas de transporte urbano de pasajeros, en su jurisdicción y su área de influencia, conforme venían funcionando antes de la entrada en operación del SETP; (iii) advirtió que tales medidas cautelares serían levantadas en el momento que el MUNICIPIO DE MANIZALES demostrara que la operatividad del SETP se encuentra en condiciones de garantizar, óptimamente, una prestación adecuada del servicio o hasta que se profiriera sentencia ejecutoriada en esa acción popular; y (iv) exigió que el MUNICIPIO DE MANIZALES le remitiera copia de todas las actuaciones que adoptara en cumplimiento de la medida decretada, así como de las actuaciones que se adopten hacia el futuro para la implementación del SETP. [...] En ese contexto, la orden que debía cumplir el MUNICIPIO DE MANIZALES era la de expedir todos aquellos actos administrativos requeridos para reinstaurar, inmediatamente, las rutas de transporte urbano de pasajeros tradicionales que venían operando en la ciudad, por lo que, en ejecución de tal instrucción, expidió primero la Resolución núm. 011 de 4 de marzo de 2010, por medio de la cual suspendió la reestructuración oficiosa de rutas que se había implementado mediante otros actos administrativos dentro del SETP y, como consecuencia de ello, dispuso la operación de las rutas que se encontraban antes de dicha reestructuración. A renglón seguido, expidió la demandada Resolución núm. 012 de 4 de marzo de 2010, a través de la cual otorgó permiso provisional y transitorio a la empresa AUTOLEGAL S.A. para servir una ruta temporal, a la que le fijó sus características, frecuencia, recorrido, horarios e intervalos, bajo la necesidad de garantizar que las personas que habitaban en la comuna Ciudadela del Norte pudieran llegar a la zona franca ubicada en el sector Maltería y aledaños, y precisó, allí mismo, que el acto perdería su vigencia una vez la reestructuración suspendida operara dentro del SETP de Manizales o hasta que el juez constitucional determinara la operatividad de la reestructuración, esto es en los mismos términos ordenados por el Juez popular en el auto núm. 207 de 3 de marzo de 2010. Debe resaltarse que un antecedente jurídico inmediato a ese acto, de suma trascendencia para las resultas del caso bajo estudio, lo constituye la Resolución núm. 151 de 10 de noviembre de 2009, expedida por el MUNICIPIO DE MANIZALES, por medio de la cual reestructuró de manera oficiosa la ruta de transporte público identificada como "RUTA 24 MANIZALES-BARRIO ARANJUEZ MANIZALES" - que había sido autorizada con la Resolución núm. 017 de 1989 a la empresa AUTOLEGAL S.A.-, de conformidad con lo previsto en el artículo 34 del Decreto 170 de 2003 y en el Decreto municipal 0246 de 2006, modificado por el Decreto municipal 467 de 2009, sobre criterios y parámetros generales para la reorganización del transporte público colectivo, así como con base en un estudio técnico que contiene todas las recomendaciones y aspectos a implementar para la reestructuración de las rutas que operarán dentro del SETP. Así las cosas, la mencionada reestructuración de la 'Ruta 24' por la 'Ruta 40', operada por la empresa AUTOLEGAL S.A., quedó suspendida como consecuencia de la orden contenida en la medida cautelar decretada por el Juez de la acción popular, así como por efecto de la decisión administrativa adoptada por el propio MUNICIPIO DE MANIZALES en la Resolución núm. 011 de 4 de marzo de 2010, en tanto que aquella obedecía a la necesidad de implementar un sistema de transporte interrumpido en sede judicial. No obstante, una vez cotejada la Resolución núm. 151 de 10 de noviembre de 2009 con la Resolución núm. 012 de 4 de marzo de 2010, queda en evidencia que pese a la orden contenida tanto en la medida cautelar decretada por el juez de la acción popular como en la decisión administrativa adoptada por el propio MUNICIPIO DE MANIZALES, ésta reprodujo íntegramente aquella, es decir que en la práctica lo que hizo fue reactivar el funcionamiento de la suspendida "RUTA 40 BARRIO SAN SEBASTIÁN-BARRIO FÁTIMA SECTOR ZONA FRANCA-CIRCULAR" (antes 'Ruta 24' "MANIZALES BARRIO ARANJUEZ-MANIZALES), con la misma clase de vehículos, modalidad, horario, capacidad transportadora, intervalo de despacho, horas pico y valle, entre otros. Si bien en estricto sentido no se trató de la autorización de una nueva ruta, la resolución demandada sí volvió a activar un trayecto circular suspendido que había sido diagnosticado, estudiado, creado y puesto en ejecución como parte del plan de reestructuración de rutas para la entrada en vigor del SETP, objeto ahora de paralización. En el marco de este escenario notoriamente contradictorio, la ALCALDÍA DE MANIZALES pasó por alto, con la Resolución núm. 012 de 4 de marzo de 2010, el debido cumplimiento de la medida cautelar proferida por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, obviando que, en el fondo, lo que se buscaba con esta era volver a las rutas tradicionales que estaban operando antes de la entrada en funcionamiento del SETP y la reestructuración que llevó consigo; y que en este caso equivalía a rehabilitar la "RUTA 24 MANIZALES-BARRIO ARANJUEZ-MANIZALES", autorizada a la empresa AUTOLEGAL S.A. por medio de la Resolución núm. 017 de 1989. [...] La resolución demandada, en efecto, invocó el artículo 20 de la Ley 336 y, en los términos de la apelación, ello fue así porque la ruta que se había reestructurado regresaba a su estado original, llevando a que múltiples sectores de la ciudad se quedaran sin servicio hasta el sector de la Comuna Tesorito, sector industrial hacia donde se dirige la población obrera de la ciudad, por lo que decidió otorgar el permiso provisional a AUTOLEGAL S.A. como empresa que venía operando la ruta producto de la reestructuración suspendida. Estas razones, si bien pueden llamar la atención por su aparente connotación pública, no encajan en los eventos que específicamente vienen dispuestos en la citada norma, habida cuenta que el otorgamiento provisional de la ruta en la

Resolución núm. 012 de 4 de marzo de 2010 no atendió a una alteración del servicio público ocasionado por una empresa de transporte ni satisfizo el surgimiento de ocasionales demandas de transporte. Esto es, todo lo contrario: la ruta que fue reproducida en el acto acusado representa la reestructuración introducida para la puesta en marcha del SETP y encarna en sí misma aquellas circunstancias que causaban, y era previsible que siguieran causando, un daño inminente a la colectividad, tal cual fue dictaminado en la medida cautelar de la acción popular ante la transgresión del derecho colectivo de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. La sustracción temporal de ese tipo de rutas, por lo tanto, llevaba implícita la prohibición de seguir empleándolas para satisfacer, a su vez, demandas de transporte, al margen de que fuesen ocasionales, permanentes o de cualquier otra clase. Al constatarse que la Resolución núm. 012 de 4 de marzo de 2010, en efecto, vulneró las normas en que debía fundarse y adolece de falsa motivación, la Sala procederá a confirmar la decisión del a quo en el sentido de declarar su nulidad.

ACCIÓN DE NULIDAD / SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA / MUNICIPIO / SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO / REESTRUCTURACIÓN DE LAS RUTAS PARA EL TRANSPORTE TERRESTRE / INGRESO / VEHÍCULO / ACCIÓN POPULAR / MEDIDA CAUTELAR / ORDEN JUDICIAL / INAPLICACIÓN DE LA NORMA / FONDOS DE COFINANCIACIÓN / NACIÓN / ALCALDE / EXCESO DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL ALCALDE / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NEGACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 2: Determinar si con el Decreto municipal 0123 de 15 de abril de 2010, el alcalde de Manizales excedió las facultades legales.

Tesis 2: Se tiene que a través de este acto se implementó una medida de ingreso de vehículos por incremento al SETPM del MUNICIPIO DE MANIZALES: (i) Con el objetivo de suplir concretas demandas insatisfechas de la comunidad; (ii) generadas por la suspensión de la reestructuración de rutas decretada por la medida cautelar proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales; (iii) para lo cual, su Secretaría de Tránsito y Transporte expedirá los permisos especiales y transitorios bajo las reglas del artículo 20 de la Ley 336, los que estarán vigentes hasta que dicho Juzgado levante la medida cautelar en mención. En este sentido, si bien el acto estaba destinado a conjurar las necesidades de transporte público colectivo que llegaren a generarse con ocasión del cumplimiento de la referida medida cautelar, lo cual es, como ya se mencionó por la Sala, un evento con posibilidad de ocurrir, tal cual acontece con decisiones judiciales de este tipo que podrían causar efectos colaterales, lo cierto es que la expedición de los permisos especiales y transitorios que prevé el artículo 20 de la Ley 336 no está eximida de atender, en este caso concreto, las prohibiciones que en la materia fueron establecidas en los decretos municipales 0128 y 0246 de 2006, menos aún porque el MUNICIPIO DE MANIZALES no sustentó la existencia de las condiciones técnicas y operativas en el que debía prestarse el servicio para incrementar el parque automotor ni observó que aquello solo podía ocurrir mediante el sistema de reposición de vehículos en uso por nuevos. Durante la época de expedición del acusado, Decreto municipal 0123 de 15 de abril de 2010, la situación del servicio público de transporte en el MUNICIPIO DE MANIZALES, tal como se tuvo la oportunidad de describir, tenía la particularidad de haber avanzado hacia la adopción del modelo de SETPM. En ese contexto especial, si bien la medida cautelar de 3 de marzo de 2010 dispuso que se expidieran los actos necesarios con los cuales se restableciera en forma inmediata las rutas de transporte urbano de pasajeros conforme venían funcionando antes de la entrada en operación del SETP, lo cierto es que con ello, si bien se suspendió y condicionó su entrada en funcionamiento, no se alteró la adopción que del mismo se hizo con el Decreto municipal 0467 de 2009, en concordancia con el Decreto municipal 0128 de 2006, ni se afectaron sus componentes, modelos, esquemas, recursos y elementos, entre ellos el que impide el ingreso de vehículos de transporte público por incremento, como una medida que propugna por la reorganización del parque automotor e impide su crecimiento anormal y anárquico, en consonancia con los principios rectores del transporte público. Para la Sala, tanto los elementos probatorios como la normatividad que regula el asunto le permiten llegar a la convicción de que los actos que debía expedir para reactivar el sistema de transporte tradicional, en acatamiento de la orden judicial, tenían que brindar soluciones con el volumen de vehículos que tenía disponible para ese momento, sin disponer incremento alguno a dicho parque automotor, -salvo que se probara la presencia de las condiciones técnicas y operativas en el que debía prestarse el servicio para hacerlo-, quedando así en evidencia que el Decreto municipal 0123 de 15 de abril de 2010 excedió las facultades que le brindaban las referidas normas.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de marzo de 2024; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 17001-23-31-000-2011-00099-03.](#)

SECCIÓN SEGUNDA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Reconocimiento de prestaciones sociales a funcionario judicial incapacitado por enfermedad profesional por un periodo mayor a 180 días.

Síntesis del caso: *Un funcionario de la Rama Judicial que se desempeñaba en el cargo de juez se incapacitó por enfermedad profesional por un término mayor de 180 días. Por dicho término solicitó el pago de la prima de servicios, bonificación por actividad judicial, bonificación de servicios, cesantías con los respectivos intereses y sanción moratoria. Dicha petición se negó por la administración por considerar que de conformidad con el parágrafo del artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 1 del Decreto 819 de 1989 y 23 del Decreto 2463 de 2001, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a cargo de la Rama Judicial procedía solo hasta el día 180 de incapacidad. En los días posteriores y hasta el día 360 en que vence el plazo para definir la situación laboral del empleado enfermo, la única retribución a la que tiene derecho es al pago del «subsidio económico por enfermedad» a cargo de la EPS o de la Administradora de Riesgos laborales en consideración al origen de la incapacidad.*

SITUACIONES ADMINISTRATIVAS LABORALES / INCAPACIDAD LABORAL / INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD / INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD PROFESIONAL / PAGO DE LA INCAPACIDAD MÉDICA / PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL / PAGO DE LA INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD LABORAL/ ACREENCIA LABORAL / EXISTENCIA DEL VÍNCULO LABORAL / DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR POR ENFERMEDAD / VALIDACIÓN DEL TIEMPO DE SERVICIO

Problema jurídico 1: *¿La incapacidad es una situación administrativa que no se suspende o interrumpe el vínculo laboral, además, son las entidades que integran el sistema de seguridad social son responsables del pago del subsidio por incapacidad y subrogan al empleador en la obligación del pago de aquellas acreencias laborales que no hacen parte del ingreso base de cotización?*

Tesis 1: “[...] A] pesar de la existencia de la incapacidad, en el empleador recaen obligaciones relativas (i) al pago de las cotizaciones al sistema general de seguridad social; (ii) que se compute el servicio que dure incapacitado, es decir, que no se entienda interrumpido; y (iii) la perduración de la vigencia del vínculo laboral entre empleador y trabajador incapacitado. Al ser de importancia para resolver el sub examine, la Sala se detendrá en los últimos dos asuntos. - Que se compute el servicio que dure incapacitado conforme con el artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 supra transcrito, la licencia por enfermedad no interrumpe el tiempo de servicio. Aunque esta disposición también prevé que, cuando la incapacidad exceda de 180 días el trabajador será retirado, en la actualidad no se aplica de manera automática, puesto que las personas en tal condición gozan de la denominada «estabilidad laboral reforzada» que les otorga el derecho de permanecer en sus trabajos y a no ser despedidos por su condición psicofísica, salvo que esta genere una completa incompatibilidad con el empleo desempeñado y medie autorización del Ministerio del Trabajo, según lo dispone el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. (...) (i) en virtud de los artículos 206 de la Ley 100 de 1993, 18 del Decreto 3135 de 1968, 9 y 31 del Decreto 1848 de 1969, las entidades que integran el sistema de seguridad social son responsables del pago del subsidio por incapacidad y subrogan al empleador en la obligación del pago de aquellas acreencias laborales que no hacen parte del ingreso base de cotización; (ii) el subsidio que recibe el trabajador por estar incapacitado y que, en el caso de enfermedades profesionales corresponde a la administradora de riesgos laborales [ARL], equivale al 100% de la base de cotización y su pago se hace en los periodos en que aquel recibe su salario; (iii) para los aportes a seguridad social en salud y pensión, será la ARL la responsable de su pago; y (iv) comoquiera que la incapacidad es una situación administrativa, no se suspende o interrumpe el vínculo laboral, razón por la cual, aun dentro de ese lapso, el servidor es beneficiario de las prestaciones sociales otorgadas por el ordenamiento jurídico.. [...]”

INCAPACIDAD LABORAL / INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD / INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD PROFESIONAL / BONIFICACIÓN POR SERVICIOS DE LA RAMA JUDICIAL

Problema jurídico 2: *¿El demandante tiene derecho a que la Nación - Rama Judicial, le pague la bonificación por servicios prestados por el periodo que estuvo incapacitado, el cual fue superior a los 180 días y, por tal razón, separado temporalmente del ejercicio de sus funciones?*

Tesis 2: “[...] A través del Decreto 247 de 1997 se creó la bonificación [por servicios prestados] para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, «en los mismos términos establecidos en los artículos 45 y siguientes del Decreto-ley 1042 de 1978 y demás normas que lo modifiquen o adicionen»; además, «constituirá factor salarial para efectos de determinar la prima de servicio, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones, auxilio de cesantía y pensiones» al tener la bonificación de naturaleza salarial y ser base de cotización para efectos pensionales, fuerza concluir que la obligación de su pago no estaba en cabeza de la Rama Judicial, sino de la administradora de riesgos laborales. Es así porque, precisamente, el ingreso base de cotización está compuesto por factores salariales, no prestacionales, de ahí que los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993 señalaran que la base para calcular las cotizaciones «será el salario mensual» y, la jurisprudencia, que las prestaciones sociales «no son ingreso base de cotización de aportes porque, en esencia, no son salario, de acuerdo con las norma laborales, pues no retribuyen el trabajo del empleado. En consecuencia, no se debe reconocer el pago de este emolumento.[...]”

INCAPACIDAD LABORAL / INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD / INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD PROFESIONAL / BONIFICACIÓN DE ACTIVIDAD JUDICIAL PARA EL JUEZ / ARL / RESPONSABLE

Problema jurídico 3: *¿El demandante tiene derecho a que la Nación- Rama Judicial, le pague la bonificación por actividad judicial por el periodo que estuvo incapacitado, el cual fue superior a los 180 días y, por tal razón, separado temporalmente del ejercicio de sus funciones?*

Tesis 3: “[...] Esta bonificación [Bonificación por actividad judicial] fue creada por medio del Decreto 3131 de 2005 y se paga semestralmente el 30 de junio y 30 de diciembre de cada año, «como un reconocimiento económico al buen desempeño de los funcionarios» que ejerzan como juez, fiscal o agente del Ministerio Público. Aunque en esta norma expresamente se indicó que «no constituye factor salarial ni prestacional», posteriormente, con el Decreto 3900 de 200863 se dispuso que constituiría «factor para efectos de determinar el ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones, y de acuerdo con la Ley 797 de 2003, para cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud». la bonificación mencionada [fue creada como incentivo para el cumplimiento de las metas de calidad y eficiencia en el respectivo semestre de trabajo y constituye factor para determinar las cotizaciones en pensión, luego la obligación de su pago estaba en cabeza de la administradora de riesgos laborales y no de la Rama Judicial. [...]”

INCAPACIDAD LABORAL / INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD / INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD PROFESIONAL / PRIMA DE SERVICIOS / CARACTERÍSTICAS DE LA PRIMA DE SERVICIOS / PRIMA DE SERVICIOS EN LA RAMA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA DE LA PRIMA DE SERVICIOS

Problema jurídico 4: *¿El demandante tiene derecho a que la Nación- Rama Judicial, le pague la Prima de servicios por el periodo que estuvo incapacitado, el cual fue superior a los 180 días y, por tal razón, separado temporalmente del ejercicio de sus funciones?*

Tesis 4: “[...] El artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, estableció que [l]os funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año». Según el artículo 42 de esta norma, «constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios» y son factores de salario, entre otras, la prima de servicio. A su turno, el artículo 1.º del Decreto 1306 de 1978 previó que, los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y el Ministerio Público, «tendrán derecho al reconocimiento y pago de una prima de servicio anual, equivalente a quince (15) días de remuneración» que se pagará en los primeros 15 días de julio de cada año. Más recientemente, en la sentencia del 19 de septiembre de 2019, esta Sección puntualizó que, la prima de servicios, «es un beneficio cuyo reconocimiento tiene una relación directa con la prestación del servicio, lo que permite afirmar que hace parte de la remuneración de este último o, si se quiere, que no está destinada a cubrir algún riesgo, motivo por el cual se trata de un factor salarial». Ahora bien, al volver sobre la naturaleza del auxilio por incapacidad, puede deducirse que, desde los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, su propósito se contrajo a que el empleador subrogara el pago del salario y, aunque después de la Ley 100 de 1993 el ordenamiento jurídico dispuso que la ARL sería la encargada de pagar la prestación económica con el ingreso base de cotización, lo cierto es que mantuvo el fin de despojar al patrono del pago de las acreencias que tengan esa connotación [salarial]. A partir de ese supuesto, se colige que, aunque el empleador mantiene obligaciones frente al trabajador porque no se suspende el vínculo laboral al encontrarse en una situación administrativa, lo cierto es que la prima de servicios es de naturaleza salarial y exige para su pago que el servidor efectivamente haya prestado el servicio, por tal razón, el empleador, en el sector público, no está obligado a pagarla [...]”.

INCAPACIDAD LABORAL / INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD PROFESIONAL/ CESANTÍAS EN LA RAMA JUDICIAL / PAGO DE CESANTÍAS / CAUSACIÓN DEL INTERÉS SOBRE LA CESANTÍA

Problema jurídico 5: *¿El demandante tiene derecho a que la Nación- Rama Judicial, le pague Cesantías y los respectivos intereses por el periodo que estuvo incapacitado, el cual fue superior a los 180 días y, por tal razón, separado temporalmente del ejercicio de sus funciones?*

Tesis 5: “[...] Al igual que las demás prestaciones sociales, las cesantías se causan por cada año o fracción de tiempo y son un auxilio para cuando el trabajador quede cesante o deba atender necesidades de vivienda o educación. En ese contexto, como se ha explicado en esta providencia, cuando el trabajador sufre una enfermedad y se le reconoce el auxilio por incapacidad, el empleador subroga a la ARL el deber de pagar el equivalente al salario, el cual se calcula con el ingreso base de cotización; no así las prestaciones sociales, en razón a que, al tenor del artículo 31 del Decreto 1848 de 1969 supra citado, la licencia por incapacidad derivada de la enfermedad laboral no interrumpe el tiempo de servicios para el cómputo de las prestaciones sociales previstas en la ley. Esta norma es suficiente para concluir que, a pesar de la incapacidad, el empleador conserva el deber de pagar, a favor del servidor, todas las prestaciones sociales que la ley imponga, dentro de las cuales están las cesantías, las cuales no se interrumpen al ser aquella [la incapacidad] una situación administrativa que no suspende el servicio.(...)el pago de los intereses a las cesantías es procedente, pues el artículo 99 de la Ley 50 de 199074 , indicó que «[e]l empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en fracción que se liquide definitivamente». En ese orden de ideas, como estas prestaciones sociales no fueron subrogadas por el empleador a la ARL, su pago correspondía a la Rama Judicial, tal como lo dispuso el a quo. [...]”

INCAPACIDAD LABORAL / INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD PROFESIONAL / INTERÉS MORATORIO EN EL PAGO DE CESANTÍAS

Problema jurídico 6: *¿El demandante tiene derecho a que la Nación - Rama Judicial, le pague Sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías por el periodo que estuvo incapacitado, el cual fue superior a los 180 días y, por tal razón, separado temporalmente del ejercicio de sus funciones?*

Tesis 6: “[...] La sanción moratoria solicitada por el demandante no procede por las siguientes razones: esta Sección ha sido del criterio de que su pago es improcedente cuando lo que se reclama es una diferencia en la liquidación inicial o cuando se presenta una discusión sobre el monto que se consignó. Tampoco en el evento en que para el empleador no existe claridad acerca de la obligación que tenía de pagar las cesantías, como en el presente caso, en el que existe controversia sobre si las normas del sistema de seguridad social también lo subrogaron en el pago de esta obligación. Lo anterior, por cuanto la sanción establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se origina porque el empleador omitió cumplir el deber, ya definido con claridad y de manera definitiva, de consignar oportunamente las cesantías anualizadas antes del día 15 del mes de febrero del año siguiente a su causación, por lo que solo la ausencia en su pago o consignación es la castigada con la mora y no otra diferente. En ese orden, si el empleador no tiene certeza sobre si le corresponde asumir la obligación de pagar las cesantías, como en el caso que se examina, carece de razonabilidad castigarlo en los términos de la norma referida, ya que en su actuar no existió desidia o descuido el ánimo de defraudar al trabajador y, por el contrario, el no pago se debió a la incertidumbre jurídica que impedía la destinación de recursos públicos para ello. Es así comoquiera que no se trata de una conducta omisiva y negligente frente al cumplimiento de una obligación respecto de la cual no existía discusión alguna. Contrario a ello, en el presente asunto se debate, precisamente, la certeza sobre la existencia de tal obligación”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 8 de febrero de 2024, C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación:13001 -23-33-000-2016-01005-01 \(2734-2021\)](#)

2. Se negó la nulidad de la Resolución 10000002020 del 9 de enero de 2020 de EMCALI EICE ESP, mediante el cual el gerente general de la entidad hizo

nombramiento en el empleo público denominado «ASESOR DE GERENCIA GENERAL» por no resultar contrario a la naturaleza de la entidad ni las disposiciones adoptadas por su Junta Directiva.

Síntesis del caso: *En ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, fue presentada demanda contra EMCALI EICE ESP, para que fuese declarada la nulidad de la Resolución 1000000202020 del 9 de enero de 2020, mediante el cual el gerente general de la entidad hizo nombramiento en el empleo público denominado: «ASESOR DE GERENCIA GENERAL», comoquiera que todos los cargos que integran la planta de personal de la empresa se clasifican como «trabajadores oficiales» y, aunque excepcionalmente los órganos colegiados de la entidad tienen la facultad de señalar en los estatutos las actividades a desempeñar por parte de ciertos empleados públicos, a la fecha de presentación de la demanda, la Junta Directiva de EMCALI EICE ESP no ha ejercido esta competencia, motivo por el cual la citada vinculación debió realizarse por medio de un contrato laboral y no en virtud de una relación legal y reglamentaria.*

ACCIÓN DE NULIDAD / TRABAJADOR DE DIRECCIÓN, CONFIANZA Y MANEJO / FUNCIONES DEL TRABAJADOR DE DIRECCIÓN, CONFIANZA Y MANEJO / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO

Problema jurídico: *¿El acto administrativo demandado vulneró los artículos 125 de la Constitución Política; 4 del Decreto 2127 de 1945 –derogado por el Decreto 1083 de 2015–; 5 del Decreto 3135 de 1968, el 1 del Decreto 1848 de 1969, 2 a 5 del Decreto 1950 de 1973 y el 292 del Decreto 1333 de 1986?*

Tesis: "[...] En múltiples providencias, esta Sección ha concluido que EMCALI EICE ESP es una empresa de servicios públicos que, con fundamento en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, adoptó la forma Empresa Industrial y Comercial del Estado –EICE– a partir del 1 de enero de 1997. Por remisión expresa del artículo 41 de la misma Ley, su régimen laboral está previsto en el artículo 5 del Decreto–Ley 3135 de 1968 [...] La situación excepcional estaría determinada por lo previsto de los estatutos de la entidad, siempre que estos respeten las previsiones legales en la materia. En cualquier caso, la competencia de los órganos colegiados de administración –consejos o juntas directivas– se refiere a los cargos de dirección o confianza para la determinación del carácter de empleado público. [...] De todo acto administrativo se presume su validez, la cual solo puede ser puesta en vilo en atención a una decisión definitiva de autoridad judicial competente. Ni siquiera el decreto de una medida cautelar como la suspensión provisional del acto administrativo implica un vicio de validez, pues la medida tan solo supone la suspensión de sus efectos. [...] La pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos es una institución prevista en el artículo 91 del CPACA, que reemplazó el artículo 66 del derogado Código Contencioso Administrativo –CCA–. Según esta disposición, por regla general, los actos administrativos en firme son obligatorios, salvo que: i) sean suspendidos por la Jurisdicción; ii) desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho; iii) la autoridad no los ejecute en un término de cinco años contados a partir de su firmeza; iv) se cumpla la condición resolutoria a la que está sometido y v) pierdan vigencia. [...] Sobre este tema, la Sala identifica, por los menos, dos afirmaciones carentes de certeza. La primera se relaciona con la interpretación del artículo 190 de la Ley 136 de 1994. Si bien esta norma se integra al régimen municipal en el Capítulo XII sobre disposiciones varias, no es admisible asumir que el legislador delimitó allí los criterios para identificar una actividad de ‘dirección o confianza’, en los términos del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968. [...] La segunda corresponde a negar la existencia de alguna función de ‘dirección o confianza’ propia del cargo de asesor de gerencia general, toda vez que, como lo señaló el Tribunal del Valle del Cauca, estas fueron descritas en el artículo 12 de la Resolución 820 de 2004 –competencias de la gerencia general– y, posteriormente, en el artículo 19 de la Resolución 800 del 9 de noviembre de 2016, que modificó el manual de funciones y competencias laborales de la entidad. [...] De allí que, como el artículo 11 de la Resolución 820 de 2004 solo enuncia la calidad de empleados públicos de ciertos cargos y no especifica las funciones, entonces el acto

administrativo no cumple los presupuestos legales. [...] Al respecto, la Sala insiste en que el objeto de control en el proceso es la Resolución 1000000202020 del 9 de enero de 2020 y no la Resolución 820 de 2004, que se presume legal en virtud de la ley. Sin embargo, también en gracia de discusión, tampoco es admisible sostener que, como el artículo 11 de los estatutos de la entidad –que determina un listado taxativo de cargos catalogados como ‘empleados públicos’– no previó las funciones de dirección y confianza de cada cargo, entonces este es ilegal. [...] Si bien es cierto que solo algunas labores de dirección y confianza deben estar a cargo de empleados públicos, estas pueden estar contenidas en otros acápite de los estatutos, como el duodécimo de la Resolución 820 de 2004, sobre las competencias generales por áreas; así como en el manual de funciones y normas modificatorias, como el artículo 19 de la Resolución 800 de 2016, que dispone con claridad las funciones específicas del cargo. [...] La Sala no comparte el argumento del apelante, toda vez que no evidencia la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos expedidos durante la toma de posesión por el simple hecho de que esta termine. No tendría sentido permitir que la Superintendencia ejercite una facultad tan determinante de intervención en el mercado para garantizar la prestación efectiva de los servicios si, una vez finalizada esta, los actos administrativos expedidos en su vigencia perdieran ejecutoriedad. [...] No se acreditó que el acto administrativo fuera expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, sin competencia, en forma irregular, vulnerando los derechos de audiencia y defensa, mediante falsa motivación o con desviación de poder; en consecuencia, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto y se confirmará la Sentencia de primera instancia. [...]"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de veintiuno \(21\) de marzo de dos mil veinticuatro \(2024\), C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 76001-23-33-000-2020-00154-02 \(4137-2021\)](#)

3. Se declaró la nulidad de los actos administrativos que negaron el nombramiento en periodo de prueba de quien participó en un concurso de méritos, por inaplicación excepcional del 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999, que consagra la inhabilidad para desempeñar cargos públicos en la DIAN por haber sido destituido antes en una entidad estatal o de esa entidad, por no ser razonable y proporcional a su fin en el caso concreto, pues con ella se persigue es garantizar el cumplimiento de los principios de la función administrativa de moralidad, eficacia, transparencia, honestidad que se espera de la persona que aspira ingresar a la administración, mientras que la sanción de destitución impuesta al demandante, por no asistir como jurado de votación, se originó por una causa completamente ajena a la observancia de sus deberes como servidor de la DIAN y no afecta su idoneidad para el desempeño del cargo al cual aspiró, atendiendo los principios que se quieren proteger.

Síntesis del caso: *El demandante participó en un concurso de méritos en la DIAN para proveer 11 vacantes, como resultado obtuvo el noveno lugar en la lista de elegibles. Posteriormente, se hicieron los respectivos nombramientos en periodo de prueba en los que no se incluyó al concursante por considerar que se encontraba inhabilitado por una sanción de destitución impuesta por la DIAN, con fundamento en la causal consagrada en el numeral 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999.*

NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA / CONCURSO DE MÉRITOS / INHABILIDAD PARA DESEMPEÑAR CARGO PÚBLICO / DIAN / INHABILIDADES PARA EL EJERCICIO DEL CARGO PÚBLICO/ CLASES DE INHABILIDADES / SANCIÓN DE DESTITUCIÓN / SANCIÓN POR INASISTENCIA A JURADO DE VOTACIÓN / TEST DE RAZONABILIDAD / RAZONABILIDAD / PROPORCIONALIDAD / JUICIO DE PROPORCIONALIDAD / INAPLICACIÓN DE LA NORMA

Problema jurídico: *¿Procede declarar la nulidad de los actos administrativos que negaron el nombramiento en periodo de prueba del demandante en un concurso de méritos en la Dian, por considerar que se encontraba incurso en la inhabilidad del numeral 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1992, por ser sancionado con destitución del cargo en esa misma entidad como consecuencia de no asistir a cumplir las funciones como jurado de votación?*

Tesis: “[...] A partir de la vigencia y constitucionalidad de la inhabilidad establecida en el numeral 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999, la Sala no puede perder de vista que se trata de una restricción o limitación permanente para el acceso a un cargo público en la DIAN. Sin embargo, esta inhabilidad no podría interpretarse de manera irreflexiva al punto de considerar que cualquier destitución, sin importar su causa, daría lugar a que en todos los casos se configurara. Lo anterior teniendo en cuenta las siguientes razones. En el ordenamiento jurídico existen diferentes tipos de inhabilidades, unas temporales y otras permanentes, unas que se imponen a título de sanción disciplinaria o por la comisión de un delito y otras que son objetivas o denominadas de requisito, y que han sido previstas por el constituyente y por el legislador a modo de prohibición o de restricción para el acceso al cargo público o para continuar en él. (...) Evidentemente la inhabilidad que ocupa la atención de la Sala es del tipo de inhabilidad objetiva o de requisito, porque no tiene origen o no es el resultado de un proceso disciplinario, sino que está prevista en la ley como aquella situación que garantizará la idoneidad y probidad del servidor público que ingrese a laborar a la DIAN, restringiendo el ingreso a aquellas personas que hayan tenido un comportamiento gravemente atentatorio contra el recto ejercicio de la función pública y que, por tal motivo, haya sido destituido de una entidad estatal.(...)La finalidad de las inhabilidades permanentes, independientemente que se trate de tipo sancionatorio o de requisito, es restringir el ejercicio de funciones públicas en búsqueda de la concreción de los fines estatales y en defensa de intereses superiores, entre ellos, la realización de los principios de moralidad, probidad, eficiencia, transparencia y publicidad. Por ello, la Sala considera que no es posible aplicar esta inhabilidad, establecida indefinidamente, sin hacer en cada caso un juicio de razonabilidad y proporcionalidad del cual se pueda establecer que se trata de una restricción constitucionalmente legítima del derecho de acceder a un cargo en la DIAN y que se cumple, en lo particular, con la finalidad que ella busca, es decir, si dicha inhabilidad rige para el asunto concreto. (...)tratándose de un concursante sobre el que pesa una inhabilidad para acceder al cargo al cual concursó, el nominador no puede hacer el nombramiento, so pena de violar la ley y la Constitución y de incurrir, en principio, en una falta disciplinaria. Las razones para no proceder al nombramiento de una persona que superó un concurso de méritos, y que se encuentra en una lista de elegibles vigente, deben quedar expresadas en un acto motivado en el que se garantice el derecho de defensa del administrado(...), la motivación expuesta por la DIAN en los actos acusados tuvo como antecedente que, previa la verificación de la documentación aportada por el demandante, se percató que el elegible era un exfuncionario contra quien se adelantó un proceso administrativo disciplinario, que culminó con fallo de destitución, lo cual configuraba la inhabilidad prevista en el artículo 10 numeral 3° del Decreto 1072 de 1999.(...). La inhabilidad objeto del presente proceso, pese a que es una medida adoptada por el legislador que afecta directamente a quien ha sido destituido de una entidad pública, en este caso de la DIAN, no es razonable, porque la finalidad que se persigue con ella es garantizar el cumplimiento de los principios de la función administrativa de moralidad, eficacia, transparencia, honestidad que se espera de la persona que aspira ingresar a la administración, mientras que la sanción de destitución impuesta al demandante, por no asistir como jurado de votación, se originó por una causa completamente ajena a la observancia de sus deberes como servidor de la DIAN y no afecta su idoneidad para el desempeño del cargo al cual aspiró, atendiendo los principios que se quieren proteger. . Esta inhabilidad es razonable cuando la destitución ha ocurrido como consecuencia de la comisión de un delito o una falta reprochable en el cumplimiento o desempeño de sus funciones como servidor público, o porque su comportamiento como funcionario de la DIAN no fue adecuado o con sujeción a las funciones asignadas al cargo del cual fue destituido.(...)la destitución, de la que fue objeto el demandante, no se sustentó en la comisión de una conducta grave y atentatoria contra

el recto ejercicio de alguna de las anteriores funciones o de la función misional de la DIAN; por lo mismo, la sanción impuesta tampoco desvirtúa que el señor (...) cumpla idóneamente con el perfil del empleo que se requiere para trabajar en la DIAN, conforme lo define el artículo 19 del Decreto 765 de 2005. Así las cosas, la inhabilidad que se aplicó al demandante no aporta al propósito moralizador de la función administrativa y, por ello, se considera que no es constitucionalmente razonable frente al bien jurídico que se pretende proteger. En efecto, la destitución de la que fue objeto el accionante se fundó en una infracción a normas del Código Electoral, entre ellas, los artículos 105 y 108 del Decreto 2241 de 1989 y el artículo 5 parágrafo 1 inciso 2 de la Ley 163 de 1994, sanción que, por lo demás, se ejecutó y que no podría considerarse que, más allá de lo grave de la sanción, tuviera una trascendencia intemporal frente a una persona que tiene el mérito y la idoneidad para acceder a un cargo de la DIAN, sin que haya sido cuestionada su probidad o integridad, como debe ser el perfil de un funcionario de la contribución. A partir de las anteriores consideraciones, para la Sala, la inhabilidad aplicada en el presente caso tampoco supera el juicio de proporcionalidad, porque si bien el fin buscado con la misma es constitucionalmente legítimo, comoquiera que se busca que quienes accedan como servidores de la contribución cumplan con las condiciones de integridad, probidad y honradez para hacer efectivos los principios de la función pública en consonancia con la misión de la entidad, lo cierto es que en el caso del demandante, restringirle su ingreso a la DIAN con fundamento en una destitución por no haber asistido como jurado de votación no tiene la idoneidad ni es necesaria para alcanzar dicho fin. Así las cosas, por cuanto la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 10 del Decreto Ley 1072 de 1999, en este caso concreto, no es ni razonable ni proporcional a su fin, la Sala concluye que, no obstante esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, frente a la situación del demandante debe inaplicarse de manera excepcional, en atención a los principios de ponderación y proporcionalidad, para decidir que sobre el señor (...) no pesaba ninguna inhabilidad, procediendo la nulidad de los actos demandados, pues al no encontrarse inhabilitado y habiendo superado el concurso de méritos debió ser nombrado en periodo de prueba en el cargo para el cual concursó, como así se dispondrá, o en caso de estar ocupado este cargo por otra persona, la DIAN deberá efectuar las gestiones respectivas para ubicarlo en uno similar”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de enero de 2024, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 25000-23- 42-000-2014-00453-01\(0260 - 2019\).](#)

4. Se declaró la nulidad del acto de insubsistencia de un asesor de despacho del Procurador General de la Nación, cargo de libre nombramiento y remoción, por desconocer que gozaba de estabilidad laboral reforzada por padecer discapacidad funcional.

Síntesis del caso: *Se declaró insubsistente a un asesor del despacho Procurador General de la Nación, cargo de libre nombramiento y remoción en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública. El servidor público considera el acto administrativo debe ser declarado nulo por no tener en consideración que gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de persona con diversidad funcional.*

SUPRESIÓN DE CARGO PÚBLICO / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / PROCEDENCIA DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA CON LIMITACIÓN / INEXISTENCIA DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA INSUBSISTENCIA DEL EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Problema jurídico: *¿El demandado gozaba de estabilidad laboral reforzada por tener condición de discapacitado (diversidad funcional) y, por ende, no podía ser retirado del servicio de manera inmotivada y, en ejercicio de la facultad discrecional de que goza el nominador?*

Tesis: “[...] El puesto ocupado por el demandante de asesor, código 1AS, grado 25, del despacho del Procurador y del cual fue declarado insubsistente su nombramiento es de libre nombramiento y remoción, condición que las partes no discuten. (...) frente a los empleados de libre nombramiento y remoción, el

nominador goza de facultad discrecional para disponer su vinculación y retiro, potestad que se presume ejercida con el fin de lograr el mejoramiento del servicio oficial. (...) A través de la Ley 790 de 2002, el legislador fijó los lineamientos para adelantar el programa de renovación de la administración pública, lo que implicaba, entre otros cambios, la posibilidad de fusionar organismos y entidades estatales. Sin embargo, comoquiera que tal reestructuración significaba, necesariamente, la supresión de varios empleos públicos, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 autorizó medidas de «PROTECCIÓN ESPECIAL» a ciertos grupos poblacionales en condición de vulnerabilidad, así: De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.(...) Entre tales excepciones se encuentran las personas con limitación física, mental, visual o auditiva; no obstante, cabe advertir que no toda persona enferma, convaleciente o que esté en tratamiento para conjurar una afección de salud, hace parte de aquellas.(...) [L]a Sala define que quienes sufren algún tipo de problema que les dificulta la vida diaria se les denomina personas con diversidad funcional, expresión sinónima de discapacidad, pero bajo un lenguaje inclusivo. El término discapacidad abarca deficiencias, limitaciones y restricciones que puede sufrir una persona, mientras que la definición de diversidad funcional implica problemas que afectan a la estructura corporal, limitaciones para llevar a cabo acciones cotidianas y dificultades para mantener relaciones sociales con los iguales, definición que conlleva una posición inclusiva e igualitaria ante la sociedad.(...) No es procedente la existencia de un dictamen pericial o valoración de las respectivas juntas calificadoras de la pérdida de la capacidad laboral, para demostrar que una persona tiene una diversidad funcional; ni que se compruebe tener una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, pues de tener ese rango de discapacidad daría lugar al reconocimiento y pago de una pensión por invalidez.(...). La ausencia de motivación autorizada por el legislador no significa que el retiro del servicio sea infundado o sin causa, por cuanto es mandato normativo que «[e]n la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa» (se destaca), tal como lo establece hoy el artículo 44 del CPACA, cuyo cumplimiento se entiende cabalmente acatado por las autoridades administrativas, a partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos prevista en el artículo 88 *ibidem* (...) En el asunto sub judice, lo cierto es que, según lo demostrado en el proceso, el demandante padece la polineuropatía y sufre de dolor crónico y calambres, que afectan su movilidad y aunque no tenga calificada su pérdida de la capacidad laboral, sí está en debilidad manifiesta frente a los demás profesionales que no sobrellevan esas dolencias «crónicas» entendidas como largas y habituales. En este orden de ideas, la situación particular del actor se ajusta a los supuestos fácticos de la figura de «persona con limitación física» para ser considerada sujeto de especial protección, por cuanto (i) está demostrada su dolencia crónica producto de una polineuropatía; además, de otros diagnósticos que estuvieron bajo el conocimiento de la viceprocuraduría, cuando pidió se le reconociera esa diversidad funcional para obtener la posibilidad de teletrabajar o laborar en casa; y (ii) el estado de salud está previamente reportado, es decir, que antes de su retiro le informó a la entidad demandada las circunstancias que le impiden desempeñar su labor, por su condición de persona con diversidad funcional (hecho que no fue infirmado ni redargüido de falso), y, por supuesto, implican una «debilidad manifiesta», susceptible de ampararse. Por lo tanto, la demandada debió ponderar la posibilidad de otorgar el amparo derivado de su condición especial de diverso funcional y respetar esa condición en el momento de determinar su retiro de la entidad. Empero, la Administración estaba advertida de que el ejercicio discrecional frente a personas con diversidad funcional reconocida debe ser definido con cautela y mesura, pues se trata de despojar de su medio de sustento a una persona cuyo nivel de acceso a la Administración está en desventaja frente a los demás empleados. (...) En conclusión, el demandante como demostró que estaba en condición de debilidad manifiesta por ser una persona con diversidad funcional, resulta procedente otorgarle la estabilidad laboral reforzada que reclama; y el cargo desempeñado, pese a ser de libre nombramiento y remoción, permite la aplicación de las garantías derivadas de su condición”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 15 de febrero de 2024, C.P. Jorge Edison Portocarrero Banguera, radicación: 25000-23-42-000-2018-01641-02 \(661-2023\)](#)

5. En aquellos eventos en los cuales el empleador incumpla con sus obligaciones legales de pago de los aportes durante los periodos de incapacidad de origen común del trabajador, a él corresponderá legalmente

pagar tanto el auxilio de las incapacidades como los gastos médicos en los que incurra el trabajador e, incluso, su núcleo familiar.

Síntesis del caso: *En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la actora formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso – administrativo, en orden a que se declare la nulidad de los Oficios del 9 y 16 de abril de 2013, expedidos por la E.S.E. Hospital Francisco Canossa, por medio de los cuales se negó el pago de salarios y prestaciones sociales causados entre el mes de agosto de 2010 y septiembre del año 2013, en consideración a que no existió solución de continuidad «en la prestación del servicio por parte de la demandante» al no haber sido notificada de acto administrativo alguno de desvinculación laboral de la E.S.E Hospital Francisco Canossa ni de acto de reconocimiento de la pensión de invalidez.*

AUXILIO POR INCAPACIDAD LABORAL / INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR / APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / INCAPACIDAD LABORAL POR ENFERMEDAD GENERAL

Problema jurídico: *¿Tiene derecho la demandante al pago del salario y prestaciones sociales o de auxilios por incapacidad causados mientras estuvo incapacitada médicamente para laborar entre el mes de agosto de 2010 y septiembre del año 2013, y a ser indemnizada por los supuestos daños materiales y morales ocasionados por su desafiliación del sistema de salud?*

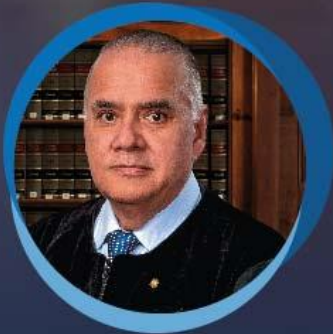
Tesis: "[...] El artículo 25 de la Carta Superior señala que el trabajo es un derecho y una obligación de carácter social que amerita la especial protección del Estado en todas sus modalidades, mientras que los artículos 48 y 53 consagran una serie de garantías constitucionales relacionadas con la protección al trabajador entre las que se puede encontrar la estabilidad laboral, remuneración mínima vital y móvil, la protección especial a la mujer y la seguridad social. [...] De ese modo, el citado convenio ha previsto un entorno proteccionista alrededor del trabajador afectado por calamidades de carácter médico, tales como las garantías de prestación de los servicios de salud, para los cuales se han señalado, entre otros, 4 derroteros relevantes para el presente asunto a saber: (i) la asistencia médica general; (ii) el servicio médico especializado; (iii) el suministro de productos farmacéuticos; y (iv) la atención intrahospitalaria. [...] De acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social Integral comprende la prestación de servicios relacionados con la salud, pensiones y riesgos laborales y se basa en principios relativos a la eficiencia, universalidad, solidaridad e integralidad. La afiliación al sistema de salud tiene 3 características esenciales: (i) es obligatoria, excepto para quienes pertenezcan a regímenes exceptuados o especiales; (ii) se realiza por una única vez; y (iii) la desafiliación solo se produce por la muerte del afiliado. [...] Ahora, las incapacidades médicas pueden tener origen en enfermedades o accidentes de carácter laboral o común, es decir, que pueden relacionarse o no con la actividad laboral desempeñada por el trabajador. De ese modo, la determinación de la causa de la enfermedad que da pie a la incapacidad médica tiene una relación directa con los términos y características del pago del mencionado auxilio económico y con el régimen normativo aplicable. [...] El mismo artículo 41 de la Ley 100 de 1993, ha fijado un plazo máximo de 540 días de incapacidades de origen común, cifra que surge de la suma de los 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal reconocida por la Empresa Promotora de Salud, pues, en caso de que el empleado no se haya recuperado en ese plazo y no haya concepto favorable de rehabilitación de la E.P.S., deberá iniciarse el trámite de la pensión de invalidez ante el respectivo fondo de pensiones. [...] De conformidad con las normas transcritas, las cotizaciones al sistema de seguridad social por concepto de salud y pensión durante el periodo de incapacidades médicas de origen común siguen siendo, en la misma proporción legal, una obligación compartida del empleador y el trabajador; la única diferencia radica en la base de cotización, pues en cumplimiento de lo consignado en el artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, estará constituida ya no por el valor del salario sino por el monto reconocido por concepto de subsidio de incapacidad, con la salvedad de que el porcentaje del aporte que le corresponde al trabajador incapacitado será descontado de forma directa del citado auxilio. [...] La obligación de pago del tan referido auxilio por incapacidad por parte de las E.P.S se encuentra supeditado al cumplimiento de una serie de requisitos legales; el más relevante en esta oportunidad es que las cotizaciones al sistema de seguridad social se encuentren al día, pues si no se han cumplido los deberes de pago, habrá lugar a la suspensión del beneficiario del sistema contributivo y, en consecuencia, no existirá el deber recíproco, por parte de la promotora de salud, de pagar las incapacidades causadas durante el periodo de mora. [...] Visto lo anterior, en aquellos eventos en los cuales el empleador, quien es el obligado a trasladar el pago de la seguridad social, incumpla con sus obligaciones legales de pago de los aportes durante los periodos de incapacidad de origen común del trabajador, la empresa promotora

de salud se verá relevada del deber de pago de la incapacidad médica, lo que conlleva que sea el empleador el legalmente llamado a pagar tanto el auxilio de las incapacidades como los gastos médicos en los que incurra el trabajador e, incluso, su núcleo familiar. [...] De acuerdo con el artículo 167 del Código General de Proceso, las partes tienen el deber de probar los presupuestos legales con los que procuran que les sean concedidas las pretensiones dentro de un proceso judicial, principio también conocido como *onus probandi*; sin embargo, el juez conductor del proceso, en virtud de los principios de celeridad, eficiencia y justicia, tiene la potestad de redistribuir la carga probatoria, de modo que la parte que se encuentre en una mejor posición probatoria, asuma el deber de aportar los medios necesarios para obtener un mejor convencimiento sobre los hechos y argumentos propuestos. [...] La instrumentalización del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para la obtención de la reparación de daños materiales e inmateriales ha sido decantada por esta corporación en el sentido de indicar que dicha posibilidad fue prevista en el anterior Código de lo Contencioso Administrativo, en cuyo artículo 85 se dispuso que, por conducto de esa acción, además del estudio de legalidad de los actos administrativos, cabía la posibilidad de solicitar la reparación de los daños causados con la decisión objeto de estudio. [...] Ahora, las citadas pretensiones de reparación no escapan de la carga probatoria propia de quien la alega, lo que quiere decir que recae sobre el peticionario el deber de demostrar la existencia o configuración del daño, además del vínculo causal entre el acto administrativo cuestionado y los perjuicios cuya reparación se procura; lo anterior, presupone un deber argumentativo en cabeza de la parte demandante quien deberá soportar probatoriamente que el acto demandado le ha causado un daño que debe ser objeto de resarcimiento. [...] En otras palabras, la señora (...) solicitaba que por el mismo periodo (1 de agosto de 2010 al 30 de septiembre de 2013) se concedieran y pagaran haberes de origen salarial con cargo a la E.S.E y el auxilio de incapacidad con cargo a la E.P.S. A pesar de lo anterior, por medio de auto del 20 de marzo de 2014, el Tribunal Administrativo del Cesar inadmitió la demanda al encontrar configurada una indebida acumulación de pretensiones, en el entendido de que, según el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, los conflictos relacionados con la E.P.S. Salud Vida S.A. son del resorte de la justicia ordinaria laboral y no del contencioso-administrativo. [...] En virtud de lo anterior, el Tribunal Administrativo del Cesar profirió sentencia de primera instancia el 16 de diciembre de 2015, en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues ordenó el pago, por parte de la E.S.E. Hospital Francisco Canossa, en su calidad de empleador, de los aportes a seguridad social en salud y pensión de los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2011, al hallar demostrado el incumplimiento de dicha obligación solo durante esas mensualidades; pero negó lo relativo al pago de salarios y prestaciones sociales entre agosto de 2010 y septiembre de 2013 al concluir, y en esto fue incisivo, que durante los lapsos de incapacidades médicas no se generan salarios ni las prestaciones económicas reclamadas por la demandante, pues solo hay lugar al pago del auxilio por incapacidad, el cual debe ser asumido por la promotora de salud y no por el empleador. [...] Como consecuencia de la anterior decisión, la señora (...) interpuso recurso de apelación en el que discutió, fundamentalmente, 3 aspectos a saber: (i) que, a su juicio, el a quo solo estudió lo relativo a los aportes a seguridad social en salud y pensión, pero nada dijo sobre la pretensión de pago de los salarios de agosto de 2010 a septiembre de 2013; (ii) que en la primera instancia no se valoró el conflicto suscitado entre el empleador, la E.P.S. y la [ARL] sobre el pago de salarios y auxilios de incapacidad, ni las manifestaciones del gerente del Hospital Francisco Canossa en las que aseguraba que no pagaría los aportes de la seguridad social; y (iii) que, en su consideración, sí está probado el daño moral y material sufrido, pues tuvo que asumir los costos particulares de sus tratamientos médicos y recurrir a la acción de tutela para proteger su vida e integridad. [...] Así, ante la existencia de una incapacidad lo que procede es el reconocimiento de un auxilio, que debe ser pagado, durante los 2 primeros días por el empleador, del día 3 al día 180 por la promotora de salud, o la administradora de riesgos laborales a la que se encuentre afiliado el trabajador, dependiendo de si la incapacidad es de origen común o laboral, respectivamente, mientras que, superados los primeros 180 días, será el fondo de pensiones quien asumirá dicha obligación, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación, pues así se ha establecido en la Ley 100 de 1993, el Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 y el Decreto 1072 de 2015. [...] De ese modo, es cierto que las pretensiones dirigidas contra las E.P.S y relacionadas con auxilios de incapacidades médicas es un asunto del resorte de la jurisdicción ordinaria laboral, pero debido a que el estudio de admisibilidad de la demanda no abordó un análisis profundo del material probatorio, propio de otra etapa del proceso, dicha determinación del a quo no tomó en consideración la mora en la que incurrió el empleador en el pago de los aportes a la seguridad social y las consecuencias legales que ello acarrea, lo que sí impone una obligación de pago en cabeza del Hospital Francisco Canossa. [...] En ese sentido, en los eventos de incapacidades médicas de origen común, el empleador debe seguir realizando los respectivos pagos a salud y pensión, pues así lo ordena el artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016. Así las cosas, aunque en los periodos de incapacidad de origen común el empleado no reciba el pago de una contraprestación salarial con cargo a su empleador, por las razones detalladas previamente, sí tiene derecho a que se sigan pagando en su favor los aportes de la seguridad social en salud y pensión mientras persista la relación laboral. [...] De tal forma, la obligación del empleador de continuar realizando los aportes a la seguridad social tiene una razón fundamental: que el servidor continúe con el acceso a los servicios de salud y que la incapacidad médica no entorpezca, además, el acceso a una pensión de vejez o invalidez. Adicionalmente, también se busca asegurar que el trabajador

permanezca activo en el sistema de seguridad social, en tanto son las E.P.S o las administradoras de pensiones quienes deberán, eventualmente, asumir el pago de los auxilios por incapacidad. [...] Por lo anterior, considera la Sala que continuar prolongando el presente proceso, por circunstancias atribuibles a la demandada, sería desconocer los principios de celeridad y justicia material, más aún si se tiene en cuenta la situación de especial protección en la que se encuentra la señora (...) quien cuenta con una disminución de su capacidad laboral superior al 50 %, según definió la Junta Médica del Cesar, panorama que exige una protección reforzada de sus derechos laborales y prestacionales. [...] Así, como ya se ha indicado, si bien, en principio, el citado auxilio no se encuentra a cargo del empleador, en Oficio del 4 de marzo de 2013, la E.P.S. Salud Vida manifestó que la demandante se encontraba suspendida del servicio de salud por la mora en los aportes. En ese sentido, tal como lo certificó la empresa promotora de salud, la E.S.E. Hospital Francisco Canossa incumplió con el pago de tales cotizaciones, circunstancia que, además, fue reconocida por la demandada en memorial visible en los índices 33 y 34 del portal Samai, en donde afirmó haber incumplido, en algunas oportunidades, con los pagos a la seguridad social. [...] En consecuencia, de acuerdo con el silencio absoluto guardado por el empleador y la E.P.S., las incapacidades médicas aportadas al proceso, la no rehabilitación de la demandante por el alto porcentaje de pérdida de su capacidad laboral y el límite fijado por el Decreto 780 de 2016 en el artículo 2.2.3.6.1. solo habrá lugar al pago de 540 días de auxilio de incapacidad de origen común, los cuales corresponderán a los primeros 540 días causados, contados a partir del 5 de marzo de 2010. [...] En otras palabras, es cierto que la accionante solo pidió de parte de su empleador el pago de salarios y prestaciones y no el auxilio de incapacidad propiamente dicho; sin embargo, entenderlo así de manera rigurosa y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda, contravendría el principio de justicia material, sobre todo si se tiene en consideración que en el presente proceso, más allá de la tecnicidad jurídica, se cuenta con la parte responsable del pago ordenado y las pruebas suficientes que soportan la condena. [...] En consecuencia, la recurrente se limitó a alegar el padecimiento de un daño moral y solicitar su indemnización, pero no procuró exponer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su configuración, ni suministrar, por ejemplo, testimonios, que dieran fe de sus alegaciones, siendo ello parte fundamental de la carga probatoria que no puede ser, en asuntos como el de la referencia, objeto de presunciones [...]"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de cuatro \(4\) de abril de dos mil veinticuatro \(2024\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 20001-23-33-000-2013-00352-01 \(2466-16\)](#)

SECCIÓN TERCERA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se condena a la Policía Nacional porque no se probó que la muerte de la víctima hubiera ocurrido en desarrollo de un enfrentamiento en el que ésta participara, ni que el uso excesivo de las armas por parte de sus agentes fuera justificado.

Síntesis del caso: “Agentes de la Policía dieron muerte a una persona con sus armas de fuego durante un operativo programado para capturar a los responsables de una extorsión. Se revoca la decisión de negar las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se condena a la Policía Nacional porque no se probó que la muerte de la víctima hubiera ocurrido en desarrollo de un enfrentamiento en el que ésta participara, ni que el uso excesivo de las armas por parte de sus agentes fuera justificado.”

RESPONSABILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL / MUERTE DE CIVIL / OPERATIVO POLICIAL / DAÑO CAUSADO A CIVIL CON ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR USO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL / RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR USO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL / USO DE ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / FALTA DE PRUEBA / INEXISTENCIA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / PRUEBA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / DAÑO EN EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / TEORÍA DE LA GUARDA DE ACTIVIDAD PELIGROSA / PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD PELIGROSA / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Problema jurídico 1: ¿Acreditó la demandada que la muerte de la víctima se justificó por la culpa exclusiva de la víctima, pues tenía la carga de probar su afirmación de que la víctima era uno de los cómplices de la extorsión y le disparó a los agentes de policía?

Tesis 1: “No se discute que los agentes del Gaula de la Policía mataron al señor (...) con sus armas de fuego de dotación oficial: en la necropsia se consignó que la víctima murió como consecuencia de “seis disparos” y los agentes de policía se atribuyeron su muerte en sus declaraciones e informes administrativos. Tampoco se discute que (...) era gerente de una estación de gasolina, lugar donde ocurrieron los hechos, y que luego de lo anterior se generó una especie de asonada por parte de los vecinos que reaccionaron contra los agentes por lo ocurrido. Aunque los informes oficiales y las declaraciones de los miembros de la Policía coinciden en afirmar que tuvieron que dispararle a la víctima para defenderse de los disparos que esta les estaba haciendo, lo cierto es que estos medios de prueba no logran desvirtuar la afirmación de la demanda –respaldada con tres declaraciones– según la cual la víctima, que se encontraba dentro de la estación de gasolina, salió corriendo cuando llegaron los agentes armados y estos le dispararon sin justificación. (...) Si bien es cierto que las declaraciones de la secretaria de la víctima, que se encontraba en el establecimiento y que fue la única testigo presencial del inicio de los hechos, no son del todo claras y coherentes, la Sala estima que tales declaraciones respaldan verosímilmente las afirmaciones de la demanda sobre la reacción injustificada de los agentes de la Policía; sin embargo, también es cierto que no se puede descartar que la víctima directa del daño estuviera involucrada en la extorsión que motivó el operativo de la fuerza pública. Este relato de la agresión injustificada no logra ser desvirtuado con los medios probatorios ofrecidos por la entidad demandada, en los que se intentó mostrar que la víctima, sin justificación alguna, les disparó a los agentes de policía muchas veces con una pistola y que por tal razón fue necesario propinarle seis disparos, pues incluso sostienen que la víctima seguía disparándoles cuando estaba herida y en el suelo. (...) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que las entidades públicas deben responder objetivamente por los daños causados con el uso de los instrumentos peligrosos que están bajo su guarda. Es por ello que en estas situaciones le corresponde al demandante demostrar que el instrumento peligroso causó el daño y a la entidad le incumbe acreditar una de las causales de exoneración fundadas en la ruptura del nexo causal. Si afirma, como lo hace la demandada en este caso, que su reacción con las armas se justificó por la culpa exclusiva de la víctima, quien era uno de los cómplices de la extorsión y atacó a los agentes con un arma de fuego, es a ella a quien le corresponde acreditar estos presupuestos: (...) De este modo, si está probado que la muerte de la

víctima se produjo por seis disparos de los policiales en un operativo que había sido previamente organizado por ellos, y la Policía afirma que su acción se justificó en la culpa exclusiva de la víctima, es sobre esa entidad que pesa la carga de probar tal excepción (...) Y en este sentido, cobra relevancia el aspecto de la carga de la prueba que la doctrina reseña como "regla de juicio". Al juez le está vedado abstenerse de definir el litigio presentado por las partes por ausencia de pruebas y debe proferir una decisión que hace tránsito a cosa juzgada frente a ellas. Cuando tenga el convencimiento probatorio sobre una hipótesis, lo hará fundándose en este convencimiento; y cuando se encuentre ante una situación de incertidumbre, lo hará conforme a las reglas de la carga de la prueba. Es en este sentido que la carga de la prueba se vuelve una regla de juicio porque define el valor (conceder, negar) que le debe asignar el juez a su estado de duda frente a una afirmación de la parte (...) Con base en lo anterior, la Sala revocará la sentencia del tribunal y condenará a la Policía Nacional al pago de los perjuicios reclamados en la demanda (...)"

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la acreditación de las causales de exoneración fundadas en la ruptura del nexo causal, ver: Sentencia de 18 de abril de 2002, exp. 14076, MP. Ricardo Hoyos Duque; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 17118, MP. Ruth Stella Correa Palacio

PERJUICIOS / NEGACIÓN DE LA CONDENA EN PERJUICIOS / LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN POR LO DEJADO DE PERCIBIR / FALTA DE PRUEBA / IMPROCEDENCIA DEL LUCRO CESANTE / LUCRO CESANTE A FAVOR DE LOS PADRES / LUCRO CESANTE NEGADO / NEGACIÓN DE LA TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE / DAÑO EMERGENTE / NEGACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE

Problema jurídico 2: *¿Deben reconocerse los perjuicios por el lucro cesante que sufrieron los padres y hermanos de la víctima cuando no probaron el talante y periodicidad de las referidas ayudas, o el daño emergente sin estimar la cuantía que derivaba de la actividad comercial de la víctima, o el daño a la vida de relación del hijo cuando no se probaron las afectaciones psicológicas?*

Tesis 2: "La Sala reconocerá el lucro cesante a favor del núcleo familiar de la víctima directa (compañera permanente e hijos) y el perjuicio moral causado a los demandantes con la muerte de la víctima. Y negará los demás perjuicios solicitados por la parte actora por las siguientes razones: (...) Si bien los actores solicitaron el lucro cesante que sufrieron los padres y hermanos de la víctima por las ayudas económicas que dejaron de percibir, no probaron el talante ni la periodicidad de las referidas ayudas. Algunos testigos afirmaron de manera genérica que la víctima ayudaba a sus padres y hermanos, y estaba "pendiente de lo que necesitaban" o colaboraba en la "parte académica" o "con trabajos"; sin embargo, los testigos no dan razones concretas de sus dichos ni detallan la naturaleza de estos apoyos económicos (...) La Sala también negará el daño emergente solicitado porque la parte actora no especificó el concepto que reclama bajo este perjuicio, más allá de una referencia en la estimación de la cuantía que dice que se infiere "de la actividad comercial de (...)". Las actividades económicas de la víctima hacen referencia al concepto de lucro cesante, perjuicios que se estudiarán en el respectivo apartado.- Por último, si bien en la demanda se solicitó un "perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación" por las afectaciones causadas a sus familiares por la muerte de la víctima, e incluso se insistió en que esta muerte le generó a los hijos del difunto "anomalías de carácter psicológico", estas afectaciones no se probaron y la Sala no las puede inferir a partir de una regla de la experiencia."

LUCRO CESANTE / CÁLCULO DEL LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE / LUCRO CESANTE A FAVOR DE MENOR DE EDAD / RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE / RECONOCIMIENTO DE LA TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE / PRUEBA DEL LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / COMPAÑERO PERMANENTE / FALLECIMIENTO DEL COMPAÑERO PERMANENTE / HIJO

Problema jurídico 3: *¿Debe reconocerse el lucro cesante, las ganancias que la víctima dejó de percibir por lo negocios que adelantaba, a favor de su compañera permanente y sus hijos?*

Tesis 3: "Lucro cesante (...) La parte actora solicitó a título de lucro cesante las ganancias que el señor (...) dejó de percibir en los negocios que adelantaba. La Sala accederá al reconocimiento del lucro cesante a favor de los hijos y compañera de la víctima por los siguientes motivos: (...) Se probó que la víctima desempeñaba varias actividades económicas, pero no se acreditó la cuantía de los ingresos que recibía por ellas: a.- Con varios recibos de venta y certificados expedidos por la víctima en calidad de administrador de la estación de gasolina, se probó que ostentaba tal calidad. Si bien la parte actora afirmó que las ganancias de la estación pertenecían a la víctima directa, los documentos que obran en el expediente dan cuenta de que la propietaria del establecimiento de comercio es su compañera permanente, la demandante (...) Además, la parte actora allegó certificaciones que dan cuenta de los

montos que la víctima recibía por la venta de madera, fríjol y actividades de minería, documentos que refuerzan la conclusión de que la víctima desarrollaba varias actividades económicas. Pero estos documentos son insuficientes para acreditar el monto de los ingresos periódicos, pues no se acompañan soportes de lo constatado en ellos, tales como facturas de venta, pedidos de materiales o recibos. (...) Para la liquidación se tomará entonces el salario mínimo vigente a la fecha de esta providencia. A la suma del salario mínimo mensual vigente, un millón trescientos mil pesos (\$1.300.000), no se le adicionarán las prestaciones sociales porque no se demostró que la actividad de la víctima se desarrollara en virtud de una relación laboral. A este monto se le descontará el veinticinco por ciento (25%) que representa la suma de trescientos veinticinco mil pesos (\$325.000,00), concepto que, según criterio jurisprudencial, corresponde a lo que la víctima destinaba a su propio sostenimiento. Esta operación arroja que la renta base de liquidación es de novecientos setenta y cinco mil pesos (\$975.000,00). (...) La Sala liquidará el lucro cesante teniendo en cuenta los criterios adoptados por la sentencia de unificación sobre la materia. Como periodo a indemnizar se toma la expectativa de vida de la víctima porque el señor (...) era mayor que su compañera permanente, y nació el 15 de enero de 1968. Al momento de su muerte, la víctima tenía 39 años, edad que según las tablas actuariales conllevaba una expectativa de vida de 41,8 años o 501.59 meses. Este es el tiempo total a indemnizar, que se divide en lucro cesante consolidado, 196,01 meses (hasta la fecha de expedición de esta providencia, el 12 de abril de 2024) y el tiempo restante, 305,58 meses en lucro cesante futuro (hasta la fecha en que se cumple la expectativa de vida de la víctima). Con el objetivo de respetar las reglas de acrecimiento, la indemnización se divide en periodos de la siguiente manera: (...) Periodo Indemnizable 1: Desde la fecha de la muerte del señor (...) (12 de diciembre de 2007) hasta el momento en que su hijo mayor (...) alcanzó la edad de 25 años (30 de junio de 2022) (...) En este periodo son beneficiarios la compañera permanente de la víctima, (...) (50%) y los tres hijos, cada uno con un tercio de la porción restante (16,66%). (...) Periodo indemnizable 2: Desde el día siguiente a la fecha en la que el primer hijo (...) alcanzó la edad de 25 años (1° de julio de 2022) hasta que el segundo hijo, (...), alcance la edad de 25 años (8 de junio de 2024) (...) Nótese que este periodo debe dividirse en dos porque en medio de su transcurso se profiere esta providencia el 12 de abril de 2024, que cambia la naturaleza de lucro cesante consolidado a lucro cesante futuro, conceptos a los que se aplica una fórmula diferente. En este periodo, la porción dejada de percibir por el primer hijo (16,60%) acrecerá por partes iguales a los demás beneficiarios, esto es, a la compañera permanente de la víctima, a quien le corresponde el 55.53% y a los dos hijos restantes 22.15% (...) Periodo indemnizable 3: Desde el día siguiente a la fecha en que el segundo hijo alcance la edad de 25 años (9 de junio de 2024), hasta la fecha en que la tercera hija, (...) , alcance la edad de 25 años (10 de junio de 2028) (...) En este periodo la porción dejada de percibir por el demandante hijo (22.15%) acrecentará las porciones de la compañera permanente y de la hija de la víctima en partes iguales así: (...) (66.60%) y la hija demandante (...) (33,25%). Este periodo comprende un tiempo de 48,03 Meses que se liquidan con la fórmula para el lucro cesante futuro (...) Periodo indemnizable 4: Comprende el tiempo desde el día siguiente al cumpleaños 25 de la hija menor (11 de junio de 2028), en adelante, hasta la expectativa de vida de la víctima. En este periodo únicamente es beneficiaria la compañera permanente y tiene derecho a recibir la totalidad, pero solo del 50% de la renta a liquidar, conforme a las reglas de acrecimiento. Este periodo comprende el tiempo restante de expectativa de vida, esto es, 255.71 meses, (...) En resumen, a cada demandante le corresponde la siguiente cifra por concepto de lucro cesante: • A la demandante (...) le corresponden doscientos cuarenta y cinco millones setecientos setenta y seis mil doscientos treinta y ocho pesos con ochenta y un centavos (\$245.776.238,81). • Al demandante hijo mayor (...) le corresponden cuarenta y cuatro millones quinientos veintiocho mil quinientos cincuenta y dos pesos con cincuenta y ocho centavos (\$44.528.552,58). • Al demandante hijo del medio (...) le corresponden cuarenta y nueve millones setecientos setenta y nueve mil doscientos dieciocho pesos con ochenta y un centavos (\$ 49.779.218,81). • A la demandante hija menor (...) le corresponden sesenta y tres millones seiscientos treinta y cuatro mil doce pesos con noventa y dos centavos (\$ 63.634.012,92).”

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / PERJUICIO MORAL POR MUERTE / PERJUICIO MORAL POR MUERTE COMPAÑERO PERMANENTE / PERJUICIO MORAL POR MUERTE DE HERMANO / PERJUICIO MORAL POR MUERTE DE HIJO / PERJUICIO MORAL POR MUERTE DE PADRES / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL POR MUERTE

Problema jurídico 4: *¿Deben reconocerse los perjuicios morales por la muerte de la víctima a favor de la compañera permanente, los hijos, el padre, la madre y los hermanos, conforme con los criterios unificados por la Sección Tercera?*

Tesis 4: “La Sala comprueba que la decisión adoptada por el Tribunal estuvo sustentada en la valoración de los medios de prueba que obran en el expediente y que dan cuenta de la intervención y apertura del proceso judicial de liquidación en contra de DMG Grupo Holding S.A., por parte de la Superintendencia de Sociedades, así como de las publicaciones realizadas por la Superintendencia Financiera, advirtiendo la falta de autorización de DMG para realizar actividades de captación masiva de dinero, lo que llevó a

concluir que la decisión de los demandantes de invertir su dinero en esta empresa, atraídos por los cuantiosos rendimientos que ofrecía, constituyó una conducta determinante en la producción del daño, de manera que este no puede ser atribuido a una acción u omisión por parte de las entidades demandadas. (...) Cabe mencionar que la actividad de captación ilícita de dinero desarrollada por la empresa DMG provocó la declaración de un estado de emergencia por parte del Gobierno Nacional, debido a que las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados masivamente son de interés público y están sujetos a la intervención del Estado y, en este caso existió una proliferación desbordada de distintas modalidades de captación no autorizadas, bajo sistemas de recaudo que dificultaban la intervención de las autoridades, debido a que caracterizaban por ser de difícil identificación. (...) [E] recurrente afirma que las declaraciones de los demandantes dan cuenta de las irregularidades cometidas por DMG y que el Estado omitió vigilar. Al respecto, la Sala observa que en los interrogatorios de parte decretados a solicitud de los entes demandados: Superintendencia Financiera y DAPRE, los demandantes absolvieron el cuestionario planteado y señalaron que antes de entregar su dinero a la empresa DMG, no verificaron la actividad económica desarrollada por esta, como tampoco exigieron ninguna garantía legal para la devolución de su dinero. (...) La declaración de parte constituye un mecanismo para lograr la confesión y, por tanto, para ser valorada, debe reunir los requisitos señalados en el artículo 195 del CPC, a saber: i) que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; ii) que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; iii) que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; iv) que sea expresa, consciente y libre; v) que verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento; vi) que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada. Las afirmaciones que los demandantes realizaron durante la absolución del interrogatorio de parte, producen consecuencias jurídicas adversas, en tanto acreditan que no actuaron con la debida diligencia al momento de realizar sus negocios jurídicos con la empresa DMG, además de que no realizaron esfuerzo alguno por verificar si esta contaba con autorización para realizar captaciones masivas de dinero, pese a que la Superintendencia Financiera ya había publicado información advirtiendo sobre la falta de autorización de DMG para adelantar tales actividades. Igualmente, las declaraciones rendidas versaron sobre hechos personales, por lo que los absolventes tenían capacidad y poder dispositivo para confesar. De esta forma, encuentra la Sala que la decisión del a quo estuvo ajustada a la realidad probatoria que da cuenta en el expediente de que la conducta de los demandantes fue determinante en la producción del daño, al realizar un negocio jurídico con una empresa que captaba dinero sin la debida autorización para ello, lo cual impide que el daño pueda ser imputado a los órganos demandados, pues no se demostró en el proceso que su proceder por acción u omisión fuera su causa determinante. Esto, por cuanto lo que se comprobó fue el cumplimiento de las funciones que le correspondían a cada una, en la medida en que la Superintendencia Financiera realizó las debidas publicaciones advirtiendo sobre la falta de autorización de DMG para realizar actividades de captación de dineros, actuación que estaba encaminada precisamente a disuadir al público de realizar depósitos de dinero a la empresa en cuestión. Así mismo, la Superintendencia de Sociedades inició el proceso de liquidación judicial de dicha empresa, según lo preceptuado por el gobierno, luego de declarar el Estado de Emergencia Social. Así las cosas, aunque los demandantes sufrieron un detrimento patrimonial, no es posible afirmar que este pueda ser atribuido a una actuación u omisión de las entidades demandadas, pues está demostrado que estos realizaron sus inversiones en la empresa DMG sin estar informados sobre su actividad comercial y sin tener la debida diligencia de verificar si esta empresa contaba con autorización para captar dineros del público. (...) De esta manera, como no se demostró que el daño sea atribuible a una actuación u omisión del Estado, la Sala procederá a confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 15 de noviembre de 2017, en la que negó las pretensiones de la demanda.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la indemnización del perjuicio moral por muerte, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 26251. MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 12 de abril de 2024; C.P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación 13001-23-31-000-2008-00362-01\(55730\)](#)

2. Se exoneró de responsabilidad a la Superintendencia Financiera y de Sociedades, y a la Fiscalía General de la Nación, por la pérdida de los montos entregados por los demandantes a DMG Grupo Holding S.A., pues la conducta de las víctimas fue la

determinante del daño y no una omisión de las funciones de inspección y vigilancia

Síntesis del caso: *“Cincuenta personas que entregaron diversas sumas de dinero a la captadora ilegal DMG Grupo Holding S.A., pretenden la reparación de los perjuicios representados en la pérdida de su capital, aduciendo que las entidades demandadas Superintendencia de Sociedades, Superintendencia Financiera, La Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y La Nación- Fiscalía General de la Nación incumplieron sus deberes de inspección y vigilancia sobre la captación ilegal de dinero que estaba realizando DMG.*

FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA / FUNCIÓN DE INSPECCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA / FUNCIÓN DE VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA / SUPERINTENDENCIA FINANCIERA / DMG / CAPTACIÓN ILEGAL DE DINERO / CAPTACIÓN MASIVA DE DINERO / OPERACIÓN DE CAPTACIÓN MASIVA DE DINERO / ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / ARGUMENTO EN EL RECURSO DE APELACIÓN / RECURSO DE APELACIÓN / MEDIDA CAUTELAR / IMPOSICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR / DEVOLUCIÓN DE DINERO / DEBER DE DENUNCIAR LAS IRREGULARIDADES ANTE LA AUTORIDAD COMPETENTE / FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / INTERVENCIÓN DEL ESTADO / CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL / ESCRITURA PÚBLICA / CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD COMERCIAL / PROCESO LIQUIDATORIO / COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO CAUSADO POR OMISIÓN / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / OMISIÓN DEL DEBER

Problema jurídico 1: *¿Se configuró responsabilidad patrimonial por parte de la Superintendencia Financiera consistente en la omisión en el ejercicio de sus funciones, en razón a la pérdida de los montos entregados por los demandantes a DMG Grupo Holding S.A., por la captación ilegal de dinero que dicha empresa realizó?*

Tesis 1: “Sobre las omisiones en las que hubiera incurrido la Superintendencia Financiera. Para el caso de la Superintendencia Financiera, el recurrente afirmó que esta entidad alertó a la comunidad sobre los riesgos de invertir en la empresa DMG, pero no radicó el respectivo denuncia ante la Fiscalía. Cabe anotar que más adelante en el recurso de apelación se mencionó que el 9 de abril de 2008 la Superintendencia Financiera denunció ante la Fiscalía las actividades de captación ilegal, por lo que incurre en una contradicción. En cuanto a las funciones de la Superintendencia Financiera, se encuentra establecido que la competencia de inspección, vigilancia y control sobre las actividades financieras, es ejercida por el ejecutivo por medio de esta entidad, por lo que es la encargada de autorizar la captación de dineros del público de forma masiva, de acuerdo con el cumplimiento de los requisitos señalados en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según el cual, esta entidad tiene la potestad de imponer medidas cautelares a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de instituciones vigiladas, sin contar con la debida autorización (artículo 108). De esta forma, la Superintendencia Financiera, en uso de las facultades otorgadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (artículo 108) profirió la Resolución n.º 1634 del 12 de septiembre de 2007, en la que adoptó medidas cautelares contra la Sociedad Grupo DMG S.A., ordenando la suspensión inmediata de operaciones de recepción de dineros del público y la devolución de la totalidad de los dineros recibidos. Allí mismo, ordenó la publicación de un aviso en un diario de circulación nacional dirigido a prevenir al público de la falta de autorización de la sociedad DMG para captar dineros de forma masiva y habitual. Así, la labor de la Superintendencia frente a las actividades de captación estaba encaminada a la adopción de medidas cautelares con el fin de suspender el recaudo ilegal de dinero, de acuerdo con las facultades otorgadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, lo cual se realizó mediante Resolución n.º 1634 del 12 de septiembre de 2007 “por medio de la cual se adoptan las medidas cautelares respecto de la sociedad Grupo DMG S.A.”. Frente al deber de denuncia que el recurrente considera incumplido, precisa la Sala que este también radica en cabeza de los ciudadanos que al conocer de las actividades realizadas por DMG pudieron ponerlas en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, para que adelantara la respectiva investigación. Ahora bien, respecto de las omisiones en las que el recurrente alega que incurrió la Superintendencia Financiera desde la fundación de la empresa DMG hasta el decreto de intervención, se advierte que, según el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá y la Escritura Pública de constitución de la sociedad comercial GRUPO DMG S.A. esta empresa fue constituida el 8 de abril de 2005. Posteriormente se registró la sociedad comercial DMG Grupo Holding S.A., según

Certificado de Existencia y Representación Legal del 7 de abril de 2006, inscrita mediante escritura pública del 22 de junio de 2006. Considera la Sala que la Superintendencia Financiera adoptó las medidas cautelares correspondientes, con el fin de suspender las actividades de captación masiva de dinero, inclusive antes del inicio del proceso de intervención y posterior liquidación judicial que adelantó la Superintendencia de Sociedades, cuya apertura se dio mediante Resolución n.º 351-2416 del 11 de julio de 2008, lo que pone en evidencia que su actuación estuvo ajustada a sus competencias y fue ejercida de manera oportuna de acuerdo a las condiciones del caso (...).”

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / RESPONSABILIDAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / FUNCIÓN DE INSPECCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / FUNCIÓN DE VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / CAPTACIÓN ILEGAL DE DINERO / OPERACIÓN DE CAPTACIÓN MASIVA DE DINERO / CAPTACIÓN MASIVA DE DINERO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / IMPUTACIÓN / ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / ARGUMENTO EN EL RECURSO DE APELACIÓN / RECURSO DE APELACIÓN / DMG / FUNCIÓN DE CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / MULTA / PROCESO LIQUIDATORIO / POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO / ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA / INTERVENCIÓN DEL ESTADO / INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA / CIERRE DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO / LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD / LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA / LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD COMERCIAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Problema jurídico 2: ¿Se configuró responsabilidad patrimonial por parte de la Superintendencia de Sociedades consistente en la omisión en el ejercicio de sus funciones, en razón a la pérdida de los montos entregados por los demandantes a DMG Grupo Holding S.A., por la captación ilegal de dinero que dicha empresa realizó?

Tesis 2: “Sobre las omisiones en las que hubiera incurrido la Superintendencia de Sociedades. Ahora bien, sobre la imputación de responsabilidad a la Superintendencia de Sociedades, el recurrente aseguró que el a quo guardó silencio. Sin embargo, la Sala encuentra que en la sentencia sí se realizó el análisis de imputación con respecto a este ente, en el que el a quo concluyó que no le era imputable el daño, en tanto verificó que cumplió con sus funciones de control sobre la empresa DMG Grupo Holding S.A., le impuso varias multas y dio inicio a un proceso judicial de liquidación. En virtud de la potestad sancionadora de la Administración, y según lo establecido en el Decreto 4334 de 2008 que, en desarrollo del Estado de Emergencia Social declarado por el Gobierno Nacional, estableció el procedimiento para la intervención, la Superintendencia de Sociedades tiene la competencia para intervenir, disolver y liquidar judicialmente a las personas naturales y jurídicas que realicen actividades financieras sin autorización estatal (artículo 7). En efecto, comprueba la Sala que mediante Resolución n.º 351 del 9 de julio de 200847, la Superintendencia de Sociedades sometió a control a la Sociedad DMG Grupo Holding S.A.; mediante Resolución n.º 351-2416 de 11 de julio de 2008, este mismo órgano de control decretó de oficio investigación administrativa en contra de DMG; el 12 de septiembre de 2008, la Super Sociedades impuso multa a la sociedad DMG, y a su representante legal, decisión confirmada mediante Resolución 321-5075 del 12 de noviembre de 200849. Luego de la imposición de varias multas, la Superintendencia de Sociedades, mediante auto n.º 400-014079 del 17 de noviembre de 2008 dispuso la intervención de la sociedad DMG Grupo Holding S.A., designó la correspondiente agente interventora y ordenó el cierre de los establecimientos de comercio donde se desarrollaban sus actividades. Seguidamente, mediante auto n.º 420-024569 del 15 de diciembre de 2009, aprobó la rendición final de cuentas y decretó la apertura del proceso judicial de liquidación de la sociedad DMG Grupo Holding S.A. De esta forma, la Sala encuentra que la Superintendencia de Sociedades actuó en cumplimiento de las funciones que le fueron asignadas mediante el Decreto 4334 de 2008, en desarrollo de la declaración del Estado de Emergencia Social, por lo que adelantó el proceso de intervención a la empresa DMG y ordenó su liquidación judicial como correspondía según la irregularidad de su actividad.”

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN

/ FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FALTA DE PRUEBA / DEBER DE DENUNCIAR LAS IRREGULARIDADES ANTE LA AUTORIDAD COMPETENTE / FUNCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / DEBERES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / FACULTADES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / DMG / COPIA DE LA SENTENCIA / LAVADO DE ACTIVOS / SENTENCIA CONDENATORIA / INVESTIGACIÓN PENAL / PROCESO PENAL

Problema jurídico 3: *¿Se configuró responsabilidad patrimonial por parte de la Fiscalía General de la Nación, con ocasión de la pérdida de los montos entregados por los demandantes a DMG Grupo Holding S.A., en razón de la captación ilegal de dinero que dicha empresa realizó, puesto que omitió investigar de oficio las actividades delictivas adelantadas por esta empresa?*

Tesis 3: “En lo referente a la responsabilidad de la Nación-Fiscalía General de la Nación, la parte actora alegó que esta entidad omitió investigar de oficio las actividades delictivas adelantadas por la empresa DMG. Al respecto, en primer lugar, la Sala echa de menos en el expediente la prueba que demuestre que los demandantes cumplieron con su deber de denuncia ante las autoridades competentes sobre el conocimiento que tuvieron de la actividad delictiva realizada por la empresa DMG de la que fueron víctimas. Por tanto, si bien el ente investigador puede iniciar una investigación de manera oficiosa, esto no exime a los demandantes del deber de denuncia que le asiste a toda persona que tenga conocimiento de un hecho delictivo. En segundo lugar, advierte la Sala que fue allegada al expediente copia de la sentencia del 16 de diciembre de 2009, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, en la que se declaró penalmente responsable a (...), por los delitos de lavado de activos agravado y captación masiva y habitual de dineros, providencia confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, en sentencia del 30 de mayo de 2013, con lo cual se evidencia que, contrario a lo afirmado por el recurrente, la Fiscalía adelantó investigación penal por los hechos materia de estudio, que culminó con sentencia condenatoria, lo que denota el cumplimiento de sus funciones”

DAÑO / PRUEBA DEL DAÑO / FALTA DE PRUEBA DEL DAÑO / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / INTERVENCIÓN DEL ESTADO / DMG / PROCESO LIQUIDATORIO / CAPTACIÓN ILEGAL DE DINERO / CAPTACIÓN MASIVA DE DINERO / OPERACIÓN DE CAPTACIÓN MASIVA DE DINERO / RESPONSABILIDAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / FUNCIÓN DE VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / FUNCIÓN DE CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / FUNCIÓN DE INSPECCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES / FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA / FUNCIÓN DE INSPECCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA / FUNCIÓN DE VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA / SUPERINTENDENCIA FINANCIERA / INVERSIÓN / PRODUCCIÓN DEL DAÑO / DECLARACIÓN DEL ESTADO DE EMERGENCIA / ESTADO DE EMERGENCIA / DECLARACIÓN DE PARTE / VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACIÓN DE PARTE / INTERROGATORIO DE PARTE / VALOR PROBATORIO DEL INTERROGATORIO DE PARTE / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / DETRIMENTO DEL PATRIMONIO / INEXISTENCIA DE DAÑO

Problema jurídico 4: *¿La parte demandante demostró que el daño alegado consistente en la pérdida de los montos entregados a DMG Grupo Holding S.A. se atribuye a la actuación u omisión de las entidades demandadas al no ejercer sus funciones de inspección y vigilancia, por lo cual, se causó un perjuicio susceptible de reparación por parte del Estado?*

Tesis 4: “La Sala comprueba que la decisión adoptada por el Tribunal estuvo sustentada en la valoración de los medios de prueba que obran en el expediente y que dan cuenta de la intervención y apertura del proceso judicial de liquidación en contra de DMG Grupo Holding S.A., por parte de la Superintendencia de Sociedades, así como de las publicaciones realizadas por la Superintendencia Financiera, advirtiendo la falta de autorización de DMG para realizar actividades de captación masiva de dinero, lo que llevó a concluir que la decisión de los demandantes de invertir su dinero en esta empresa, atraídos por los cuantiosos rendimientos que ofrecía,

constituyó una conducta determinante en la producción del daño, de manera que este no puede ser atribuido a una acción u omisión por parte de las entidades demandadas. (...) Cabe mencionar que la actividad de captación ilícita de dinero desarrollada por la empresa DMG provocó la declaración de un estado de emergencia por parte del Gobierno Nacional, debido a que las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados masivamente son de interés público y están sujetos a la intervención del Estado y, en este caso existió una proliferación desbordada de distintas modalidades de captación no autorizadas, bajo sistemas de recaudo que dificultaban la intervención de las autoridades, debido a que caracterizaban por ser de difícil identificación. (...) [E]l recurrente afirma que las declaraciones de los demandantes dan cuenta de las irregularidades cometidas por DMG y que el Estado omitió vigilar. Al respecto, la Sala observa que en los interrogatorios de parte decretados a solicitud de los entes demandados: Superintendencia Financiera y DAPRE, los demandantes absolvieron el cuestionario planteado y señalaron que antes de entregar su dinero a la empresa DMG, no verificaron la actividad económica desarrollada por esta, como tampoco exigieron ninguna garantía legal para la devolución de su dinero. (...) La declaración de parte constituye un mecanismo para lograr la confesión y, por tanto, para ser valorada, debe reunir los requisitos señalados en el artículo 195 del CPC, a saber: i) que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; ii) que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; iii) que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; iv) que sea expresa, consciente y libre; v) que verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento; vi) que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada. Las afirmaciones que los demandantes realizaron durante la absolución del interrogatorio de parte, producen consecuencias jurídicas adversas, en tanto acreditan que no actuaron con la debida diligencia al momento de realizar sus negocios jurídicos con la empresa DMG, además de que no realizaron esfuerzo alguno por verificar si esta contaba con autorización para realizar captaciones masivas de dinero, pese a que la Superintendencia Financiera ya había publicado información advirtiendo sobre la falta de autorización de DMG para adelantar tales actividades. Igualmente, las declaraciones rendidas versaron sobre hechos personales, por lo que los absolventes tenían capacidad y poder dispositivo para confesar. De esta forma, encuentra la Sala que la decisión del a quo estuvo ajustada a la realidad probatoria que da cuenta en el expediente de que la conducta de los demandantes fue determinante en la producción del daño, al realizar un negocio jurídico con una empresa que captaba dinero sin la debida autorización para ello, lo cual impide que el daño pueda ser imputado a los órganos demandados, pues no se demostró en el proceso que su proceder por acción u omisión fuera su causa determinante. Esto, por cuanto lo que se comprobó fue el cumplimiento de las funciones que le correspondían a cada una, en la medida en que la Superintendencia Financiera realizó las debidas publicaciones advirtiendo sobre la falta de autorización de DMG para realizar actividades de captación de dineros, actuación que estaba encaminada precisamente a disuadir al público de realizar depósitos de dinero a la empresa en cuestión. Así mismo, la Superintendencia de Sociedades inició el proceso de liquidación judicial de dicha empresa, según lo preceptuado por el gobierno, luego de declarar el Estado de Emergencia Social. Así las cosas, aunque los demandantes sufrieron un detrimento patrimonial, no es posible afirmar que este pueda ser atribuido a una actuación u omisión de las entidades demandadas, pues está demostrado que estos realizaron sus inversiones en la empresa DMG sin estar informados sobre su actividad comercial y sin tener la debida diligencia de verificar si esta empresa contaba con autorización para captar dineros del público. (...) De esta manera, como no se demostró que el daño sea atribuible a una actuación u omisión del Estado, la Sala procederá a confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 15 de noviembre de 2017, en la que negó las pretensiones de la demanda.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 19 de febrero de 2024; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 41001-23-31-000-2011-00096-02\(60909\).](#)

3. Consejo de Estado exime de responsabilidad contractual a Fendipetróleo por presunto incumplimiento contractual.

Síntesis del caso: *El SENA adelantó la convocatoria n.º DG-0006 de marzo de 2011, para que las empresas aportantes, los gremios, las federaciones gremiales o asociaciones representativas de empresas o trabajadores, o centrales obreras o de trabajadores legalmente constituidas presentaran proyectos de formación especializada y/o actualización tecnológica del recurso humano vinculado a las mismas, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo n.º 0017 de 20091. Fendipetróleo participó en la convocatoria y formuló un proyecto, que tuvo por objeto optimizar los procesos operativos de una estación de servicio, mejorando las competencias, productividad y calificación del personal de una estación de servicio, mediante la formación especializada del recurso humano en la herramienta tecnológica Octopus EDS. Tras evaluar el proyecto formulado por Fendipetróleo, el SENA avaló su cofinanciación y, en tal virtud, el 1º de julio de 2011 las partes celebraron el convenio especial de cooperación n.º 00109, con el fin de ejecutar el proyecto referido. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, Fendipetróleo constituyó con la aseguradora Chubb Seguros Colombia S.A. y a favor del SENA la garantía estipulada en el contrato.*

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONVENIO DE COOPERACIÓN / CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN / INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / NULIDAD DEL CONTRATO / NULIDAD RELATIVA / NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ACUERDO DE VOLUNTADES / OBLIGACIONES DEL CONTRATO / CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO / FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO

Problema jurídico 1: *¿La eventual nulidad del contrato es elemento suficiente para declarar el incumplimiento contractual de la demandada, por tratarse de un contrato regido por el derecho privado?*

Tesis 1: “El SENA adelantó la convocatoria n.º DG-0006 de marzo de 2011, para que las empresas aportantes, los gremios, federaciones gremiales o asociaciones representativas de empresas o trabajadores, o centrales obreras o de trabajadores legalmente constituidas presentaran proyectos de formación especializada y/o actualización tecnológica del recurso humano vinculado a las mismas, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo n.º 0017 de 20091. Fendipetróleo participó en la convocatoria y formuló un proyecto, que tuvo por objeto optimizar los procesos operativos de una estación de servicio, mejorando las competencias, productividad y calificación del personal de una estación de servicio, mediante la formación especializada del recurso humano en la herramienta tecnológica Octopus EDS. Tras evaluar el proyecto formulado por Fendipetróleo, el SENA avaló su cofinanciación y, en tal virtud, el 1º de julio de 2011 las partes celebraron el convenio especial de cooperación n.º 00109, con el fin de ejecutar el proyecto referido. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, Fendipetróleo constituyó con la aseguradora Chubb Seguros Colombia S.A. y a favor del SENA la garantía estipulada en el contrato. En la demanda el SENA afirma, por un lado, que el convenio es nulo, porque el representante legal de Fendipetróleo no fue autorizado por la junta directiva para suscribirlo y, por el otro, que Fendipetróleo incumplió el acuerdo de voluntades, puntualmente su objeto y la obligación de entregar la contrapartida. Con fundamento en lo anterior, solicita como pretensión principal que se declare la nulidad del convenio, que se liquide, que se ordene el reconocimiento de las indemnizaciones y restituciones a que haya lugar y que se ordene el pago de las costas procesales y, subsidiariamente, que se declare la responsabilidad contractual de Fendipetróleo, que se liquide el convenio, que se ordene el pago de la correspondiente indemnización de perjuicios y que se ordene el pago de las costas procesales. (...) se advierte que Fendipetróleo adelantó actividades de capacitación en diferentes unidades temáticas, tales como: formación especializada en Octopus EDS para la operación de venta en las áreas de servicio, formación especializada en Octopus EDS para la operación de venta en isla y formación especializada en Octopus EDS para la auditoría. Además, se observa que en la gran mayoría de los casos los beneficiarios de la capacitación tuvieron a su disposición datáfonos y computadores y que, igualmente, les fue entregada una cartilla y un CD, lo que permite dar cuenta que sí recibieron instrucción en la herramienta tecnológica Octopus EDS, conclusión que se ve reforzada a partir del resultado de las encuestas que les

fueron practicadas a 164 beneficiarios, quienes, frene a la pregunta acerca de si fueron capacitados en optimización de la gestión operativa con la herramienta tecnológica Octopus EDS, de forma unísona respondieron que sí (prueba relevante 6.2.1.2.6.). Ahora bien, a pesar de que la interventoría en el informe de incumplimiento presentado al SENA el 29 de diciembre de 2011 -momento para el cual ya había fenecido el plazo de ejecución del contrato - manifestó que Fendipetróleo pretendió hacer valer sus actividades como una capacitación, “cuando en realidad es la información y promoción de un producto a un grupo de personas que se desempeñan como operarios o administrativos de estaciones de servicio, buscando generar interés para su adquisición” (hecho probado 6.2.1.1.24.), lo cierto que el fundamento principal de su consideración partió del argumento según el cual, para que las actividades realizadas por la demandada se pudieran considerar una capacitación propiamente dicha era menester que las estaciones de servicio “contaran” con la herramienta tecnológica Octopus EDS, aspecto que ya fue descartado por esta Sala (F.J. 6.4.2.1.), todo lo cual conduce a desvirtuar lo afirmado por la interventoría sobre este particular. De otro lado, si bien se aprecia que el 15 de septiembre de 2010 Fendipetróleo y Towertech Américas S.A. celebraron un convenio de cooperación con el objeto de buscar alternativas tecnológicas aplicables a las estaciones de servicio para mejorar el incremento de sus ingresos, realizar un control de toda la operación y que se presente un servicio más eficaz y eficiente al público (hecho probado 6.2.1.1.1) y que el 7 de julio de 2011 las mismas partes suscribieron un contrato de prestación de servicios, con el objeto de que esta última, quien desarrolló la herramienta tecnológica Octopus EDS, ejecutara las acciones de formación especializada del proyecto aprobado por el SENA (hecho probado 6.2.1.1.7.), la celebración de estos negocios jurídicos no resulta ser un elemento que por sí solo permita concluir que las actividades desarrolladas por Fendipetróleo, a través de Towertech Américas S.A., en el marco del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011 se encaminaron a la promoción y comercialización de la herramienta, máxime cuando los informes de interventoría emanados durante la ejecución del contrato, dan cuenta de que en efecto Fendipetróleo, a través de Towertech S.A., sí ejecutó actividades de capacitación. Lo anterior, parte de la base de recordar que el soporte sobre el que se estructura el régimen contractual es el mutuo consentimiento de las partes que da lugar al nacimiento de obligaciones recíprocas, como expresión de la autonomía de la voluntad y del que emerge la fuerza vinculante del negocio jurídico libremente convenido y el deber de ejecutar lo acordado en los términos pactados.¹²⁶ El principio enunciado –pacta sunt servanda, garante de la seguridad jurídica, constituye pilar esencial de las relaciones contractuales y encuentra su fundamento en la autonomía privada de la voluntad como fuente primaria de derechos y obligaciones. Tanto es así, que toda la estructura jurídica construida sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y voluntariamente. En efecto, la fuerza obligatoria del contrato se funda en la voluntad o querer de las partes que intervienen en él, teniendo éstas la facultad de limitar su libertad para asumir un deber de conducta en razón a una determinada causa. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, recogen este principio en los artículos 1602 y artículo 871, respectivamente, según los cuales los contratos válidamente celebrados son ley para los contratantes y no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por las causas legales. En este orden de ideas, se concluye que la demandante no cumplió con la carga probatoria que impone el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual le compete a la parte probar los hechos que pretende hacer valer, pues, contrario a lo afirmado en la demanda, las pruebas arrimadas al proceso, particularmente los informes de interventoría, no dan cuenta de que Fendipetróleo en lugar de efectuar acciones tendientes a la formación especializada de los trabajadores de las estaciones de servicio en la herramienta tecnológica Octopus EDS hubiera realizado una promoción y comercialización de la misma. En suma, como no se probó que en efecto Fendipetróleo haya incumplido el objeto del convenio, la Sala negará la pretensión y, en tal sentido, revocará la sentencia de primera instancia. (...) [L]a Sala modificará la sentencia del 25 de enero de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que: (i) declaró el incumplimiento del convenio especial de cooperación n.º 00109 del 1º de julio de 2011; (ii) condenó a Fendipetróleo, a título de indemnización de perjuicios, al pago de \$710.804.713; (iii) declaró judicialmente liquidado el convenio en la suma de \$710.804.713 a favor del SENA; (iv) condenó a la aseguradora Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. al pago de la condena, hasta el límite del valor asegurado por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo; (v) negó las demás pretensiones de la demanda; y (vi) condenó en costas a las demandadas, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, esto es, al constatar: que Fendipetróleo no incumplió el objeto del convenio y que no existen pruebas en el proceso que permitan definir saldos a favor de las partes”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de enero de 2024, C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 25000-23-36-000-2012-00568-01\(61269\).](#)

SECCIÓN CUARTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La entrada en vigor del Convenio para evitar la doble imposición (CDI) con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, aprobado por la Ley 1939 de 2008, no extendió el tratamiento fiscal de los «servicios prestados por asistencia técnica, servicios técnicos y servicios de consultoría» a los CDI suscritos con el Reino de España, la Confederación Suiza y la República de Chile, en el contexto del Principio de Nación Más Favorecida (NMF).

Síntesis del caso: *Se negó la nulidad del Concepto 0191 del 17 de febrero de 2020, expedido por la DIAN y relativo a la activación de la Cláusula de Nación Más Favorecida (NMF) en los convenios para evitar la doble imposición (CDI) suscritos por Colombia. Al respecto, la Sala concluyó que la entrada en vigor del CDI con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, aprobado por la Ley 1939 de 2008, no activó las cláusulas de nación más favorecida incorporadas en convenios anteriores suscritos por Colombia para evitar la doble tributación, en relación con el tratamiento como regalías de los pagos por la prestación de servicios técnicos, de asistencia técnica o de consultoría. La Sala sostuvo que la eliminación que hizo el CDI con el Reino Unido de la definición de regalías por los pagos por servicios técnicos, de asistencia técnica y de consultoría para someterlos al tratamiento más benéfico de utilidades no es aplicable a los convenios de doble tributación preexistentes porque no implica un tipo impositivo inferior, sino un cambio de la calificación jurídica de «regalías» por «utilidades empresariales». Lo anterior, porque el tipo impositivo inferior supone una reducción en la alícuota del mismo, que no altera su existencia continuada en el tiempo, mientras que el cambio de calificación jurídica dispuesta en el CDI con el Reino Unido implica la desaparición del concepto preexistente, a través de una nueva connotación asignada al mismo.*

TRATAMIENTO FISCAL DE INGRESOS POR SERVICIOS TÉCNICOS, ASISTENCIA TÉCNICA Y CONSULTORÍA / MODELO DE CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO OCDE / CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y EL REINO DE ESPAÑA / CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LA CONFEDERACIÓN SUIZA / CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LA REPÚBLICA DE CHILE / CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y EL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE / REGALÍAS / BENEFICIOS EMPRESARIALES / TRATAMIENTO FISCAL DE LAS REGALÍAS EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN / TRATAMIENTO FISCAL DE LOS BENEFICIOS EMPRESARIALES EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN / UTILIDADES EMPRESARIALES / TIPO IMPOSITIVO INFERIOR / PRINCIPIO O CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA NMF / CAMBIO DE CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS REGALÍAS / NO ACTIVACIÓN DEL PRINCIPIO O CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA NMF

Problema jurídico: *¿La entrada en vigor del Convenio para evitar la doble imposición con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, aprobado por la Ley 1939 de 2008, hizo extensivo el tratamiento fiscal de los «servicios prestados por asistencia técnica, servicios técnicos y servicios de consultoría» a los CDI suscritos con el Reino de España, la Confederación Suiza y la República de Chile, en el contexto del Principio de Nación más favorecida?*

Tesis: “[L]os Convenios de Doble Imposición que ocupan la atención del presente juicio de legalidad, establecen el tratamiento fiscal de los «Beneficios Empresariales» y las «Regalías» en términos sustancialmente similares entre sí, con mínimas variaciones (...) Los textos de los artículos transcritos

dejan en claro que para efecto de los CDI con España, Chile y Suiza, los «servicios prestados por asistencia técnica, servicios técnicos y servicios de consultoría» se consideran «regalías», por cuenta de la expresa inclusión de concepto dispuesta por el numeral 3 del artículo 12 de tales los convenios, en relación con el cual los protocolos de los CDI con España y Suiza puntualizaron que si Colombia, después de firmados los convenios, acordara «con un tercer Estado un tipo impositivo sobre cánones o regalías inferior al establecido en el artículo 12 del presente convenio, ese nuevo tipo impositivo se aplicará automáticamente al presente Convenio como si constara expresamente en el mismo; surtirá efectos desde la fecha en la que surtan efectos las disposiciones del Convenio firmado con ese tercer Estado». En el mismo sentido, el protocolo del CDI con Chile dispuso que si Colombia concluía un Convenio con un Tercer Estado en el que se modificara la imposición en el país fuente de los pagos por asistencia técnica, servicios técnicos o servicios de consultoría contemplados en el artículo 12, tales modificaciones se aplicaban a dicho CDI como pasa a indicarse: «En el caso de que se acuerde una exención o una alícuota menor en dicho Convenio tal exención o alícuota menor se aplicará automáticamente a este Convenio. La exención o la reducción de la alícuota se aplicarán a este Convenio a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio con el otro Estado, bajo las mismas condiciones como si esa exención o alícuota menor hubiera sido especificada en este Convenio. La autoridad competente de Colombia informará, sin demora, a la autoridad competente de Chile, que se han cumplido las condiciones para la aplicación de este párrafo». Adicionalmente, el CDI con España precisó que en la definición de regalías por parte del apartado 3 del artículo 12, «se entenderá que el concepto de asistencia técnica se refiere a la asesoría dada mediante contrato de servicios incorporales, para la utilización de conocimientos tecnológicos aplicados por medio del ejercicio de un arte o técnica». Frente al mismo artículo 12, el protocolo del CDI con Chile se limitó a indicar que, en el caso de Colombia, «la expresión “el impuesto así exigido” del párrafo 2o del artículo 12, refiere a la suma de los impuestos sobre la renta (35 por ciento) y sobre las remesas, en aquellos casos en los que la legislación interna de Colombia prevea la aplicación de estos dos conceptos para los intereses o regalías cobrados por un no residente en Colombia». Posteriormente, la Ley 1939 de 2018 aprobó el CDI con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y su Protocolo, suscritos en Londres, el 2 de noviembre de 2016, en vigencia del modelo OCDE versión 2017, cuyo preámbulo expresa el «deseo de profundizar su relación económica e intensificar su cooperación en materia tributaria» y «la intención de celebrar un Convenio para la eliminación de la doble tributación con respecto a los impuestos sobre la renta y sobre las ganancias de capital, sin crear oportunidades para la no imposición o para la reducción de impuestos a través de la evasión fiscal o de la elusión fiscal (incluyendo arreglos de búsqueda de tratados más favorables -treaty shopping- orientados a la obtención de las desgravaciones previstas en el presente Convenio para el beneficio indirecto de los residentes de terceros Estados» Siguiendo las reglas del modelo vigente, el artículo 7 del convenio se refirió a las «Utilidades empresariales» y el artículo 12 a las «Regalías», (...)Se evidencia que el CDI con el Reino Unido no extendió el concepto de regalías a los servicios técnicos, la asistencia técnica y la consultoría, a diferencia de los CDI con España, Chile y Suiza, cuyo protocolo no hizo alusiones específicas a los artículos 7 y 12 que se comentan, pero sí señaló que ambos Estados Contratantes interpretarían el Convenio a la luz de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. A su turno, el numeral IV de la respectiva exposición de motivos (Capítulo III: Imposición de Rentas) advirtió que los artículos 6 a 20 definían y delimitaban la potestad impositiva de los Estados Contratantes en relación con el impuesto sobre la renta, destacando entre otros aspectos: a) Que las utilidades empresariales del artículo 7 se gravaban en el País de residencia de la persona que ejerce la actividad empresarial, excepto cuando ésta se lleva a cabo mediante un establecimiento permanente situado en el otro Estado Contratante, como tal facultado podrá gravar las rentas atribuidas al Establecimiento Permanente. b) Que las Regalías descritas en el artículo 12 provienen de la explotación de marcas, patentes y toda clase de propiedad industrial y comercial, gravadas de forma compartida por parte del Estado en donde reside el beneficiario efectivo de las mismas y el Estado de la fuente donde se usa el bien que da lugar a pagarlas, con una tributación sometida al límite máximo de tarifa del 10 %, generalmente pactada por los países en vía de desarrollo con los países desarrollados. Refiriéndose a este segundo aspecto, la exposición de motivos advierte que «Colombia cambió su política con respecto al tratamiento de los pagos por servicios técnicos, de asistencia técnica y de consultoría, la cual se ve reflejada en el convenio para evitar la doble imposición que suscribió con anterioridad a este, suscrito con la República Francesa⁽¹¹⁾. Así, en los primeros convenios suscritos por Colombia se acordó que los servicios técnicos, de asistencia técnica y de consultoría fueran tratados como “regalías”, lo que resultó en un gravamen en Colombia de dichos servicios con una tarifa del 10 %, siempre que el beneficiario del servicio fuera residente en Colombia e independientemente de que el servicio fuera prestado en Colombia o fuera del territorio nacional», haciendo notar que ese tratamiento de regalías encarecía la adquisición y utilización de conocimientos especializados por parte de los residentes en Colombia, porque el gravamen en el país de servicios que no se prestan en el territorio nacional generaba, para el prestador extranjero del servicio, la imposibilidad de acreditar el impuesto pagado en Colombia contra el impuesto generado en el Estado de la residencia, convirtiéndose en un mayor costo del servicio, generalmente trasladado vía precio al cliente colombiano y conllevando un encarecimiento de la importación de conocimientos y servicios especializados. Se resalta. De manera que, «como parte de su política general en materia de innovación y educación, el Gobierno nacional decidió cambiar su política en relación con dichos servicios especializados y adoptar, con respecto a los países con los que suscriba un

convenio para evitar la doble imposición, **la regla generalmente adoptada en el mundo, consistente en gravar los servicios especializados en el lugar en el que se prestan**». Se resalta. Consecuentemente, el CDI entre Colombia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte «*eliminó de la definición de regalías a los pagos por servicios técnicos, de asistencia técnica y de consultoría, con lo que dichos pagos no podrán someterse al tratamiento consagrado para las regalías, estando, por ende, sometidos a lo establecido en el artículo 7, relativo a las "Utilidades empresariales"*». Asimismo, el capítulo III resaltó que el preámbulo del convenio establecía su objeto y propósito, para efecto de la interpretación y correcta aplicación del mismo, pauta ausente en los CDI con el Reino de España, la República de Chile y la Confederación Suiza, observando que los dos primeros se limitaron a aludir al «*deseo de concluir dichos convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio (en el caso de España), de Renta y Patrimonio (en el caso de Chile)*». **El caso concreto - Aplicación extensiva del tratamiento fiscal de los «servicios prestados por asistencia técnica, servicios técnicos y servicios de consultoría» en el CDI con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, a los CDI con el Reino de España, la Confederación Suiza y la República de Chile, en el contexto del Principio de Nación Más Favorecida** Se ha dicho que los protocolos de los CDI con España, Suiza y Chile admiten la aplicación automática de los nuevos tipos impositivos sobre **cánones o regalías inferiores a los previstos en el numeral 3 del artículo 12 de los mismos**, que Colombia hubiere acordado con un tercer estado, después de firmar dichos tratados, como si constaran expresamente en éstos, y que esos nuevos tipos surtirían efecto desde el momento en que lo hacen las disposiciones del Convenio firmado con ese tercer Estado. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte es un tercer estado frente a los CDI con España, Suiza y Chile, quienes consideraron a los «*servicios prestados por asistencia técnica, servicios técnicos y servicios de consultoría*» como incluidos en el concepto de «*regalías*» sometidas a imposición en el Estado Contratante del que proceden, de acuerdo con la legislación de ese Estado y a una tarifa que no exceda el 10 % del importe bruto, si el beneficiario efectivo es residente del otro Estado Contratante [12 (num. 2 y 3)]. Sin embargo, esa condición subjetiva del Reino Unido como Tercer Estado no accede a los fines previstos en los protocolos de los CDI con España [VII., 3] y Suiza [4] que, como parte integrante de los convenios suscritos, tienen fuerza vinculante y obligatoria, y disponen la aplicación automática de los nuevos tipos impositivos **sobre cánones o regalías inferiores acordados con terceros estados**. Es así, porque el CDI con el Reino Unido, si bien posterior a aquellos, **no dispuso un tipo impositivo inferior**, sino que cambió la calificación jurídica de «*Regalías*» respecto de los servicios mencionados, por la de «*utilidades empresariales*». En efecto, mientras semánticamente el tipo impositivo inferior supone una reducción en la alícuota del mismo, que no altera su existencia continuada en el tiempo, el cambio de calificación jurídica dispuesta en el CDI con el Reino Unido implica la desaparición del concepto preexistente, a través de una nueva connotación asignada al mismo y en adelante aplicable, de manera que, bajo la égida del principio de «*Nación Más Favorecida*», ese cambio no es *per se* una razón legítima determinante para hacer extensivo el nuevo tratamiento fiscal dispuesto en dicho CDI respecto de los «*servicios prestados por asistencia técnica, servicios técnicos y servicios de consultoría*», a los CDI con el Reino de España, la Confederación Suiza y, menos aún, con la República de Chile, en el que ni siquiera se contempla la disposición protocolaria de aplicación automática de tipo impositivo inferior prevista en los dos primeros. Respecto de la cláusula de la nación más favorecida, la Corte Constitucional ha reconocido que, cuando el País receptor de la inversión concede una ventaja a un Tercer Estado, nace el derecho de los demás Estados a recibir el trato no menos favorable, extendido a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del tratado que consagra dicho trato, en el ámbito de materias reguladas por aquel, por cuenta del efecto cascada que la jurisprudencia constitucional le atribuyó a la aplicación de dicha cláusula, consistente en que cualquier condición beneficiosa que Colombia concediera a otro Estado, en razón de las ventajas comparativas que supusiera cada negociación, le podrían ser extensibles a otros convenios suscritos con terceros países, dando lugar, incluso, a reemplazar las cláusulas del tratado suscrito con un Estado por las previstas en otro instrumento, si estas últimas resultaren más favorables. Sin embargo, las disímiles situaciones fiscales de los beneficiarios efectivos que no residen en el Estado Contratante del que proceden las regalías, respecto de los que sí residen, y el entendido de que el Estado Contratante debe conceder a los ciudadanos de los demás Estados Contratantes las mismas ventajas de las que gozan sus propios ciudadanos, no validan la aplicación del nuevo régimen fiscal de «*utilidades empresariales*» a los «*servicios prestados por asistencia técnica, servicios técnicos y servicios de consultoría*» convenidos en los CDI con España, Suiza y Chile, bajo la calificación jurídica de «*Regalías*», con una determinada tarifa de tributación. Es así, porque el cambio de calificación jurídica establecido en el nuevo régimen fiscal mencionado no disminuyó dichas regalías en términos de «*quantum*», impidiendo con ello que se configurara el elemento comparativo determinante del trato diferencial que el principio de nación más favorecida busca repeler, en tanto que no estaríamos ante un tipo impositivo inferior, es decir, que se haya limitado a reducir la alícuota prevista para el mismo, sino ante la supresión de este último con la consiguiente tributación de los servicios mencionados a título de «*utilidades empresariales*» en el País de la Residencia y, excepcionalmente, en el País de la fuente, cuando la actividad de servicio se realiza mediante un establecimiento permanente situado en el otro Estado Contratante. Una conclusión contraria implicaría desconocer el texto mismo de los CDI con España, Suiza y Chile y, con ello, la intención de los Estados Contratantes, en desmedro de las reglas interpretativas de la Ley 32 de 1985, aprobatoria de la

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sin considerar su progresiva importancia como fuente del derecho internacional, ni las máximas universales de libre consentimiento de las partes, buena fe y el principio *pacta sunt servanda*, por cuenta de los cuales deben crearse condiciones que mantengan el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados. Desde esa perspectiva, la condición de «*cánones o regalías inferiores a los previstos en el numeral 3 del artículo 12*», a la que se sujetó la aplicación de los nuevos tipos impositivos establecidos en los tratados posteriores suscritos por Colombia, según el mandato contenido en los protocolos de los CDI con España y Suiza, deben interpretarse restrictivamente en el sentido impuesto por aquellos, a la luz del texto mismo de esos tratados y de la explícita intención que abrigaron las partes al celebrarlos, que no fue otra distinta a tratar los pagos por «*servicios prestados por asistencia técnica, servicios técnicos y servicios de consultoría*» como «*regalías*» gravadas a una tarifa del 10 %, siempre que el beneficiario del servicio fuera residente en Colombia e independientemente de que el servicio fuera prestado en Colombia o fuera del territorio nacional. Por tanto, al no encontrarse cumplida la condición legal prevista en los protocolos aprobados por las Leyes 1062 de 2006 y 1344 de 2009, para acceder a la cláusula de nación más favorecida respecto de los «*servicios prestados por asistencia técnica, servicios técnicos y servicios de consultoría*», la Sala concluye que la entrada en vigor del CDI con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte aprobado por la Ley 1939 de 2008 no la activó, sin que la generalidad de los cargos de nulidad formulados permita realizar análisis adicionales respecto del alcance de dicha cláusula en el CDI con Chile aprobado por la ley 1261 de 2008, de cara a su protocolo. En consecuencia, y ya que la presunción de legalidad del concepto demandado no fue desvirtuada, la Sala desestimaré las pretensiones de la demanda.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 4 de abril de 2024, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2020-00029-00 \(25411\).](#)

Salvamento de voto del Consejero Milton Chaves García

TRATAMIENTO FISCAL DE INGRESOS POR SERVICIOS TÉCNICOS, ASISTENCIA TÉCNICA Y CONSULTORÍA / CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y EL REINO DE ESPAÑA / CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LA CONFEDERACIÓN SUIZA / CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LA REPÚBLICA DE CHILE / CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y EL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE / REGALÍAS / UTILIDADES EMPRESARIALES / TRATAMIENTO FISCAL DE LAS REGALÍAS EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN / TRATAMIENTO FISCAL DE LOS BENEFICIOS EMPRESARIALES EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN / UTILIDADES EMPRESARIALES / TIPO IMPOSITIVO INFERIOR / CAMBIO DE CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS REGALÍAS / ALCANCE DEL PRINCIPIO O CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA NMF / TRATAMIENTO TRIBUTARIO MÁS FAVORABLE / ACTIVACIÓN DEL PRINCIPIO O CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA NMF

Tesis: “En mi criterio, el haber considerado que los pagos por la prestación de servicios técnicos, de asistencia técnica o de consultoría son utilidades y no regalías, como se hizo en el CDI con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, es un tratamiento tributario más favorable frente al que se tenía en convenios suscritos con anterioridad pues es evidente que en aquel solo se tributa en el país de origen, mientras que en estos se preveía la posibilidad de tributar en los dos estados (En el residente y en el contratante). El principio de nación más favorecida en el sistema multilateral de comercio ha sido entendido como el acuerdo entre dos naciones para que condiciones de acceso más favorables que se hayan concedido a un tercer país deban otorgarse, automáticamente, a los países que así lo pactan. Lo que permite que todos se beneficien sin necesidad de nuevas negociaciones. No hay ninguna razón para que este principio tenga un alcance diferente, mucho menos restringirlo, cuando se trata de convenios para evitar la doble imposición. En aquellos convenios suscritos por Colombia en los que se pactó que “en caso de que Colombia (...) acordara con un tercer Estado un tipo impositivo sobre cánones o regalías inferior (...) ese nuevo tipo impositivo se aplicará automáticamente al presente convenio como si constara expresamente en el mismo (...)” se refiere, en virtud del principio de nación más favorecida, que, en general, un mejor tratamiento impositivo o si se quiere, un impuesto inferior, se aplique automáticamente. No hay ninguna razón para inferir que el convenio se refería solamente a una “tarifa inferior”. Ni siquiera la supuesta literalidad de la norma, pues vale decir que no es lo mismo “tipo impositivo” que “alcuota”. A la misma conclusión se llega en los convenios en que se indicó que “Si Colombia concluye un Convenio con un tercer Estado en el que se modifique la imposición en el país de la fuente de los pagos por asistencia técnica, servicios técnicos o servicios de consultoría que se contemplan en el artículo 12 de este convenio, tales modificaciones se aplicarán al presente Convenio como se indica a continuación: En el caso de que

se acuerde una exención o una alícuota menor en dicho convenio, tal exención o alícuota menor se aplicará automáticamente a este convenio. La exención o la reducción de la alícuota se aplicará a este Convenio a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio con el otro Estado, bajo las mismas condiciones como si esa exención o alícuota menor hubiera sido especificada en este Convenio.” La literalidad del convenio indica que el presupuesto para la aplicación del principio de nación más favorecida es que se modifique la imposición en el país de la fuente de los pagos por asistencia técnica, servicios técnicos o servicios de consultoría. Ello fue lo que ocurrió al suscribir Colombia el convenio con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por lo que la cláusula debe activarse. La manera como el convenio señala que debe cumplirse este principio es que se aplique automáticamente, a partir de la fecha de entrada en vigor del convenio con el otro estado (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en este caso). La mención a “exención” y “alícuota menor” debe entenderse como la enunciación de posibles tratamientos favorables, pero no como que sólo si hay este tipo de beneficios se activa la cláusula porque ello va en contra del principio de nación más favorecida que predica que todas las condiciones de acceso que se hayan concedido a un país deben otorgarse a los demás participantes del sistema. En los anteriores términos de lo expresadas las razones del salvamento de voto”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 4 de abril de 2024, S.V. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2020-00029-00 (25411).

2. Se anula el Concepto 100208221-00-172 del 20 de septiembre de 2011, en el que la DIAN señalaba como gravado con IVA el servicio público de gestión catastral.

Síntesis del caso: *El artículo 10 del Decreto 1372 de 1992 prohíbe expresamente gravar con IVA «las tasas, peajes y contribuciones, que se perciben por el Estado o por las entidades de derecho público, directamente o a través de concesiones». Por su parte, los artículos 79 [parágrafo 3] de la Ley 1955 de 2019 y 43 [parágrafo 3] de la Ley 2294 de 2023 previeron que la prestación del servicio público catastral por parte de los gestores catastrales “no generará el pago de IVA”, en concreto “durante la vigencia de este Plan Nacional de Desarrollo”, esto es, por los años 2018 a 2026. En el Concepto 100208221-00-172 de 20 de septiembre de 2011, la DIAN indicó que «el artículo 476 del Estatuto Tributario no consagra el servicio de actualización catastral como excluido del impuesto sobre las ventas». Al señalar que la actualización catastral no está excluida del IVA, dicho acto entiende que el referido servicio está gravado con el impuesto, lo que viola las citadas normas que prohíben gravar con IVA las tasas y la prestación del servicio público catastral, motivo suficiente para anular el concepto en mención.*

CATASTRO / FINALIDAD DEL CATASTRO / FORMACIÓN CATASTRAL / ACTUALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN CATASTRAL / CONSERVACIÓN DE LA INFORMACIÓN CATASTRAL / GESTIÓN CATASTRAL / INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI IGAC / GESTOR CATASTRAL / OPERADOR CATASTRAL / SERVICIO PÚBLICO DE GESTIÓN CATASTRAL / REMUNERACIÓN DEL GESTOR CATASTRAL / RÉGIMEN TARIFARIO DEL SERVICIO PÚBLICO DE GESTIÓN CATASTRAL / PRINCIPIO DE GRATUIDAD DEL SERVICIO / TASA / CARACTERÍSTICAS DE LA TASA / TASA POR PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE GESTIÓN CATASTRAL / TASA POR PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACTUALIZACIÓN CATASTRAL / IVA SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO DE ACTUALIZACIÓN CATASTRAL / ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EXCLUSIÓN DEL IVA SOBRE SERVICIO GRAVADO CON TASA / PROSPERIDAD PARCIAL DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico: *¿Procede acceder parcialmente a las pretensiones de nulidad contra los Conceptos 100208221-00-172 de 20 de septiembre de 2011 y 100208192-167 [910506] de 23 de septiembre de 2021, expedidos por la DIAN, el primero de los cuales señala que se grava con IVA el servicio público de gestión catastral?*

Tesis: “El artículo 1 de la Ley 14 de 1983 establece que el catastro es el inventario o censo, debidamente actualizado y clasificado, de los bienes inmuebles pertenecientes al Estado y a los particulares, con el objeto de lograr la correcta identificación en sus aspectos físico, jurídico, fiscal y económico. El artículo 3 *ibidem*, señala que las autoridades catastrales tendrán a su cargo las labores de «formación, actualización y conservación de los catastros», para la correcta identificación física, jurídica, fiscal y económica de estos predios. Estas labores se encontraban definidas en la Resolución 070 de 2011 expedida por el IGAC,

vigente para cuando se dictó el Concepto 100208221-00-172 de 20 de septiembre de 2011, y actualmente lo están en la Resolución IGAC 1040 de 2023, en términos similares. De acuerdo con estas normas, la **formación catastral** es un proceso que se lleva a cabo una sola vez en un territorio objetivo, cuando no hay información física previa en la base de datos catastral relacionada con los predios de este territorio. Por su parte, la **actualización catastral** hace referencia al conjunto de operaciones destinadas a identificar, verificar, incorporar, renovar y/o corregir cambios e inconsistencias en la información catastral de los predios en relación con la realidad de sus características físicas, jurídicas y económicas. Y la **conservación catastral** es un proceso esencial para mantener actualizada la base de datos catastral frente a la realidad de las referidas características de los inmuebles. De otra parte, la **«gestión catastral»**, que la demandante estima gravada con el IVA por disposición de los conceptos enjuiciados, hace referencia a estos mismos procesos, y está desarrollada en los artículos 79 de la Ley 1955 de 2019 (PND 2018-2022) y 43 de la Ley 2294 de 2023 (PND 2022-2026), que la definen como *«un servicio público prestado directamente por el Estado, que comprende un conjunto de operaciones técnicas y administrativas orientadas a la adecuada formación, actualización, conservación y difusión de la información catastral con enfoque multipropósito, para contribuir a la prestación eficiente de servicios y trámites de información catastral a la ciudadanía y a la administración del territorio en términos de apoyo para la seguridad jurídica del derecho de propiedad inmueble, el fortalecimiento de los fiscos locales y el apoyo a los procesos de planeación y ordenamiento territorial, con perspectiva intercultural»* (normas compiladas en el artículo 2.2.2.1.1 del Decreto 1170 de 2015). Esta misma norma señala que la **gestión catastral** está a cargo del IGAC en su condición de máxima autoridad catastral nacional y de los entes territoriales y esquemas asociativos de entes territoriales que el IGAC habilite a solicitud de parte, previo cumplimiento de las condiciones que garanticen su idoneidad como prestadores del servicio público, los cuales tienen la calidad de gestores catastrales. Igualmente, dispone que operadores catastrales (personas jurídicas de derecho público o privado) puedan, mediante contrato con uno o varios gestores catastrales, apoyar las labores operativas que sirven de insumo para los procesos de formación, actualización y conservación de la información catastral. Por su parte, el artículo 2.2.2.5.6 del Decreto 1170 de 2015 (compilatorio del artículo 2 del Decreto 1608 de 2022), señala que las entidades territoriales que no estén habilitadas [como gestores catastrales] podrán contratar o celebrar convenios interadministrativos con un gestor catastral en los términos de dicho decreto para la prestación del servicio público de gestión catastral en su territorio y de conformidad a lo establecido en el ordenamiento legal. En cuanto a la remuneración del gestor catastral, el artículo 47 de la Ley 2294 de 2023 confirió competencia al IGAC para *«expedir el régimen de tarifas de los servicios y trámites de la gestión catastral, basado en criterios de eficiencia, suficiencia financiera y sostenibilidad»*, lo cual guarda coherencia con el artículo 338 de la Constitución Política, conforme con el cual *«la ley [puede] permitir que las autoridades fijen las tarifas de las [tasas] que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten»*. Sobre este punto, la Resolución IGAC 1040 de 2023 estableció que *«el régimen tarifario que para el efecto expida el IGAC, se realizará partiendo de los principios generales de progresividad y gradualidad y de un análisis de costos, que permitan de una manera escalonada implementar la gratuidad en la atención y prestación de servicios y productos a cargo de los gestores catastrales, para hacer asequible la oferta institucional a los ciudadanos»*. Así, la remuneración de la gestión catastral propende por recuperar únicamente los costos incurridos en la prestación del servicio, ya que uno de sus principios es la **gratuidad del servicio**. Esta vocación de gratuidad también estaba reflejada en el artículo 59 de la Resolución IGAC 070 de 2011, vigente al momento de la expedición del Concepto DIAN 100208221-00-172 de 20 de septiembre de 2011. En efecto, el citado artículo disponía que *«los trabajos necesarios para la inscripción de los predios en la formación, actualización de la formación o en la conservación catastral se harán sin costo alguno para los propietarios o poseedores»*. De acuerdo con lo precisado por la Corte Constitucional, se considera **tasa** el gravamen que cumpla con las siguientes características: (i) el hecho generador se basa en la prestación de un servicio público o en un beneficio particular al contribuyente, por lo cual es un beneficio individualizable; (ii) tiene naturaleza retributiva, por cuanto las personas que utilizan el servicio público deben pagar por él, compensando el gasto en que ha incurrido el Estado para prestar dicho servicio; y (iii) se cobra cuando el contribuyente provoca la prestación del servicio, siendo el cobro de forma general proporcional, aunque en ciertos casos admite criterios distributivos (sentencia C-147 de 2021). Bajo los anteriores términos, la remuneración que puedan obtener los gestores catastrales por la gestión de formación, actualización, conservación y difusión catastral, cuando es provocada por el contribuyente o en el evento del artículo 2.2.2.5.6 del Decreto 1170 de 2015 (entidades territoriales que contratan la prestación del servicio con un gestor catastral), tiene la connotación de **tasa**, puesto que obedece a la retribución del servicio público de gestión catastral prestado. El artículo 10 del Decreto 1372 de 1992 prohíbe expresamente gravar con IVA *«las tasas, peajes y contribuciones, que se perciben por el Estado o por las entidades de derecho público, directamente o a través de concesiones»*. Por su parte, de manera armónica, los artículos 79 [parágrafo 3] de la Ley 1955 de 2019 y 43 [parágrafo 3] de la Ley 2294 de 2023 previeron que la prestación del servicio público catastral por parte de los gestores catastrales *“no generará el pago de IVA”*, en concreto *“durante la vigencia de este Plan Nacional de Desarrollo”*, esto es, por los años 2018 a 2026. Ahora bien, en el **Concepto 100208221-00-172 de 20 de septiembre de 2011**, la DIAN indicó que *«el artículo 476 del Estatuto Tributario no consagra el servicio de actualización catastral como excluido del impuesto sobre las ventas»*. Al señalar que la

actualización catastral no está excluida del IVA, dicho acto entiende que el referido servicio está gravado con el impuesto, lo que viola los artículos 10 del Decreto 1372 de 1992 y 79 [parágrafo 3] de la Ley 1955 de 2019 y 43 [parágrafo 3] de la Ley 2294 de 2023, pues la remuneración por el servicio público de actualización catastral es una tasa, motivo suficiente para anular el concepto en mención. (...) [E]n realidad, en el Concepto 167 [910506] de 23 de septiembre de 2021, la DIAN no señaló que el servicio público de gestión catastral en sus distintas modalidades estuviera gravado con IVA, como pareció entenderlo la demandante. En consecuencia, frente a este acto no puede predicarse la vulneración de normas superiores, en particular, de las que prohíben gravar con IVA las tasas y la prestación del servicio público catastral. En efecto, lo que se resolvió en dicho acto es que debía verificarse, en cada caso, si el cobro de ese servicio configura una tasa, pues, de ser así, estaría excluido del gravamen. Por tanto, la DIAN se abstuvo de realizar ese examen porque consideró que la consulta correspondía a un análisis de un caso particular y no a la interpretación general de normas tributarias. En consecuencia, se niega la nulidad del Concepto 167 [910506] de 23 de septiembre de 2021. En suma, como se advirtió, se accede parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues se anula el Concepto 100208221-00-172 de 20 de septiembre de 2011 y se niega la nulidad del Concepto 167 [910506] de 23 de septiembre de 2021.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de abril de 2024, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2022-00069-00 \(27331\).](#)

3. Es nula la Circular 000005 del 5 de febrero de 2021, en la que el Director de Rentas y Gestión Tributaria de la Gobernación de Cundinamarca fijó directrices sobre la “liquidación del impuesto de registro en los casos de nuda propiedad, usufructo y consolidación del dominio pleno”.

Síntesis del caso: *Por falta de competencia del Director de Rentas y Gestión Tributaria de la Gobernación de Cundinamarca, la Sala confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo del mismo departamento que anuló la Circular 000005 de 2021, en la que dicho Director impartió directrices sobre la base gravable del impuesto de registro, a los contribuyentes, funcionarios del departamento, notarios y registradores de oficinas de instrumentos públicos de Bogotá y Cundinamarca que intervienen en la liquidación del tributo. Al respecto, la Sala concluyó que el Decreto Ordenanzal 437 del 25 de septiembre de 2020, proferido por el Gobernador de Cundinamarca, establece en el artículo 84 las funciones de la Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la gobernación, cuyo numeral 1, si bien menciona como función de esta dependencia la administración, dirección y control de la gestión de los tributos y su determinación oficial, no hace referencia a impartir directrices en las que se disponga sobre la base gravable del impuesto de registro, aun cuando dichas instrucciones sean para sus propios funcionarios, análisis que condujo a confirmar la nulidad de la Circular demandada.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / EMPLEADO PÚBLICO / ATRIBUCIONES DEL EMPLEADO PÚBLICO / COMPETENCIAS DEL EMPLEADO PÚBLICO / COMPETENCIA PARA LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FALTA DE COMPETENCIA EN LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL POR FALTA DE COMPETENCIA / DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA / DIRECCIÓN DE RENTAS Y GESTIÓN TRIBUTARIA / IMPUESTO DE REGISTRO / ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: *¿El Director de Rentas y Gestión Tributaria de la Gobernación de Cundinamarca tenía competencia para expedir la Circular 000005 del 05 de febrero de 2021, relacionada con la “liquidación del impuesto de registro en los casos de nuda propiedad, usufructo y consolidación del dominio pleno”?*

Tesis: “[S]e observa que, de conformidad con los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política, un funcionario público, en el desempeño de su cargo, solo puede hacer lo expresamente permitido, por lo que todas las funciones de los empleados públicos deben estar detalladas, bien sea en la ley o un reglamento. Sobre la competencia para expedir un acto, esta Sala ha señalado que constituye un elemento esencial de la validez de un acto administrativo. En efecto, “la competencia es la facultad o el poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinar función”, de ahí que su existencia se configura cuando el acto administrativo es expedido por el funcionario habilitado por el ordenamiento jurídico para ello, es decir, por quien tiene dentro de las funciones que le hayan sido otorgadas por la Constitución y la Ley, la de expedir

actos administrativos. En esa medida, la falta de competencia, como vicio de nulidad, se configura cuando el acto es proferido al margen de las competencias legales y constitucionales atribuidas a la autoridad respectiva. Para resolver el cargo de apelación se tiene que la Ordenanza No. 02 del 11 de marzo de 2020, facultó temporalmente al Gobernador del Departamento de Cundinamarca para determinar, actualizar y ajustar la estructura administrativa de la entidad territorial y, como consecuencia, se expidió el Decreto Ordenanzal No. 437 del 25 de septiembre de 2020 *"Por el cual se establece la estructura de la Administración Pública Departamental, se define la organización interna y las funciones de las dependencias del sector central de la Administración Pública de Cundinamarca y se dictan otras disposiciones"*. En el artículo 84 *ibidem* se indicaron las funciones de la Dirección de Rentas y Gestión Tributaria. Puntualmente, en la apelación, el Departamento hizo referencia al numeral primero que consagra: *"1. Administrar, dirigir y controlar la gestión de los tributos del Departamento, así como su determinación oficial"*. Nótese que el numeral 1, si bien menciona la administración, dirección y control de la gestión de los tributos y su determinación oficial, en ningún momento hace referencia a impartir directrices en las que se disponga sobre la base gravable del impuesto de registro, aun cuando dichas instrucciones sean para sus propios funcionarios, aspecto que incluso fue aceptado por la demandada en la oposición, al señalar que dentro de las funciones del mencionado artículo 84 *"no se contempla la facultad de modificar y/o reglamentar los tributos que se cobran en el Departamento de Cundinamarca"*. A esto se suma que el Tribunal estudió todas las facultades consagradas en el Decreto Ordenanzal No. 437 del 25 de septiembre de 2020 para dicha dependencia, sin que se presentara un reparo contra estas, pues como se dijo, en la apelación solo mencionó la primera, la cual fue objeto de estudio en esta sentencia. Por lo expuesto, es claro que el Director de Rentas y Gestión Tributaria carecía de competencia para emitir la circular demandada."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de abril de 2024, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2022-00111-01 \(27598\).](#)

4. El régimen de precios de transferencia no exime a las sucursales de cumplir con el registro del contrato de importación de tecnología para efectos de deducir costos y gastos de la base gravable del impuesto sobre la renta, en especial, cuando la prestación de servicios técnicos que involucran la importación de tecnología al país se realiza por operaciones celebradas con su casa matriz del exterior.

Síntesis del caso: *Se analizó la legalidad de los actos administrativos en los que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta que presentó la actora por el año gravable 2010, en el sentido de desconocer costos derivados de la prestación de los servicios técnicos que la contribuyente recibió de su casa matriz de Argentina, imponer sanción por inexactitud y determinar un saldo a pagar. El rechazo de los costos se fundó en la falta de registro de la operación de importación de tecnología en los términos previstos por el artículo 67 del Decreto 187 de 1975. Al respecto, la Sala concluyó que efectivamente procedía el rechazo del costo registrado por la actora en su declaración de renta, relacionado con una operación de egreso por concepto de servicios técnicos celebrada con su oficina principal en el exterior, toda vez que la deducibilidad del costo estaba sujeta al registro del contrato que acreditaba la importación de tecnología al país, lo cual no ocurrió, sin que el hecho de que la actora carezca de personería jurídica bajo las normas comerciales y societarias, en su condición de sucursal de sociedad extranjera, y que, a su vez, estuviese sometida al régimen de precios de transferencia cambiará esta conclusión. En consecuencia, la Sala anuló parcialmente los actos acusados, solo en lo atinente a la sanción por inexactitud, la cual levantó al concluir que la actora carecía de conciencia sobre la antijuridicidad de la inclusión en su declaración de renta del costo en discusión, lo que se enmarcaba en la causal de exoneración de responsabilidad punitiva prevista en el artículo 647 del Estatuto Tributario.*

IMPUESTO SOBRE LA RENTA / SUCURSAL / NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUCURSAL / TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LA SUCURSAL / RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / SOCIEDAD EXTRANJERA / CONTRIBUYENTE DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA / TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LAS ENTIDADES EXTRANJERAS / PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / VINCULADO ECONÓMICO O PARTE RELACIONADA / OBLIGACIONES FORMALES DEL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / OBLIGACIÓN DE PRESENTAR LA DECLARACIÓN INFORMATIVA INDIVIDUAL DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / OBLIGACIÓN DE PRESENTAR LA DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / CONTENIDO DE LA DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / POTESTAD DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL LEGISLADOR EN MATERIA TRIBUTARIA / POLÍTICA FISCAL / REGISTRO DEL CONTRATO DE IMPORTACIÓN DE TECNOLOGÍA / FINALIDAD DEL REGISTRO DEL CONTRATO DE IMPORTACIÓN DE TECNOLOGÍA / REQUISITOS DEL CONTRATO DE IMPORTACIÓN DE TECNOLOGÍA / REQUISITOS DE LA DEDUCCIÓN DE COSTOS Y GASTOS POR LA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA / DEDUCCIÓN DE REGALÍAS / IMPROCEDENCIA DE LA DEDUCCIÓN POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS TÉCNICOS

Problema jurídico 1: *¿Las sucursales, también como contribuyentes del impuesto a la renta sometidos al régimen de precios de transferencia, se encuentran eximidas de cumplir con la obligación de registro del contrato de importación de tecnología, en especial, cuando la prestación de servicios técnicos que involucran la importación de tecnología al país se realiza por operaciones celebradas con su casa matriz del exterior?*

Tesis 1: “El artículo 263 del Código de Comercio define sucursal (...) De acuerdo con lo transcrito, las sucursales son establecimientos de comercio abiertos para desarrollar los negocios sociales y están administrados por mandatarios con facultades de representación de la sociedad. Se presume que el mandatario encargado de la sucursal tiene las mismas atribuciones de los administradores de la principal, salvo que exista un poder que delimite esas atribuciones. Al analizar el artículo 263 del Código de Comercio, norma de carácter netamente comercial y societario, esta Sección ha reconocido que las sucursales «no son personas distintas de la oficina principal o casa matriz. Al contrario, las sucursales dependen económica y jurídicamente de dicha oficina principal o casa matriz, pues de estas se predica el control de los recursos y de las actividades económicas». Esto es así, porque las sucursales carecen de capital propio y responsabilidad separada de la sociedad de la cual forman parte, al punto que llevan contabilidad especial que es consolidada con la de oficina principal. En este orden de ideas, la Sala coincide con la demandante en el sentido de que la actora, en su condición de sucursal de una sociedad extranjera, no es una persona jurídica distinta de su oficina principal y, por lo mismo, en principio y bajo las normas comerciales y societarias, no podría celebrar contratos con su oficina principal, en tanto que son la misma persona y, como bien lo señala la actora en su demanda, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe norma alguna que regule la figura del autocontrato. Empero, lo cierto es que, para efectos de lo que atañe al caso concreto y a esta Sección, lo relevante es determinar el tratamiento tributario que se les da a las sucursales, en virtud de la legislación en materia de impuesto sobre la renta y del régimen de precios de transferencia. Para estos efectos, el artículo 20 del Estatuto Tributario, vigente para la fecha de los hechos, señalaba que: “Salvo las excepciones especificadas en los pactos internacionales y en el derecho interno, son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, las sociedades y entidades extranjeras de cualquier naturaleza, únicamente en relación a su renta y ganancia ocasional de fuente nacional. Para tales efectos, se aplica el régimen señalado para las sociedades anónimas nacionales, salvo cuando tengan restricciones expresas.” De acuerdo con lo anterior, las entidades y sociedades extranjeras con independencia si incorporan o no una sucursal en el país son considerados contribuyentes del impuesto sobre la renta, únicamente respecto de su renta y ganancia ocasional de fuente colombiana. Así mismo, para efectos de determinar el impuesto le son aplicables las disposiciones contenidas en el Estatuto Tributario para las sociedades anónimas nacionales, salvo que expresamente se indicara lo contrario. Es claro entonces que, hay un tratamiento tributario particular para las entidades extranjeras incluidas las sucursales, muy a pesar de que, bajo las normas comerciales y societarias, estas no sean más que una extensión de la oficina principal, carentes de personería jurídica, patrimonio propio y capacidad decisoria. Y es que, contrario a lo previsto en el régimen mercantil y societario, el Estatuto Tributario contempla escenarios en los que, para efectos del impuesto a la renta, la sucursal se entiende como una entidad distinta de su oficina principal, con patrimonio determinado y capacidad jurídica para contraer derechos y obligaciones con la principal, lo cual no es novedoso en el ámbito tributario nacional. En efecto, nótese que el artículo 124 del Estatuto Tributario, vigente para el año 2010, reconoce la posibilidad de que las sucursales en Colombia de sociedades extranjeras deduzcan de sus ingresos a título de costo o deducción las cantidades pagadas o reconocidas a sus casas matrices u oficinas del exterior, por concepto de gastos

de administración o dirección, siempre que sobre los mismos se haya practicado retención en la fuente a título del impuesto a la renta. Lo previsto en este artículo parte del entendimiento de que entre la sucursal y la oficina principal en el exterior existe una obligación, susceptible de ser extinguida mediante un pago. Nuevamente, muy a pesar de que, bajo las normas comerciales y societarias, este escenario sería jurídicamente inviable, puesto que, se reitera, las sucursales de sociedades extranjeras no son una persona jurídica distinta de su oficina principal. A su turno el artículo 124-1 preveía que son deducibles para las sucursales de sociedades extranjeras los intereses y demás costos o gastos financieros, incluida la diferencia en cambio generados en operaciones de corto plazo para la adquisición de materias primas y mercancías en las cuales *la principal* o su casa matriz extranjera o agencias, sucursales o filiales de la misma con domicilio en el exterior operen como proveedores directos, reconociendo para efectos fiscales la procedencia de los contratos de compraventa y su financiación entre las sucursales y la oficina principal o la casa matriz extranjera. Otro ejemplo, es lo dispuesto en el inciso primero del artículo 287 del Estatuto Tributario, vigente para el año gravable en discusión, que reconoce que las sucursales pueden tener deudas con su oficina principal domiciliada fuera del país, las cuales, para efectos tributarios, se consideran que forman parte del patrimonio de las primeras. Igualmente, los artículos 260-1 y siguientes del Estatuto Tributario, vigentes para el año gravable 2010, regulaban el régimen de precios de transferencia, que era aplicable a los contribuyentes del impuesto a la renta que celebraran operaciones con vinculados o partes relacionadas ubicadas en el exterior. En virtud de este, y respecto de las operaciones que celebraran con dichos vinculados, los contribuyentes estaban obligados a determinar los ingresos, costos y deducciones, teniendo en cuenta los precios y márgenes de utilidad que se hubieren utilizado con o entre partes independientes (no vinculadas), en operaciones comparables, con el fin de que prevalezcan los precios de mercado y no los fijados artificialmente por las partes debido a la vinculación que existe entre ellas (principio de plena competencia). Se trata entonces de un régimen orientado a combatir la erosión de la base gravable del impuesto sobre la renta, pues evita que las entidades vinculadas manipulen los precios de las operaciones que realizan entre sí, con el objetivo de obtener ventajas tributarias, principalmente, cuando las transacciones tienen lugar entre jurisdicciones con distintos niveles impositivos. Particularmente, encontramos que el inciso tercero del artículo 260-1 del Estatuto Tributario, establecía que, para efectos de la aplicación del régimen de precios de transferencia, se consideraban vinculados o partes relacionadas, entre otros, el caso previsto en el artículo 263 del Código de Comercio, es decir, el de las sucursales respecto de la sociedad o principal. En esa medida, se entiende que las sucursales pueden realizar operaciones con sus oficinas principales, como si las primeras fueran independientes de las segundas, pues no de otra forma podría verificarse el cumplimiento del principio de plena competencia respecto de las operaciones que celebren entre ellas. Bajo este escenario, la legislación exige soportar o documentar tales operaciones como lo habrían hecho partes independientes, con personería jurídica y patrimonio propios, en situaciones comparables. Lo anterior se traduce en el cumplimiento de las obligaciones formales del régimen de precios de transferencia, consistentes en presentar la declaración informativa y preparar y enviar la documentación comprobatoria, regulada en el artículo 260-4 del Estatuto Tributario. En estos documentos, los contribuyentes deben demostrar la correcta aplicación del régimen, y, para ello, deben suministrar la información necesaria para la identificación de las operaciones realizadas con sus vinculados. Bajo el artículo 7 del Decreto 4349 de 2004, que reglamenta el contenido de la documentación comprobatoria, se obligaba a los contribuyentes a conservar la documentación relacionada con la descripción de cada una de las operaciones llevadas a cabo en el periodo gravable objeto de estudio, especialmente, en lo que tiene que ver con 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»* (subrayado de la Sala). Las anteriores disposiciones permiten entonces afirmar que, el ordenamiento jurídico tributario, les concede atributos y características a las sucursales de sociedades extranjeras que no le son reconocidas bajo las normas comerciales, sin que ello signifique que se estén desnaturalizando el carácter que les concede la ley comercial o llegando a absurdos jurídicos, como lo indicó la actora en su demanda. Por el contrario, todas estas disposiciones parten de la libertad de configuración que la Constitución le reconoce al legislador en materia de política tributaria para asegurar la existencia de los recursos necesarios para que el Estado pueda cumplir con sus finalidades. En estas condiciones, la Sala no comparte lo expuesto por el Tribunal de primera instancia en cuanto a que, como bajo las normas comerciales y societarias las sucursales de sociedades extranjeras no son una persona jurídica distinta de su oficina principal, no le era aplicable a la actora las normas tributarias que exigían que esta soportara y documentara la operación que realizó con su oficina principal mediante un acuerdo que cumpliera los 4 requisitos del artículo 13 de la Decisión 291, para ser susceptible de ser registrado a la luz del artículo 67 del Decreto 187 de 1975, y en esa medida poder detraer el costo derivado de tal operación de la base gravable del impuesto a la renta a su cargo. Para la Sala, en materia de impuesto sobre la renta se debía aplicar a las sucursales el régimen de las sociedades anónimas, lo cual implicaba cumplir con los requisitos generales y específicos para que una expensa fuera deducible, así como con el régimen de precios de transferencia, pues tal posición ignora que las operaciones que realicen las sucursales con sus oficinas principales en el extranjero deben pactarse, a la luz del principio de plena competencia y para todos los efectos del impuesto a la renta, como si se hubiesen celebrado entre partes

independientes. Considerando lo anterior, y que el artículo 67 del Decreto 187 de 1975 no previó excepción alguna para las sucursales, bajo una interpretación sistemática y regida por el principio “*del efecto útil de las normas*”, debe entenderse que la obligación de registrar un “contrato” de importación de tecnología en el caso de operaciones entre sucursal y su casa matriz se refiere a un documento que contemple los requisitos señalados en el artículo 13 de la Decisión 291 de la CAN, arriba mencionados, sin perjuicio de que, desde la óptica comercial no pueda predicarse que dicho documento es un contrato propiamente dicho, por ser este suscrito entre casa matriz y sucursal. Recuérdese que la finalidad del registro es recolectar información que permita la evaluación y medición de la importación de tecnología de una jurisdicción a otra, que en todo caso se produce cuando se trata de operaciones entre sucursal y su matriz del exterior, sin que esto se vea alterado porque se trate de la misma persona jurídica. En la medida de lo anterior, se reitera, el requisito del registro de la importación de tecnología como requisito de deducibilidad del costo o gasto en materia de impuesto sobre la renta, también es aplicable a sucursales de sociedades extranjeras cuando celebran operaciones de ese tipo con estas. Adicionalmente, la Sala precisa que lo previsto en el artículo 260-7 del Estatuto Tributario, vigente para el año 2010, no modifica esta conclusión. En efecto, esa norma revela a los contribuyentes sometidos al régimen de precios de transferencia de ciertas disposiciones que prohíben deducciones, y de las limitaciones de costos y gastos para vinculados económicos. Sin embargo, no los excluye de la aplicación del artículo 67 del Decreto 187 de 1975. En primer lugar, porque el artículo 67 del Decreto 187 de 1975 no se encuentra dentro de las disposiciones que el artículo 260-7 autoriza no aplicar por efectos del régimen de precios de transferencia. Y, en segundo lugar, porque la regulación de la deducción de costos y gastos derivados de la suscripción de contratos sobre importación de tecnología al país no es una limitación a los costos y gastos, que es de lo que el artículo 260-7 exceptúa a los contribuyentes del impuesto a la renta sometidos al régimen de precios de transferencia. Sino que, por el contrario, constituye un requisito de procedibilidad de la deducción, en tanto que el Decreto 187 de 1975 exige que el valor solicitado como deducción provenga de un contrato de importación de tecnología registrado ante la autoridad competente (*i. e.* Ministerio de Comercio, Industria y Turismo). Repárese en que tal disposición precisa que la deducción por concepto de regalías u otros beneficios originados en contratos sobre importación al país de tecnología será procedente **«siempre que se demuestre la existencia del contrato y su autorización por parte del organismo oficial competente»**, expresión que denota que, en todos los casos, se debe exigir el registro para la procedencia del costo o deducción. A lo expuesto, cabe agregar que, frente el artículo 260-7 del Estatuto Tributario, esta Sala ha señalado, reiteradamente, que: *«No puede perderse de vista que el objeto del artículo 260-7 del Estatuto Tributario no es exceptuar a los contribuyentes sometidos al régimen de precios de transferencia del cumplimiento de los requisitos de procedencia de los costos y deducciones, sino únicamente de algunas prohibiciones previstas en materia de costos y deducciones, y de las limitaciones de costos y gastos previstas para los vinculados económicos. (...) De modo que, como la ley no sustrajo a estos contribuyentes del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de las deducciones, los mismos deben cumplir los requisitos dispuestos sobre las operaciones de costos y gastos que procedan en el régimen de precios de transferencia. Para lo cual se debe atender, los presupuestos que exige la norma para que pueda aceptarse como deducción»*.”.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA / RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA / SANCIÓN POR INEXACTITUD / ERROR SOBRE EL DERECHO APLICABLE / EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD / INCLUSIÓN DE COSTO IMPROCEDENTE / CONFIGURACIÓN DEL ERROR SOBRE EL DERECHO APLICABLE / LEVANTAMIENTO DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD DE LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA

Problema jurídico 2: *¿Procede el levantamiento de la sanción por inexactitud por la existencia de una diferencia de criterios sobre el derecho aplicable?*

Tesis 2: “El artículo 647 del Estatuto Tributario tipifica como infracción susceptible de sanción, entre otros eventos, la omisión de ingresos o impuestos generados por operaciones gravadas, la inclusión de costos, deducciones, descuentos, inexistentes o inexactos, la utilización de datos o factores falsos, desfigurados, alterados, simulados o modificados artificialmente, de los cuales se derive un menor impuesto a pagar o un mayor saldo a favor. De acuerdo con lo anterior, para que la sanción resulte procedente, se debe presentar al menos alguna de las conductas y el objetivo de su realización debe ser la de obtener un menor pago de impuestos o la determinación de un mayor saldo a favor. Ahora bien, bajo el artículo 647 del Estatuto Tributario no se configura inexactitud sancionable, en los eventos en los que el menor valor a pagar o el mayor saldo a favor declarado es el resultado de una apreciación o interpretación razonable del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos. Todo lo cual hace referencia a que la información suministrada por los contribuyentes coincida con su realidad económica o, en otras palabras, que no resulte falsa, equivocada o incompleta. Por esa razón, según lo ha señalado la Sala, para que se configure el error sobre el derecho aplicable como eximente de responsabilidad es necesario que se cumplan dos condiciones de forma concurrente. La primera consiste

en que los hechos y cifras denunciadas deban ser completos y verdaderos, exigencia que bien entendida significa que «el obligado no le haya ocultado hechos de relevancia tributaria a la Administración, ni haya inventado factores negativos». En ese sentido, «la prueba del incumplimiento del mencionado requisito nunca podrá ser el hecho de que la autoliquidación y el acto oficial arrojen resultados numéricos diversos, pues de lo que se trata es de establecer si ese resultado tiene como causa un error sobre la comprensión del derecho aplicable». La segunda condición se fundamenta en que no basta con que exista una mera «diferencia de criterios» entre los sujetos de la obligación tributaria, pues ello es connatural a toda controversia jurídica, sino que «Lo determinante con miras a exonerar de la reacción punitiva es establecer si el «criterio» desplegado por el administrado tuvo causa en un equivocado juicio de comprensión sobre la interpretación, vigencia o existencia del tipo infractor y sus respectivos ingredientes normativos, el cual propició en él la errónea creencia de no incurrir en un comportamiento antijurídico». En esa medida, es necesario que el administrado sustente los motivos por los cuales su equivocación al momento de autoliquidar el tributo estuvo fundada en un error sobre el derecho aplicable (i. e. oscuridad de la normativa aplicable, pronunciamientos doctrinales de la autoridad tributaria, vicisitudes normativas, precedentes jurisprudenciales con identidad fáctica y jurídica con el caso juzgado, entre otros). En este caso, según lo expuesto a lo largo de esta providencia, quedó acreditado que la actora incluyó un costo improcedente en su declaración de renta, puesto que no cumplió con el requisito de procedibilidad dispuesto para ello en el artículo 67 del Decreto 187 de 1975. Esta situación, en principio, constituye una conducta inexacta susceptible de ser penalizada con la sanción bajo análisis. Empero, la Sala evidencia que, en este caso, se cumplen las dos condiciones a la que se hizo referencia para que proceda la causal exculpatoria de la sanción por inexactitud. En primer lugar, nótese que la modificación oficial efectuada por la DIAN no se derivó de que algún factor declarado por la actora obedeciera a una falta probatoria o a operaciones inexistentes, carentes de sustancia económica. Por el contrario, la razón de la modificación se fundamentó en que la DIAN consideró que, para que procediera el costo rechazado, era necesario que se cumpliera con el registro de importación de tecnología y, como tal requisito formal no se efectuó, procedía su rechazo. La existencia y sustancia económica de la operación de la cual se originó el costo rechazo fue incluso puesto de presente por la Administración, tal y como se advierte en (...) la resolución del recurso: (...) A lo expuesto, cabe agregar que la apelante le aportó a la DIAN información exacta sobre el valor de la operación de servicios técnicos cuestionada. Tan es así, que la DIAN rechazó como costo el valor informado por la contribuyente. En consecuencia, no hay lugar a considerar que la demandante le haya ocultado información a la Administración o haya simulado factores negativos, por lo que, se reitera, se encuentra cumplida la primera condición para que proceda la causal exculpatoria de la sanción por inexactitud. En cuanto a la segunda condición, se tiene que desde la respuesta al requerimiento especial y a lo largo del procedimiento administrativo y judicial, la actora indicó que no estaba obligada a documentar la operación llevada a cabo con su oficina principal en el exterior en un acuerdo registrable ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en que, a la luz de las normas comerciales, puntualmente, los artículos 263 y 864 del Código de Comercio, y la doctrina especializada de la Superintendencia de Sociedades, las sucursales de sociedades extranjeras no tenían personalidad jurídica, es decir, no era una entidad distinta de su oficina principal y, por lo tanto, bajo la regulación comercial y societaria, no era posible que existiera un contrato entre una sucursal y su oficina principal en el exterior. En esas circunstancias, es plausible y justificable que la actora entendiera que no debía documentar la operación de servicios técnicos en un acuerdo susceptible de ser registrado ante la autoridad competente para que el costo derivado de tal operación fuese procedente en el cálculo de la base gravable del impuesto a la renta a su cargo. Por consiguiente, resulta lógico que su argumentación se haya centrado en alegar que, con fundamento en la regulación comercial y societaria, las sucursales de sociedades extranjeras no podían celebrar contratos con su casa matriz, como si se tratara de un ente societario. De lo anterior se predica entonces que, aunque la conducta es típica a la luz de lo establecido en el Estatuto Tributario respecto de la inexactitud, no sea susceptible del reproche sancionador, en razón a que la demandante carecía de conciencia sobre la antijuridicidad de la inclusión en su declaración de renta del costo derivado de la operación de servicios técnicos realizada con su casa matriz en el exterior, lo que se enmarca en la causal de exoneración de responsabilidad punitiva prevista en el artículo 647 del Estatuto Tributario. Por las razones expuestas, se levanta la sanción por inexactitud.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de abril de 2024, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2016-00896-01 \(26634\).](#)

5. La formulación bajo interés compuesto de los sistemas de amortización para los créditos de vivienda individual a largo plazo fijados en el numeral 5 de la

Circular Externa 085 de 2000 de la Superintendencia Bancaria, no lleva a la capitalización de intereses.

Síntesis del caso: Se negó la nulidad del numeral 5 de la Circular Externa 085 del 29 de diciembre de 2000, en el que la Superintendencia Bancaria reguló los sistemas de amortización para los créditos de vivienda individual a largo plazo. La Sala consideró dicho numeral ajustado a derecho, en tanto, la prueba pericial solicitada a instancia del demandante, así como el informe técnico pedido por la demandada y rendido por el delegado del Banco de la República coincidieron en concluir que la utilización de exponenciales e interés compuesto en las fórmulas de los sistemas de amortización señalados en el numeral 5 acusado, no conlleva capitalización de intereses, pues tal formulación cumple y garantiza que cada cuota cubra todo el interés causado más una porción de capital. De suerte que no existe acumulación de intereses y, por eso, no queda suma que pueda incrementar el capital, todo lo contrario, este disminuye cada cuota en forma paralela a la cancelación del interés mensual, consumiéndose cuota a cuota el crédito en los precisos términos que fue pactado y en consonancia con la directriz impartida por la Corte Constitucional en la sentencia C-955 de 2000 frente a los artículos 51 de la Constitución Política y 17 de la Ley 546 de 1999.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / CRÉDITO DE VIVIENDA INDIVIDUAL A LARGO PLAZO / SISTEMAS DE AMORTIZACIÓN / INTERÉS COMPUESTO / DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA / CAPITALIZACIÓN DE INTERESES / CRÉDITO HIPOTECARIO DE VIVIENDA / CÁLCULO DE LA UVR / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico: ¿La formulación bajo interés compuesto de los sistemas de amortización fijados en el numeral 5 de la Circular Externa 085 de 2000 conlleva a la capitalización de intereses, en contravención de los artículos 51 Constitucional y 17 de la Ley 546 de 1999, así como de los criterios fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-955 de 2000?

Tesis: “A efectos de dirimir el debate planteado es relevante señalar que el artículo 51 de la Constitución establece como derecho de todos los colombianos acceder a una vivienda digna, para lo cual el Estado debe fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho, entre otras, promover sistemas adecuados de financiación a largo plazo. En armonía con ese postulado, el artículo 17 de la Ley 456 de 1999 prescribe que el Gobierno Nacional debe establecer las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, que tendrán que estar denominados exclusivamente en UVR y bajo los estrictos criterios fijados en ese mismo artículo. Así, para el caso, resulta pertinente lo señalado en el numeral 7 del citado artículo 17 ib., en cuanto a que “Los sistemas de amortización tendrán que ser expresamente aprobados por la Superintendencia Bancaria”, acorde con lo precisado por la Corte Constitucional. En efecto, mediante sentencia C-955 de 2000 la Corte declaró la exequibilidad del señalado numeral con la precisión que: “(...) es constitucional si se condiciona en el sentido de que ningún plan de amortización en materia de financiación de vivienda puede permitir que en las cuotas mensuales solo se paguen intereses. Desde la primera cuota ellos deberán contemplar la amortización a capital para que el saldo vaya disminuyendo, (...)”. Ahora bien, la capitalización de intereses consiste en acumular al capital los intereses que se vayan causando y la suma de ambos factores estimarla como nuevo capital que genera sus respectivos intereses. Es éste el escenario que prohíbe la normativa y jurisprudencia referenciada respecto de los créditos de vivienda a largo plazo. Entonces, es a partir de la señalada directriz de la Corte Constitucional, reflejada en la Ley 546 de 1999, que no se permite la amortización de créditos de vivienda con capitalización de intereses, pues al precaverse que desde la primera cuota no queden valores insolutos de intereses y también disminuya cuota a cuota el capital, no es posible que del primer concepto pueda llevarse suma alguna al capital, tampoco, que el capital se conserve inalterado o aumente, ya que mes a mes este también será menor que al inicio del crédito. (...) La valoración de las pruebas del expediente bajo las reglas de la sana crítica respalda la legalidad del acto acusado en tanto la prueba pericial solicitada a instancia del demandante y el informe técnico pedido por la demandada y rendido por el delegado del Banco de la República coinciden en el sentido de concluir que, la utilización de exponenciales e interés compuesto en las fórmulas de los sistemas de amortización aprobados por la superintendencia no conllevan a la capitalización de intereses, pues están diseñadas para que, desde la primera cuota se cubra el total de los intereses y se amortice a capital, de tal forma que la deuda decrece con el tiempo y el saldo al final del plazo es cero. Considerado todo lo expuesto, la Sala encuentra que la percepción de los demandantes acerca de que las expresiones con exponenciales son propias de una capitalización de intereses, además de insuficientes para enervar las fórmulas de los referidos sistemas de amortización, no es correcta, pues tal formulación cumple y garantiza que cada cuota cubra todo el interés causado más

una porción de capital. De suerte que no existe acumulación de intereses y, por eso, no queda suma que pueda incrementar el capital, todo lo contrario, éste disminuye cada cuota en forma paralela a la cancelación del interés mensual, consumiéndose cuota a cuota el crédito en los precisos términos que fue pactado y en consonancia con la directriz impartida por la Corte Constitucional en la citada sentencia C-955 de 2000 frente al artículo 17 de la Ley 546 de 1999. También demerita el entendimiento de la parte demandante, lo expuesto en anterior oportunidad por esta Sección, en la sentencia del 23 de agosto de 2012, pues frente al cuestionamiento de la metodología para calcular la UVR porque la fórmula respectiva contenía expresiones exponenciales o de interés compuesto, se determinó que *"la fórmula que utiliza la metodología del cálculo del valor en pesos de la UVR es la idónea para establecer el valor diario de la unidad, porque lo que hace es descomponerla geométricamente para actualizarla, no para capitalizarla, (...)".* Nótese, entonces, que de la metodología de interés compuesto no surge de facto la capitalización de intereses, como en este asunto lo asumen los demandantes. Establecido que los sistemas de amortización para los créditos de vivienda individual a largo plazo aprobados por la superintendencia en el acto acusado no permiten que se capitalicen intereses, no hay contradicción entre estos y los artículos 51 de la CP y 17 de la Ley 546 de 1999, ni con los criterios fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-955 de 2000, acorde con lo expresado por el Ministerio Público. La Sala juzga que no hay mérito para anular el numeral 5 de la Circular Externa 085 del 29 de diciembre de 2000 y, por tanto, no prosperan las pretensiones de la demanda. **Conclusión** 4- Por lo razonado en precedencia, se establece que la formulación bajo interés compuesto de los sistemas de amortización de los créditos de vivienda individual a largo plazo señalados en el numeral 5 de la Circular Externa 085 del 29 de diciembre de 2000 de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia - SFC) no conlleva capitalización de intereses".

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de marzo de 2024, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2014-00014-00 \(21017\).](#)

SECCIÓN QUINTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se declaró la nulidad del llamamiento a ocupar curul de un representante a la Cámara por el departamento del Huila.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad de la Resolución 478 del 12 de julio del 2023, por medio de la cual la mesa directiva de la Cámara de Representantes llamó al señor Jorge Dilson Murcia Olaya a ocupar la curul de la circunscripción departamental del Huila, aduciendo que se configuró la prohibición de doble militancia al no haber renunciado a su condición de directivo del Partido Conservador Colombiano con la antelación debida, esto es, doce (12) meses antes de postular su nombre a un cargo de elección popular por una colectividad política diferente. La Sala acogió las pretensiones de la demanda luego de verificar la concurrencia de los elementos estructuradores de la modalidad de doble militancia para directivos.

NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / ACTO DE LLAMAMIENTO / DOBLE MILITANCIA POLÍTICA / DIRECTIVOS DEL PARTIDO POLÍTICO / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico: Corresponde a la Sala determinar si el acto de llamamiento del señor Jorge Dilson Murcia Olaya como representante a la Cámara por el departamento del Huila, contenido en la Resolución 0478 del 12 de julio del 2023, suscrito por la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes se encuentra viciado de nulidad por haber incurrido en la causal de nulidad señalada en el numeral 8º del artículo 275 de la Ley 1437 del 2011, al desconocer la prohibición de doble militancia contemplada el artículo 107 Constitucional y 2º de la Ley 1475 del 2011.

Tesis: “De la modalidad de doble militancia atribuida en el caso concreto. Así las cosas, corresponde ahora verificar los elementos estructuradores de la modalidad de doble militancia para directivos, así: i) Sujeto activo: los miembros de las colectividades políticas catalogados como directivos por los estatutos que los rigen. ii) Conducta prohibitiva: consiste en aspirar a ser elegido en cargos o corporaciones de elección popular por otra organización política distinta a la cual se es dirigente. iii) Elemento modal: no presentar renuncia a la dignidad que se ocupa al interior de la colectividad. iv) Un elemento temporal: contemplado en 12 meses antes de la postulación al cargo, a la aceptación de la nueva designación o la inscripción de candidatos. La Sala procederá a analizar el material probatorio aportado al proceso para poder determinar si los elementos reseñados con anterioridad se configuran en el caso en concreto. (...). En este punto, anticipa la Sala que en el presente caso se encuentra probado que el [demandado] incurrió en la prohibición de doble militancia en la modalidad de directivo, como pasa a reseñarse: [1] Elemento subjetivo Descendiendo al caso concreto, se precisa que la Ley Estatutaria 1475 de 2011, señaló que, por directivos, debe entenderse aquellas personas que de acuerdo con los estatutos así se hubiesen reseñado. En virtud de lo anterior, para entender quiénes son los directivos al interior del partido Conservador Colombiano se encuentra que de los estatutos se desprende que los miembros de los Directorios Departamentales y Distritales hacen parte de los organismos de dirección de la colectividad, según lo señala el artículo 24. (...). Teniendo claro que los directorios hacen parte de los organismos de dirección del partido Conservador y la forma en que estos se componen, se tiene que con la Resolución 020 del 17 de noviembre de 2020 se integró el Directorio Departamental Provisional para el Huila. En el artículo primero se precisa quiénes lo integran, estando en primer lugar los “miembros por derecho propio”. (...). Se observa que en último lugar se hace mención al señor “JORGE EDINSON MURCIA”, quien, según la defensa del demandado, es alguien diferente al [demandado]. Para la Sala, dicha afirmación carece de veracidad, pues acorde con el artículo 48 de los estatutos del partido, dentro de los miembros por derecho propio se encuentran «los candidatos al Congreso de la República avalados por el Partido Conservador en las elecciones inmediatamente anteriores, que no habiendo sido elegidos, hubieren obtenido las dos mayores votaciones», supuesto en el que se encontraba el demandado, pues fue candidato a la Cámara de Representantes por el departamento del Huila, para el periodo 2018-2022, como lo demuestra la constancia expedida por el partido Conservador y aportada por el mismo demandado dentro de escrito de contestación de la demanda. (...). Finalmente, el demandado en el escrito de renuncia al partido Conservador, radicado el 19 de octubre del 2021, reconoce que era miembro del directorio departamental, pues de forma textual renuncia no solo a la militancia sino también a su calidad de miembro del directorio. (...). Sumado a la anterior, dentro de la contestación de la demanda el apoderado reconoce que «[s]i bien es cierto, tal como lo señalan los estatutos, y lo certifica el partido Conservador Colombiano, mi representado tenía el “Derecho”, a pertenecer al Directorio Departamental del Partido Conservador, “por derecho propio” al haber participado en elecciones anteriores del enunciado partido en el departamento y haber obtenido una votación relevante, no es menos cierto,

que el ejercicio de ese Derecho, No (sic) fue ejercido por mi representado», reconociendo que, a pesar del error de digitación que se cometió en la Resolución 020 del 17 de noviembre de 2020 al digitar “JORGE EDINSON MURCIA”, a quien realmente se hacía referencia era al demandado (...). Lo anterior, demuestra, sin lugar a duda, que el señor [demandado] fue miembro del directo departamental del partido Conservador. Ahora, el demandado afirma que no aceptó ni tomó posesión o ejerció dicha dignidad, sin embargo, este argumento se desvirtúa con el solo hecho de constatar la comunicación suscrita por el en la que renuncia no solo a la militancia en el partido sino a la posición de directivo que le fue atribuida por derecho propio, por lo que, reconoce que tenía conocimiento de dicha designación. Lo anterior cobra más fuerza al revisar el video citado en párrafos anteriores, el cual, se reitera, no fue cuestionado por el demandado, en donde los miembros del directorio toman posesión y juran «cumplir bien y fiel mente con los deberes del cargo para el cual han sido seleccionados», de igual forma, en el minuto 2:38 la entonces senadora (...) resalta que es el primer directorio del partido en realizar su instalación. Todo lo anterior, permite a concluir que carece de veracidad el planteamiento utilizado por la defensa cuando indicó que el directorio no se instaló y que el [demandado] no tomó posesión. Respecto a que la Resolución mediante la cual el accionado fue designado como directivo no se solemnizó ante el Consejo Nacional Electoral, hecho por el cual, el solo nombramiento no permite acreditar la condición de directivo en tal colectividad. La Sala observa que a través del oficio CNE-S-2023-006329-DVIE- 700, del 10 de octubre de 2023, el Consejo Nacional Electoral certificó que no se registró al [demandado] como miembro directivo del partido Conservador. (...). Ahora, ello no descarta que el demandado hubiese fungido como directivo dentro del nivel departamental del partido Conservador, pues no puede perderse de vista que son los estatutos de la colectividad, en virtud de la autonomía que le confieren la Constitución y la ley a este tipo de agrupaciones, los que determinan los distintos órganos de dirección que puede haber en su interior. Esta Sala Electoral en oportunidad anterior precisó que el acto de registro de los directivos ante el Consejo Nacional Electoral, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1475 de 2011, constituye más un elemento de eficacia y oponibilidad ante terceros, que de existencia de la calidad misma de directivo. Por lo que, el hecho de que no se haya realizado el registro ante la autoridad electoral, no implica desconocer la autonomía interna de las agrupaciones políticas y la validez de sus decisiones y designaciones en tales cargos de dirección, de manera que las personas que ostentan esa calidad al interior de la colectividad pueden realizar actos válidos en su condición de tales, aunque no se encuentren registradas. Conforme con lo expuesto, el elemento subjetivo de la prohibición se encuentra configurado. [2] Elemento modal y temporal Acorde con lo señalado en el artículo 2º de la Ley 1475 del 2011, se tiene que quien ostente la condición de directivo de una organización política y pretenda aspirar a un cargo de elección popular avalado por otra, deberá renunciar a dicha dignidad doce (12) meses antes de la inscripción. En el caso en estudio, se probó que el [demandado] renunció a su militancia y a su condición de directivo en el partido Conservador Colombia el 19 de octubre del 2021. (...). De igual forma, se encuentra que conforme al formulario E- 6CT, la inscripción del demandado como candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción electoral del Huila, avalado por el partido Cambio Radical, ocurrió el 10 de diciembre del 2021. (...). Es relevante señalar que la renuncia a la condición de militante no requiere ser aceptada, como ya lo ha dicho la sección en anteriores oportunidades, mientras que los directivos sí se deben someter a un trámite especial definido por la colectividad. (...). Así las cosas, desde la renuncia a la calidad de miembro del directorio departamental del partido Conservador a la fecha de la inscripción como candidato a la Cámara de Representantes por el partido Cambio Radical, transcurrió un (1) mes y veintinueve (21) días, lo cual desconoce el periodo de doce (12) meses que señala el artículo 2º de la Ley 1475 del 2011. (...). Encuentra la Sala que el elemento modal y temporal de la prohibición se configuran en el caso concreto, pues el demandado no presentó renuncia a la condición de miembro del directorio Conservador que ocupó al interior del partido Conservado 12 meses antes de la inscripción de candidato realizada por el partido Cambio Radical. [3] Conducta prohibitiva. De lo estudiado en precedencia, es posible concluir que el [demandado] postuló su nombre a un cargo de elección popular en corporación pública, por una colectividad diferente de aquella respecto de la cual ostentó la condición de directivo, sin que hubiere transcurrido el lapso exigido por la norma estatutaria para validar dicha aspiración, como se puede observar del formulario E- 6CT del 10 de diciembre del 2021, en el cual consta la inscripción de los candidatos a la Cámara de Representantes por el departamento del Huila por el partido Cambio Radical. Finalmente, respecto al argumento de que los hechos que sustenta el medio de control electoral ya habían sido conocidos por el Consejo Nacional Electoral en trámite administrativo de revocatoria de inscripción, en donde expidió la Resolución 1599 del 25 de febrero de 2022, en la que aceptó el desistimiento de la petición y dio por terminada la actuación administrativa y por ende no revocó la inscripción del demandado. Por un lado, se observa que el estudio realizado por el CNE giró en torno a la prohibición de la doble militancia en la modalidad de militante y no en la aquí alegada, la de directivo. Por otro lado, se precisa que la decisión adoptada en este trámite sumario y netamente administrativo no ata o limita el estudio si la elección se demanda ante la jurisdicción de lo contencioso, pues lo que realiza el Consejo Nacional Electoral es un estudio previo en sede administrativa para que el electorado no se vea defraudado si el candidato está incurso en alguna inhabilidad o prohibición que acarree la nulidad de su elección. En conclusión, el acto de llamamiento del [demandado] a ocupar una curul como representante a la Cámara por el departamento del Huila, contenido en la Resolución 478 del 12 de julio del 2023, suscrito por la mesa

directiva de la Cámara de Representantes será anulado por haber incurrido en la causal dispuesta en el numeral 8º del artículo 275 de la Ley 1437 del 2011, por el desconocimiento de lo señalado en el artículo 107 Constitucional y 2º de la Ley 1475 del 2011.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 7 de marzo de 2024; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2023-00056-00 \(Principal\).](#)

2. Se declaró la nulidad del acto que reconoció personería jurídica al movimiento político Todos Somos Colombia.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad de la Resolución 2238 del 23 de marzo de 2023, por medio de la cual se reconoció la personería jurídica al movimiento político Todos Somos Colombia y ordenó su inscripción en el Registro Único de Partidos y Movimientos Políticos, expedida por el Consejo Nacional Electoral, alegando que dicho acto incurrió en falsa motivación y violación del párrafo 5 del artículo 262 y del artículo 108 de la Constitución Política. La Sala acogió las pretensiones de la demanda luego de concluir que, en efecto, el acto demandado incurrió en falsa motivación y en contradicción con las disposiciones contenidas en los artículos 108 y en el párrafo 5 del artículo 262 de la Constitución Política.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA JURÍDICA DEL MOVIMIENTO POLÍTICO / FALSA MOTIVACIÓN / COALICIÓN POLÍTICA / PRINCIPIO DE LA BUENA FE / ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA / VIOLENCIA POLÍTICA / PERSECUCIÓN POLÍTICA / ESCISIÓN DEL PARTIDO POLÍTICO / / INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / CONFIGURACIÓN DE LA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala resolver: i) si el acto demandado incurrió en falsa motivación; ii) si al proferirse el acto demandado incurrió en violación del párrafo 5 del artículo 262 y del artículo 108 de la Constitución Política.*

Tesis: “La parte actora afirmó que el acto demandado incurrió en falsa motivación bajo los siguientes argumentos: [1.1] La Resolución 2238 de 2023 no tuvo en cuenta que Todos Somos Colombia no podía ser parte de la coalición Pacto Histórico porque no tenía personería jurídica. (...). [E]sta Sección concluye que para ser parte de una coalición a corporaciones públicas e inscribir candidatos, es necesario ser un partido o movimiento político con personería jurídica y, es claro que Todos Somos Colombia no contaba con personería jurídica al momento de la suscripción del acuerdo de coalición denominado Pacto Histórico, puesto que la solicitud para obtener dicho atributo se presentó con posterioridad a la firma del acuerdo. En atención a lo expuesto, cuando el Consejo Nacional Electoral, mediante la Resolución 2238 del 23 de marzo de 2023, afirmó que Todos Somos Colombia hacía parte de la coalición Pacto Histórico incurrió en falsa motivación porque esta agrupación no tenía personería jurídica y, por tanto, no podía suscribir dicho acuerdo, y este cargo está llamado a prosperar. [1.2] La agrupación Todos Somos Colombia no inscribió ni avaló candidatos para las elecciones al Senado y la señora Clara López Obregón fue avalada por el partido Unión Patriótica. (...). Como ya fue expuesto (...), el partido Todos Somos Colombia no suscribió el acuerdo de coalición denominado «Pacto Histórico» puesto que no contaba con personería jurídica y, por tanto, no es posible concluir que a través de esa figura inscribió a la candidata Clara López Obregón para la contienda electoral en la que fue elegida senadora de la república. (...). [P]ara la Sala es claro que la señora Clara López Obregón no participó en los comicios para el Senado bajo el aval del partido Todos Somos Colombia, sino a través del partido Unión Patriótica, de conformidad con lo afirmado tanto por el representante de esta organización política. En consecuencia, el Consejo Nacional Electoral incurrió en falsa motivación al considerar que se cumplían los requisitos para que el partido Todos Somos Colombia obtuviera la personería jurídica pues no era posible concluir que dicha organización avaló a la senadora Clara López Obregón, como se afirmó en el acto demandado (...). [1.3] La señora Clara López Obregón no perdió su condición de afiliada al movimiento Todos Somos Colombia. (...). [C]uando el Consejo Nacional Electoral afirmó que la señora Clara López participó en las elecciones al Senado de la República para el periodo 2022-2026 como militante del partido Todos Somos Colombia, esto es contrario a la realidad probada en el expediente porque como fue afirmado por el representante legal del partido Unión Patriótica, la señora López Obregón obtuvo el aval de dicha agrupación política, lo que implica que sí estaba afiliada a ese partido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 del Código Electoral,

antes transcrito, y, en consecuencia, el cargo de falsa motivación está llamado a prosperar. [1.4] El movimiento político Todos Somos Colombia no ha participado materialmente en ninguna contienda electoral antes de 2022. (...). De las pruebas allegadas al proceso, la Sala considera que las personas que votaron en las elecciones para el periodo 2022-2026 por la señora Clara López, lo hicieron con el pleno conocimiento de que pertenecía a la coalición «Pacto Histórico» y avalada por el partido Unión Patriótica, por lo que la afirmación del Consejo Nacional Electoral relacionada a que depositaron su voto en favor de la agrupación Todos Somos Colombia no cuenta con ningún soporte fáctico. En consecuencia, el acto administrativo está viciado de nulidad por falsa motivación. (...). [1.5] Para el reconocimiento de la personería jurídica del movimiento Todos Somos Colombia, el CNE no podía acudir al principio de buena fe para dar aplicación al Acuerdo de Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera y a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-257 de 2021. (...). [P]ara la Sala el acto administrativo demandado incurre en falsa motivación al sustentar el reconocimiento de la personería jurídica al partido Todos Somos Colombia con base en los parámetros del acuerdo final, cuando estos no han sido debidamente introducidos al ordenamiento jurídico a través de las modificaciones normativas necesarias. (...). [E]s claro que el partido Todos Somos Colombia no cumplió con los requisitos del régimen ordinario para la adquisición de la personería jurídica, pero tampoco cumple con los establecidos para acceder a dicho beneficio de manera excepcional puesto que no fueron propuestos como argumentos en el presente proceso ni existen pruebas al respecto. Por tanto, no era posible que el Consejo Nacional Electoral usara argumentos encaminados a justificar la decisión de reconocer la personería jurídica a la agrupación Todos Somos Colombia con base en las directrices del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera y de las sentencias de la Corte Constitucional y, en consecuencia, el cargo está llamado a prosperar. (...). [2] Desconocimiento del artículo 108 y del párrafo 5 del artículo 262 de la Constitución Política. (...). [P]ara la Sala es claro que la Constitución Política establece un presupuesto para que los partidos o movimientos políticos adquieran la personería jurídica, esto es, haber conseguido una votación no inferior al 3% de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en las elecciones a la Cámara de Representantes o al Senado de la República y uno de los beneficios de este reconocimiento es la posibilidad de presentar listas de candidatos a través de coaliciones. Estos requisitos, como ya se indicó a lo largo de esta providencia, no se cumplieron, puesto que el partido Todos Somos Colombia no participó en las elecciones a Senado de la República para el periodo 2022-2026. (...). La Sala concluye que la Resolución 2238 del 23 de marzo de 2023 es nula, ya que se expidió bajo argumentos contrarios a la verdad, esto es, incurrió en falsa motivación y en contradicción con las disposiciones contenidas en los artículos 108 y en el párrafo 5 del artículo 262 de la Constitución Política.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 18 de abril de 2024; C.P. Omar Joaquín Barreto Suárez, radicación: 11001-03-28-000-2023-00058-00.](#)

3. Se negó la nulidad de la elección de un representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Paz.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad de la elección del señor Jhon Fredy Núñez Ramos como representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Paz No. 5., contenida en el formulario E-26 CTP del 19 de marzo del 2022 expedido por la Comisión Escrutadora General, alegando que el demandado incurrió en la prohibición del párrafo 2 del artículo transitorio 5° del Acto Legislativo 02 del 2021 porque fue candidato de un partido político que perdió su personería en los cinco años anteriores a su inscripción como candidato a la CITREP; y por haber sido directivo del partido Opción Ciudadana; así mismo, que vulneró el inciso 4° del artículo 6° transitorio del Acto Legislativo 02 del 2021 por haber hecho presuntamente campaña junto al gobernador del Caquetá y otros funcionarios; así como también, que incurrió en la inhabilidad del artículo 179.3 de la Constitución Política por haber participado en el trámite de la licitación LPV 003 de 2019 adelantada por el municipio de Valparaíso, Caquetá; finalmente, se acusó el acto demandado de violar el artículo 9° del Acto Legislativo 02 del 2021 porque el demandado, presuntamente, utilizó una emisora de radio del departamento para promocionar su campaña a la CITREP. La Sala negó las pretensiones de la demanda luego de concluir que el demandado no incurrió en ninguna de las inhabilidades endilgadas.*

NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / CIRCUNSCRIPCIÓN TRANSITORIA ESPECIAL DE PAZ / CANDIDATO DEL PARTIDO POLÍTICO / PÉRDIDA DE PERSONERÍA JURÍDICA DEL PARTIDO POLÍTICO / INHABILIDADES DEL CANDIDATO A ELECCIÓN POPULAR / DIRECTIVOS DEL PARTIDO POLÍTICO / INHABILIDAD DEL

REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR GESTIÓN DE NEGOCIOS / PARTICIPACIÓN EN LA LICITACIÓN / ACCESO A MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Problema jurídico: *Le corresponde a la Sala resolver los siguientes interrogantes: a. ¿El demandado incurrió en la prohibición del párrafo 2° del artículo transitorio 5° del Acto Legislativo 02 del 2021 porque fue candidato de un partido político que perdió su personería en los cinco años anteriores a su inscripción como candidato a la CITREP 5? b. ¿El demandado incurrió en la prohibición del párrafo 2° del artículo transitorio 5° del Acto Legislativo 02 del 2021 por haber sido directivo del partido Opción Ciudadana? c. ¿La elección del demandado vulneró el inciso 4° del artículo 6° transitorio del Acto Legislativo 02 del 2021 por haber hecho presuntamente campaña junto al gobernador del Caquetá y otros funcionarios, además, por haber recibido apoyo de otros políticos del departamento? d. ¿El demandado incurrió en la inhabilidad del artículo 179.3 de la Constitución Política por haber participado en el trámite de la licitación LPV 003 de 2019 adelantada por el municipio de Valparaíso, Caquetá? e. ¿La elección acusada violó el artículo 9° del Acto Legislativo 02 del 2021 porque el señor Jhon Fredy Núñez Ramos, presuntamente, utilizó una emisora de radio del departamento para promocionar su campaña a la CITREP 5?*

Tesis: “¿El demandado incurrió en la prohibición del párrafo 2° del artículo transitorio 5° del Acto Legislativo 02 del 2021 porque fue candidato de un partido político que perdió su personería en los cinco años anteriores a su inscripción como candidato a la CITREP 5? (...). En conclusión, para la Sala la prohibición contiene los siguientes elementos: [Elementos] Subjetivo [Ingrediente normativo] El que haya sido candidato, elegido o no, a cargos públicos. [Elementos] Modal [Ingrediente normativo] Su aspiración ha debido ser avalada por un partido cuya personería jurídica se haya perdido. [Elementos] Temporal [Ingrediente normativo] La candidatura ha debido ser dentro de los 5 años anteriores a la fecha de la inscripción a la CITREP. [Elementos] Territorial [Ingrediente normativo] No interesa en qué circunscripción haya sido candidato. En ese orden, de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, la Sala procede a definir el problema jurídico, según los elementos de la inhabilidad dados. (...). [Se] demuestra la ausencia de vinculación con el partido y, en ese sentido, no se probó la incursión en la inhabilidad prescrita en el párrafo 2 del artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2021, de conformidad con su tenor literal y el efecto útil que persigue la norma. Se resalta que la anterior conclusión se basa en el estudio integral de la disposición constitucional, que abarca las discusiones que surtidas en el Congreso de la República, de cara a la filosofía de las circunscripciones de paz. Lo anterior, de conformidad con los elementos que obran en el plenario y que fueron aportados luego surtidas todas las etapas procesales en el asunto. (...). ¿El demandado incurrió en la prohibición del párrafo 2° del artículo transitorio 5° del Acto Legislativo 02 del 2021 por haber sido directivo del partido Opción Ciudadana? (...). [E]l despacho conductor determinó de oficio, que se requiriera a los partidos Conservador y Polo Democrático, para que informaran si realizaron alianzas, coaliciones o acuerdos con el demandado para su candidatura a la CITREP 5, como lo determina la norma. Las mencionadas colectividades se pronunciaron, el partido Conservador por medio de su Secretaria Jurídica y el Polo Democrático, por conducto de su representante legal, y afirmaron que no suscribieron ninguna alianza, coalición o acuerdo con el accionado para su campaña a la CITREP 5 (...). De esa forma, dada la carencia de material probatorio que compruebe la configuración de la prohibición de la norma analizada, la Sala concluye que este cargo no tiene vocación de prosperidad, pues el demandado no hizo alianzas, acuerdos o coaliciones con las colectividades indicadas anteriormente y que fueron alegadas en la demanda. (...). ¿El demandado incurrió en la inhabilidad del artículo 179-3 de la Constitución Política por haber participado en el trámite de la licitación LPV 003 de 2019 adelantada por el municipio de Valparaíso, Caquetá? (...). En ese sentido, es evidente que la presentación de la propuesta suscrita por el [demandado] que endilga la parte actora para configurar la causal, se realizó por fuera del término inhabilitante de los seis (6) meses que ha establecido la jurisprudencia, pues ello se realizó en el año 2019 y la elección fue declarada en el 2022. (...). Por todo lo expuesto, la Sala concluye que este cargo de las demandas tampoco está llamado a prosperar. ¿La elección acusada violó el artículo 9° del Acto Legislativo 02 del 2021 porque el señor Jhon Fredy Núñez Ramos, presuntamente, utilizó una emisora de radio del departamento para promocionar su campaña a la CITREP 5? La parte demandante afirmó que [el demandado] acudió a la emisora Linda Estéreo 95.1 F.M., medio de comunicación que hace uso del espectro electromagnético, para hacer pautas publicitarias de su campaña política y, por tanto, vulneró la prohibición del artículo 9° del Acto Legislativo 02 del 2021 que dispone que ello solo es posible. (...). En ese orden, y dado que en las demandas no obra ningún medio de convicción adicional que acredite la supuesta vulneración de la norma indicada, la Sala concluye que no está probado que el demandado hubiera hecho uso del espacio electromagnético por fuera de los canales otorgados por el Estado, específicamente, con la emisora Linda Estéreo 95.1 FM.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia del 29 de febrero de 2024; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2022-00107-00.](#)

**SALA DE CONSULTA
Y SERVICIO CIVIL**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Ante el incumplimiento de la obligación legal de pago a cargo de la entidad beneficiaria de un concurso de méritos, se debe aplicar la tasa de interés moratorio establecida en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

Síntesis del caso: *La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil la emisión de un concepto para solucionar una controversia jurídica suscitada entre la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Ministerio del Trabajo, relacionada con el proceso de cobro coactivo por unas sumas de dinero aparentemente adeudadas, relacionadas con la convocatoria de méritos No. 428 de 2016.*

CONCURSO DE MÉRITOS / COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / CONCURSO DE MÉRITOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / COSTOS / CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL / OBLIGACIONES / LEY COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES / EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES / COBRO DE LAS OBLIGACIONES / PROCESO EJECUTIVO PARA EL COBRO DE OBLIGACIONES / JURISDICCIÓN COACTIVA

Problema jurídico 1: *¿La obligación de la entidad beneficiaria para financiar los costos del concurso de méritos emana de la ley y no se requiere ni procede la expedición de actos administrativos para su declaratoria o exigibilidad o para hacerla ejecutiva? SI*

Tesis: “[L]a Sala encuentra que la obligación de la entidad beneficiaria para financiar los costos del concurso de méritos emana de la ley y no se requiere ni procede la expedición de actos administrativos para su declaratoria o exigibilidad o para hacerla ejecutiva en los términos señalados. Sin embargo, las actuaciones de la CNSC sobre las fechas de pago, producen efectos jurídicos entre las partes. En conclusión: 1. La convocatoria debe contar, siempre y en forma previa, con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal, como lo ordena las normas de la Ley Orgánica de Presupuesto, lo cual en el presente caso no se cumplió, como presupuesto necesario para realizar cualquier cobro. 2. Sin embargo, es claro que la obligación surge y emana de la ley y no requiere ni procede la expedición de actos administrativos o de su ejecutividad mediante la jurisdicción coactiva. 3. De todas maneras, si la CNSC consideró procedente desplegar actuaciones que implicaban otorgar un plazo al Ministerio del Trabajo para el pago de la obligación, dichos actos ya expedidos, gozan de presunción de legalidad.”

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la jurisdicción coactiva, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-666 de 2000; Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2164 de 2014.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la facultad de la CNSC para establecer obligaciones a su favor, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2307 del 19 de agosto de 2016.

CONCURSO DE MÉRITOS / COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / CONCURSO DE MÉRITOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / COSTOS / COBRO A LOS ASPIRANTES A PROVISIÓN DE EMPLEO PÚBLICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA / OBLIGACIONES / EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES / IMPUESTO / TASA / CONTRIBUCIÓN / PRECIO PÚBLICO

Problema jurídico 2: *¿El pago que deben hacer las entidades que resulten beneficiadas de los concursos que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil puede catalogarse como una tasa? NO*

Tesis: “[L]a Sala encuentra que en el caso concreto el pago que deben hacer las entidades que resulten beneficiadas de los concursos que adelanta la CNSC no puede catalogarse como una tasa, en la medida en que no se reúnen los presupuestos señalados, en especial, en la Sentencia C-147 de 2021 de la Corte Constitucional. En efecto, la obligación de pago a cargo del Ministerio del Trabajo no constituye un tributo, bajo ninguna de sus modalidades (tasa, impuesto o contribución), porque el Ministerio del Trabajo no tiene la calidad de contribuyente, ni existe un beneficio particular que pueda predicarse. Lo anterior porque ambas entidades propenden por el mismo fin de interés general. De lo que realmente se trata en el presente asunto es de una relación de tipo legal (artículo 30 de la Ley 909 de 2004) que surge entre la CNSC y las entidades públicas beneficiarias, en la cual cada una asume compromisos para lograr un fin de interés en beneficio de la colectividad y de la eficiencia de la Administración Pública. La CNSC, por un

lado, cumple la función administrativa de adelantar las convocatorias para proveer los empleos de carrera administrativa, determinar los costos de cada concurso y recaudar los derechos de participación que deben aportar los aspirantes. Las entidades beneficiarias que requieren proveer los cargos, están obligadas a asumir el faltante de los costos del respectivo proceso de selección, para lo cual, como ya se ha advertido, deben contar con la correspondiente disponibilidad presupuestal, pero siempre en pro del fortalecimiento de la carrera administrativa de la Administración Pública, asunto completamente ajeno al que se predica de un contribuyente o de un beneficio particular. En el presente asunto, se trata de una obligación legal incumplida por parte del Ministerio del Trabajo, derivada de la realización de un concurso de méritos para la provisión de cargos.”

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la naturaleza de los derechos de participación que deben pagar los aspirantes a un concurso de méritos, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-666 de 2006.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la distinción entre impuestos, tasas y contribuciones especiales, ver: Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 28 de enero de 2000. Exp. 25000-23-27-000-1998-0149-01-9723; Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 17 de agosto de 2006. Exp. 2003-1085-01. M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la distinción entre tasas y precio público, ver: Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 19 de abril de 2018. Exp. 21176. MP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre las características de las tasas, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-243 de 2005; Corte Constitucional. Sentencia C-402 de 2010; Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Exp. 19220. MP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; Corte Constitucional. Sentencia C-272 de 2016; Corte Constitucional. Sentencia C-147 de 2021.

CONCURSO DE MÉRITOS / COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / CONCURSO DE MÉRITOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / COSTOS / COBRO A LOS ASPIRANTES A PROVISIÓN DE EMPLEO PÚBLICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA / OBLIGACIONES / EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES / INTERESES / CLASES DE INTERESES / INTERÉS MORATORIO / TASA DE INTERÉS

Problema jurídico 3: *Teniendo en cuenta que no existe una disposición legal expresa que regule la materia, ¿la tasa de interés moratorio surgida de la obligación legal de pago para financiar los costos de un concurso de méritos destinado a proveer cargos de carrera, será la establecida en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A? SI*

Tesis: “Por consiguiente, ante la ausencia de una disposición legal expresa, puede acudir en forma supletoria a las disposiciones en cita pertinentes, en la medida en que existe una cantidad líquida de dinero que ha sido reconocida por el Ministerio del Trabajo y determinada por la CNSC, esto es, el pago de una obligación a cargo de una entidad estatal que no genera duda alguna. En este escenario, lo pertinente, es el reconocimiento del interés moratorio para el pago de la obligación en el plazo máximo de los diez meses contados a partir del día siguiente en que se hizo exigible la obligación, esto es, el 21 de septiembre de 2019. Superado este término, sin que se hubiere realizado el pago efectivo de la obligación dineraria, las cantidades líquidas adeudadas causaran interés moratorio a la tasa comercial. (...) En consecuencia, según los artículos 192 y 195 del CPACA la tasa de mora aplicable es la del DTF, certificada por el Banco de la República a partir de la exigibilidad de la obligación (21 de septiembre de 2019) y cuando supere los diez meses contados desde la exigibilidad, la tasa aplicable será la del interés comercial.”

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la aplicación de la Ley 1066 de 2006, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1904 del 19 de junio de 2008.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la vigencia y aplicabilidad del artículo 9.º de la Ley 68 de 1923, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 732 del 3 de octubre de 1995.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto PL00007 del 30 de agosto de 2023; C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2023-00200-00\(PL00007\). Levantamiento de reserva mediante Auto del 15 de marzo de 2024.](#)

2. Se requiere de una acreditación institucional por parte de las IPS y los hospitales universitarios para que opere

la exoneración de la tasa de contribución de vigilancia a favor de la Superintendencia Nacional de Salud.

Síntesis del caso: *El Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Salud y Protección Social solicitó concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre el régimen de exenciones de la contribución de vigilancia a favor de la Superintendencia Nacional de Salud aplicable a las instituciones prestadoras de salud – IPS y a los hospitales debidamente acreditados.*

TASA DE VIGILANCIA / TASA A LA ENTIDAD VIGILADA POR LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD / EXENCIÓN TRIBUTARIA DE IPS / HOSPITAL UNIVERSITARIO / PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Problema jurídico 1: *¿Debe entenderse que, si una Institución Prestadora de Salud (IPS) y un Hospital Universitario tiene bajo el mismo NIT varias sedes y, solo una de las sedes ha recibido la acreditación en salud, esta situación hace que opere la exoneración de la tasa de contribución de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud o es necesario la acreditación de todas las sedes para aplicar dicha exención? NO*

Tesis: “[E]n conclusión, la entidad de salud se compone de la totalidad de sus sedes y no solo, apenas, por una o algunas de ellas, razón por la cual una interpretación que conduzca a concluir que la obtención de la acreditación en una de las sedes de la entidad de salud en las IPS y hospitales universitarios resulta suficiente para acceder a la exención tributaria establecida en materia de contribución de vigilancia, sería contraria al artículo 76 de la Ley 1955 de 2019 y al principio de integralidad desarrollado en el artículo 4 del Decreto 903 de 2014 en materia de acreditación a entidades de salud. En este sentido, las normas citadas no disponen una exención tributaria por sedes respecto de las entidades beneficiarias del estímulo. Una interpretación como la indicada, adicionalmente, no solamente resultaría contrario al principio de integralidad, que establece la ley, en relación con el sistema de acreditación de calidad en salud, sino que también resultaría opuesta a los principios de representación popular, de legalidad y de certeza en materia tributaria, pues la ley no ha dispuesto que la exención se aplique por sedes, sino por sujetos pasivos (contribuyentes), y tampoco ha previsto que se aplique de manera proporcional, cuando una entidad tenga acreditadas solo algunas sedes. (...) La acreditación en salud de una de las sedes de Institución Prestadora de Salud (IPS) y un hospital universitario no causa la exención en el pago de la contribución de vigilancia a favor de la Superintendencia Nacional de Salud por cuanto la acreditación es institucional y de acuerdo al principio de integralidad, en atención a las consideraciones expuestas.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2502 del 10 de octubre de 2023; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2023-00094-00\(2502\). Levantamiento de reserva mediante Auto del 11 de abril de 2024.](#)

3. Los abogados que actúan en representación de los acusadores privados en la acción penal privada están sometidos al régimen disciplinario de los fiscales. En consecuencia, la autoridad competente para conocer de sus presuntas faltas disciplinarias es la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y sus seccionales.

Síntesis del caso: *Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Regional de Instrucción de Nariño y la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Nariño, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para adelantar la actuación disciplinaria a que haya lugar, en contra de la apoderada de un acusador privado.*

ACCIÓN PENAL / NATURALEZA DE LA ACCIÓN PENAL / TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL / EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL / REPRESENTACIÓN JUDICIAL

Problema jurídico: *¿La Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Nariño es la autoridad competente para conocer la actuación disciplinaria a que haya lugar en contra de una apoderada de un acusador privado dentro de una acción penal privada adelantada en el marco de la Ley 1826 de 2017? SI*

Tesis: “El artículo 551 de la Ley 906 de 2004 adicionado por el artículo 29 de la Ley 1826 de 2017, introduce una cualificación específica frente al ejercicio de la función pública transitoria ejercida por el acusador privado a través de su apoderado, a partir de la expresa asimilación para todos los efectos, a los fiscales, incluyendo el régimen disciplinario y penal. Ello descarta la aplicación al acusador privado y a su representante, del régimen general disciplinario previsto en la Ley 1952 de 2019 para los particulares disciplinables, el cual cede ante la existencia de norma especial. En razón a lo anterior, los abogados que representan a los acusadores privados en la acción penal privada, es decir, aquellos sujetos a través de quienes se concreta tal acción están sometidos a la regla de competencia establecida en el artículo 257A de la Constitución Política, que atribuye a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, entre ellos los fiscales, así como sobre los abogados en ejercicio de su profesión. (...) [L]a Sala encuentra que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a través de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Nariño es competente para conocer y adelantar la investigación disciplinaria en contra de la señora [E.R.H.Z.], por las presuntas irregularidades en que pudo haber incurrido como apoderada del acusador privado dentro de la acción penal adelantada en contra del señor [O.P.N.P.], dada la inactividad y ausencia de impulso de la investigación penal.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 10 de abril de 2024; C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00818-00\(C\)](#)

4. La Contraloría General de la República debe ejercer de manera prevalente su competencia cuando en un contrato confluyen recursos del orden nacional en un porcentaje superior al 50% de la financiación total.

Síntesis del caso: *Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá y la Contraloría General de Boyacá, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para continuar con un proceso de responsabilidad fiscal, adelantado por un presunto detrimento patrimonial derivado de la suscripción y ejecución de un contrato de obra.*

EJERCICIO DE CONTROL FISCAL / CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / FUERO DE ATRACCIÓN

Problema jurídico: *¿La Contraloría General de la República es la autoridad competente para continuar con un proceso de responsabilidad fiscal que se originó por el presunto detrimento patrimonial derivado de la suscripción y ejecución de un contrato de obra pública que fue financiado en un porcentaje del 60% con recursos de la Nación? SI*

Tesis: “De la anterior certificación del porcentaje y la fuente de los recursos de cofinanciación se tiene que es aplicable la regla de competencia establecida en el literal a) del artículo 29 del Decreto Ley 403 de 2020, que prescribe que cuando confluyan fuentes de financiación que involucren la vigilancia y control fiscal por parte de diferentes contralorías, debe aplicarse el fuero de atracción (...) [L]a Sala encuentra que se verifica en el supuesto fáctico que: i) El contrato está financiado con recursos propios del municipio y recursos de la Nación, es decir, confluyen fuentes de financiación. ii) El porcentaje de financiación con recursos de la Nación es del 60%. Esto conforme con la certificación expedida por el secretario de Hacienda del mencionado municipio, al señalar que ese porcentaje proviene de la fuente denominada DESAHORRO FONPET – RECURSOS FONDO NACIONAL DE REGALÍAS (60%). Estos recursos, según lo ha señalado tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, son de fuente exógena o provenientes de la Nación. (...) En consecuencia, el control y vigilancia fiscal corresponden a la Contraloría General de la República, en aplicación del fuero de atracción, contenido en el artículo 29 del Decreto 403 de 2020.”

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el fuero de atracción por cofinanciación, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 28 de febrero de, conflicto con radicación núm. 11001-03-06-000-2022-00246-00.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el control prevalente (ahora preferente) de la Contraloría General de la República, ver:

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; Decisión del 24 de enero de 2024, conflicto con radicado No. 11001-03-06-000-2023-00687-00; Decisión del primero de diciembre de 2023, conflicto con radicación núm. 11001-03-06-000-2023-00517-00; Decisión del 14 de diciembre de 2020, conflicto con radicación No. 11001-03-06-000-2010-00034-00.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 20 de marzo de 2024; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2024-00002-00\(C\)](#)

**GÉNERO Y NO
DISCRIMINACIÓN**



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SECCIÓN TERCERA

Se niega indemnización por privación de la libertad a persona absuelta por in dubio pro reo en caso de violencia sexual contra mujer, puesto que la perspectiva de género refuerza la legalidad de la medida de aseguramiento.

Síntesis del caso: “El 19 de febrero de 2001, A.P.P. presentó denuncia penal contra A.R.R., afirmando que la había accedido carnalmente. El 25 de junio de 2007, la Fiscalía 230 Seccional de Bogotá definió la situación jurídica del procesado y le impuso medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, por ser presunto autor del delito de acceso carnal violento. El 24 de junio de 2009, agentes del Departamento Administrativo de Seguridad capturaron a A.R.R. y lo pusieron a disposición del proceso penal que se tramitaba en su contra. Finalmente, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2009, el Juzgado 54 Penal del Circuito de Bogotá absolvió al sindicado por in dubio pro reo. Los demandantes consideran que la detención de A.R.R. fue injusta, puesto que fue absuelto por no existir certeza, más allá de toda duda razonable, para endilgarle la comisión del delito de acceso carnal violento”.

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / JUEZ ADMINISTRATIVO / DEBERES DEL JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / ENFOQUE DIFERENCIAL / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / RECUENTO JURISPRUDENCIAL / MUJER / DELITOS CONTRA LA MUJER / DAÑO CONTRA LA MUJER / VIOLENCIA CONTRA LA MUJER / MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA / MUJER VÍCTIMA DEL DELITO SEXUAL / VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER / VIOLENCIA FÍSICA CONTRA LA MUJER

Problema jurídico 1: ¿El juez administrativo se encuentra en la obligación de estudiar los casos con un enfoque diferencial y bajo una perspectiva de género, siempre que se encuentre acreditado que se está en presencia de actos de discriminación y de violencia contra la mujer, los cuales afecten sus derechos y libertades?

Tesis 1: “La garantía por parte de las autoridades y Ramas del Poder Público del concepto constitucional de igualdad material impone la eliminación y sanción de todo tipo de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión pública o filosófica, mediante actos o hechos positivos y negativos que efectivicen y hagan realidad la protección de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se ven expuestas a los abusos o maltratos que contra ellas se cometen. (...) [E]s evidente que existe en cabeza de los jueces del país, y de manera aún más latente en el juez contencioso administrativo que se haya instituido para juzgar la actividad de los órganos del Estado, la obligación de investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra las personas en situación de debilidad, en este evento que comprometen los derechos y garantías de la mujer. Este sentido de justicia e igualdad material emergen de lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado el enfoque y la equidad de género, que se instituyen como la guía que orienta el diseño de las políticas públicas y el quehacer de la función judicial, en el que todas las acciones judiciales y todos los medios de control previstos en el ordenamiento jurídico imponen a los jueces de la República estudiar los casos con una orientación diferencial que permite fallar en forma disímil cuando la situación fáctica es desigual y cuando se requiere una protección reforzada de los derechos, por ejemplo, de la niñez y las mujeres víctimas de violencia, acoso y discriminación, entre otros hechos que lesionan el núcleo fundamental de los intereses reconocidos por el ordenamiento convencional y constitucional. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha advertido la obligación del juez contencioso administrativo de abordar el proceso bajo una perspectiva de género, siempre que ella se encuentre acreditada. (...) En vista del recuento jurisprudencial (...) es dable concluir que son numerosas las decisiones de la Corporación que advierten el deber de las autoridades judiciales de mantener un enfoque de equidad de género contra los actos de discriminación contra la mujer y el repudio frente a todo tipo de violencia que afecte sus derechos y libertades.”

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, ver, Corte Constitucional, sentencia T-878 de 2014, MP. Jorge Iván Palacio Palacio y sentencia T- 388 de 2018., MP. Gloria Stella Ortíz. De igual forma, consultar, Consejo de Estado, Sección Cuarta,

sentencia de 15 de noviembre de 2018, exp. 11001031500020180062200; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de octubre de 2018, exp. 05001-23-33-000-2013-01975-01(0038-16), MP. Carmelo Darío Perdomo; Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 28 de junio de 2016, exp. 11001031500020150340600; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 16 de agosto de 2016; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de diciembre de 2016, exp. 39393, MP. Stella Conto Díaz del Castillo; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 3 de agosto de 2017, exp. 40683, MP. Stella Conto Díaz del Castillo; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 5 de diciembre de 2017, exp. 42243, MP. Jaime Enrique Rodríguez Navas; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 31 de mayo de 2016, exp. 40648, MP. Danilo Rojas Betancourth; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 17 de agosto de 2017, exp. 43955., MP. Marta Nubia Velásquez Rico; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 23 de noviembre de 2017, exp. 48070, MP. Marta Nubia Velásquez Rico y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 9 de octubre de 2020, exp. 46435, MP. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / NECESIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / DETENCIÓN PREVENTIVA DE LA LIBERTAD / DETENCIÓN PREVENTIVA / DAÑO / INEXISTENCIA DE DAÑO / DAÑO ANTIJURÍDICO / INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PRUEBA DIRECTA / ACCESO CARNAL VIOLENTO / DENUNCIA PENAL / MEDIDA RESTRICTIVA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / INDICIO GRAVE / DECLARACIÓN DE PARTE / VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACIÓN DE PARTE / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / FALTA DE PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CARGA PROCESAL / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA PROCESAL / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / NEGACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURÍDICO

Problema jurídico 2: *¿La demandante acreditó el daño alegado, consistente en que la medida de aseguramiento que le fue impuesta el 25 de junio de 2007 no cumplió con los presupuestos legales que establecía la ley para su procedencia, por lo cual, se configuró responsabilidad patrimonial por privación injusta de la libertad por parte de la demandada?*

Tesis 2: “La medida de aseguramiento impuesta el 25 de junio de 2007 por la Fiscalía 230 Seccional de Bogotá. En el caso sub examine se tiene que el daño alegado consiste en la privación de la libertad de (...) [del demandante] derivada de la medida de aseguramiento impuesta el 25 de junio de 2007 por la Fiscalía 230 Seccional de Bogotá, la cual es calificada como injusta por los demandantes. (...) [S]e observa que la medida de aseguramiento impuesta el 25 de junio de 2007 por la Fiscalía 230 Seccional de Bogotá cumplió con los requisitos previstos en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, pues decretó la detención preventiva de (...) [el demandante] con fundamento en una prueba directa que daba cuenta, de forma preliminar, que éste podía ser autor del delito de acceso carnal violento. (...) En suma, la denuncia penal presentada por (...) [el demandante]. fue uno de los fundamentos para imponer la medida privativa de la libertad, toda vez que en esta se señaló (...) [al demandante] de ser presunto autor del delito de acceso carnal violento. (...) [E]l fundamento de la medida de aseguramiento superó las exigencias previstas en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, pues la declaración de la víctima, como prueba directa, vinculaba a (...) [demandante] como presunto autor del delito de acceso carnal violento. Precisamente, dicha declaración era una prueba directa que permitió superar las exigencias previstas en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, pues por su naturaleza tenía fuerza probatoria más categórica que aquella que brindan los indicios graves de responsabilidad, exigidos por dicha norma procesal para poder imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva. (...) Bajo la óptica de lo anterior, se observa que la Resolución del 25 de junio de 2007, proferida por la Fiscalía 230 Seccional de Bogotá, que ordenó imponer medida de aseguramiento en contra de (...) [del demandante]. (...) cumplió con lo dispuesto en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, porque se

fundamentó en la declaración de la víctima, declaración que, según lo consagrado en la medida precauteladora, fue clara y consistente, alcanzando el estándar probatorio exigido en la ley procesal penal para imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra del implicado. (...) También se advierte que la medida de aseguramiento cumplió con los requisitos previstos en el artículo 357 de la Ley 600 de 2000, puesto que el delito por el cual se investigaba al indiciado tenía prevista una pena de prisión que excedía de cuatro (4) años. De hecho, el delito por el que se investigaba a (...) [demandante]. Era el de acceso carnal violento, que según el artículo 205 de la Ley 599 de 2000, suponía una pena de prisión mínima de ocho (8) años de prisión. Igualmente, la medida restrictiva fue necesaria, proporcional y razonable, tal y como se desprende de los elementos de prueba obrantes en el expediente, debido a la gravedad del delito por el cual estaba siendo investigado, que no solo permitía sino que aconsejaba la medida restrictiva de la libertad. En otras palabras, se evidencia que el daño alegado encuentra amparo legal por haberse derivado de una actuación de la Administración ajustada a derecho y porque la medida de aseguramiento se dictó con fundamento en el material probatorio mínimo que exigía la ley para la adopción de tales medidas, frente a la cual la parte demandante no puede pretender indemnización de perjuicios. En efecto, la medida resultaba: i) necesaria, dado que existía el mérito probatorio suficiente para decretarla conforme al ordenamiento procesal penal vigente al momento de su imposición, puesto que era menester impedir la continuación de su actividad delictual y garantizar la presencia del sindicado en el proceso penal que se le seguía en su contra; ii) proporcional, por cuanto el delito por el cual se investigaba al indiciado era el de acceso carnal violento, que implicaba una pena privativa de la libertad de al menos ocho (8) años de prisión; y iii) razonable, de cara a la gravedad de la conducta. De igual manera, debe tenerse en cuenta que en el caso concreto la parte demandante no allegó prueba alguna que permitiera vislumbrar que la medida de aseguramiento carecía de proporcionalidad, razonabilidad o que fuera arbitraria, carga que le correspondía asumir con el propósito de acreditar la injusticia de la medida cuya omisión significa la imposibilidad de acreditar responsabilidad al Estado por la privación de la libertad de (...) [demandante], pues no logró establecerse la antijuridicidad del daño que se le pudo haber causado. En vista de lo expuesto, se evidencia que la medida de aseguramiento impuesta contra (...) [demandante] satisfizo las prerrogativas previstas en los artículos 355, 356 y 357 de la Ley 600 de 2000."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 29 de junio de 2011, exp. 36402; sentencia del 22 de noviembre de 2016, exp. 37568; auto del 22 de julio de 2009, exp. 31338 y sentencia del 18 de enero de 2017, exp. 40120. De igual forma, ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de junio de 2019, exp. 44473, MP. Jaime Enrique Rodríguez. Así mismo, ver, Corte Constitucional, sentencia SU 072 de 2018, MP. José Fernando Reyes.

ENFOQUE DIFERENCIAL / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / PUBLICACIÓN DE SENTENCIA / PUBLICACIÓN DE SENTENCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / MUJER / CONCEPTO DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER / MUJER VÍCTIMA DEL DELITO SEXUAL / VIOLENCIA FÍSICA CONTRA LA MUJER / VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER / VIOLENCIA CONTRA LA MUJER / MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA / DENUNCIA PENAL / DICTAMEN MÉDICO / SINDICADO / PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO REO / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO REO / PRUEBA CIENTÍFICA / PRUEBA DE ADN / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / DERECHO DE DEFENSA / DERECHO A LA LIBERTAD / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / PRINCIPIO DE NECESIDAD / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD / PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD / IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / DETENCIÓN PREVENTIVA DE LA LIBERTAD / DETENCIÓN PREVENTIVA

Problema jurídico 3: *¿El enfoque de diferencial y de perspectiva de género refuerza los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida de aseguramiento del sindicado en los casos de violencia contra la mujer, otorgando un mayor soporte a la imposición de dicha medida restrictiva de la libertad?*

Tesis 3: "Finalmente, en el sub lite se probó que el 19 de febrero de 2001, (...) presentó denuncia penal afirmando que el 13 de febrero de ese año, aproximadamente a las 7:30 p.m., (...) [que él demandante]. la accedió carnalmente, cuando ella transitaba por un potrero que la dirigía a su casa de habitación, luego de recoger el uniforme de su hija (...). Nótese que en este evento (...) desempeñaba su rol de madre, cuando ocupándose de las labores propias de su hogar se vio violentada por quien aprovechó la oscuridad de la noche, lo desolado del lugar y su fuerza física para mediante amenazas y golpes agredir a su víctima desprotegida. Así, no cabe duda que (...) fue violentada por quien la golpeó y amenazó físicamente para coaccionar la relación sexual, lo cual fue corroborado con el dictamen rendido el 14 de febrero de 2001 por el Instituto de Medicina Legal, que sirvió de fundamento a la resolución de la situación jurídica del sindicado (...) Ahora, se tiene que son precisamente las condiciones en las que se cometió el delito las que dieron lugar a la absolución del demandante en aplicación del principio in dubio pro reo. Evidentemente, lo

desolado del lugar y la hora de los hechos, conllevan la ausencia de testigos y deja la carga probatoria que corresponde al ente investigador en cabeza de la víctima del abuso que se ve forzada a revivir, una y otra vez, la situación -de suyo dolorosa-. En este sentido la víctima de la agresión sexual se ve expuesta al respectivo examen médico legal y a la presentación de la respectiva denuncia, que necesariamente implican la narrativa de las circunstancias en que la agresión tuvo lugar. Ahora, no siendo suficiente lo anterior, en el caso de autos la decisión absolutoria proferida por el Juzgado 54 Penal del Circuito de Bogotá (...) reprochó que la violentada presentara su denuncia 6 días después de lo ocurrido, que no hubiera ratificado dicha denuncia y que no se practicara la prueba científica que confrontara el ADN del agresor con las células sexuales halladas en la víctima, en el examen efectuado por el galeno sexólogo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Visto lo anterior, debe reiterarse que en el ejercicio de sus funciones las autoridades administrativas y judiciales, y por supuesto del personal médico, tienen la importante tarea de evitar la usual revictimización de las mujeres objeto de agresión sexual. Asimismo, deviene de la mayor importancia advertir que en eventos como el presente el criterio de justicia material exige confrontar los intereses sacrificados de la víctima del delito con los del presunto victimario, a fin de establecer la soportabilidad de la acción punitiva y de la respectiva privación de la libertad en cabeza de quienes resultan penalmente procesados por delitos de agresión sexual. En este sentido, de una parte, se tienen las garantías del penalmente enjuiciado al debido proceso, a la presunción de inocencia, al derecho de defensa, a un juicio sin dilaciones y a un juez natural, independiente e imparcial y, sobre todo, el derecho a la libertad que se ve limitado en razón de la medida de aseguramiento. De otra parte, se tiene la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar los delitos de agresión sexual que atacan los derechos más esenciales del ser humano, tales como el de la dignidad y la sexualidad de la mujer e, incluso de la niñez, como parte de sus obligaciones internacionales de eliminación de las formas de discriminación contra la Mujer y de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer. A la sazón, se resalta que la “Convención de Belém do Pará” condena todas las formas de violencia contra la mujer y exige a los Estados adoptar los medios apropiados para prevenir, sancionar y erradicar tales actos de violencia, en este evento mediante mecanismos y procedimientos efectivos que se correspondan y convaliden el derecho de toda mujer a una vida libre de todo tipo de violencia. Así, conviene reconocer que las investigaciones y procesos que giran en torno a delitos de violencia contra la mujer están enmarcados dentro de un enfoque diferencial y de equidad de género que refuerza los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Entonces, el enfoque diferencial y de equidad de género, en eventos como el que aquí se estudia, refuerza el criterio de necesidad de la medida de aseguramiento con detención preventiva, porque eleva el deber del Estado de impedir la continuación de la actividad delictual y de garantizar la presencia del sindicado en el proceso penal. Igualmente, la perspectiva sobre la mujer acentúa y equilibra la proporcionalidad de la medida en atención a los intereses vulnerados de la víctima del delito sexual respecto de la libertad del procesado que, se ve limitada, por supuesto, bajo el respecto de las demás garantías procesales. Finalmente, esta orientación hacia la justicia e igualdad material confirma la razonabilidad de la limitación a la libertad, advirtiendo que el objeto de investigación es un delito de violencia sexual contra la mujer, fuertemente reprochado por el ordenamiento interno e internacional que exige del Estado un compromiso mayor de las autoridades en el ejercicio de los mecanismos procesales, se itera, en aras de la eliminación de las formas de violencia y discriminación contra la Mujer, mediante la prevención y sanción efectivas de tales conductas. En este sentido, se evidencia aún más la soportabilidad de la medida de aseguramiento de detención preventiva padecida por (...) [demandante], respecto al debido desarrollo de la acción penal y de la garantía y protección de los intereses de la víctima de la agresión sexual”.

ENFOQUE DIFERENCIAL / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / MUJER / VIOLENCIA CONTRA LA MUJER / VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER / VIOLENCIA FÍSICA CONTRA LA MUJER / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER / DELITOS CONTRA LA MUJER / DAÑO CONTRA LA MUJER / MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA / MUJER VÍCTIMA DEL DELITO SEXUAL / PUBLICACIÓN DE SENTENCIA / PUBLICACIÓN DE SENTENCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PUBLICACIÓN EN LA PÁGINA WEB DE LA ENTIDAD CONDENADA / RECLASIFICACIÓN DEL CONCURSO DE MÉRITOS EN LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PUBLICACIÓN EN LA PÁGINA WEB DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / FUNCIONARIO JUDICIAL / DAÑO ANTIJURÍDICO / INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURÍDICO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / NEGACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / RECURSO DE APELACIÓN

Problema jurídico 4: *¿Procede publicar lo concerniente de esta sentencia respecto al enfoque diferencial y a la equidad de género, protección a la mujer y no revictimización por parte de las autoridades judiciales, así como el análisis frente a la ausencia del daño antijurídico en este tipo de eventos, en el sitio oficial de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial?*

Tesis 4: “[L]a Sala ordenará la publicación de la parte correspondiente a la valoración mediante un enfoque diferencial y de equidad de género en los sitios web oficiales de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial para garantizar el pleno conocimiento de estas consideraciones en los funcionarios judiciales. En suma, la Sala encuentra que en el caso sub examine no se configuró el daño antijurídico como elemento primario y esencial de la responsabilidad, lo que hace infructuoso el análisis de los demás elementos del instituto indemnizatorio, pues debe recordarse que la responsabilidad es una institución de carácter derivado que depende necesariamente de la suma y presencia condicional de la totalidad de sus elementos y que, ante la ausencia de alguno de estos, no puede reconocerse la obligación de reparar. En síntesis, la Sala modificará la sentencia del 11 de noviembre de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda, al constatar que no se acreditó el daño antijurídico allí alegado, en el sentido de ordenar la publicación de los ítems 6.3 y 7.2.4. de esta providencia en el sitio oficial de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial, a fin de satisfacer los lineamientos del enfoque diferencial y de equidad de género.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 13 de marzo de 2024; C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 25000-23-26-000-2012-00475-01\(68409\)](#)

SECCIÓN QUINTA

No hubo desconocimiento de la alternancia de género en la designación del segundo vicepresidente del Senado de la República.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad de la elección de los señores Iván Leónidas Name Vásquez como presidente, María José Pizarro Rodríguez como primera vicepresidente y Didier Lobo Chinchilla como segundo vicepresidente, para el periodo 2023-2024 de la mesa directiva del Senado de la República, aduciendo entre otros cargos y frente al último de los demandados, que hubo vulneración del artículo 18 de la Ley 1909 de 2018, alusivo a la alternación de la representación en periodos sucesivos entre hombres y mujeres, de tal manera que el cargo de segundo vicepresidente ha debido ser ocupado por una mujer. La Sala negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral propuesta contra la elección de los señores Iván Leónidas Name Vásquez y Didier Lobo Chinchilla como presidente y segundo vicepresidente del Senado de la República, respectivamente, luego de concluir que se presentó una imposibilidad fáctica que permitiera dar cumplimiento a la norma.*

EQUIDAD DE GÉNERO

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala determinar si el acto electoral de los señores Iván Name Vásquez, María José Pizarro y Didier Lobo Chinchilla, como presidente, vicepresidente, primer vicepresidente y segundo vicepresidente del Senado de la República, es nulo, por cuanto se expidió de forma irregular, teniendo en cuenta que (...) (ii) se desconocieron los artículos 108, 209 y 262 superior, 18 y 27 de la Ley 1909 de 2018, 3 y 40 de la Ley 5 de 1992 y 3 de la Ley 974 de 2005, en la medida en que (...) (d) la segunda vicepresidencia le correspondía por alternancia a una mujer en el periodo 2023-2024.*

Tesis: “El acto de elección resulta contrario al artículo 18 de la Ley 1909 de 2018. Adujo el accionante, que con la elección del señor Didier Lobo Chinchilla como segundo vicepresidente del Senado, se desatiende el inciso 3 del artículo 18 de la Ley 1909 de 2018, por cuanto el partido Centro Democrático, declarado en oposición, en la legislatura anterior, en uso de su derecho de oposición, ocupó a través de un hombre la respectiva dignidad. Por ello, le correspondía a Cambio Radical, en uso de la mencionada prerrogativa, postular una mujer, en tanto así lo ordena la norma que se aduce infringida, cuando establece que esa «representación debe alternarse en períodos sucesivos entre hombres y mujeres». (...). Conforme lo dijo el demandante, en esta oportunidad, la representación de la oposición en la Mesa Directiva del Senado de la República la ocupa nuevamente un hombre, lo cual a su juicio desconoce el inciso tercero del artículo 18 de la Ley 1909 de 2018. Ahora, para resolver el anterior planteamiento, se tiene dentro del acervo probatorio, que el senador Carlos Fernando Mota, en representación de la colectividad Cambio Radical señaló que esa agrupación solo cuenta con una mujer dentro de su bancada, quien decidió no postularse en esta ocasión por cuanto prefiere hacerlo para la última legislatura. Según la intervención del partido, al existir la obligación de alternancia de género y, al haber postulado la primera colectividad de oposición a un hombre, el orden a seguir sería mujer, hombre, mujer, lo cual en este caso resultaría imposible, porque a juicio del referido senador, solo se cuenta con una mujer electa que los represente y, de postularse ahora, para el último cuatrienio se generaría el mismo problema que ahora se esboza, adicional al hecho que ella no puede reelegirse por la prohibición expresa contenida en el inciso 2 del artículo 40 de la Ley 5 de 1992. (...). [E]n efecto, Cambio Radical solo cuenta con una mujer electa. Tampoco se puede pasar por alto, que de la manifestación que hiciera el vocero de la mencionada colectividad, emanó de la voluntad de la senadora de no postularse a ocupar el escaño que le correspondía en representación de la oposición. Por lo que, esta circunstancia -la dimisión de la señora Ana María Castañeda para postularse- debe ser valorada y contrastada con la realidad política de quienes integran los partidos de oposición y frente a ella determinar si este hecho por sí solo genera el vicio endilgado. (...). En el presente caso, se observa que se presentó una imposibilidad fáctica de cumplir con el cometido de la norma, en lo relacionado con la alternancia de hombre y mujer para ocupar el cargo de la segunda vicepresidencia de la cámara alta del Congreso. (...). Es necesario agregar que no se advierte que se haya desconocido alguna de las garantías de la oposición en cabeza del partido Verde Oxígeno, comoquiera que su derecho se limita a postular candidatos para ocupar el referido cargo y en esta oportunidad no lo hizo. Por lo tanto, su falta de participación en la contienda electoral no se traduce en el desconocimiento de un mandato normativo. En relación con el partido Cambio Radical, intervino el congresista Carlos Fernando Mota y aseguró que la senadora Ana María Castañeda deseaba «postergar su derecho propio a ocupar la dignidad en virtud del

Estatuto de Oposición en la última Legislatura del Cuatrienio al que fuimos elegidos». (...). Además, después de que se realizó la elección, el senador Didier Lobo Chinchilla indicó «quiero agradecerle a Dios, primeramente, a mi partido Cambio Radical, a la Senadora Ana María Castañeda, por cederme esta oportunidad y este espacio» y la referida congresista no dijo nada al respecto. En ese sentido, si bien el inciso tercero del artículo 18 de la Ley 1909 de 2018 precisa que la representación debe alternarse en periodos sucesivos entre hombres y mujeres, lo cierto es que en esta precisa oportunidad no podía cumplirse debido a que (i) el Centro Democrático ocupó el cargo en la legislatura 2022-2023; (ii) Verde Oxígeno no postuló candidato y el único senador con el que cuenta es varón; y (iii) la congresista Ana María Castañeda decidió postergar su aspiración para ser elegida. Conviene precisar que, la referida alternancia fue en derecho establecido por el legislador para que las mujeres congresistas, que hacen parte de los partidos de oposición, pudieran postular sus nombres para que, después del proceso electoral, resultaran elegidas en la segunda vicepresidencia del Senado o de la Cámara de Representantes.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 7 de marzo de 2024; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra \(E\), radicación: 11001-03-28-000-2023-00055-00.](#)

ACCIÓN DE TUTELA

Interrupción por parte del empleador, del disfrute del permiso remunerado para la lactancia otorgado a servidora judicial, vulneró derechos fundamentales de la madre lactante y de su menor hijo

Síntesis del caso: La actora, quien funge como Juez Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Riohacha, se reintegró al cargo luego de cumplir su licencia de maternidad y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha le concedió descanso remunerado para el periodo de lactancia de una hora desde el 18 de octubre de 2023 y hasta el 15 de diciembre de 2023 y de media hora desde el 16 de diciembre de 2023 y hasta el 15 de junio de 2025. A pesar de lo anterior, el 21 de noviembre de 2023 le fue repartida mediante correo institucional una solicitud de audiencia preliminar con capturado que intentó devolver por el mismo medio sin obtener respuesta satisfactoria, por lo que se vio en la obligación de avocar el conocimiento del asunto asignado en su periodo de lactancia.

ACCIÓN DE TUTELA / FUERO DE MATERNIDAD / DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR MATERNIDAD / MUJER LACTANTE / DESCANSO COMPENSATORIO / PERMISO DE LACTANCIA / JUEZ / HORARIO DEL JUZGADO / ORDEN DE TRABAJO / CITACIÓN A AUDIENCIA / AUDIENCIA PRELIMINAR / CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA / DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL / INCUMPLIMIENTO DE DEBER LEGAL / VIOLACIÓN CONTINUADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA ALIMENTACIÓN EQUILIBRADA / HIJO MENOR DE EDAD / AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / ORDEN JUDICIAL / REPARTO DE EXPEDIENTES

Problema jurídico 1: ¿La autoridad demandada vulneró los derechos fundamentales de la [actora] al asignarle en el reparto audiencias preliminares durante el tiempo de descanso remunerado concedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, con ocasión de su periodo de lactancia? SI

Tesis 1: La señora [R.T.P.], en nombre propio, presentó tutela contra el Centro de Servicios de los Juzgados Penales del Distrito de Riohacha, por considerar que se desconocieron sus derechos fundamentales por el reparto de audiencias preliminares efectuado durante el tiempo de descanso remunerado de lactancia concedido por el Tribunal Superior de ese distrito. En efecto, en el plenario se encuentra demostrado que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha (...) le concedió a la accionante el descanso remunerado durante el período de lactancia, en el horario de 5:00 a 6:00 p.m., hasta el 15 de diciembre de 2023 y de 5:00 a 5:30 p.m., hasta el 15 de junio de 2025. Posteriormente, a petición de la servidora (...) el superior modificó el horario del descanso inicialmente otorgado, quedando su disfrute programado de 5:00 a 6:00 p.m. hasta el 15 de diciembre de 2023, y de 5:30 a 6:00 p.m. a partir del 16 de diciembre de 2023 hasta el 15 de junio de 2025. No obstante lo anterior, la accionante reprocha, con el debido soporte probatorio, que el 21 de noviembre de 2023, durante su tiempo de descanso, le fue asignada por reparto una audiencia preliminar, y que intentó regresarla al juez coordinador del Centro de Servicios, para que fuera reasignada, explicando que se encontraba disfrutando de su hora de lactancia, pero el servidor no atendió su argumento. En consecuencia, se vio obligada a tramitar la causa. (...) [S]egún se avizora en el material documental allegado al expediente, que muestra el reparto realizado a la funcionaria desde el mes de octubre de 2023 hasta marzo de 2024, la Sala evidencia que a la señora [R.T.P.] se le siguió efectuando reparto en el horario establecido por el nominador como tiempo de descanso remunerado para la lactancia. Ello, sin duda, representa una manifiesta vulneración a los derechos de la madre lactante, previstos en los artículos 13 y 43 de la Constitución Política, y, de contera, a los derechos de su menor hijo(a), puesto que, aunque la accionante no lo invoque, en el presente caso se evidencia también la transgresión de los derechos de su hijo o hija, en especial, el consagrado en el artículo 44 Superior, que le garantiza la alimentación equilibrada, lo cual, a su vez, repercute en su buena salud y óptimo desarrollo afectivo, físico y cognitivo. Ahora bien, es cierto que frente a la vulneración de los derechos tanto de la madre como de su menor hija(o), ocurrida a raíz del reparto de audiencias y demás asuntos en el tiempo de descanso para el disfrute de la lactancia, se ha mantenido en el tiempo, es decir, persiste, y la

intervención del juez de tutela se requiere precisamente para hacer cesar esa transgresión. Así las cosas, después del 24 de noviembre de 2023, fecha en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha notificó al juez coordinador del Centro de Servicios para Juzgados Penales, a la Coordinación Administrativa de Riohacha (ahora Dirección Seccional de Administración Judicial de Riohacha), y al Consejo Seccional de la Judicatura de La Guajira del permiso de lactancia concedido a favor de la accionante (...) no existe justificación alguna para que las mencionadas autoridades no hayan realizado los trámites necesarios para detener, suspender o cerrar el reparto en el horario establecido por el nominador como período de descanso. De ahí que le asista razón a la accionante en la vulneración invocada. (...) Es claro que el reparto no es manual y que se realiza automáticamente desde el aplicativo Tyba, pero ello no impide ver con recelo los argumentos planteados por el Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales del Distrito de Riohacha, el juez coordinador, el Grupo de Mantenimiento y Soporte Tecnológico de la DEAJ Riohacha y la Unidad de Informática de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en sus respectivos informes, porque, como viene de indicarse: i) desconocen por completo la condición especial de madre lactante de la señora [T.P.]; ii) ponen en segundo plano su situación de mujer, que atraviesa por una etapa de excepcional importancia para ella y para su hija(o), como lo es la lactancia; y iii) anteponen trabas administrativas al disfrute de un derecho reconocido por la autoridad nominadora y que redundaba en bienestar para ella y para el menor desde el punto de vista emocional y físico. (...) En conclusión, la Sala encuentra que las conductas desplegadas por el Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales del Distrito de Riohacha, el juez coordinador, el Grupo de Mantenimiento y Soporte Tecnológico de la DEAJ Riohacha y la Unidad de Informática de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial vulneran los derechos fundamentales de la accionante a disfrutar del descanso remunerado durante la lactancia y a no ser discriminada por su condición especial de madre lactante; así como el derecho fundamental de su menor hija(o) a gozar de una alimentación equilibrada, adecuada y saludable y, por ende, a recibir leche materna durante sus primeros meses de vida.

ACCIÓN DE TUTELA / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER / PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN / MUJER LACTANTE / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / INTERPRETACIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER

Problema jurídico 2: *¿Se requiere aplicar un enfoque diferencial con perspectiva de género para interpretar las normas pertinentes al caso y para analizar la situación presuntamente vulneradora de los derechos fundamentales de la [actora]?*

Tesis 2: Bien es sabido que el Estado colombiano debe velar por la protección de la mujer en todos los ámbitos, pues es una obligación internacional, regional y nacional. Por eso, los casos de discriminación contra la mujer deben ser examinados con un enfoque diferencial: perspectiva de género, y esto se torna más relevante cuando se trata de conductas imputables al Estado, en hechos en los que, en lugar de proteger y garantizar los derechos humanos, los vulnera. La perspectiva de género es una categoría que le sirve al operador jurídico para decidir casos en los que advierta violación del derecho a la igualdad o la equidad por razón del género. Justamente, el enfoque de género busca, por un lado, censurar o repudiar casos de discriminación y/o violencia contra la mujer, y por otro, contribuir al esclarecimiento de los hechos. (...) Para la Sala, esa postura desinteresada e indiferente, asumida por las autoridades referidas, merece reproche desde el punto de vista constitucional, porque claramente derivó en un acto de -discriminación indirecta-, representado en la insensibilidad, apatía y desidia de las autoridades para hacer efectivo el goce del permiso remunerado concedido a la señora [T.P.], de cara a la protección especial que reviste su condición de madre lactante, junto a la protección de su menor hija(o), y por ello, como bien señala la accionante, su caso debe analizarse desde la perspectiva de género. (...) [E]s reprochable que las autoridades muestren indiferencia y desdén ante la situación informada por la accionante, asumiendo una actitud desprovista de cualquier consideración relativa al género, enfoque que demanda de las autoridades, especialmente si se trata de servidores judiciales, una postura solidaria y proactiva con la mujer lactante. En definitiva, su proceder no se compadece con la situación particular de la madre lactante, que no sólo tiene necesidad emocional de amamantar a su bebé, sino también física, pues son conocidas las incomodidades y dolencias que padece la madre que no puede extraer la leche de sus mamas (ya sea de forma natural por la succión del bebé, manual o mecánica), las cuales, incluso, pueden repercutir gravemente en su salud, dado que puede desarrollar mastitis, abscesos, entre otras patologías. Es censurable la actitud de las autoridades en mención, quienes, pudiendo actuar dentro de sus competencias para realizar las gestiones necesarias que garanticen y materialicen el goce del descanso reconocido a la accionante (...) asumieron una actitud desentendida, pasiva y omisiva, en desmedro de los derechos fundamentales de la servidora judicial y de su menor hija(o).

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 06 de mayo de 2024, C.P. María Adriana Marín, radicación: 11001-03-15-000-2023-07506-00 \(AC\).](#)