



REPUBLICA DE COLOMBIA

# Publicación de providencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca 2020

BOLETÍN OCTUBRE DE 2020



CONTENIDO	Pág.
PRESENTACIÓN	1
EDICIÓN Y PUBLICACIÓN	2
<a href="#">SECCIÓN PRIMERA</a>	<a href="#">3</a>
<a href="#">SECCIÓN SEGUNDA</a>	<a href="#">16</a>
<a href="#">SECCIÓN TERCERA</a>	<a href="#">32</a>
<a href="#">SECCIÓN CUARTA</a>	<a href="#">36</a>
<a href="#">TUTELAS</a>	<a href="#">55</a>

Éste es un medio de difusión de las principales providencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuyo objetivo es la divulgación institucional de la solución de controversias judiciales adoptadas por los magistrados de la Corporación en casos particulares. A su vez, constituye una forma de rendición de cuentas de la función judicial a cargo del Tribunal, difundida con la finalidad de fortalecer la cultura de la legalidad, el conocimiento público de las decisiones, como facilitar su control social, visualizar los disensos y opiniones coincidentes o divergentes a través de los salvamentos y aclaraciones de voto, expresión democrática del Estado Social de Derecho; y reivindicar la legitimidad de la administración de justicia en un proceso de construcción colectiva.

**JURISPRUDENCIA  
DEL TRIBUNAL  
ADMINISTRATIVO  
DE CUNDINAMARCA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CUNDINAMARCA**

**PRESIDENTE: DRA. AMPARO NAVARRO LÓPEZ.**

**VICEPRESIDENTE: DR. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN**

**SECCIÓN PRIMERA**

**PRESIDENTE: DR. OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS**

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:**

**DRA. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO**

**DR. LUIS MANUEL LASSO LOZANO**

**DR. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:**

**DR. OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS**

**DR. FREDY HERNANDO IBARRA MARTÍNEZ**

**DR. MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZON**

**SECCION SEGUNDA**

**PRESIDENTE: DR. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON.**

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:**

**DRA. CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO**

**DR. JOSE MARIA ARMENTA FUENTES**

**Dr. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES**

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:**

**DR. ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS**

**DR. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN**

**DR. JOSÉ RODRIGO ROMERO ROMERO**

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN C:**

**DRA. AMPARO OVIEDO PINTO**

**DR. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL.**

**DR. SAMUEL JOSE RAMIREZ POVEDA.**

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN D:**

**DRA. ALBA LUCÍA BECERRA AVELLA**

**DR. CERVELEON PADILLA LINARES**

**DR. ISRAEL SOLER PEDROZA**

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN E:**

**DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO**

**DR. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON**

**DR. JAIME ALBERTO GALEANO GARZON**

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN F:**

**DRA. BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS**

**DRA. ETNA PATRICIA SALAMANCA GALLO**

**DR. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA**

**SECCION TERCERA:**

**PRESIDENTE: DR. FERNANDO IREGUI CAMELO**

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:**

**DRA. BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA**

**DR. JUAN CARLOS GARZON MARTINEZ**

**DR. ALFONSO SARMIENTO CASTRO**

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:**

**DR. FRANKLIN PEREZ CAMARGO**

**DR. HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLON**

**DRA. CLARA CECILIA SUÁREZ VARGAS**

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN C:**

**DRA. MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO**

**DR. FERNANDO IREGUI CAMELO**

**DR. JOSE ELVER MUÑOZ BARRERA**

**SECCIÓN CUARTA**

**PRESIDENTE: DRA. GLORIA ISABEL CÁCERES MARTÍNEZ.**

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:**

**DRA. GLORIA ISABEL CACERES MARTINEZ**

**DRA. AMPARO NAVARRO LÓPEZ**

**DR. LUIS ANTONIO RODRIGUEZ MONTAÑO**

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:**

**DRA. CARMEN AMPARO PONCE DELGADO**

**DRA. NELLY YOLANDA VILLAMIZAR DE PEÑARANDA**

**DRA. MERY CECILIA MORENO AMAYA**



**DIRECCIÓN, EDICIÓN Y PUBLICACION**

**Dra. AMPARO NAVARRO LÓPEZ**

Presidenta T.A.C.

**SALA DE GOBIERNO**

- **Dra. AMPARO NAVARRO LÓPEZ**  
Presidenta
- **Dr. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN**  
Vicepresidente
- **Dr. OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS**  
Presidente Sección Primera
- **Dr. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON**  
Presidente Sección Segunda
- **Dr. FERNANDO IREGUI CAMELO**  
Presidente Sección Tercera
- **Dra. GLORIA ISABEL CÁCERES MARTÍNEZ**  
Presidenta Sección Cuarta

**Reseña de Fallos**

**Dr. NAIRO AVENDAÑO CHAPARRO**

Relator Sección Tercera

**Dra. OLGA LUCIA JIMÉNEZ TORRES**

Relatora Sección Primera y Cuarta

**Dr. MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ ALARCÓN**

Relator Sección Segunda

**-Auxiliares de Relatoría**

**Mery Helen Cifuentes Prieto**

**Pedro Nelson Montenegro Santana**

**NOTAS:**

- Para consultar la jurisprudencia del Tribunal Administrativo De Cundinamarca, haga clic [aquí](#)
- En caso de requerir mayor información, comuníquese al teléfono 4233390 extensiones 8205 al 8210 o correo: [reltadmncdm@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:reltadmncdm@cendoj.ramajudicial.gov.co)
- La Relatoría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como órgano de consulta de jurisprudencia de la Corporación, brinda información y suministra las providencias una vez estas han sido ejecutoriadas. La sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de descriptores, restrictores y la tesis, no exoneran al usuario de verificar la información con los textos de las providencias.

*«cogito ergo sum», pienso, luego existo, siendo más precisa la traducción literal del latín «pienso, por lo tanto soy». René Descartes.*



# SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL – Protección de los derechos e intereses colectivos / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Prestación – Deber de garantía de los servicios públicos – Competencia del Municipio en la prestación de los servicios públicos – Personas que prestan servicios públicos / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO – Definición – Requisitos que se deben cumplir para su conexión – Construcción de redes locales – Procedimiento para la viabilidad y disponibilidad de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado**

**Problema Jurídico:** *Determinar, estudiar y resolver los siguientes aspectos i) quién es el competente para la construcción, instalación y prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado en la Urbanización Los Prados II; ii) que responsabilidades y compromisos le asisten a la empresa Acuagyr SA ESP, la constructora y la Alcaldía Municipal de Girardot conforme a la documental obrante en el expediente; iii) si resulta procedente la pretensión indemnizatoria para pagar el daño emergente para aquellos propietarios que no gozan del servicio hasta el momento de su instalación; iv) si la Alcaldía Municipal de Girardot es responsable por incumplimiento de la decisión del 17 de noviembre de 2011 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Subsección B y si la orden dada en el punto 5 de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia que acá se revisa produce afectación a los derechos del ente territorial y si es dable que la accionante los reclame y v) si para el caso concreto era posible dar aplicación a la normatividad posterior al año 93 frente a la época en que ocurrieron los hechos.*

**Tesis:** “(...) **4.2. Marco legal de la prestación de los servicios públicos domiciliarios**

(...)

## **4.2.1 Deber de garantía prestación de los servicios públicos**

(...)

Así, en primera instancia corresponde al ente territorial municipal garantizar la prestación eficiente, de calidad, continua e ininterrumpida de los servicios públicos domiciliarios, a través de empresas de servicios públicos oficiales, privadas o mixtas o de forma directa, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen.

### **4.2.1.1 Del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado**

(...)

El Decreto 302 de 2000 "Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado" en el artículo 50 dispone que las redes o instalaciones internas para la prestación de dichos servicios públicos corresponde a los constructores o urbanizadores en los proyectos que desarrollen (...)

(...)

En el artículo 7 ibídem prescribe que para la conexión de los servicios de acueducto y alcantarillado en los inmuebles se deben cumplir los siguientes requisitos: 1) estar ubicados dentro del perímetro de servicio, tal como lo dispone el parágrafo segundo del artículo 12 de la Ley 388 de 1997; 2) contar con la Licencia de Construcción cuando se trate de edificaciones por construir, o la cédula catastral en el caso de obras terminadas; 3) estar ubicados en zonas que cuenten con vías de acceso o espacios públicos y redes de acueducto o alcantarillado requeridas para adelantar las redes locales y las conexiones domiciliarias que permitan atender las necesidades del inmueble; 4) estar conectados al sistema público de alcantarillado, cuando se pretenda la conexión al servicio de acueducto, salvo lo establecido en el artículo 40 de este Decreto; 5) contar con un sistema de tratamiento y disposición final adecuada de aguas residuales debidamente aprobado por la autoridad ambiental competente, cuando no obstante, ser usuario o suscriptor de la red de acueducto, no existe red de alcantarillado en la zona del inmueble; 6) los usuarios industriales y/o especiales de alcantarillado que manejen productos químicos y derivados del petróleo deberán contar con un plan de contingencia que garantice que bajo ninguna condición se corre el riesgo de que estas sustancias lleguen al sistema público de alcantarillado; 7) la conexión al sistema de alcantarillado de los sótanos y semi-sótanos podrá realizarse previo el cumplimiento de las normas técnicas fijadas por la entidad prestadora de los servicios públicos; 8) contar con tanque de almacenamiento de agua cuando la Entidad Prestadora de Servicios Públicos lo justifique por condiciones técnicas locales. Los tanques de almacenamiento deberán disponer de los elementos necesarios para evitar los desperdicios y la contaminación del agua y deberán ajustarse a las normas establecidas por la entidad; y 9) en edificaciones de tres (3) o más pisos, contar con los sistemas necesarios para permitir la utilización eficiente de los servicios. (...)"

[Providencia de 22 de octubre de 2020, Sección Primera, Subsección "A", Exp. 25307333300120150065401, M.P. Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno – Segunda Instancia.](#)

---

**MEDIO DE CONTROL – Nulidad y restablecimiento del derecho / DICTAMEN PERICIAL – Requisitos mínimos que debe contener – Deber de colaboración de las partes / OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE – Configuración / AUXILIAR DE LA JUSTICIA – Función / GESTIÓN FISCAL – Concepto / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL –**

## SECCIÓN PRIMERA

**Fundamentos -Objeto – La responsabilidad declarada es de carácter objetivo y naturaleza patrimonial – Elementos / SOLIDARIDAD – En los procesos de responsabilidad fiscal / GRUPO EMPRESARIAL – Definición / SUBORDINACIÓN – Concepto – Presunción de subordinación / DOLO – Definición / CONTABILIDAD – Definición – Cualidades que debe cumplir la información contable / DERECHO A LA IGUALDAD – La demostración de un trato discriminatorio implica acreditar no sólo el trato diferenciado, sino también las razones por las cuales se considera que este es discriminatorio – Test integrado de igualdad / PRUEBAS – Petición de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL- Debido a la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad fiscal, la figura de la solidaridad faculta al ente de control fiscal a tener en cuenta a los diferentes sujetos pasivos y sus conductas dañinas al patrimonio estatal para que de manera mancomunada impute responsabilidad a los implicados / ESTADOS FINANCIEROS CERTIFICADOS Y DICTAMINADOS – Se presumen auténticos / CONTROL FINANCIERO – Los criterios en materia de reglas contables o presentación de estados financieros que tenga la Superintendencia Nacional de Salud no prevalecen sobre los que disponga la Contraloría General de la República / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) – Los recursos con destinación específica en el SGSSS son parafiscales y deben invertirse exclusivamente en beneficio del sistema – Fuentes de financiación / UNIDADES DE PAGO POR CAPITACIÓN – Naturaleza como recurso parafiscal / GASTOS ADMINISTRATIVOS – Posibilidad de que los recursos del SGSSS puedan ser destinados a gastos administrativos / CONCEPTOS DE LA ADMINISTRACIÓN – Son criterios orientadores, puntos de vista y consejos, que de ninguna manera adquieren un carácter vinculante ni son fuente de derecho**

**Problema jurídico** *Determinar si se ajusta a la legalidad la determinación adoptada por la Contraloría General de República, consistente en declarar responsable fiscalmente a la sociedad Procesos y Transacciones P&T LTDA, mediante el Fallo de Responsabilidad Fiscal No. 001890 de 13 de noviembre de 2013, confirmado a través de Fallo de Apelación y Consulta No. 0011 de 11 de febrero de 2014, corregido por el Auto No. 021 de 12 de febrero de 2014.*

**Tesis:** "(...) Si bien las normas anteriormente transcritas (artículos 233 y 229 del C.G. del P. Anota relatoría) se refieren a las partes, resulta que para poder cumplir con este deber es necesario que el perito se encuentre presto a solicitar a los sujetos la información que sea necesaria para la correcta elaboración del dictamen pericial.

(...)

Por lo anterior, el requisito del numeral 10 del artículo 226 del CGP fue incumplido en el presente caso por el auxiliar de justicia, toda vez que el perito limitó su labor al análisis de los documentos allegados al expediente y no estuvo presto a los ofrecimientos realizados por la sociedad demandante para facilitarle el acceso a la información que requiriera. No relacionó ni aportó documentos e información distinta a la que obraba previamente en el expediente, y solo acudió a la tabla del IPC elaborada por el DANE.

(...)

En criterio de esta Sala, el error grave se configura bajo el entendido de que el perito dictaminó en sentido contrario a la realidad, en la medida en que besó su análisis únicamente con base en las pruebas que obraban en el expediente.

(...)

Vale aclarar que el artículo 219 del CPACA otorga al auxiliar de justicia la facultad para anexar los documentos que no obren dentro del expediente, lo que desvirtúa el planteamiento del perito consistente en que no se encontraba facultado para consultar documentos fuera de los allegados al proceso. (...)

(...)

(.. .)"

Es importante tener en cuenta que la labor del auxiliar de justicia no es pasiva, sino activa, por lo que es su deber solicitar a las partes la información que considere necesaria para cumplir a cabalidad con su función; en contrapartida, se encuentra el deber de la parte poner a disposición del perito la información que le haya solicitado sin poner obstáculos a la petición.

La ley permite a los auxiliares de justicia consultar otros documentos adicionales a los que obran en el expediente, para que se pueda contar con un informe más completo, claro y exhaustivo.

(...)

Es importante recordar sobre este particular, que el dictamen pericial se incorpora al proceso una vez que el perito rinde el mismo y se entiende surtido cuando se controvierte por las partes, aunque se incluya el estudio de documentos que no hayan sido allegados desde el inicio con la demanda.

(...)

**Análisis sobre la gestión fiscal en el marco de la Ley 610 de 2000 y en la sentencia C-840 de 2001**

## SECCIÓN PRIMERA

(...)

(...) Se puede inferir, entonces, que la gestión fiscal es un elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado, por lo que resulta indiferente la condición pública o privada del responsable.

(...)

El máximo órgano de control constitucional, indica que este proceso de responsabilidad fiscal busca establecer la responsabilidad de quienes tienen a su cargo bienes o recursos del Estado, para lograr el resarcimiento en caso de haber causado daños al erario; entonces, se encuentra encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un servidor público o particular que tiene a su cargo fondos o bienes estatales, debe asumir las consecuencias de las actuaciones irregulares en las que haya incurrido, ya sea a título de dolo o culpa.

Así mismo, sostiene la Corte que, al ser un proceso de naturaleza administrativa, la decisión final sobre la responsabilidad fiscal es un acto administrativo, por lo que la jurisdicción competente para conocer de su impugnación es la de lo contencioso administrativo.

También señala que la responsabilidad declarada en este tipo de procesos es de carácter subjetivo, ya que busca determinar si el imputado actuó con dolo o culpa, además, es de naturaleza patrimonial y no sancionatoria; es autónoma e independiente, pues operará sin perjuicio de otra clase de responsabilidad y siempre deberá respetar las garantías del debido proceso.

(...)

Por lo anterior, la Corte Constitucional concluye que la expresión « “o con ocasión de ésta” se justifica en la medida en que los actos que la materialicen componen una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal” ». (Destacado por la Sala).

A propósito, también afirma la Corte que de acuerdo con esto la expresión tiene un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha; por lo tanto, el ente de control fiscal debe precisar el grado de competencia o capacidad del servidor público o del particular, en específico, pues no puede haber ninguna relación tácita, implícita o analógica.

(...)

Por lo anterior, se concluye que no solamente quien tenga encomendada la función de gestor fiscal directo sobre los bienes y recursos públicos será quien esté llamado a responder fiscalmente. También podrán declararse como responsable fiscal, a quien de alguna manera determinante y bajo una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal -en este caso la realizaba SALUDCOOP EPS OC-, haya contribuido a la materialización del daño al patrimonio público.

(...)

Lo previsto en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, en el sentido de que el daño patrimonial podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado. que en forma dolosa o culposa produzca directamente o contribuya al detrimento al patrimonio público, corrobora lo manifestado en la sentencia de constitucionalidad C-840 de 2001 en la que se definió el alcance de la expresión "con ocasión de ésta" Es decir, se deduce que no solamente serán responsables fiscales quienes ejerzan actos de gestión fiscal, sino quienes concurren, incidan o contribuyan en la producción del daño.

(...)

En conclusión, las expresiones "contribuir" y "concurrir" a la materialización del daño, son elemento de causalidad para vincular a particulares al proceso de responsabilidad fiscal; y corresponderá a los órganos de control fiscal un exhaustivo trabajo probatorio para determinar la relación de conexidad próxima y necesaria con el daño causado. En este caso, los entes de control fiscal deben señalar, determinar y comprobar cuáles son las razones específicas para vincular a un particular que con su actuar hubiere contribuido a la causación de un daño al patrimonio del Estado.

La CGR ha hablado de una figura que denomina como gestión fiscal negativa indirecta y ha resaltado que la responsabilidad fiscal también cubre a quienes no manejan los recursos públicos de manera directa, pero que determinan o condicionan por medio de actuaciones engañosas o fraudulentas a quienes realizan la gestión fiscal directa para causar un daño al patrimonio público.

Lo anterior, quiere decir que existe pluralidad de sujetos pasivos que pueden ser vinculados al proceso de responsabilidad fiscal, y dicho nexo podrá ser bastante amplio dependiendo de la conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal y con el hecho que haya causado daño al patrimonio estatal.

(...)

## SECCIÓN PRIMERA

### Falta de competencia por parte de la Contraloría General de la República y su Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción

(...)

De lo anterior (transcripción del artículo 28 de la Ley 222 de 1995. Anota relatoría), se concluye que un grupo empresarial es una situación en la cual existe subordinación sujeta a una unidad de propósito y de dirección, esto será así cuando todas las entidades persiguen un mismo objetivo el cual será determinado por la matriz o controlante, en este caso, SALUDCOOP EPS OC

(...)

En consecuencia, una situación de subordinación o de control existe cuando el poder de decisión esté sometido a la voluntad de otro, pues el controlante somete el poder de decisión de los controlados o subordinados. El controlante es la matriz, quien tiene control directo sobre la filial, y cuando la filial ejerce control sobre otro sujeto, sin duda, la matriz ejerce un control indirecto sobre esta, que es denominada subsidiaria.

(...)

Por ende, como Procesos y Transacciones P&T LTDA era parte del grupo empresarial actuó en unidad de propósito y dirección; y bajo la subordinación de la empresa matriz SALUDCOOP EPS OC, tal como fue reconocido por la parte actora; es decir, que el nexo causal se evidencia por la circunstancia de haber actuado bajo esa unidad de propósito; y, de esta manera, contribuir a la generación del daño patrimonial interviniendo en la contabilidad de las empresas que hacían parte del grupo empresarial SALUDCOOP EPS OC., conducta que permitió que los estados financieros y contables reflejaran situaciones ajenas a la realidad económica de SALUDCOOP EPS OC, que implicaron un desvío de recursos parafiscales de la salud

Con base en esas irregularidades contables, es que se predica la responsabilidad de la sociedad actora, pues sin su contribución, esto es, ocultando la verdadera situación económica de SALUDCOOP EPS OC, informando mayor liquidez y dejando de contabilizar pasivos, no se habría concretado el daño; en consecuencia, no solo se limitó a registrar hechos económicos pasados, como lo manifiesta la misma, sino que tuvo una real injerencia y contribuyó directamente en la realización del daño al patrimonio público.

(...)

Bajo estas consideraciones, puede predicarse la imputación subjetiva basada en el dolo, pues haber ocultado la verdadera situación económica, reflejando situaciones ajenas a la realidad, en los estados financieros es una conducta que demuestra tanto el elemento cognitivo (conocimiento) como volitivo (voluntad) frente al resultado.

(...)

De la norma transcrita (artículo 4 del Decreto 2649 de 1993. Anota relatoría) se destaca que la información contable debe ser confiable, lo que implica que sea neutral, verificable y represente de manera fiel los hechos económicos que registra, sin contener en ella ningún tipo de situación que sea ajena a la realidad.

(...)

De conformidad con las normas transcritas (título preliminar y I de la Circular Externa No. 000137 de 2002, artículos 9 y 11 de la Resolución 1804 de 2004 y el objetivo de la Resolución 724 de 2008, todos de la Superintendencia Nacional de Salud. Anota relatoría), se deriva que las EPS se encuentran obligadas a llevar en debida forma su contabilidad, conforme a la ley y bajo los parámetros dispuestos por la Superintendencia Nacional de Salud, por lo que sus operaciones deben estar respaldadas en la forma debida y con la documentación pertinente.

(...)

Quien tiene la función de llevar la contabilidad de una empresa, estaba en el deber de verificar que las operaciones transacciones y demás aplicaciones de dos recursos a cargo de la misma se ajustaran al ordenamiento jurídico, su objeto social y sus estatutos; pues tiene la capacidad de conocer y hacer aplicar el régimen el que se encontraba sujeta la EPS al ser titular de la administración de 'os recursos públicos.

En el ejercicio de su labor, Procesos y Transacciones P&T LTDA pudo conocer que se realizaban operaciones de desvío de recursos con fines de acrecimiento del patrimonio de SALUDCOOP EPS OC y sus empresas vinculadas; es por esto que se predica dolo en su conducta, pues tenía el deber de informar a SALUDCOOP EPS OC sobre las irregularidades que se estaban presentando y avisar a las autoridades competentes.

No obstante, procedió a generar irregularidades en su contabilidad y e reflejar situaciones ajenas a la realidad. Su actuación no se ajustó a los requisitos legales, ya que no se reflejó de manera fidedigna la situación financiera de SALUDCOOP EPS OC, faltando a sus deberes como contador.

## SECCIÓN PRIMERA

(...)

Resulta pertinente mencionar que la jurisprudencia del Consejo de Estado (en sentencia del 7 de octubre de 2004, Exp. 25000-23-26-000-2004-01670-01 (AC), C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa. Anota relatoría) ha dicho que la demostración de la existencia de un trato discriminatorio implica acreditar no solo el trato diferenciado, sino también las razones por las cuales se considera que este es discriminatorio

(...)

La sentencia (del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2015, C.P. Dr. William Hernández Gómez. Anota relatoría) indica que para determinar si existe una vulneración del derecho a la igualdad, debe precisarse si ante situaciones iguales se está otorgando un trato diferenciado, sin justificación alguna, o si, por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual, para lo cual se debe aplicar el test integrado de igualdad, que consiste en: (i) determinar los criterios de comparación, es decir, establecer si se trata de sujetos de la misma naturaleza, (ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales, y (iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente

(...)

Teniendo en cuenta que la responsabilidad fiscal es subjetiva y se requiere de un análisis individualizado de las conductas de cada uno de los presuntos responsables, la Sala estime que contrario a lo cuestionado por la demandante, no se vulneró su derecho de igualdad; la circunstancia consistente en declarar como responsable a uno de los sujetos, no implica que todos deben serlo, ya que cada sujeto tiene un papel determinante o no en el daño ocasionado al patrimonio del Estado, por lo que debe ser estudiado cada caso concreto para poder determinar la responsabilidad respectiva.

(...)

Con base en lo anterior, resulte claro para este Tribunal que la actividad contable realizada por Procesos y Transacciones P&T LTDA contribuyó en una relación de conexidad próxima y necesaria a la realización y materialización del daño fiscal en la modalidad de desvío con apropiación y en beneficio de SALUDCOOP EPS OC y de sus empresas vinculadas, produciendo una gestión fiscal antieconómica, ineficaz e inoportuna de dichos recursos, contrariando lo previsto en el artículo 48 de la Constitución sobre la destinación específica.

(...)

Por lo tanto, el acervo probatorio fue suficiente para determinar la conducta endilgada a la demandada, pues no solamente se tuvieron en cuenta los estados financieros, sino que estos fueron valorados en conjunto con otros medios de prueba.

(...)

Según la norma anterior (artículo 24 de la Ley 610 de 2000. Anota relatoría), el investigado puede pedir que se practiquen las pruebas que estime conducentes, es decir, aquellas que se orientan hacia un propósito determinado; lo cual implica, desde luego, que deban señalarse de manera concreta, pues de otro modo no podría apreciarse e; fin que con ellos se persigue.

Ahora bien: ante el rechazo de las pruebas en la actuación administrativa, el interesado debió solicitarlas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para demostrar que el decreto y práctica de las mismas hubiese incidido en una variación de la decisión administrativa; sin embargo, esto no fue lo que hizo la parte actora, lo que impide probar el cuestionamiento que se formula.

(...)

De tal manera que el auto por el cual se hace la imputación de responsabilidad fiscal, procede cuando se demuestre objetivamente el daño o detrimento al patrimonio del Estado y existan pruebas que ofrezcan serios motivos que comprometan la responsabilidad fiscal de los implicados; esto no quiere decir que en el auto de imputación deba establecerse sin lugar a dudas la responsabilidad fiscal del imputado, puesto que tal estudio corresponde a la etapa de fallo a la que se refiere el artículo 53 de la Ley 610 de 2000.

(...)

Finalmente, se advierte que las razones fácticas y jurídicas por las cuales se terminó declarando responsable fiscalmente a la sociedad Procesos y Transacciones P&T LTDA, coinciden con los motivos señalados en el auto de imputación; esto es, no puede predicarse incongruencia alguna, pues el planteamiento sobre la responsabilidad fiscal debido a la contribución de la sociedad demandante en el manejo irregular de los recursos del SGSSS, fue consistente a lo largo de la actuación administrativa objeto de análisis.

(...)

## SECCIÓN PRIMERA

La responsabilidad fiscal de manera solidaria tiene como fin garantizar la efectiva reparación del daño causado por una pluralidad de personas, protegiendo al Estado de la posible insolvencia de uno de los responsables o de la dificultad de cobrarle la parte que a este le corresponde.

(...)

Como consecuencia de lo anterior, en aras de reparar o recuperar los dineros perdidos por causa de una gestión fiscal ineficiente, inoportuna, ineficaz y antieconómica, se consagró en el ordenamiento jurídico la figura de la responsabilidad solidaria, que une a los distintos responsables de un daño al patrimonio público del Estado, los cuales pueden ser contratistas, supervisores, interventores y demás personas que hayan concurrido de manera eficaz a la consolidación del daño patrimonial.

Debido a la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad fiscal, la figura de la solidaridad faculta al ente de control fiscal a tener en cuenta a los diferentes sujetos pasivos y sus conductas dañinas al patrimonio estatal para que de manera mancomunada impute responsabilidad a los implicados. En este caso, la CGR deberá señalar y puntualizar los fundamentos jurídicos, fácticos y probatorios por los cuales responderá el imputado.

Con base en lo anterior, es acertado que se haya imputado de manera solidaria la responsabilidad relacionada con el daño al patrimonio del Estado, por causa del desvío de recursos parafiscales del SGSSS.

(...)

(...) resulta evidente que no puede hacerse extensiva la figura de la responsabilidad solidaria para fundamentar una responsabilidad por la totalidad del daño causado a personas que al momento de los hechos no habían nacido a la vida jurídica y que, además, no tenían ningún vínculo contractual con SALUDCOOP EPS OC en la época en la cual se causó el daño.

De lo contrario, se estaría formulando una responsabilidad sin fundamento objetivo contraviniendo con ello los presupuestos de la responsabilidad fiscal previstos en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 (...)

(...)

Tal como resulta del artículo 5, corresponde realizar un juicio de responsabilidad subjetiva, en el cual se tiene en cuenta la intención y la conducta del sujeto. En consecuencia, resultaría abiertamente contrario a las normas superiores endilgar responsabilidad a una persona, por hechos anteriores a su existencia y nacimiento a la vida jurídica.

La figura de la responsabilidad solidaria es aplicable en materia fiscal, pero no puede ser aplicada de manera indiscriminada. Existirá responsabilidad solidaria entre quienes en el mismo período de tiempo se hayan desempeñado como gestores fiscales; o con sus actuaciones hayan contribuido a la realización del daño por medio de una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de esta gestión; sin embargo, la solidaridad no puede predicarse de la misma manera entre quienes en un momento o período determinado no hubiesen contribuido a la materialización del daño.

Por lo anterior, Procesos y Transacciones P&T LTDA no puede ser responsabilizada por el manejo contable de SALUDCOOP EPS OC en períodos de tiempo en los cuales ni siquiera había nacido a la vida jurídica y no tenía una relación contractual con la compañía, esto es, desde 1998 hasta el año 2003 (...)

En virtud de lo anterior, la Sala declarará la nulidad parcial de los actos administrativos demandados. No obstante, el vicio de nulidad se limitará a la cuantía del resarcimiento patrimonial que fue impuesto a la sociedad actora; y ello, de ninguna manera, tendrá mérito para desestimar la existencia del daño fiscal ocasionado, la conducta reprochable de la demandante y el nexo de causalidad entre el daño y su conducta durante el período en el que prestó sus servicios a SALUDCOOP EPS OC

(...)

Los estados financieros certificados de SALUDCOOP EPS OC, implican que el representante legal y el contador público, bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado, certifican que fueron verificadas previamente las afirmaciones contenidas en ellos, que se encuentran conforme al reglamento y que fueron tomadas fielmente de los libros.

(...)

Se entienden entonces como dictaminados los estados financieros certificados que se acompañan de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de este, de un contador público independiente. (...)

(...)

De otra parte, conforme al artículo 39 de la Ley 222 de 1995 "*salvo prueba en contrario, los estados financieros certificados y los dictámenes correspondientes se presumen auténticos*"

(...)



## SECCIÓN PRIMERA

El control fiscal, como parte de la vigilancia de la gestión fiscal, implica el examen acerca de si se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General de la Nación, esto es, las normas de auditoría de aceptación general de los estados financieros de una entidad, que reflejen razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando en su elaboración las transacciones y operaciones que los originaron.

Tal análisis sobre la competencia de la CGR, puede ser ejercido por la entidad de forma autónoma, sin recurrir a criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados de la Superintendencia Nacional de Salud (...)

(...)

En salvaguarda de lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 268 de la Constitución Política, la CGR no puede supeditarse a los criterios de evaluación financiera que efectúe la Superintendencia Nacional de Salud, ni a los controles que haga tal entidad sobre sus entidades vigiladas (en este caso las EPS) cuando sea necesario efectuar el control fiscal. De la misma manera, los criterios en materia de reglas contables o presentación de estados financieros que tenga la Superintendencia Nacional de Salud no prevalecen sobre los que disponga la Contraloría General de la República.

(...)

Con base en lo anterior, la valoración realizada a los estados financieros por parte de la CGR es plenamente válida, pues, en principio, los estados tienen valor probatorio y deben ser estudiados por encontrarse certificados y dictaminados.

(...)

### **Recursos en el sistema general de seguridad social en salud — marco legal y jurisprudencial**

(...)

En virtud de lo expuesto, los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), cuya destinación es específica para ese propósito, como lo dispone el artículo 48 de la Constitución, son recursos parafiscales, esto es, dineros públicos que las EPS y el FOSYGA administran y que deben invertir exclusivamente en beneficio del sistema.

(...)

De otra parte, las fuentes de financiación del SGSSS que están cobijadas por el artículo 48 de la Constitución, siguiendo el criterio de la H Corte Constitucional en Sentencia C-262 de 2013, son:

- a) Las cotizaciones que efectúan los afiliados al régimen contributivo y que son recaudadas por la EPS, en virtud de lo dispuesto en el artículo 182 de la Ley 100 de 1993
- b) Los pagos moderadores, tales como los pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles, según el artículo 187 *Ibidem*.
- c) Parte de los recursos del Sistema General de Participaciones (art 214 de la Ley 100 de 1993).
- d) Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos, suerte y azar (art. 214 de la Ley 100 de 1993).
- e) Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del Régimen Subsidiado (art. 214 de la Ley 100 de 1993).
- f) Recursos tales como sanciones por inasistencia a citas y reembolsos por servicios derivados de accidentes de tránsito (recobros al SOAT) y atención de enfermedades de origen profesional o accidentes laborales.

(...)

Conforme a lo anterior, el patrimonio propio de las EPS, esto es, los bienes y rentas de las entidades que prestan el servicio de salud constituyen recursos propios, que no se encuentran cobijados por la prohibición del artículo 48 de la Constitución.

La línea jurisprudencial anterior, permite calificar a los ingresos recibidos por la cooperativa SALUDCOOP EPS OC por concepto de UPC, copagos, cuotas moderadoras, sanciones por inasistencia, recobros NO POS, los recobros ARP-ARL y sus rendimientos financieros como recursos parafiscales pertenecientes al SGSSS, los cuales no podían ser administrados ni dispuestos como propios.

(...)

Con respecto a los gastos administrativos que se consideran relacionados con la prestación del servicio de salud, la Corte Constitucional ha indicado que los recursos del SGSSS pueden ser destinados a gastos administrativos, siempre que los mismos tengan por objeto garantizar que el sistema pueda operar y que puedan llevarse a cabo los **gastos médicos**.

## SECCIÓN PRIMERA

(...)

Conforme a lo señalado por la Corte Constitucional (en sentencia C-824 de 2004. Anota relatoría), los dineros destinados a financiar los gastos administrativos inherentes a la operación del Sistema y aquellos destinados para llevar a cabo los gastos médicos, pueden proporcionarse con cargo a los recursos parafiscales de destinación específica del SGSSS.

(...)

Los recursos parafiscales son recursos públicos que se destinan a un grupo determinado, por tal razón se invierten exclusivamente en beneficio de este. Es decir, las cotizaciones realizadas por los usuarios al sistema de salud, ya sea por concepto de tarifas, copagos, bonificaciones y pagos similares, son dineros públicos que las EPS y el FOSYGA administran, sin la posibilidad de que sean confundidos con su patrimonio propio.

(...)

Como ha sido estudiado anteriormente, la H. Corte Constitucional he manifestado, en reiteradas ocasiones, que los recursos del SGSSS y, en particular, las cotizaciones recaudadas del régimen contributivo son contribuciones parafiscales, de naturaleza pública y con destinación específica.

(...)

Por lo anterior, se concluye que sí se configuró daño fiscal al patrimonio del Estado como consecuencia del desvío de los recursos parafiscales pertenecientes al SGSSS; y que la sociedad demandante participó de ellos consciente de la irregularidad que se estaba cometiendo, debido a su evidente conocimiento de los aspectos contables de SALUDCOOP EPS OC.

(...)

De las consideraciones anteriores se deriva que los conceptos rendidos por las entidades públicas en respuesta a un derecho de petición de consulta son criterios orientadores, puntos de vista y consejos, que de ninguna manera adquieren un carácter vinculante ni son de fuente de derecho, pues tal como se manifestó en el citado fallo de la Corte Constitucional implicaría romper con el principio de legalidad que rige las actuaciones de la administración, en tanto otorgaría a todas las autoridades públicas la facultad de realizar interpretaciones auténticas de la ley. (...)

[Providencia de 22 de octubre de 2020, Sección Primera, Subsección "A", Exp. 25000234100020140142900, M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano – Primera Instancia.](#)

---

**RECURSO DE INSISTENCIA / RESERVA LEGAL / EXPEDIENTES DISCIPLINARIOS – El acceso a los expedientes disciplinarios se encuentra reservado por Ley a las partes / MANUAL DE FUNCIONES – La información es pública / DOCUMENTOS DE TRABAJO – No tienen la condición de documentos públicos y a ellos solo se puede acceder en los casos señalados por la ley, por autorización judicial**

**Problema jurídico:** *Determinar en el presente caso si la información solicitada por el peticionario corresponde a información reservada, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015*

**Extracto:** "(...) Le asiste razón a la autoridad demandada, en tanto que el acceso a los expedientes disciplinarios se encuentra reservado por la ley a las partes.

Por lo tanto, la petición se encuentra bien denegada.

(...)

En cuanto a los documentos públicos, no existe reserva, razón por la cual se encuentran a disposición del peticionario, y no se ha invocado reserva.

En cuanto a la negativa de la entrega de los documentos producidos por la profesional, a los mismos solo tiene acceso el funcionario a quien van dirigidos. El trabajo realizado solo interesa a quien lo elabora y el documento final solo se produce y nace a la vida jurídica cuando el funcionario con competencia lo adopta. Desconoce el peticionario que la labora de producción de documento es una actividad de carácter intelectual en la que se representa regularmente la formación de quien lo elabora, atendiendo a las instrucciones de quien lo solicita. No en pocas ocasiones dichos documentos con elaborados, puestos en conocimiento de la autoridad para la revisión y corrección, y luego del estudio correspondiente, además de discusión personal, se adoptan finalmente como documentos con consecuencias jurídicas.

Le asiste razón a la autoridad demandada al negar la entrega del trabajo elaborado por la señora Diana Patricia Acosta Castellanos, el mismo que se convierte en documento público cuando es adoptado como definitivo.

La preparación del trabajo solo puede ser revisada con fines de adoptarla como documento público.

## SECCIÓN PRIMERA

Los documentos de trabajo, escritos, carpetas, propios del trabajo, siempre que estén disponibles, no tienen la condición de documentos públicos, y a ellos solo se puede acceder en los casos señalados por la ley, por autorización judicial.

(...)

### Conclusión:

En tanto que ha quedado acreditado que frente a la remisión de los documentos para el trámite del presente de recurso de insistencia, siendo que ellos provinieron del peticionario, lo cual hubiese dado lugar a rechazar por improcedente el recurso de insistencia, como se ha hecho por la Sala en casos similares, es lo cierto que se ha probado que la documentación igualmente se remitió por parte del Asesor Jurídico de la Superintendencia de Sociedades a ésta Corporación, y revisado el reparto se encuentra que la misma solo se ha repartido y radicado al magistrado sustanciador, es del caso realizar el pronunciamiento que se ha efectuado en la presente providencia, que se resume en los siguientes términos:

1. Le asiste razón a la autoridad demandada, en tanto que el acceso a los expedientes disciplinarios se encuentra reservado por la ley a las partes, por lo tanto, la petición No 1 se encuentra bien denegada.

(...)

5. Los documentos de trabajo, escritos, carpetas, propios del trabajo, siempre que estén disponibles, no tienen la condición de documentos públicos, y a ellos solo se puede acceder en los casos señalados por la ley, por autorización judicial. (...)"

[Providencia de 1 de octubre de 2020, Sección Primera, Subsección "A", Exp. 25000234100020200038100, M.P. Dr. Felipe Alirio Solarte Maya – Única Instancia.](#)

---

**MEDIO DE CONTROL – Nulidad y restablecimiento del derecho / CONTRATACIÓN ONLINE – Naturaleza jurídica del contrato de compraventa online / SIC – Facultades sancionatorias / CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA – Forma de contabilizar el tiempo en las faltas de ejecución instantánea en las infracciones por hecho promocional**

**Problema jurídico:** Verificar si: **1.** ¿Incurrió la Superintendencia de Industria y Comercio en violación al derecho al debido proceso por la expedición irregular de los actos administrativos demandados, por haberlo sometido a un trámite distinto al señalado en la ley? **2.** ¿Incurrió la Superintendencia de industria y Comercio en violación al derecho al debido proceso en la expedición de los actos administrativos demandados, por atipicidad del comportamiento? **3.** ¿Se incurrió en una violación al debido proceso de la parte demandante, dentro de la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio al no valorar los hechos, las normas y las pruebas allegadas al proceso? **4.** ¿Los actos administrativos demandados fueron proferidos con violación de las normas en que debían fundarse?

**Tesis:** "(...) **3.5.1. La contratación online.**

### 1º. El perfeccionamiento del contrato entre presentes y ausentes

(...)

Son contratos entre presentes aquellos en los cuales, de manera directa se expresa la manifestación de la voluntad entre los contratantes, que conforme a los avances tecnológicos se ha podido expresar, por telégrafo, por telegrama, por teléfono, por fax, entre otros medios tecnológicos que no conlleven la transmisión de datos.

(...)

(...) La contratación electrónica es una forme de contratación a distancia entre presentes, para distinguirla de la contratación a distancia entre ausentes.

(...)

(...) el contrato electrónico es un contrato a distancia celebrado entre presentes, el cual se perfecciona en el momento de la aceptación de la oferta.

(...)

De esta forma encontramos que, al interior del régimen jurídico colombiano, los contratos electrónicos o los contratos online, o realizados a través del comercio de datos o de carácter electrónico, pueden fácilmente hacerse las siguientes precisiones:

1º. Son contratos amparados por la ley.

2º. La ley del contrato es la ley de lugar del comercio electrónico.

## SECCIÓN PRIMERA

3º. El contrato online es un contrato a distancia entre personas presentes.

4º. El contrato online es de ejecución inmediata y se perfecciona con la aceptación de la oferta.

5º. El comprador, como consumidor tiene derecho al retracto, en la forma señalada por la ley.

6º. Las consecuencias del incumplimiento del contrato solo conllevan la imposición de las sanciones que establece el legislador y que corresponden a la indemnización integral de los perjuicios, lo cual solo comprende una situación de carácter bilateral, en la cual no interviene el Estado.

### **3.5.2. De la Facultad Sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio.**

(...)

Con el extracto legal citado (artículo 2 del Decreto 2153 de 1992. Anota relatoria), es claro, que desde el año 1992 se estableció un régimen de infracciones a los derechos de los consumidores y se determinó cuál era la entidad competente para imponer las sanciones correspondientes, cuando quiera que resultare probada la comisión de alguna de estas infracciones, previo agotamiento del procedimiento aplicable.

(...)

Considera la Sala que en el caso sometido a examen, existe desconocimiento del derecho fundamental a la igualdad de armas, en que se sustenta el derecho fundamental al debido proceso, en tanto que siendo que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra sustentado en el principio de justicia rogada, es lo cierto que el actor le correspondía invocar el contenido del artículo 36 de la ley 1437 del 2011, Sin embargo, no lo hizo, siendo que el juez no le correspondía ir más allá de los argumentos de la demanda, para resolver el caso concreto.

Lo anterior es suficiente para revocar la sentencia de primera instancia, lo que conlleva de contenida absolver a la entidad, en cuando a la declaración oficiosa de la nulidad del acto administrativo demandado, por razones no invocadas por el actor, en sede judicial.

(...)

### **La caducidad de la facultad sancionatoria del Estado - Alcance en materia sancionatoria**

El artículo 52 de la ley 1437 del 2011 es claro en los supuestos de hecho y en la forma de contabilizar la caducidad para las conductas de ejecución instantánea y para las de ejecución sucesiva.

Para el caso sometido a examen se encuentra que estamos en presencia de hechos de ejecución inmediata, por lo que el término de caducidad comienza a contarse a partir de la fecha en que se produce la infracción.

(...)

En el presente caso se debe determinar que no es a partir de la fecha de conocimiento o de la formulación de la queja, sino a partir de la fecha del incumplimiento pactado, derivado de un contrato de compraventa, asumido libremente por las partes, que es cuando se configura el hecho, pues de considerarse que el incumplimiento se ha producido por publicidad engañosa del producto, ese hecho se configura, no en forma general, sino para quien acepta las condiciones de la venta por medios electrónicos, lo cual impone un deber de especial vigilancia de la autoridad, para que esos hechos no se produzcan. La circunstancia de que producido el incumplimiento conlleve a la entrega del producto, hace determinar que si se produce una falta, que es de ejecución instantánea, pues se deriva del contrato de compraventa y no de la publicidad engañosa, que tiene como fin celebrar contratos, conllevan a determinar que la autoridad tenía un largo plazo de 3 años de producido el hecho, para imponer los correctivos correspondientes.

(...)

Le asiste razón a la parte demandante al afirmar que en el caso sometido a examen la infracción por el hecho promocional se mantuvo durante un término determinado, de manera que es desde el vencimiento de la promoción cuando se cuenta el término de caducidad de la facultad sancionatoria, pues en dicho caso, la causa cesó con el vencimiento del plazo para acogerse a la misma.

No puede ser tomado como fecha para la contabilización de la caducidad las consecuencias del incumplimiento de un contrato de compraventa.

## SECCIÓN PRIMERA

(...)

Así las cosas, le correspondía a la autoridad determinar si las normas invocadas fueron incumplidas, y a ello se detendría la Sala si no fuese por cuanto se ha probado que existe caducidad de la facultad sancionatoria por tratarse de hechos de ejecución instantánea: así: (1) la caducidad de la facultad sancionatoria en relación con promociones, y por causa de la promoción, se produce desde la fecha de finalización del plan promocional y quedó probado que entre la fecha de perfeccionamiento de los contratos y el vencimiento del plazo de la promoción, y la fecha de producción de la sanción, transcurrió el plazo de tres (3) años, incurriendo entonces en caducidad de la facultad sancionatoria del Estado. El contrato de compraventa online, se reitera es de ejecución inmediata. Es un contrato a distancia regulado y autorizado por el Código de Comercio, la ley de datos y el Estatuto del Consumidor. Su ejecución es un hecho posterior a la venta del servicio. Además, el término para ejercer la función se contabiliza desde la fecha de vencimiento de la oferta, en este caso, un plan promocional con fecha publicitada.

En cuanto a la intervención de la autoridad de inspección, vigilancia y control en relación con el incumplimiento de obligaciones posteriores, el término de caducidad de la facultad sancionatoria se debe contar a partir del vencimiento de los plazos señalados por la ley, que no son otros que los previstos en el artículo 58 de la Ley 1801, es decir: 30 días para la entrega y 30 días para la devolución de lo pagado. Vencido el plazo se produce la falta, que es de ejecución instantánea. Este es un plazo señalado por la ley.

Como el acto administrativo demandado calificó los comportamientos como de tracto sucesivo y no contabilizó la caducidad de la facultad sancionatoria en la forma señalada por la ley, el acto demandado deberá ser anulado. (...)"

[Providencia de 8 de octubre de 2020, Sección Primera, Subsección "A", Exp. 11001333400220180028101, M.P. Dr. Felipe Alirio Solarte Maya – Segunda Instancia.](#)

---

**MEDIO DE CONTROL – Nulidad y restablecimiento del derecho / DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO – Elementos / DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA – Violación / DESVIACIÓN DE PODER – Definición – Naturaleza – configuración – como causal de nulidad / TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES – Ley aplicable para las entidades responsables del tratamiento o el encargado del tratamiento de datos personales vigilados por la SIC / PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES – Sanciones por incumplimiento de la Ley 15814 de 2012 – Criterios de graduación**

**Problema Jurídico:** *Establecer si los actos administrativos de los que se persigue su nulidad se expidieron con violación al debido proceso y derecho de defensa del actor y con extralimitación de funciones, abuso de poder; y desproporcionalidad de la sanción por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.*

**Tesis:** "(...) 2.1 Violación al debido proceso y derecho de defensa.

(...)

Así mismo, cabe destacar que, en lo que respecta al derecho al debido proceso y de defensa, el Consejo de Estado (en sentencia del 25 de abril de 2016, Exp. 19679, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Anota relatoría) ha precisado que, el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, es una garantía para equilibrar la relación autoridad libertad, relación que surge entre el Estado y los asociados, y está prevista en favor de las partes y de los terceros interesados en una actuación administrativa o judicial, y que, según el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso comprende fundamentalmente tres grandes elementos: (i) el derecho al juez natural o funcionario competente; (ii) **el derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio o procedimiento, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial o administrativa** y, (iii) **las garantías de audiencia y defensa**, que, desde luego, **incluyen el derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo**, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, el derecho a un proceso público y sin dilaciones, **el derecho a que produzca una decisión motivada, el derecho a impugnar la decisión** y la garantía de non bis in ídem.

(...)

En esos términos, tenemos que sólo las formalidades o trámites de carácter sustancial, cuya inobservancia genere consecuencias gravosas en la formación del acto final, e incluso en los intereses y derechos del administrado, dan lugar a la vulneración del derecho al debido proceso.

Sin embargo, el máximo órgano de lo contencioso administrativo sostuvo que **la violación del derecho de audiencia y defensa viene a ser una violación de una etapa del procedimiento**, esto es, **justamente la etapa de descargos** o de audiencia previa. Por eso, para que esta causal se configure debe explicarse qué etapas del procedimiento administrativo fueron pretermitidas o qué irregularidades se cometieron en el procedimiento, al punto de afectar el derecho de defensa; y

## SECCIÓN PRIMERA

que tratándose de la etapa probatoria, el derecho de audiencia y de defensa se puede afectar en los siguientes casos: **(i) cuando se decreta una prueba ilícita; (ii) cuando las partes, en las oportunidades legales, piden pruebas y no se decretan; (iii) cuando se decretan las pruebas pedidas oportunamente, pero no se practican y (iv) cuando se practican las pruebas decretadas, pero se valoran erróneamente.**

(...)

Ahora, si bien es cierto que al momento de la precitada visita no se encontraban el representante legal o el encargado de la base de datos del Colegio Clermont, se tiene que, ello no era óbice para que, en el trascurso de la diligencia no se pudieran recopilar y/o recabar los elementos de pruebas que estaban al alcance de la entidad y que podía suministrar, entregar y/o dar acceso la persona que atendió la visita, esto es, la señora Astrid Madrigal (Asistente Contable de la institución educativa), pues, por el hecho de que no se encontraran las directivas la visita de inspección no perdía su objeto y/o fin, como tampoco la posibilidad legal de recaudar toda la información conducente, cosa distinta es que, ante la ausencia de éstos en la diligencia, no fuera posible adquirir toda la información requerida por el ente de control, dado que solo ellos tenían el acceso a la misma y eran quienes podían suministrarla, ante lo cual debía reprogramarse una nueva visita, como en efecto aconteció en el presente asunto, pero que de modo alguna anula e invalida la visita practicada ni las pruebas recabadas con plena facultades legales.

(...)

En primer lugar, sea del caso señalar que, el contenido normativo de los artículos 2.2.2.25.2.2, 2.2.2.25.2.9 y 2.2.2.25.3.1 del Decreto 1074 de 2015 no era nuevo dentro del ordenamiento jurídico, por el contrario, los mismos existía de manera previa a la presentación de la queja, dado que, estaban consagrados en los artículos 5, 12 y 13 del Decreto 1377 de 2013, el cual también fue fundamento de la queja presentada el 25 de septiembre de 2014, pues, esta fue sustentada en la Ley 1581/2012 y su Decreto reglamentario 1377/2013. Pero, además, que el Decreto 1074 de 2015 "*Por medio de/ cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo*", se ocupa es de compilar las normas reglamentarias preexistentes, a fin de simplificar y compilar el sistema nacional regulatorio, por lo que, el contenido material del mencionado decreto guarda correspondencia con el de los decretos compilados y se contrae a la normatividad vigente al momento de su expedición, y su objetivo es el de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario que rigen en el sector y contar con un instrumento jurídico único para el mismo.

(...)

Así las cosas, si bien la Superintendencia invocó a la demandante en el pliego de cargos los artículos 2.2.2.25.2.2, 2.2.2.25.2.9 y 2.2.2.25.3.1 del Decreto 1074 de 2015, señalándolos luego dichas normas en la resolución sancionatoria, se tiene que, aún de considerarse que dichas normas no se encontraban vigentes al momento de la presentación de la queja, pese a que las mismas estaban consagrados en los artículos 5, 12 y 13 del Decreto 1377 de 2013, esto en principio resultaría insuficiente para sancionar; no obstante, se evidencia que en dicho pliego se señalaron una serie de normas que la entidad imputó como transgredidas, particularmente los literales a), b), c), y k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012, frente a las cuales finalmente se estableció su incumplimiento y se sancionó, ante la demostrada infracción de la Ley 1582 de 2012, puesto que, en los actos acusados, se evidencia que, en efecto, la SIC encontró debidamente acreditado que la institución educativa incumplió los **literales a), b), c), y k) del artículo 17 de la Ley 1581 de 2012**, aspecto este que no es controvertido en el caso bajo estudio, ni mucho menos desvirtuado, lo cual permite mantener incólume los actos demandados ante este reparo,

5) Aunado a lo anterior, debe advertir la Sala que, en el caso bajo estudio, no se cumplen ningún de los eventos que ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado en los que puede verse afectado el derecho de audiencia y de defensa, dado que, la institución educativa demandante hizo uso de su derecho de defensa presentado sus descargos, solicitando y aportando pruebas y presentado y/o agotando los recursos procedentes frente a la decisión sancionatoria; pero además, en el caso bajo estudio no se ha constatado que se haya decretado una prueba ilícita, pues, las visitas de inspección realizadas y la documentación y/o pruebas recaudadas durante esas precisas diligencias gozan de respaldo legal y/o se encuentran permitido por la norma especial (Decreto 4886 de 2011); tampoco se demostró y no fue objeto de controversia que la parte actora haya solicitado oportunamente pruebas y que estas no hayan sido decretadas, ni que no se le hayan practicado las que le fueron decretadas, ni que se hayan valoran erróneamente las pruebas decretadas.

(...)

### 2.2 Extralimitación de funciones y abuso de poder.

(...)

La desviación de poder se refiere a la intención con la cual la autoridad toma una decisión. Consiste, por lo tanto, en que una autoridad expide un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo dicta persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla. En otras palabras, en el ámbito del derecho administrativo, se llama desviación de poder a un vicio del acto administrativo que consiste en el ejercicio por un órgano de la administración pública de sus competencias o

## SECCIÓN PRIMERA

potestades públicas para fines u objetivos distintos de los que sirvieron de supuesto para otorgarle esas competencias o potestades, pero amparándose en la legalidad formal del acto.

(...)

Así mismo, ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado (en sentencia del 3 de diciembre de 2018, Exp. 11001-03-24-000-2013-00328-00. C.P. Dr. Oswaldo Giraldo López. Anota relatoría) que, la desviación de poder se configura cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la fey, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia. Por ende, su declaración precisa acreditar tanto (i) la competencia del ente que expide el acto, como (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, y en especial (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto.

(...)

(...) como quiera que no es pasible impugnarse por desviación de poder el acto administrativo que expide la SIC cuando se invoca el desconocimiento, quebranto y/o transgresión de normas a la vez, ya que la causal invocada supone el cumplimiento cabal de la normatividad, la acusación por desviación de poder no está llamado a prosperar, máxime cuando en el presente asunto no se demostró que el acto acusado haya tenido un fin distinto al señalado en la ley, ni contrario a los intereses públicos.

### **2.3 Desproporcionalidad de la sanción.**

(...)

Así las cosas, en el presente asunto, se observa que la Ley 1437 de 2011, cuya violación se alega en el presente asunto, por ende, se pretende que sea aplicada por la parte actora, regula la graduación de las sanciones, estableciendo los criterios para el efecto (artículo 50); sin embargo, al examinarse la Ley Estatutaria 1581 de 2012, el cual es aplicable a los procedimientos administrativo adelantados frente a las entidades responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento de datos personales vigiladas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se evidencia que este regula de manera especial, en el artículo 24, los criterios para graduar las sanciones. Por lo tanto, es evidente que existe una norma específica y/o especial aplicable al caso bajo estudio sobre el tema que regula el artículo 50 del CPACA, evento en el cual, de conformidad con el inciso final del artículo 20 de la Ley 1437 de 2011, debe aplicarse la norma especial, esto es, el artículo 24 de la Ley Estatutaria

1581 de 2012, por así disponerlo de manera expresa la ley.

iv) Lo expuesto pone en evidencia que, en este caso concreto, existe un procedimiento administrativo especial, el cual, por mandato legal, tiene plena y preferente aplicación, por lo que, en ese sentido no puede la Sala entrar a analizar una supuesta violación de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) respecto a los criterios de graduación de las sanciones, toda vez que el tema ya se encuentra regulado por una norma especial a la que debe darse debida aplicación, de conformidad con lo prescrito en el inciso el inciso final del artículo 20 de la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, al no ser aplicable respecto a los criterios de graduación de las sanciones la norma de la Ley 1437 de 2011 (artículo 50) al presente asunto, carece de todo objeto que, a sabiendas de la inaplicabilidad de la mencionada norma al caso sub examine, se realice un estudio sobre una supuesta desproporcionalidad de la sanción porque no tuvo en cuenta los criterios de graduación de las sanciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en este caso, Razón por la cual, estima la Sala que, la inaplicabilidad de la Ley 1437 de 2011 (artículo 50), constituyen argumentos suficientes para desestimar la alegada violación de la Ley 1437 de 2011 y desechar los argumentos de censura que sustentan y/o fundamentan esta acusación, máxime cuando, el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 no fue invocado como infringido y/o violado en el escrito contentivo de la demanda ni en el cargo bajo estudio, razón por la cual, una supuesta violación de la norma especial mencionada no puede ser abordada y/o analizada por carecer de un cargo o motivo de nulidad con la indicación de esa precisa norma como violada. (...)"

[Providencia de 15 de octubre de 2020, Sección Primera, Subsección "B", Exp. 25000234100020180035400, M.P. Dr. Felipe Alirio Solarte Maya – Primera Instancia.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Colpensiones / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN VITALICIA DE VEJEZ -** Es beneficiaria del régimen de transición y cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 546 de 1971 y las Leyes 33 de 1985 y 797 de 2003, para el reconocimiento de la pensión vitalicia de vejez, la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión fueron calculados por favorabilidad conforme al Decreto 546 de 1971, en cuantía equivalente al 75% del Ingreso Base de Liquidación de lo devengado en el último año de servicio / **DECRETO 758 DE 1990 -** Los factores salariales que deben reconocerse en las pensiones de los beneficiarios al régimen salarial especial de la rama judicial, establecida en el Decreto 546 de 1971, no varían si en este caso se liquida con esta normativa o con el Decreto 758 de 1990, el IBL debe calcularse con la inclusión de los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, reconocer el derecho que tiene la actora a que se le aplique en la liquidación de su pensión el Decreto 758 de 1990, siempre y cuando este le sea más favorable que el inicialmente reconocido.

**Problema jurídico:** *¿Determinar si a la señora (...) le asiste razón jurídica o no para reclamar la reliquidación de su pensión vitalicia de vejez, por no haberse tenido en cuenta el 90% para liquidar su pensión de conformidad con el Decreto 758 de 1990?*

**Tesis:** “(...) la accionante se encontraba amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, (...) para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, (...) tiene derecho a que su pensión vitalicia de vejez sea reconocida y liquidada de conformidad con las previsiones contenidas en el régimen anterior, a fin de que se tenga en cuenta lo relacionado en cuanto a: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicios o semanas cotizadas y (iii) el monto de la pensión. (...) i) cumplió 55 años de edad el 3 de abril de 2006; ii) laboró por más de 20 años, los cuales se cotizaron en varias entidades de previsión social (Cajanal y Protección) y en el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones; iii) al 3 de abril de 2006 (fecha en la que adquirió la edad mínima para pensionarse, (...) 55 años de edad) había cotizado para pensión un total de 924 semanas; y iv) hasta la fecha de expedición del acto administrativo demandado, había cotizado para pensión un total de 9621 días, que equivalen a 1374 semanas o 26 años. (...) IBL, el mismo deberá ser calculado conforme lo indican los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, según sea el caso, y los factores salariales a reconocerse son los determinados por dicha disposición y los enlistados en el Decreto 1158 de 1994. (...) i) Colpensiones a través de la Resolución No. GNR 170541 de 4 de julio de 2013, reconoció la pensión vitalicia de vejez a favor de la señora (...) ii) que la actora cotizó para pensión un total de 1.374 semanas, las cuales se realizaron tanto en Colpensiones como en Cajanal y Protección, de labores realizadas en el sector público y iii) que la señora (...) es beneficiaria del régimen de transición y cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 546 de 1971 y las Leyes 33 de 1985 y 797 de 2003, para el reconocimiento de la pensión vitalicia de vejez, (...) la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión fueron calculados conforme al Decreto 546 de 1971, (...) le era más favorable, (...) la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión fueron calculados por favorabilidad conforme al Decreto 546 de 1971, en cuantía equivalente al 75% del Ingreso Base de Liquidación de lo devengado en el último año de servicio, régimen al que la demandante se acogió de manera voluntaria. (...) cumplió sus 55 años el día 3 de abril de 2006 (f. 3) y trabajó (...) por más de 27 años (...) consolidó su status pensional el 3 de abril del año 2006, (...) contaba con más de 500 semanas cotizadas para pensión, comoquiera que solo hasta ese momento cumplió los dos requisitos exigidos en el Decreto 758 de 1990, para acceder a la pensión de vejez, como lo son la edad y semanas cotizadas. (...) el contenido del Decreto 758 de 1990, le es aplicable a la demandante para liquidar su pensión de vejez, y atendiendo que para la fecha en que le fue reliquidada la prestación conforme al Decreto 546 de 1971 acreditó un total de 1374 semanas, (...) conforme a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 reúne más de las 1250 semanas requeridas como mínimo para liquidarla con una tasa del 90%, porcentaje de liquidación que es superior al aplicado con el Decreto 546 de 1971. (...) Colpensiones al momento de liquidar la pensión de la demandante, lo hizo con lo devengado en el último año de servicios prestados, (...) el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente consiste en mantener la aplicación de la norma anterior en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, entendido exclusivamente respecto a la tasa de reemplazo. (...) Colpensiones deberá hacer el respectivo cálculo pensional, aplicando lo dispuesto en esta sentencia, con el propósito de verificar cuál es el régimen que más le favorece a la señora (...) para que el mismo le sea aplicado en su pensión desde la fecha en que se hizo efectiva. (...) los factores salariales que deben reconocerse en las pensiones de los beneficiarios al régimen salarial especial de la rama judicial, establecida en el Decreto 546 de 1971, no varían si en este caso se liquida con esta normativa o con el Decreto 758 de 1990 solicitado, (...) como recientemente lo dispuso el Consejo de Estado en sentencia de unificación (...) el IBL debe calcularse con la inclusión de los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, (...) hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, (...) reconocer el derecho que tiene la actora a que se le aplique en la liquidación de su pensión el contenido del Decreto 758 de 1990, siempre y cuando este le sea más favorable que el inicialmente reconocido por Colpensiones, (...) se revocará la sentencia apelada. (...) La suma que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de la diferencia adeudada, se actualizará (...) el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la



## SECCIÓN SEGUNDA

sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). (...) por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada prestacional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. (...).”

Providencia de 27 de agosto de 2020, Sección Segunda, Subsección “B”, Exp. 110013335028201500766-01 M.P. Dr. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN – Segunda Instancia.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Nación Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR / REAJUSTE SALARIAL Y DE ASIGNACIÓN DE RETIRO CON BASE EN EL IPC - No le asiste razón al demandante, quien se hallaba en servicio activo en el período 1997 a 2004 y cuya asignación básica se incrementó en los términos que establecen la Constitución, la ley y los decretos expedidos por la autoridad competente / PRINCIPIO DE IGUALDAD – No se encuentra en igualdad de condiciones frente a los miembros retirados de la Fuerza Pública a quienes se les reajustó la asignación de retiro desde el año 1997, que no cobija a la actora, quien se encontraba en una situación administrativa distinta por encontrarse en servicio activo hasta el año 2004 / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - No se trata de analizar la aplicación de dos normas que regulen la misma situación fáctica, en donde la una sea más favorable que la otra, sino, tener en cuenta un supuesto fáctico ajeno al caso del demandante, que no le es aplicable, puesto que busca modificar un decreto que goza de la presunción de legalidad.**

**Problema jurídico:** *¿Determinar si el señor (...) tiene o no derecho a que el salario devengado en los años 1997, 1999 y 2002, sea reajustado con base en el Índice de Precios al Consumidor y no con base en el principio de oscilación? ¿Igualmente, y como consecuencia de ello, se debe establecer si tiene o no derecho a la reliquidación y reajuste de su asignación de retiro?*

**Tesis:** “(...) para la liquidación de la asignación de retiro del demandante se debió computar la asignación básica que él devengaba al momento del retiro, conforme lo ordena el decreto 4433 de 2004, sobre la cual se efectuaron los correspondientes aportes, tal como lo hizo la Caja. (...) no tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC, teniendo en cuenta que esa prestación le fue reconocida a partir del 15 de junio de 2010, es decir, para cuando ya no era aplicable ese tipo de reajuste, cuyos efectos jurídicos se extendieron hasta el 31 de diciembre de 2004. (...) no es procedente aplicar al personal que se encontraba en servicio activo en los años 1997, 1999 y 2002, como ocurre con el demandante, la base de liquidación de las asignaciones de retiro reajustadas por orden judicial con efectos inter partes, conforme a la variación del IPC para los años 1997 a 2004, (...) es el resultado de lo ordenado en la ley 238 de 1995, norma que estableció un reajuste pensional y no salarial, solo para el periodo comprendido entre 1997 a 2004. (...) la ley 238 de 1995 y las disposiciones concordantes (artículos 14 y 142 en la ley 100), que son la fuente normativa de las sentencias que variaron el ingreso base de liquidación de algunas asignaciones de retiro del personal retirado antes de 1997 con fundamento en la variación del IPC, por ser más favorable entre 1997 y 2004 que el incremento efectuado en virtud del principio de oscilación, no son aplicables a este caso concreto, toda vez que para los años 1997 a 2004, el demandante estaba en servicio activo devengado asignación básica y no asignación de retiro, (...) su retiro del servicio ocurrió a partir del 2010. (...) el Consejo de Estado, en reciente sentencia (...) confirmó la decisión proferida por esta Corporación que negó la pretensión de reajuste del salario básico devengado en actividad con base en el IPC desde el año 1997, (...) concluye que no le asiste razón al demandante en sus alegaciones, quien se hallaba en servicio activo en el período 1997 a 2004, según se verifica en el contenido de la hoja de servicios vista en el expediente, y cuya asignación básica se incrementó en los términos que establecen la Constitución, la ley y los decretos expedidos por la autoridad competente. (...) Con respecto a la vulneración al derecho a la igualdad, debe señalarse que en este caso, el demandante no se encuentra en igualdad de condiciones frente a los miembros retirados de la Fuerza Pública a quienes se les reajustó la asignación de retiro desde el año 1997, pues se trata de dos grupos, con situaciones fácticas distintas, como quiera las múltiples sentencias del Consejo de Estado, que analizaron la procedencia del reajuste con el IPC no solo durante los años en los que se presentó el desequilibrio entre el reajuste ordenado bajo el principio de oscilación y el IPC, sino también hacia el futuro, para este personal, son decisiones judiciales *inter partes* y de aplicación a los casos similares, que no cobija a la actora, quien se encontraba en una situación administrativa distinta por encontrarse en servicio activo hasta el año 2004. (...) Frente a la presunta vulneración del principio de favorabilidad se debe decir que en el presente caso no se trata de analizar la aplicación de dos normas que regulen la misma situación fáctica, en donde la una sea más favorable que la otra, sino, tener en cuenta un supuesto fáctico ajeno al caso del demandante, que como se analizó, no le es aplicable, puesto que busca modificar un decreto que goza de la presunción de legalidad. (...) en el escrito de alegatos de conclusión el apoderado del demandante insiste se tenga como medios de prueba la solicitud presentada por la Veeduría Ciudadana para la Policía ante el Departamento Administrativo de la Función Pública con el fin de que

## SECCIÓN SEGUNDA

certifique el promedio ponderado de los salarios de los servidores públicos de la administración central para los años 1997 a 2004 y la respuesta suministrada a esa petición. (...) Bajo las anteriores consideraciones la Sala concluye que al demandante no le asiste el derecho reclamado, por ende el recurso de alzada no tiene camino de prosperidad y en consecuencia confirmará la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda. (...)

Providencia de 04 de octubre de 2020, Sección Segunda, Subsección "C", Exp. 110013335014201900179-01 M.P. Dra. AMPARO OVIEDO PINTO – Segunda Instancia.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. / CONTRATO REALIDAD - Se encuentra desvirtuado el contrato de prestación de servicios, declaró la nulidad del acto acusado, mediante el cual se negó el reconocimiento de una relación laboral / PAGO DE PRESTACIONES - Entre el 30 de enero de 2009 al 31 de julio de 2019, por el tiempo de servicio estricta y efectivamente prestado, tomando como base de liquidación el monto mensual pactado como honorarios en cada contrato / PRESCRIPCIÓN - Se vinculó el 30 de enero de 2009 y suscribió una serie de contratos de prestación de servicios sin solución de continuidad hasta el 31 de julio de 2019, contaba con un término de tres años para elevar su petición, radicó la solicitud de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales el 17 de noviembre de 2017 y radicó la demanda el 27 abril de 2018, interrumpió el término de prescripción y no operó la prescripción extintiva sobre el pago de las prestaciones sociales y demás derechos laborales reclamados.**

**Problemas jurídicos:** *¿Determinar si se encuentran configurados los elementos constitutivos de una relación laboral — subordinación, prestación personal del servicio y remuneración como contraprestación del servicio prestado — que den lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas en la demanda o si por el contrario se trata de una relación contractual sin derecho al pago de prestaciones?*

**Tesis:** "(...) estuvo vinculado al Hospital La Victoria III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., mediante contratos de prestación de servicios, los cuales fueron relacionados en la certificación de la entidad demandada aportada al expediente, que se ejecutaron para ejercer labores de Auxiliar de Farmacia dentro del periodo del 30 de enero de 2009 al 31 de julio de 2019. (...) la prestación personal del servicio del señor (...) fue probada, (...) se estableció el cumplimiento de las funciones específicas, (...) las funciones llevadas a cabo **no fueron de carácter transitorias u ocasionales**, por el contrario, **eran permanentes e inherentes al mismo**, de manera que, fueron desarrolladas aproximadamente por 10 años y 8 meses, sin interrupciones. (...) dicho reconocimiento de la existencia de una relación laboral en virtud del llamado "contrato realidad", en contraposición al contrato de prestación de servicios, no conlleva para el beneficiario de tal decisión la adquisición de la condición de empleado público cobijado por una relación legal y reglamentaria, pues, para acceder a un cargo público se debe cumplir los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. (...) las pretensiones incoadas establecieron claramente que el reconocimiento se debía ordenar hasta la actualidad, con el fin de que no se desconociera que el señor (...) seguía vinculado y así, restringir su pretensión en un espacio temporal. (...) se comulga con la decisión del a quo, donde ordenó a título de restablecimiento del derecho a que a entidad demandada reconozca y pague las prestaciones sociales de carácter legal y demás derechos laborales comunes devengados por los empleados públicos vinculados en el mismo o similar cargo desempeñado por el accionante en la entidad, durante el periodo de vinculación **tomando como base de liquidación el monto mensual pactado como honorarios en cada contrato.** (...) la condena a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. a tomar durante todo el tiempo de vinculación del actor con la entidad, los honorarios pactados, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones (...) no procede devolución alguna por concepto de aportes a salud. (...) al respecto del reconocimiento y pago a título indemnizatorio de los **aportes a la Caja de Compensación**, (...) dentro del plenario no obra constancia de que el aquí demandante haya disfrutado de los beneficios como lo son el subsidio familiar, centros de recreación, educación y cultura, entre otros. (...) no es procedente ordenar el reconocimiento y pago de los dineros que la Administración debió sufragar a ese ente, en favor del demandante, (...) no sería útil ordenar una afiliación o pago retroactivo, o una devolución de dineros que no fueron acreditados pagados en su momento por el señor (...) y en este sentido no se atienden favorablemente los argumentos de apelación del demandante. (...) para concluir que se encuentra desvirtuado el contrato de prestación de servicios celebrado entre los extremos de esta Litis y por tal motivo, resulta necesario confirmar parcialmente la sentencia de primer grado que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, mediante el cual se negó el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de prestaciones adeudadas al señor (...) en el periodo comprendido entre el 30 de enero de 2009 al 31 de julio de 2019. (...) el reconocimiento y pago ordenado se efectuará durante los periodos antes anotados, por el tiempo de servicio estricta y efectivamente prestado, (...) tomando como base de liquidación el monto mensual pactado como honorarios en cada contrato. (...) el actor se vinculó con la entidad el 30 de enero de 2009 y suscribió una serie de contratos de

## SECCIÓN SEGUNDA

prestación de servicios sin solución de continuidad hasta el 31 de julio de 2019. (...) la parte actora contaba con un término de tres años para elevar su petición ante la administración a partir del 31 de julio de 2019 (...) radicó la solicitud de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ante la Administración el 17 de noviembre de 2017 y radicó la demanda el 27 abril de 2018, incluso previo a finalizar la vinculación laboral, hecho que implica haber interrumpido el término de prescripción y por consiguiente, no operó en el sub lite el fenómeno de la prescripción extintiva sobre el pago de las prestaciones sociales y demás derechos laborales reclamados. (...)."

Providencia de 04 de noviembre de 2020, Sección Segunda, Subsección "C", Exp. 110013335021201800170-01 M.P. Dr. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL – Segunda Instancia.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Nación Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN - No tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional, sino exclusivamente aquellos determinados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, siempre que sobre tales factores haya cotizado, negó las súplicas de la demanda a este respecto / REINTEGRO DESCUENTOS EN SALUD - No es posible extraer los valores que se le han descontado, sin embargo, ello no fue cuestionado por la entidad demandada, admite que en vigencia de la Ley 91 de 1989 se realizaron tales descuentos en un porcentaje del 5%, el cual se incrementó a partir de la Ley 812 de 2003 en un porcentaje del 12%, sumas estas que deberán ser reintegradas a la actora por no estar acorde con el ordenamiento legal antes estudiado.**

**Problema jurídico:** *¿Establecer, en primer lugar, si la demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación incluyendo todos los factores que percibió en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional, y en segundo lugar, si procede el cese de los descuentos para la salud realizados por el Ministerio de Educación Nacional a través de la Fiduciaria La Previsora S.A., sobre las mesadas pensionales adicionales de Junio y Diciembre, así como el reintegro de las sumas descontadas sobre dichas mesadas?*

**Tesis:** "(...) al confrontar el acto administrativo de reconocimiento (Resolución 3171 del 2 de julio de 2015, que la pensión de la demandante se liquidó con los factores de sueldo, auxilio de movilización, horas extras y prima de vacaciones (sobre la que se acreditó si se cotizó (...) se incluyó factores no determinados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985. Sin embargo, la presente controversia no se refirió a la inclusión en la liquidación de la mesada pensional de éstos factores, o si sobre el mismo se efectuó aportes o no al sistema de seguridad social, pues el litigio giró en torno a si la señora (...) tenía derecho o no, a la inclusión de la totalidad de los factores salariales considerando para el efecto los faltantes, esto es la prima especial y la prima de navidad. (...) Así las cosas, y como quiera que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional, sino exclusivamente aquellos determinados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, siempre que sobre tales factores haya cotizado, la Sala procederá a confirmar el fallo apelado que negó las súplicas de la demanda a este respecto. (...) En cuanto al descuento por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales debe aclararse que del acervo probatorio obrante en el expediente, no es posible extraer los valores que se le han descontado, sin embargo, ello no fue cuestionado por la entidad demandada, al punto de que en la Resolución acusada 3136 del 23 de marzo de 2018, visible al folio 9vto., admite que en vigencia de la Ley 91 de 1989 se realizaron tales descuentos en un porcentaje del 5%, el cual se incrementó a partir de la Ley 812 de 2003 en un porcentaje del 12%, sumas estas que deberán ser reintegradas a la actora por no estar acorde con el ordenamiento legal antes estudiado. (...) la pensión de la demandante se hizo efectiva a partir del 22 de enero de 2014, y el primer escrito de solicitud del reintegro de las sumas descontadas por concepto de seguridad social (salud), fue presentado el 3 de octubre de 2017 ante la Fiduprevisora (...) luego radicó la demanda el 31 de mayo de 2018, es claro que operó el fenómeno prescriptivo sobre el reintegro de los descuentos pensionales realizados con anterioridad al 3 de octubre de 2014. En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia en cuanto a este aspecto, para en su lugar, acceder a la suspensión y reintegro de los referidos descuentos. (...) Para efectos de actualizar las sumas adeudadas a la actora, la entidad accionada debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, así como a la siguiente fórmula, que ha admitido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado (...) En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo descontado a la demandante para aportes en salud desde el momento en que se reconoció su pensión, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el descuento. (...) Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional sobre la cual se haya efectuado el descuento. (...) Corolario de lo expuesto, esta Sala confirmará parcialmente la Sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda. (...)."

## SECCIÓN SEGUNDA

Providencia de 07 de octubre de 2020, Sección Segunda, Subsección "C", Exp. 110013342051201800234-01 M.P. Dr. SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA – Segunda Instancia.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Colpensiones / ACCIÓN DE LESIVIDAD-** Los actos administrativos acusados conservan su presunción de legalidad y por tanto se negarán las pretensiones de la demanda / **RECONOCIMIENTO PENSIÓN –** Cumple con las condiciones exigidas para ser beneficiaria de la pensión de vejez dispuesta en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, por cuanto laboró por más de veinte años al servicio del INPEC 22 años, 7 meses y 10 días de servicio, cuando entró en vigencia el Decreto 2090 de julio 26 de 2003, ya había ingresado como miembro del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, desde el 08 de febrero de 1993 / **INDEXACIÓN -** Colpensiones, deberá restituir a la señora (...) debidamente indexado, el valor correspondiente a las mesadas pensionales cuyo pago fue interrumpido en virtud del Auto de 03 de octubre de 2018, que suspendió provisionalmente los efectos de las Resoluciones demandadas.

**Problemas jurídicos:** *¿Determinar si los actos administrativos acusados, por los cuales se reconoció y reliquidó la pensión de vejez a la señora (...), se encuentran viciados de nulidad que amerite su declaratoria o no, y en caso afirmativo, si procede o no [a devolución de todos los dineros pagados por dicho concepto, debidamente indexados, como problema asociado deberá establecerse si los tiempos de servicio en el cargo de directora de establecimiento de reclusión son validos para efectos del reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo?*

**Tesis:** "(...) prestó sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC, así: (...) Del del 08 de febrero al 13 de agosto de 1993 como estudiante en el curso de formación a dragoneante. (...) Del 18 de agosto de 1993 al 27 de diciembre de 2005 como dragoneante ii) Del 28 de diciembre de 2005 al 08 de mayo de 2013 como teniente de prisiones iii) Del 09 de mayo de 2013 al 16 de julio de 2015 como directora de establecimiento de reclusión (encargo) iv) Del 17 de julio al 29 de septiembre de 2015 como teniente de prisiones (...) cumple con las condiciones exigidas para ser beneficiaria de la pensión de vejez dispuesta en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, (...) laboró por más de veinte años al servicio del INPEC (22 años, 7 meses y 10 días de servicio); adicionalmente cuando entró en vigencia el Decreto 2090 de julio 26 de 2003 (28 de julio de 2003), ya había ingresado como miembro del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional (desde el 08 de febrero de 1993). (...) En cuanto a los 2 años 1 mes y 7 días, en que fue directora de establecimiento carcelario en encargo, se dirá que tanto el encargo como la comisión, no solo son formas de proveer los cargos vacantes de las entidades, sino que se constituyen en incentivos dirigidos a los trabajadores escalafonados en carrera administrativa, para que, sin perder los derechos propios de la misma, puedan ser nombrados de manera preferente en empleos de mayor categoría, que les reporten beneficios salariales, prestacionales y de experiencia. (...) carece de razonabilidad y proporcionalidad que con las mencionadas situaciones administrativas se te generé un perjuicio al empleado, desconociendo con ello la irrenunciabilidad de sus derechos laborales, principalmente los relacionados con la seguridad social integral. Una interpretación diferente vulnera el principio de favorabilidad laboral e implicaría que en ningún caso un empleado de carrera del INPEC (que son los pertenecientes al cuerpo de custodia y vigilancia) pudiese ser comisionado en un cargo de libre nombramiento y remoción (que son los administrativos), pues con ello perdería el régimen pensional previsto para las actividades de alto riesgo; (...) la norma no tendría ningún efecto útil. (...) de conformidad con lo dispuesto en los artículos 126 y 127 del Decreto 407 de 1994, (...) y conforme al principio pro homine los 6 meses en los que la señora (...) ostentó tal calidad deben ser incluidos, por lo que es claro que completó 20 años de servicios en los cargos requeridos para acceder a la pensión de alto riesgo. (...) no pasa por alto la Sala que la señora Montaña Rodríguez no es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues para el 01 de abril de 1994 tan solo tenía 19 años de edad y 1 año, 2 meses y 7 días de servicio, por lo que a sus 46 años, con la formación adquirida en la Escuela Penitenciaria Nacional y su experiencia profesional, de perder la pensión de alto riesgo que le fue concedida por Colpensiones, vería cercenado su derecho a acceder a la prestación, en tanto actualmente es necesario completar un mínimo de 1.300 semanas cotizadas, correspondientes a 25 años. (...) por dos semanas de cotización que no fueron de alto riesgo, no es proporcional la afectación de derechos de rango constitucional de la administrada frente al posible detrimento patrimonial alegado por Colpensiones. (...) En conclusión, y como quiera que, según lo expuesto por la Sala, la señora (...) tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez dando aplicación a las normas que contienen el régimen especial del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC, los actos administrativos acusados conservan su presunción de legalidad y por tanto se negarán las pretensiones de la demanda. (...) Por consiguiente, la Administradora Colombiana de pensiones- Colpensiones, deberá restituir a la señora (...) debidamente indexado, el valor correspondiente a las mesadas pensionales cuyo pago fue interrumpido en virtud del Auto de 03 de octubre de 2018, que suspendió provisionalmente los efectos de las Resoluciones demandadas. (...) Para efectos de actualizar [as sumas adeudadas a (...) la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 (...) Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional comenzando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. (...)"

## SECCIÓN SEGUNDA

Providencia de 21 de octubre de 2020, Sección Segunda, Subsección "C", Exp. 250002342000201800882-00 M.P. Dr. SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA – Primera Instancia.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Nación Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – Alcance / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL APLICABLE - La demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio, sino exclusivamente aquellos determinados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, siempre que sobre tales factores haya cotizado.**

**Problema jurídico:** *¿Establecer si la demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación incluyendo todos los factores que percibió en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio?*

**Tesis:** "(...) al confrontar el acto administrativo de reliquidación de la prestación (Resolución 7335 del 2 de octubre de 2017), que la pensión de la demandante se liquidó con los factores de sueldo, prima de vacaciones y bonificación decreto, sobre los que se con excepción del último mencionado se acreditó si cotizo, (...) se incluyó un factor no determinado en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y sobre el que tampoco se efectuaron los correspondientes aportes. Sin embargo, la presente controversia no se refirió a la inclusión en la liquidación de la mesada pensional de éstos factores, o si sobre el mismo se efectuó aportes o no al sistema de seguridad social, pues el litigio giro en torno a si la señora (...) tenía derecho o no, a la inclusión de [a totalidad de [os factores salariales considerando para el efecto los faltantes, esto es, las primas especial, de servicio y navidad. (...) debe aclararse que si bien en la certificación expedida por la Oficina de Nómina de la Secretaría de Educación Distrital, aparece relacionado que para el mes de abril de 2016, la accionante devengo hora extras (factor relacionado en el artículo 1 de la ley 62/1985), no se probó que sobre las mismas se le haya efectuado descuentos a seguridad social pensión, y en tal sentido no ha lugar a ordenar su inclusión, dado que de acuerdo al criterio jurisprudencial que se analizó, la pensión de jubilación debe corresponder al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio. (...) Así las cosas, y como quiera que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio, sino exclusivamente aquellos determinados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, siempre que sobre tales factores haya cotizado, la Sala procederá a confirmar el fallo apelado que negó las súplicas de la demanda. (...) corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. (...) la Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, pero para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, (...) si bien el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —Ley 1437 de 20117 ordena pronunciarse en materia de costas, ello no implica que necesariamente deba ser en forma condenatoria, sino que solo procede dicha condena bajo los criterios de abuso del derecho, mala fe o temeridad, como ha sido reiterado por el Consejo de Estado, situaciones que no fueron demostradas en el plenario, razón por la cual no hay lugar a condenar en costas. Además porque no se demostró su causación. (...)".

Providencia de 11 de noviembre de 2020, Sección Segunda, Subsección "C", Exp. 110013335021201800424-01 M.P. Dr. SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA – Segunda Instancia.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – UGPP / RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – No le asiste razón al solicitar que se le reliquide la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, el ingreso base de liquidación de la prestación pensional no es un aspecto del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, artículo 36 / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993 – No se discute si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 / LEY 33 DE 1985 – UGPP al efectuar la liquidación de la pensión aplicó en debida forma el régimen del cual es beneficiario el actor, no es procedente acceder a la pretensiones de la demanda tendientes a obtener la reliquidación de la pensión en cuantía equivalente al 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen contenido en la Ley 33 de 1985 debe calcularse conforme a lo dispuesto en el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1158 de 1994.**

## SECCIÓN SEGUNDA

**Problema jurídico:** *¿Establecer si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con base en el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos en ese periodo?*

**Tesis:** “(...) El demandante (...) nació el 6 de septiembre de 1957 (...) y laboró en el Fondo Educativo Regional Bogotá desde el 6 de octubre de 1976 hasta el 1 de marzo de 2001, desempeñando el cargo de celador (...) El 27 de noviembre de 2012 solicitó el reconocimiento pensional siéndole reconocido a través de la Resolución RDP 014729 del 2 de abril de 2013 (...) de conformidad con la Ley 33 de 1985 y con el 75% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó entre el 1 de marzo de 1991 y el 28 de febrero de 2001, esto es, con la inclusión de la asignación básica, efectiva a partir del 6 de septiembre de 2012. (...) El 25 de marzo de 2015 solicitó la reliquidación pensional con el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio siéndole negada a través de la Resolución RDP 031012 del 28 de julio de 2015 (...) Contra la anterior decisión interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos a través de las Resoluciones Nos. RDP 040248 del 30 de septiembre de 2015 (...) y RDP 041917 del 13 de octubre de 2015 (...) confirmando la decisión anterior en todas sus partes, señalando que la pensión le había sido reconocida con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos diez años laborados y la inclusión de todos los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158 de 1994. (...) Alega la parte demandante que de conformidad con el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tiene derecho a que la pensión que le fue reconocida, se reliquide en cuantía equivalente al 75% de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, en virtud de la Ley 33 de 1985. (...) la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- señaló que la entidad no había incurrido en ninguna violación al orden jurídico, toda vez que la prestación le había sido reconocida de conformidad con las normas que cobijaban al actor al momento de cumplir con su estatus pensional. (...) Precisa la Sala, que en el presente asunto no se discute si el demandante (...) es o no beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino si es procedente reliquidar la pensión del accionante, en aplicación al régimen ordinario contenido en la Ley 33 de 1985, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios. (...) Del material probatorio se encontró acreditado que al demandante (...) le fue reconocida la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985 con el promedio de lo devengado en los últimos diez (10) años de servicio, y con la inclusión de los factores salariales consagrados en el Decreto 1158 de 1994. (...) teniendo en cuenta que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- al efectuar la liquidación de la pensión de la cual es beneficiario el demandante aplicó en debida forma el régimen del cual es beneficiario el actor, considera la Sala que no es procedente acceder a la pretensiones de la demanda tendientes a obtener la reliquidación de la pensión en cuantía equivalente al 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, pues como se indicó, el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen contenido en la Ley 33 de 1985 debe calcularse conforme a lo dispuesto en el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1158 de 1994. (...) Precisa la Sala, que el Consejo de Estado en su Sala Plena profirió sentencia de unificación el 28 de agosto de 2018 en donde señaló que los beneficiarios del régimen de transición no tenían un derecho consolidado a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, por lo que el ingreso base de liquidación (IBL) debe calcularse conforme lo dispone en el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1158 de 1994, argumento que permite concluir a la Sala que no hay lugar a acceder a lo pretendido por el demandante. (...) para no dejar puntos sin resolver en cuanto al argumento expuesto por el demandante en el cual señaló que por la mora judicial no se podía ver perjudicado con el cambio de posición jurisprudencial, precisa la Sala que no se evidencia mora en el proceso, y además que la posición sentada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación el 28 de agosto de 2018, es de estricto cumplimiento por ser el órgano de cierre de esta jurisdicción. (...) se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas. (...) Con lo anteriormente esbozado, encuentra la Sala que no le asiste razón a la parte demandante al solicitar que se le reliquide la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, pues como se indicó, esta Sala acoge el criterio señalado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al considerar que el ingreso base de liquidación de la prestación pensional no es un aspecto del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (artículo 36), por lo tanto, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia. (...) En los procesos regulados por el CPACA se procederá a la condena en costas cuando se decidan los procesos en primera instancia, cuando se resuelvan los recursos de apelación contra las sentencias en segunda instancia y cuando se decidan los recursos de apelación contra los autos que ponen fin al proceso. (...) El artículo 188 del CPACA señala que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, de lo cual se concluye que adoptó un régimen objetivo para declararlas, y así lo ha señalado el Consejo de Estado (...) el artículo 361 del C.G.P., las costas se componen de la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. (...) Sería del caso entonces condenar en costas a la parte demandante, pero como la controversia aquí definida es una reliquidación pensional, frente a la cual la jurisprudencia de esta jurisdicción varió su posición, y con base en ella se tomó la decisión, debe abstenerse de condenar en costas a la parte actora. (...)”.

## SECCIÓN SEGUNDA

Providencia de 26 de junio de 2020, Sección Segunda, Subsección "E", Exp. 110013335027201600163-01 M.P. Dr. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON – Segunda Instancia.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Nación Ministerio del Trabajo / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADA DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN – No podía ser retirada del servicio, aun estando nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, por lo menos, durante los 3 meses siguientes al aborto 1° de julio de 2016, hasta el 1° de octubre de 2016, la Resolución No. 3206 del 17 de agosto de 2016 proferida por el Ministerio de Trabajo, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, se expidió dentro del término que la norma tiene proscrito el despido de la trabajadora en caso de aborto, y no se consagraron los motivos de la decisión, el acto acusado es abiertamente ilegal, y es susceptible de ser declarado nulo / REINTEGRO - No es dable ordenar el reconocimiento y pago de la indemnización equivalente al salario de 60 días y 8 semanas de licencia remunerada, por cuanto la demandante ostentó una relación legal y reglamentaria, y disfrutó de la licencia de maternidad por aborto, negar de forma expresa el reintegro al cargo.**

**Problemas jurídicos:** *¿Determinar la legalidad de la Resolución N° 3206 del 17 de agosto de 2016 proferida por el Ministerio de Trabajo, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en un cargo de libre nombramiento y remoción denominado Asesor, Código 1020, Grado 15?*

**Tesis:** "(...) no se contempló la licencia remunerada en caso de aborto, sino que estableció que las licencias por maternidad, paternidad y enfermedad, se rigen por lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, y demás normas concordantes, (...) En resumen, las empleadas públicas que reportaron su estado de gestación y sufrieron un aborto, cuentan con un período de protección de tres (3) meses siguientes al suceso, evento en el cual si la entidad empleadora o el nominador de la empleada que ocupa el cargo de libre nombramiento y remoción considera pertinente apartarla del servicio, porque no existe suficiente grado de confianza o por mejoramiento del mismo, es necesario que se realice a través de acto administrativo motivado que consigne las razones que llevaron a la decisión. (...) en el caso de la demandante (...) se tiene que reportó su estado de gestación el 20 de mayo de 2016, y que el 1° de julio del mismo año le fue diagnosticado un "aborto retenido", debiendo someterse en esa ocasión, y el 15 de julio siguiente, al procedimiento médico correspondiente, situaciones que le generaron dos incapacidades con un total de catorce (14) días. (...) es claro que en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015, la demandante no podía ser retirada del servicio, aun estando nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, por lo menos, durante los tres (3) meses siguientes al aborto (1° de julio de 2016), (...) hasta el 1° de octubre de 2016. Sin embargo, se aclara que dicha regla contiene una excepción, la cual permite que el nominador aparte del servicio a la empleada pública, pero por motivos distintos al aborto, evento en el que es necesario que el acto se encuentre expresamente motivado. (...) En vista que la Resolución No. 3206 del 17 de agosto de 2016 proferida por el Ministerio de Trabajo, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante (...) se expidió dentro del término que la norma tiene proscrito el despido de la trabajadora en caso de aborto, y no se consagraron los motivos de la decisión, la Sala encuentra que el acto acusado es abiertamente ilegal, y es susceptible de ser declarado nulo, por las razones expuestas. (...) con relación al restablecimiento del derecho, la Sala establece que la condena no podrá ser más gravosa para el único apelante, en este caso la entidad pública, para ello se procederá a analizar la decisión de instancia. La Sala está de acuerdo con lo manifestado por el juez de primera instancia en negar el reintegro al servicio, (...) toda vez que se probó que a la demandante (...) le fue concedida una comisión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para ocupar el cargo de Asesor 1020, Grado 15 en el Ministerio de Trabajo por el término de tres (3) años, los cuales finalizaban el 24 de enero de 2017. (...) no es posible determinar que más allá del término en el que la comisión fue concedida, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios otorgara una nueva autorización a la demandante para comisionarla en el cargo de Asesor 1020, Grado 15 adscrito al despacho del Ministro de Trabajo, y que esta fuera aceptada por el Ministerio de Trabajo. (...) la Sala aclara que únicamente es procedente ordenar el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir por la actora, durante el período en el que le era prohibido a la entidad despedirla o declararla insubsistente, (...) durante los tres meses subsiguientes al aborto ocurrido el 1° de julio de 2016, es decir, del 2 de julio al 1° de octubre de 2016. (...) Pero como la accionante fue declarada insubsistente desde el 18 de agosto de 2016, el pago de las prestaciones sociales adeudadas se realizará desde el 19 de agosto al 1° de octubre de 2016, y no hasta el 24 de enero de 2017, como lo ordenó la sentencia recurrida. (...) el juez de primera instancia se acogió las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014, que señaló que a título de indemnización se debe reconocer y pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento del retiro hasta el momento de la sentencia, pero que en este caso debe ser hasta la finalización de la prohibición del despido por aborto (1° de octubre de 2016), cifra a la cual se le debe descontar cualquier suma que haya percibido por retribución laboral en el sector público o privado, bien sea como dependiente o independiente, durante ese mismo tiempo. (...) Frente a las

## SECCIÓN SEGUNDA

indemnizaciones contempladas en el numeral 1° del Artículo 2.2.31.3 del Decreto 1083 de 2015, se tiene que se reconocen a favor de las trabajadoras oficiales (Subraya la Sala) que son despedidas sin el lleno de los requisitos exigidos, sin perjuicio de las demás a las que tenga lugar, (...) a diferencia de lo expuesto por el juez de primera instancia, no es dable ordenar el reconocimiento y pago de la indemnización equivalente al salario de sesenta (60) días y ocho (8) semanas de licencia remunerada, por cuanto la demandante (...) ostentó una relación legal y reglamentaria (empleada pública), y disfrutó de la licencia de maternidad (por aborto), según consta en la Resolución No. 3560 del 8 de septiembre de 2016, por medio de la cual se modificaron las Resoluciones Nos. 2848 del 26 de julio de 2018 y 2970 del 2 de agosto de 2016. (...) la Sala modificará la decisión para cambiar el período al que tiene derecho al pago de prestaciones sociales, para negar las indemnizaciones de que trata el Artículo 2.2.31.3 del Decreto 1083 de 2015, y para negar de forma expresa el reintegro al cargo, por las razones expuestas. (...).”

Providencia de 24 de julio de 2020, Sección Segunda, Subsección “E”, Exp. 110013335022201700067-01 M.P. Dr. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON – Segunda Instancia.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Colpensiones / RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – No le asiste razón al solicitar que se le reliquide la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, pues el ingreso base de liquidación de la prestación pensional no es un aspecto del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, artículo 36 / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993 – Precedente Jurisprudencial Aplicable / LEY 33 DE 1985 - Laboró en el sector oficial por un lapso de 13 años y 17 días, el actor no cuenta con los 15 años de servicios establecido en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, para que su pensión sea reconocida de conformidad con lo establecido en el Decreto 3135 de 1968 / INDEXACIÓN - Tampoco hay lugar acceder a la indexación de la mesada pensional por cuanto la entidad al momento de efectuar el reconocimiento de la prestación actualizó los valores percibidos desde el retiro del servicio hasta la fecha en que adquirió el estatus jurídico de pensionado.**

**Problema jurídico:** *¿Establecer si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con base en el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos en ese periodo?*

**Tesis:** “(...) Del material probatorio obrante en el proceso se logra establecer que el actor antes de la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 prestó sus servicios en el sector oficial, en concreto en el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural-Instituto de Mercado Agropecuario desde el 17 de enero de 1967 al 3 de junio de 1977 y desde el 25 de septiembre de 1978 hasta el 24 de mayo de 1981, (...) laboró en el sector oficial por un lapso de 13 años y 17 días, por lo que para la Sala es dable concluir que en este caso el actor no cuenta con los 15 años de servicios establecido en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 (...) para que su pensión sea reconocida de conformidad con lo establecido en el Decreto 3135 de 1968. (...) En cuanto a la indexación de la primera mesada pensional, esta Sala encuentra demostrado que el señor (...) laboró hasta el 16 de septiembre de 1999 (...) y el derecho a la pensión de jubilación lo adquirió a partir del 5 de febrero de 2001 (...) por haber cumplido 55 años de edad, fecha para la cual tenía más 20 años de servicio; en consecuencia tiene derecho a la **indexación o actualización de la primera mesada pensional**, en cuanto a los factores salariales devengados deben actualizarse o indexarse por el período transcurrido entre la fecha del retiro del servicio y la fecha en que adquirió el estatus pensional, de conformidad con la pérdida del valor adquisitivo del dinero durante el transcurso del tiempo. (...) la jurisprudencia constitucional (...) y del Consejo de Estado (...) sobre la indexación o actualización de la primera mesada pensional la ha aceptado como el ajuste de valores o indexación en aplicación de los principios de equidad y de justicia, de conformidad con la pérdida del valor adquisitivo del dinero durante el transcurso del tiempo. (...) Sin embargo, al revisar el contenido de los actos administrativos demandados se logró establecer que para liquidar la pensión del actor la entidad actualizó en debida forma los valores percibidos al retiro del servicio, pues en el acto de reconocimiento, Resolución No. 7403 del 2 de abril de 2004, da cuenta que el valor percibido al momento del retiro del servicio fue debidamente actualizado conforme al IPC desde la fecha del retiro hasta la fecha en que adquirió el estatus jurídico de pensionado, por lo que en este caso no hay lugar acceder a las pretensiones de la demanda, tal como lo indicó el juez de primera instancia. (...) Con lo anteriormente esbozado, encuentra la Sala que no le asiste razón a la parte demandante al solicitar que se le reliquide la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, pues como se indicó, esta Sala acoge el criterio señalado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al considerar que el ingreso base de liquidación de la prestación pensional no es un aspecto del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (artículo 36), por lo tanto, se confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda. (...) Tampoco hay lugar acceder a la indexación de la mesada pensional por cuanto la entidad al momento de efectuar el reconocimiento de la prestación actualizó los valores percibidos desde el retiro del servicio hasta la fecha en que adquirió el estatus jurídico de pensionado. (...) En los procesos regulados por el CPACA se procederá a la condena en costas cuando se decidan los procesos en primera instancia, cuando se resuelvan los recursos de apelación contra las sentencias en segunda instancia



## SECCIÓN SEGUNDA

y cuando se decidan los recursos de apelación contra los autos que ponen fin al proceso. (...) El artículo 188 del CPACA señala que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, de lo cual se concluye que adoptó un régimen objetivo para declararlas, y así lo ha señalado el Consejo de Estado (...) el artículo 361 del C.G.P., las costas se componen de la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. (...) Sería del caso entonces condenar en costas a la parte demandante, pero como la controversia aquí definida es una reliquidación pensional, frente a la cual la jurisprudencia de esta jurisdicción varió su posición, y con base en ella se tomó la decisión, debe abstenerse de condenar en costas a la parte actora. (...).

[Providencia de 21 de agosto de 2020, Sección Segunda, Subsección "E", Exp. 110013335024201700293-01 M.P. Dr. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON – Segunda Instancia.](#)

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Nación, Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional / PROCESO DISCIPLINARIO - Lo que se le imputó al actor fue el incumplimiento a los deberes policiales, como el manejo de armas de forma imprudente, y ausentarse de su lugar de trabajo, situación que el actor no discute, al ser el demandante un agente del Estado que tiene el deber y la obligación de velar por el cuidado de la ciudadanía, se le puede exigir una conducta diferente a la adoptada, más aún, cuando se trata de la utilización de armas de uso oficial / INIMPUTABLE PARA LA ÉPOCA DE LOS HECHOS INVESTIGADOS - No basta con las incapacidades que allegó el demandante para predicar su inimputabilidad, pues el diagnóstico de "acentuación de rasgos de personalidad" se hizo con posteridad al acto que se sancionó, más aún, cuando dicho diagnóstico no corresponde a un trastorno mental, como lo ha indicado la OMS, y contrario a lo sostenido por la parte actora, no existió vulneración al debido proceso, pese a que el actor presentó una situación de estrés esta fue resuelta de manera favorable, pudiendo continuar con sus labores policiales, no acreditó haber actuado bajo el eximente de responsabilidad que invocó para dar lugar a la inimputabilidad, dentro del proceso disciplinario que se le adelantó.**

**Problema jurídico:** *¿Determinar, si los actos administrativos proferidos con ocasión de la investigación disciplinaria COPE1 N° 2015 – 78, adelantada por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, vulneraron los derechos a la defensa y debido proceso al patrullero, ¿debido a que éste aduce que era inimputable para la época de los hechos investigados y que esa circunstancia no fue tomada en cuenta en la actuación disciplinaria cuestionada?*

**Tesis:** "(...) dentro de la investigación disciplinaria se determinó que si bien el accionante en su calidad de Patrullero (al momento de los hechos) desenfundó su arma de dotación en tres oportunidades, no fue contra la integridad de una tercera persona. (...) se le atribuyó el uso y manejo imprudente de las armas, al detonar tres veces su arma de dotación (pistola SIG SAUER SP20222 serial SP223830). La falta fue calificada como gravísima. (...) el día de los hechos el señor (...) se ausentó de su lugar de su lugar de trabajo como centinela de la garita No. 4, donde tenía que prestar servicio, hasta el interior del casino de Oficiales de la Estación de Policía de Chapinero, y (...) su puesto quedó sin la respectiva vigilancia. (...) se le sancionó con la falta disciplinaria a título de dolo, prevista en el numeral 27 del artículo 34, (...) ausentarse del lugar de facción o sitio donde preste su servicio sin permiso o causa justificada. (...) Contra la decisión anterior la parte demandante, por intermedio de apoderada, interpuso el recurso de apelación en el que indicó que no se determinó la culpabilidad, pues el actor tiene problemas mentales, y por ello, es inimputable. (...) En decisión de segunda instancia proferida el 30 de noviembre de 2015, la Inspección Delegada Especial MEBOG confirmó en su integridad la decisión de primera instancia, al indicar que el artículo 28 de la Ley 734 de 2002 establece las causales de exclusión de responsabilidad, entre ellas, actuar en situación de inimputabilidad, sin embargo, dicha inimputabilidad debe tener soporte probatorio dentro de la investigación disciplinaria para que tenga vocación de prosperidad. (...) Se encuentra acreditado que, el señor (...) el 27 de junio de 2015 a eso de las 13:00 horas, estando prestando servicio en la garita No. 4 se dirige al alojamiento que se encuentra ubicado en el casino de oficiales de la estación de Policía de Chapinero en búsqueda del Teniente Coronel (...) con el fin de indagarle sobre algunos asuntos que en su sentir se trataban de acoso laboral. En la discusión con el citado uniformado, el actor desenfunda su arma de dotación y la acciona en tres oportunidades. (...) recibió atención médica el mismo día 27 de junio de 2015 a las 14:18 horas (...) en Urgencias del Hospital Central, siendo remitido a la Clínica Inmaculada Hermanitas Hospitalarias (...) quedando hospitalizado desde el 27 de junio al 3 de julio de 2015; (...) se le otorgó una incapacidad de 30 días a partir del 4 de julio al 2 de agosto de 2015, por problemas relacionados con la acentuación de rasgos de personalidad. (...) el actor presentó un episodio de alteración en su estado emocional, ocasionado por un presunto acoso laboral hacia él por parte del Teniente Coronel (...) lo que ocasionó que lo increpara en su área de descanso, pero al utilizar su arma de dotación no lo fue contra la integridad del teniente coronel,

## SECCIÓN SEGUNDA

sino que lo hizo de manera imprudente al accionar su arma de dotación. (...) no se puede determinar que la conducta del actor se presentara como consecuencia de un trastorno mental, (...) el actor estuvo consciente de su actuar, pues desde el primer momento manifestó: “yo sé lo que viene encima mi coronel”, “aléjese que la estoy cagando.” (...) el actor, al momento de ejecutar la conducta tuvo la capacidad de comprender lo que estaba haciendo y podía haber actuado de manera diferente, situación que también se expone en una nota de voz aportada al proceso disciplinario por el actor, en la que al momento de dirigirse hacia el alojamiento ubicado en el casino de la estación de policía caminó cerca de dos minutos antes de llegar al lugar y utilizar su arma de dotación de manera imprudente, por lo que se podría pensar que el accionante tuvo la oportunidad de reflexionar sobre su conducta, y sin embargo, la consumió. (...) No basta con las incapacidades que allegó el demandante para predicar su inimputabilidad, pues el diagnóstico de “acentuación de rasgos de personalidad” se hizo con posteridad al acto que se sancionó, más aún, cuando dicho diagnóstico no corresponde a un trastorno mental, como lo ha indicado la OMS, y contrario a lo sostenido por la parte actora. (...) el demandante alega que la condición de inimputabilidad es más favorable en la Ley 734 de 2002, (...) la Ley 1015 de 2006 lo define en idénticos términos, por tanto, no existió vulneración al debido proceso, por lo mismo, el cargo no prospera. (...) pese a que el actor presentó una situación de estrés esta fue resuelta de manera favorable, pudiendo continuar con sus labores policiales. (...) no puede perderse de vista que lo que se le imputó al actor fue el incumplimiento a los deberes policiales, como el manejo de armas de forma imprudente, y ausentarse de su lugar de trabajo, situación que el actor no discute. (...) al ser el demandante un agente del Estado que tiene el deber y la obligación de velar por el cuidado de la ciudadanía, se le puede exigir una conducta diferente a la adoptada, más aún, cuando se trata de la utilización de armas de uso oficial. (...) Se negarán las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el accionante no acreditó haber actuado bajo el eximente de responsabilidad que invocó para dar lugar a la inimputabilidad, dentro del proceso disciplinario que se le adelantó. (...).”

Providencia de 20 de noviembre de 2020, Sección Segunda, Subsección “E”, Exp. 250002342000201603873-00 M.P. Dr. JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN – Primera Instancia.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Nación Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional / RETIRO DEL SERVICIO – La intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y que se usó con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico, el ejercicio de la facultad discrecional no se ajustó a los fines y razones que la justifican, no existe en el expediente documento o prueba alguna que permita concluir que la decisión adoptada por la Policía sea suficiente, razonada y proporcionada a las razones del servicio y que perseguía un fin acorde al mejoramiento del servicio, la decisión de retiro es desproporcionada a las conductas que se le endilgan al demandante y que incurrió en falsa motivación y desviación de poder / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - El reintegro del actor tendrá efectos siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso y, a título indemnizatorio se ordenará pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el demandante, la suma a pagar a título de indemnización no podrá ser inferior a seis (6) meses, ni exceder de veinticuatro (24) meses de salario.**

**Problema jurídico:** *¿Determinar si asiste razón a la Entidad demandada, en que contrario a lo que plantea el a quo, el retiro del servicio del demandante se encuentra ajustado a ley, pues el acto acusado se encuentra debidamente motivado y fundamentado en razones del servicio?*

**Tesis:** “(...) la Entidad demandada no remitió mayor información en torno al proceso disciplinario abierto por los anteriores hechos, (...) suficiente para llevar al juzgador a la convicción, que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y que se usó con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico, (...) el ejercicio de la facultad discrecional no se ajustó a los fines y razones que la justifican; (...) no existe en el expediente documento o prueba alguna que permita concluir que la decisión adoptada por la Policía sea suficiente, razonada y proporcionada a las razones del servicio y que perseguía un fin acorde al mejoramiento del servicio. (...) frente al restablecimiento del derecho, que la H. Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-556 de 2014, moduló el mismo en las acciones donde se declara la nulidad del acto que desvincula al empleado provisional sin que medie motivación del acto, (...) El criterio expuesto por el máximo Tribunal Constitucional en la sentencia SU-053 de 2015, extendió los parámetros de indemnización a pagar por salarios y prestaciones dejados de percibir limitada a un máximo de 24 meses y al descuento de las sumas que por cualquier concepto laboral, al personal uniformado de la Policía Nacional en los eventos en que se

## SECCIÓN SEGUNDA

declare la ausencia de motivación en el ejercicio de la facultad discrecional. (...) la Corte Constitucional, después de explicar el estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional, dispuso que, cuando se evidencie la falta de motivación de los actos de retiro discrecional, el juez debe remitirse a la sentencia SU-556 de 2014 para fijar los límites de la indemnización a reconocer en el proceso judicial, aspecto que la Corte fundamenta en el principio de igualdad que, estima, debe primar entre los servidores públicos. (...) se modulará el restablecimiento del derecho del demandante en los términos señalados en la sentencia SU-556 de 2014, (...) el reintegro del actor tendrá efectos siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, a título indemnizatorio se ordenará pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el demandante. (...) la suma a pagar a título de indemnización no podrá ser inferior a seis (6) meses, ni exceder de veinticuatro (24) meses de salario, tal como señala la jurisprudencia citada. (...) la decisión de retiro es desproporcionada a las conductas que se le endilgan al demandante y que incurrió en falsa motivación y desviación de poder, (...) confirmar la sentencia de primera instancia, (...) se modificará el restablecimiento del derecho. (...)."

[Providencia de 25 de septiembre de 2020, Sección Segunda, Subsección "F", Exp. 110013335007201600557-01 M.P. Dra. PATRICIA SALAMANCA GALLO – Segunda Instancia.](#)

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – UGPP / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN**  
**- Teniendo en cuenta los factores salariales, además de los ya reconocidos por la Administración, los de prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LAS PENSIONES RECONOCIDAS CON RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - Como beneficiaria del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, tiene derecho a que en su liquidación pensional se incluyan todos los factores salariales devengados en el último año de servicios que estén establecidos en el Decreto 1045 de 1978 y no según lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994 como lo hizo la entidad / BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN - No es procedente su inclusión en la reliquidación de la pensión, no constituye factor salarial, su naturaleza corresponde a una prestación para el disfrute en el ámbito de la recreación, sucede de igual manera con el factor de vacaciones, esta corresponde a un descanso remunerado para el trabajador, no constituye factor salarial ni prestacional, de igual forma no se encuentran enlistados en el Decreto 1045 de 1978 / PRESCRIPCIÓN DESCUENTOS POR APORTES - La Sala Mayoritaria considera que el argumento del recurrente no se encuentra llamado a prosperar debido a que no es viable decretar prescripción de los descuentos por aportes, que, si los aportes para pensión son imprescriptibles en temas relacionados con el contrato realidad, también deben tenerse como tal para efectos de asegurar la sostenibilidad financiera en los casos de reliquidación pensional, considera que en estricto cumplimiento al fallo de unificación es improcedente declarar la prescripción de los aportes para pensión y en tal medida, es procedente que los descuentos por aportes se efectúen según lo dispuesto por el *a quo* y no sobre el último año de servicios como lo solicita la demandante. La determinación así expuesta no se comparte por la suscrita Magistrada ponente, quien manifestará las razones de su disenso en escrito separado.**

**Problema jurídico:** *¿Determinar si la demandante en su calidad de beneficiaria del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, tiene derecho a que su pensión se liquide con todos los factores devengados en el último año de servicio; o si por el contrario el IBL con el que se debe liquidar la pensión debe atender a los criterios expuestos en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional?*

**Tesis:** "(...) la demandante cumplió los 15 años de servicio el 10 de septiembre de 1984, (...) antes de la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, (13 de febrero de 1985); (...) es beneficiaria del régimen de transición previsto en dicha normatividad; (...) le son aplicables el Decreto Ley 3135 de 1968 y el Decreto 1045 de 1978. (...) Cajanal reliquidó la pensión de la actora (...) 10 de julio de 2001 (f. 5s), tomando 75% del promedio de los salarios devengados entre el 1 de abril de 1994 al 30 de junio de 2000, (...) aplicando la Ley 100 de 1993 y el Decreto 01 de 1984. (...) la pensión se liquidó de conformidad con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, desconociendo (...) que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 33 de 1985; y (...) las normas aplicables son el Decreto Ley 3135 de 1968 y el Decreto 1045 de 1978. (...) no es procedente la inclusión de la **bonificación especial de recreación** en la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora, (...) se impone mantener la decisión del *a quo*, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en torno a reliquidar la pensión de vejez que devenga la actora como

## SECCIÓN SEGUNDA

beneficiaria del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta los factores salariales, además de los ya reconocidos por la Administración, los de **prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios**. (...) el *a quo* ordenó efectuar los descuentos por concepto de cotización para pensión de aquellos factores que ordena a incluir en la liquidación de la pensión, (...) la demandante solicita que se aplique a los descuentos por aportes, la prescripción del artículo 817 del Estatuto Tributario, (...) La Sala Mayoritaria considera que el argumento del recurrente no se encuentra llamado a prosperar debido a que no es viable decretar prescripción de los descuentos por aportes, (...) la Sala Mayoritaria considera que, si los aportes para pensión son imprescriptibles en temas relacionados con el contrato realidad, también deben tenerse como tal para efectos de asegurar la sostenibilidad financiera en los casos de reliquidación pensional, (...) considera que en estricto cumplimiento al fallo de unificación es improcedente declarar la prescripción de los aportes para pensión y en tal medida, es procedente que los descuentos por aportes se efectúen según lo dispuesto por el *a quo* y no sobre el último año de servicios como lo solicita la demandante. La determinación así expuesta no se comparte por la suscrita Magistrada ponente, quien manifestará las razones de su disenso en escrito separado. (...) de conformidad con la posición de la Sala Mayoritaria se impone a **modificar el numeral sexto de la sentencia recurrida**, advirtiendo que los descuentos por aportes se efectuarán únicamente respecto de los tiempos laborados entre el 13 de febrero de 1985 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985) hasta el 30 de junio de 2000 (fecha del retiro del servicio, f. 5, parte considerativa de la Resolución No. 17611 de 2001), solamente sobre los factores de **prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios**, siempre y cuando no se hayan efectuado. (...)

[Providencia de 09 de octubre de 2020, Sección Segunda, Subsección "F", Exp. 110013335017201600328-01 M.P. Dra. PATRICIA SALAMANCA GALLO – Segunda Instancia.](#)

### SALVAMENTO DE VOTO

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – UGPP / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN / SALVAMENTO DE VOTO –** Teniendo en cuenta los factores salariales, además de los ya reconocidos por la Administración, los de prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios / **INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LAS PENSIONES RECONOCIDAS CON RÉGIMEN DE TRANSICIÓN –** Como beneficiaria del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, tiene derecho a que en su liquidación pensional se incluyan todos los factores salariales devengados en el último año de servicios que estén establecidos en el Decreto 1045 de 1978 y no según lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994 como lo hizo la entidad / **BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN –** No es procedente su inclusión en la reliquidación de la pensión, no constituye factor salarial, su naturaleza corresponde a una prestación para el disfrute en el ámbito de la recreación, sucede de igual manera con el factor de vacaciones, esta corresponde a un descanso remunerado para el trabajador, no constituye factor salarial ni prestacional, de igual forma no se encuentran enlistados en el Decreto 1045 de 1978 / **PRESCRIPCIÓN DESCUENTOS POR APORTES –** La Sala Mayoritaria considera que el argumento del recurrente no se encuentra llamado a prosperar debido a que no es viable decretar prescripción de los descuentos por aportes, que, si los aportes para pensión son imprescriptibles en temas relacionados con el contrato realidad, también deben tenerse como tal para efectos de asegurar la sostenibilidad financiera en los casos de reliquidación pensional, considera que en estricto cumplimiento al fallo de unificación es improcedente declarar la prescripción de los aportes para pensión y en tal medida, es procedente que los descuentos por aportes se efectúen según lo dispuesto por el *a quo* y no sobre el último año de servicios como lo solicita la demandante. La determinación así expuesta no se comparte por la suscrita Magistrada ponente, quien manifestará las razones de su disenso en escrito separado.

**Problema jurídico:** *¿Determinar si la demandante en su calidad de beneficiaria del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, tiene derecho a que su pensión se liquide con todos los factores devengados en el último año de servicio; o si por el contrario el IBL con el que se debe liquidar la pensión debe atender a los criterios expuestos en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional?*

**Tesis:** "(...) Con todo respeto me aparto de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala, (...) considero que debería prosperar la prescripción de los descuentos por aportes, en los términos que aplica a los emolumentos laborales, (...) se debe dar prevalencia al principio indubio pro operario, máxime cuando se trata de los derechos de personas que son sujetos de especial protección como son los pensionados, quienes podrían ver afectado su mínimo vital. (...) las sentencias que reconocen el derecho a la reliquidación pensional, limitan el derecho en razón a la prescripción, (...) no aplicar la misma figura a las obligaciones que impone el fallo a cargo del demandante, genera graves desbalances que afectan al trabajador, (...) no en pocas oportunidades, el pago por concepto de aportes resulta superior al beneficio

## SECCIÓN SEGUNDA

obtenido con la reliquidación, lo cual hace que la decisión pierda su sentido. (...) El artículo 28 de la Constitución Política, establece que: “En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por **deudas**, ni penas y medidas de seguridad **imprescriptibles**” (negrilla fuera de texto); (...) por disposición constitucional no es procedente mantener derechos, ni obligaciones perennes. La prescripción permite relativizar el derecho a condiciones razonables de exigibilidad a fin de impedir la configuración de derechos eternos e inextinguibles, pues los derechos absolutos no son susceptibles de ser aceptados en un Estado Social de Derecho. (...) considero que el decretar la prescripción únicamente en contra del pensionado, sin aplicar el mismo principio para limitar los descuentos por aportes no cotizados que favorecen a la entidad demandada, constituye un desequilibrio que rompe la equidad que debe existir entre las cargas que se atribuyen a los extremos activo y pasivo de un proceso judicial. (...) se debería aplicar el fenómeno prescriptivo, ya sea de la misma manera que aplica para las mesadas pensionales o en su defecto, acudir a la remisión normativa al ordenamiento civil para limitar los descuentos sobre los aportes, tal como lo señaló la Sala de Consulta y Servicio civil del Consejo de Estado, al precisar que en casos como el de autos se estima “pertinente, acudir a las normas generales sobre la prescripción contenidas en el Código Civil” (...) no es procedente aplicar el término prescriptivo establecido en el artículo 817 del Estatuto Tributario, comoquiera que éste se predica de la acción de recobro de contribuciones parafiscales y no del derecho propiamente dicho. (...).”

[Salvamento de Voto Providencia de 09 de octubre de 2020, Sección Segunda, Subsección “F”, Exp. 110013335017201600328-01 M.P. Dra. PATRICIA SALAMANCA GALLO – Segunda Instancia.](#)

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – UGPP / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE ALTO RIESGO - Le asiste razón jurídica para obtener la reliquidación pensional, que ahora persigue, pero únicamente en cuanto debe ordenarse la inclusión del emolumento “sobresueldo” / FACTORES A COMPUTAR EN LA BASE DE LIQUIDACIÓN - Al ser el demandante beneficiario de la Ley 32 de 1986, su prestación debe ser determinada con el 75% de lo devengado en el último año de servicios, y con la inclusión de los factores enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, y aquellos que, con asidero legal o reglamentario, deben servir de base para las cotizaciones al sistema / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN - Ni la prima de riesgo ni la prima de seguridad, y tampoco el subsidio de unidad familiar, están llamados a integrar el ingreso base de liquidación de la prestación reconocida al señor (...).**

**Problema jurídico:** *¿Determinar si el demandante, en su condición de beneficiario del régimen especial de alto riesgo previsto en la Ley 32 de 1986, para el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, tiene derecho a que en aplicación de la Ley 4ª de 1966 y el Decreto 1045 de 1978, la pensión le sea liquidada con la inclusión de la totalidad de las sumas devengadas en el último año de prestación de sus servicios?*

**Tesis:** “(...) se encuentra probado que el demandante prestó sus servicios al **INPEC** en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la institución en calidad de **guardián, cabo, inspector jefe y teniente** (...) desde el **4 de febrero de 1985 al 18 de junio de 2013** (...) es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, en concordancia con el Decreto 2090 de 2003, Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que a **28 de julio de 2003** - fecha de entrada en vigencia Decreto 2090 de 2003, ya prestaba sus servicios al INPEC en una actividad de alto riesgo. (...) tiene derecho a que la prestación le sea reconocida en los términos de la Ley 32 de 1986, que exigía para el reconocimiento de la pensión el cumplimiento 20 años de servicios, sin distingo de la edad. (...) en lo que hace al ingreso base de liquidación, es necesario señalar que al ser el demandante beneficiario de la Ley 32 de 1986, su prestación debe ser determinada con el 75% de lo devengado en el último año de servicios, y con la inclusión de los factores enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, y aquellos que, con asidero legal o reglamentario, deben servir de base para las cotizaciones al sistema. (...) que en adición de los factores promediados en la Resolución No. RDP 035591 de 5 de agosto de 2013, el Juez de primera instancia ordenó la inclusión del sobresueldo, prima de seguridad y prima de riesgo, emolumentos que según la certificación expedida por el INPEC, fueron devengados por el demandante en el último año de prestación de servicios. (...) los devengados por concepto de prima de seguridad y prima de riesgo, no se encuentran enlistados en el Decreto 1045 de 1978, luego entonces en principio, no es posible su inclusión. A ello debe sumarse que, **(i)** no existe norma que autorice las cotizaciones sobre dichas sumas, **(ii)** no aparece probado que sobre estos emolumentos (prima de riesgo y prima de seguridad) se realizó aporte alguno; el **(iii)** el Decreto 446 de 1994, norma que instituyó el pago de la **prima de riesgo** para los trabajadores del INPEC, la previó como un emolumento sin carácter salarial; así: **“ARTÍCULO 11. PRIMA DE RIESGO. Los Directores y Subdirectores de establecimiento carcelario y el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una prima de riesgo sin carácter salarial, en los porcentajes que fije el Gobierno Nacional, que no podrá ser inferior al actualmente vigente”.** (...) Y; **(iv)** lo propio ocurrió con la prima de seguridad y el subsidio por unidad familiar (cuya inclusión solicitó el demandante), consagrado en el artículo 10 *ibidem*, según el cual: **“Artículo 10. PRIMA DE SEGURIDAD. A los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, que presten sus servicios en**

## SECCIÓN SEGUNDA

centros o pabellones de especial seguridad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, podrá reconocérseles una prima de seguridad, que **no constituye factor de salario** en los porcentajes que establezca el Gobierno Nacional. (...) Artículo 15. **SUBSIDIO FAMILIAR**. De conformidad con las normas legales vigentes que regulan el pago del subsidio familiar, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho, a partir del 1º de enero de 1995, al pago de un siete por ciento (7%) adicional por tal concepto, **sin constituir factor salarial**, el cual se pagará por unidad familiar, con cargo al presupuesto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec. La anterior prestación se establece sin perjuicio del subsidio familiar a que tienen derecho los funcionarios de acuerdo con las normas vigentes". (...) la prestación debe ser liquidada con sustento en los emolumentos que, con asidero legal o reglamentario, debe servir de base para las cotizaciones al sistema, surge palmario que ni la prima de riesgo ni la prima de seguridad, y tampoco el subsidio de unidad familiar, están llamados a integrar el ingreso base de liquidación de la prestación reconocida al señor (...) si la sentencia de primera instancia ordenó la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta además de los factores enlistados en el Decreto 1045 de 1978, aquellos devengados por concepto de prima de riesgo y prima de seguridad, (...) tal decisión no se encuentra ajustada a la posición expuesta por esta Subsección, (...) no fue comprensiva de las normas que gobiernan el reconocimiento de la prestación para los empleados que desarrollan actividades de alto riesgo en el INPEC, ni de las subreglas de interpretación previstas en la sentencia de 28 de agosto de 2018, (...) el IBL se determinará sobre las sumas respecto de las cuales se realizaron los aportes al Sistema General de Pensiones. (...) No sucede lo mismo con la inclusión del sobresueldo, y ello es así, en razón a que el mencionado emolumento, por expresa disposición de la norma que lo crea (...) tiene carácter salarial; (...) los decretos que anualmente establecieron las escalas salariales básicas de estos empleados, indicaron que ellos constituirían ingreso base de cotización en los términos del Decreto 1158 de 1994 (...) respecto de los mismos se realizaron las debidas cotizaciones al sistema y así lo certificó la entidad. (...) el mencionado emolumento, sobresueldo, deberá conformar el ingreso base de liquidación de la prestación de que es beneficiario el demandante. Sin que sea necesario, ordenar descuento alguno, pues sobre dichas sumas se realizaron los aportes al Sistema General de Pensiones. (...) tal decisión sólo podía extenderse a la prima de riesgo y prima de seguridad respecto de los cuales no se hicieron las cotizaciones; sin incluir el sobresueldo, (...) como quiera que al señor (...) le asiste razón jurídica para obtener la reliquidación pensional, que ahora persigue, pero únicamente en cuanto debe ordenarse la inclusión del emolumento "sobresueldo", la alzada propuesta por la entidad accionada está llamada a prosperar parcialmente, de conformidad por las razones expuestas en esta providencia. (...).

[Providencia de 19 de marzo de 2020, Sección Segunda, Subsección "F", Exp. 110013335030201700150-01 M.P. Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA– Segunda Instancia.](#)

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Nación Ministerio de Educación Nacional / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE INVALIDEZ DOCENTE - Es posible incluir en la liquidación de la pensión de invalidez lo devengado por concepto de bonificación decreto, no ocurre lo mismo con el factor de prima de servicios / FACTORES A COMPUTAR EN LA BASE DE LIQUIDACIÓN - Es destinataria del régimen pensional de invalidez, tiene derecho a que su pensión de invalidez sea liquidada sobre los factores de cotización señalados en el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, la asignación básica mensual y aquellos estipendios que desde su creación fueron determinados como factor salarial / BONIFICACIÓN DECRETO - Es viable su inclusión, corresponde a la bonificación mensual creada por el Decreto 1566 de 15 de agosto de 2014 que dispone que dicho emolumento "constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes / PRIMA DE SERVICIOS - Emolumento creado para el personal docente y directivo docente oficial a través del Decreto 1545 de 2013, como factor de salario para la liquidar únicamente las vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad; no así la pensión.**

**Problema jurídico:** *Determinar: (i) ¿Si la señora (...), en su calidad de docente oficial, tiene derecho a que la pensión de invalidez que percibe sea reliquidada teniendo en cuenta el promedio mensual de todos los factores de salario devengados durante el último año anterior al retiro del servicio? De resultar procedente, lo anterior, (ii) ¿La Sala establecerá si el pago de las diferencias generadas por la inclusión de los nuevos factores, debe realizarse con cargo a los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio?*

**Tesis:** "(...) en lo que hace al ingreso base de liquidación, la Sala se permite derivar las siguientes conclusiones, (...) las pensiones de invalidez de los docentes afiliados al **FOMAG**, deben ser liquidadas únicamente con inclusión de todos los emolumentos que constituyen factores legales o reglamentarios de cotización al sistema. (...) en aquellos casos en que el empleador no haya efectuado cotizaciones sobre estos, se impone ordenar el reajuste pensional respectivo, junto con el pago de las diferencias dinerarias no prescritas resultantes. (...) la demandante prestó sus servicios como docente a

## SECCIÓN SEGUNDA

la Secretaría de Educación de Fusagasugá, desde el **19 de julio de 1995** hasta el **3 de junio de 2016**, momento en que se produjo su retiro por pérdida de la capacidad laboral del 95% (...) en consideración a la fecha de vinculación al servicio docente, resulta patente que la señora (...) es destinataria del régimen pensional de invalidez previsto en la Ley 91 de 1989, que a su vez remite a los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, (...) la Sala concluye que tiene derecho a que su pensión de invalidez sea liquidada sobre los factores de cotización señalados en el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, (...) la asignación básica mensual y aquellos estipendios que desde su creación fueron determinados como factor salarial. (...) la Secretaría de Educación de Fusagasugá, en nombre y representación del **FOMAG**, reconoció a la accionante una pensión de invalidez mediante Resolución núm. **0543 de 7 de junio de 2016**, efectiva a partir del **4 de junio de 2016**, (...) la demandante logró comprobar que, durante ese periodo, además de la asignación básica, la prima de vacaciones y la prima de navidad, también percibió la prima de servicios y la “bonificación decreto” (y/o bonificación mensual) (...) lo primero que debe advertir el Tribunal es que no efectuará valoración alguna sobre la inclusión de la prima de navidad, como quiera que ya fue computada para conformar el ingreso base de liquidación de la prestación, y la entidad demandada no efectuó reconvención alguna respecto de ellas. (...) Resta entonces a la Subsección verificar si la prima de servicios y la bonificación decreto (y/o bonificación mensual), están llamadas o no, a integrar el ingreso base de liquidación de la pensión de invalidez de la demandante, (...) **Bonificación decreto:** es viable su inclusión en la liquidación de la pensión, en razón a que corresponde a la bonificación mensual creada por el Decreto 1566 de 15 de agosto de 2014 que dispone que dicho emolumento “**constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes**”. (...) **Prima de servicios:** emolumento creado para el personal docente y directivo docente oficial a través del Decreto 1545 de 2013, como factor de salario para la liquidar únicamente las vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad; no así la pensión. (...) la Sala anuncia desde ya, que modificará la decisión de primera instancia, en razón a que como se explicó, en el presente asunto, si bien es posible incluir en la liquidación de la pensión de invalidez lo devengado por la señora (...) por concepto de bonificación decreto, no ocurre lo mismo con el factor de prima de servicios; emolumento cuya inclusión ordenó el juez de primera instancia. (...) se exceptuó de asumir el pago de algunas prestaciones, del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, tales como: primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones. (...) las demás prestaciones sociales de las que son beneficiarios los docentes, como es el caso de las pensiones, están a cargo del FOMAG, cuyo objetivo, entre otros, es el de “*Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*”; (...) la cuantía en que debe ser pagada la asignación mensual, o los factores que deben incluirse en su liquidación, no varían la competencia del ente que tiene a cargo el reconocimiento y pago. (...) el FOMAG se nutre con una proporción de aquellas sumas que constituyen factor salarial para la liquidación de las prestaciones que reconoce, (...) no existe óbice para que asuma el pago de la mesada pensional con el ajuste ordenado; máxime si tanto nominador como entidad administradora están llamadas a hacer uso de los instrumentos legales y administrativos dirigidos a cumplir o a exigirse mutuamente el acatamiento de sus deberes, en aquellos casos en que existan aportes impagados o cuando estos se realizan en proporción menor a la que corresponde. (...) de una parte, el FOMAG tiene la obligación legal de asumir el pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales, con las excepciones establecidas en la ley, y visto que su capital está constituido entre otros, por los aportes que deben realizar los nominadores respecto de los factores salariales devengados por los educadores, surge palmariamente la obligación que en él recaerá de asumir el pago de la reliquidación de la prestación sin que sea posible escindirla. (...) el reproche planteado por la accionada, en tanto considera que el obligado al pago del ajuste pensional es la entidad territorial a la cual prestó sus servicios la educadora, no está llamado a prosperar. (...).”

[Providencia de 03 de abril de 2020, Sección Segunda, Subsección “F”, Exp. 253073340003201700040-01 M.P. Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA– Segunda Instancia.](#)

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL – Controversias contractuales / CONTRATO DE SUMINISTRO / DESEQUILIBRIO ECONÓMICO - Por fluctuación del precio del dólar / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL – Salvedades / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL / DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS - En contratación Estatal / RIESGOS CONTRACTUALES – Previsibles e imprevisibles / DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS - Busca el mantenimiento de la equivalencia económica del contrato / EQUILIBRIO ECONÓMICO O FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / DESEQUILIBRIO ECONÓMICO – No se configura por fluctuación del precio del dólar**

**Problemas jurídicos:** “(...) Establecer si la fluctuación de la divisa durante la ejecución del contrato de suministro No. 07-8-20179-14 que celebró la Unión Temporal 14 con la entidad demandada, constituyó un riesgo imprevisible para el contratista y si debió o no ser asumido por éste. 15. Igualmente, se determinará si al contratista le era o no exigible la sostenibilidad de los precios de los medicamentos ofertados y si acreditó cuáles fueron los que se vieron afectados con el incremento del dólar. (...)”

**Tesis:** “(...) la sala considera que no se dan los presupuestos de la teoría de la imprevisión para que se revisara u ajustara el contrato de suministro que las partes celebraron, puesto que la afectación del precio de los medicamentos por fluctuación de las divisas no fue una causa ajena al contratista, ya que desde la etapa pre-contractual la entidad estructuró un sistema de administración de riesgo como lo impone las Leyes 1150 de 2007 80 de 1993, sino también conforme a su manual de contratación pública, el documento CONPES 3714 de 2011 y el manual adoptado por Colombia Compra Eficiente. (...) es evidente que existía claridad para los oferentes sobre las condiciones en que debían estructurar su oferta, especialmente en cuanto a tener en cuenta el riesgo derivado por las condiciones del mercado, por lo que se deduce que debía calcular el precio no con el valor de la TMR a la fecha de cierre de la licitación, sino con un valor proyectado a partir del comportamiento futuro de la divisa. (...) la sala no acoge el planteamiento de la demandante de que la fluctuación de las divisas hubiese sido imprevisible, pues si bien no le era dable establecer cuál sería el precio exacto del dólar durante la ejecución del contrato, sí estaba en la posibilidad de efectuar el respectivo estudio de mercado sobre el precio estimado de los medicamentos, así como verificar la probabilidad de aumento en el valor del dólar, máxime cuando la entidad desde la matriz de riesgo y luego a través de la Adenda No. 3, determinó que el incremento en el valor de los medicamentos constituía un riesgo que debía ser asumido por el contratista. (...) la sala negará las pretensiones de la demanda, porque el incremento del dólar era un riesgo previsible asignado y asumido por el contratista. También porque no hay lugar a declarar la nulidad de lo pactado en el contrato sobre la sostenibilidad del precio de los medicamentos, cuando desde la etapa precontractual se presentaron observaciones a la misma y se aclaró en varias ocasiones que ello no sería objeto de modificación, así como no se demostró algún vicio de consentimiento al suscribirse el pacto, ni siquiera causal alguna que diera lugar a la nulidad absoluta. (...)”

[Providencia de 22 de octubre de 2020. Sección Tercera, Subsección “A” Exp. 25000233600020180061300, M.P. Dra. Bertha Lucy Ceballos Posada.](#)

---

**MEDIO DE CONTROL – Reparación directa / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL – Por las lesiones que sufrieron varios patrulleros de la institución como consecuencial del ataque armado perpetrado por las FARC / PERJUICIO MORAL / DAÑO A LA SALUD / LUCRO CESANTE**

**Problema jurídico:** *Determinar si la Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional es responsable extracontractualmente por las lesiones que sufrieron varios patrulleros de la institución como consecuencial del ataque armado perpetrado por las FARC.*

**Tesis:** “(...) En cuanto a la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha señalado que en principio no resulta comprometida la responsabilidad de la Administración por cuanto tales daños se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula con el Estado y, por ende, en principio se cubren con la indemnización a fort fait a que tienen derecho por virtud de esa vinculación. No obstante lo anterior, la Alta Corporación también ha sostenido que la reparación de esos daños resulta procedente, cuando se hubieren producido por falla del servicio o cuando el funcionario hubiere sido sometido a un riesgo de naturaleza excepcional, diferente o mayor al que debían afrontar sus demás compañeros o incluso cuando el daño sufrido por la víctima haya sido causado con un arma de dotación oficial, dado que en este último evento se abriría paso el régimen de responsabilidad objetivo, por la creación del riesgo. (...) Las probanzas allegadas, dejan al descubierto que no se aseguró un tramo más largo de la vía, la cual debió ser revisada con el personal a pie haciendo uso incluso del personal especializado que se movilizaba en la caravana en las camionetas, no se conservó la distancia entre los vehículos según las disposiciones tácticas, pues fue superior a 500 u 800 metros, lo cual no permitió



## SECCIÓN TERCERA

contar con el debido apoyo, en la medida que los ocupantes de las camionetas que iban adelante indicaron que perdieron la visibilidad del camión y no pudieron reaccionar y brindar apoyo con más rapidez. Adicionalmente, el desplazamiento se efectuó en horas no adecuadas pues habitualmente era en la noche o en la madrugada. (...)

[Providencia de 29 de octubre de 2020. Sección Tercera, Subsección "A" Exp. 11001333603420140046902, M.P. Dr. Alfonso Sarmiento Castro.](#)

---

### **MEDIO DE CONTROL – Reparación directa / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO – Por los daños causados a propiedad privada en protestas realizadas en el marco del paro agrario / FALLA DEL SERVICIO / LIBERTAD PROBATORIA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

**Problema jurídico 1:** *“¿Debe revocarse la sentencia de primera instancia porque a partir de las pruebas que obran en el expediente se demostraron los elementos necesarios para que se configure la responsabilidad del Estado por parte de la Policía Nacional, la Alcaldía de Bogotá y la Alcaldía Local de Engativá – Secretaría Distrital de Gobierno, al haber omitido sus funciones relacionadas con proteger el establecimiento de comercio de la demandante, haber adoptado las medidas preventivas para que no se produjera el daño antijurídico y otorgar ayudas con posterioridad a los daños causados?”*

**Tesis 1:** *“(...) Deben confirmarse la sentencia de primera instancia, en cuanto a negar las pretensiones de la demanda, en atención a que no se acreditó que la Alcaldía de Bogotá y la Alcaldía Local de Engativá hubiesen tenido conocimiento de las protestas que iban a generarse en la noche del 29 de agosto de 2013, por lo que no puede afirmarse que omitieron adoptar las medidas correspondientes si no conocían lo que iba a ocurrir. Tampoco se demostró la omisión por parte de la Policía Nacional, en cuanto a brindar protección a los comerciantes de la zona. Sobre el particular es importante recordar que aquí no se discute si el paro agrario nacional era de público conocimiento o no, sino si la protesta específica que causó los daños por los que ahora se demanda era previsible, esto es, si se tenía conocimiento de la misma con antelación, que hubiera permitido a la Policía reaccionar en un menor tiempo y solicitar apoyo del SMAD en un menor tiempo. Ello no se demostró en este proceso. (...)”*

### **CONDENA EN COSTAS – En la jurisdicción de lo contencioso administrativo**

**Problema jurídico 1:** *“¿Debe revocarse la condena en costas hecha por el juez de primera instancia a la parte demandante?”*

**Tesis 2:** *“(...) se revocará la condena en costas hecha por la parte actora. (...) haciendo una interpretación conforme a la constitución del artículo 188 del C.P.A.C.A., en el sentido de que la jurisdicción contenciosa administrativa tiene como objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política (Art. 103 C.P.A.C.A.), como la justicia y el acceso a la administración de justicia (Art. 2 y 230 C.P.), pedirle al demandante que sólo acuda al juez si tiene la plena certeza de ganar el proceso o a la parte demandada que se allane a la demanda es atentar contra el derecho fundamental al juez natural para que le defina, de manera definitiva, sus derechos. Si no fuera de esta manera, ¿Qué sentido tendría que todo ciudadano tenga derecho a participar en los asuntos que le afectan si ni siquiera puede de manera espontánea acudir a su juez natural? (Art. 2 y 95 C.P.). En conclusión, para hacer compatible el C.G.P. con el C.P.A.C.A., conforme al artículo 306, debemos interpretar el artículo 188, no como el deber objetivo de condenar a la parte vencida en el proceso contencioso administrativo sino como el derecho a acudir al juez natural sin la amenaza de ser condenado en costas si pierde el proceso. Para el caso concreto, la Sala no condenará en costas a la parte vencida porque no existe prueba que la justifique y revocará la condena hecha en primera instancia. (...)”*

[Providencia de 7 de octubre de 2020. Sección Tercera, Subsección "C" Exp. 11001333603420150084201, M.P. Dr. José Élver Muñoz Barrera.](#)

---

### **MEDIO DE CONTROL – Ejecutivo / AUTO – Resuelve recurso de apelación contra el auto que declaró terminado el proceso / TITULO EJECUTIVO – Requisitos en la jurisdicción contencioso administrativa / ACTOS ADMINISTRATIVOS – Decaimiento / PROCESO EJECUTIVO – Terminación parcial por decaimiento de actos administrativos que constituyen título ejecutivo / PROCESO EJECUTIVO – No se estudia legalidad del título de ejecución**

**Problema jurídico:** *“¿Es procedente dar por terminado el proceso ejecutivo, en razón a la declaratoria de nulidad de la Resolución Nos. 1060 y 3633 de 2008 efectuada por sentencia judicial el 29 de junio de 2017?”*

## SECCIÓN TERCERA

**Tesis:** “(...) se debe dar por terminado de manera parcial el mandamiento de pago únicamente respecto de los actos que fueron declarados nulos y continuar seguir adelante la ejecución contenida en auto del 30 de marzo de 2017, respecto de los numerales 2 a 5 del numeral primero relacionados con la Resolución No. 3196 del 15 de octubre de 2010, por la que se liquidó unilateralmente el contrato la cual esta vigente en el ordenamiento jurídico. (...)”

[Providencia de 8 de octubre de 2020. Sección Tercera, Subsección “B” Exp. 1100133520110016903, M.P. Dr. Franklin Pérez Camargo.](#)

---

### **MEDIO DE CONTROL – Reparación directa / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA CONTRALORÍA DE BOGOTÁ – Por supuesta mora en decidir proceso de responsabilidad fiscal y el no levantamiento de medida cautelar de suspensión del cargo / CADUCIDAD – No configurada**

**Problema jurídico 1:** “(...) Establecer si la demanda de reparación directa fue oportuna (...)”

**Tesis 1:** “(...) e tiene que la suspensión provisional de la demandante, no devino de los procesos con No. 50100-0078/04, 50100-0079/04 y 50100-080/04, sino del que se aperturó el 19 de junio de 2008, No. 50100-0078/08 y que culminó con fallo sin responsabilidad fiscal el 26 de junio de 2013, pues como lo indicó el Director de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría de Bogotá D.C., esa medida cautelar obedeció a una indagación preliminar que dio lugar a dicho fallo, esto es, la No 04 de 2004. 39. Así las cosas, como el fallo de responsabilidad fiscal proferido dentro del proceso No. 50100-0078/08 quedó ejecutoriado el 13 de agosto de 2013, el término previsto en el artículo 164, numeral 2, literal i) del CPACA, respecto de la imputación de responsabilidad contra la Contraloría de Bogotá D.C., debe contabilizarse a partir del día siguiente. 40. Entonces, inicialmente la demanda debió presentarse el 14 de agosto de 2015, pero como el 25 de marzo de 2014 la señora (...) presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Cuarta Judicial II para Asuntos Administrativos, el término se suspendió hasta el 21 de mayo de 2014, es decir, durante 2 meses y 4 días, cuando el Ministerio Público expidió la respectiva constancia (...). 41. En tal sentido, la demanda es oportuna porque se presentó el 5 de junio de 2015 (...), cuando el plazo máximo para ello era el 18 de octubre de ese mismo año. (...)”

### **FALLA EN EL SERVICIO – Por mora en procesos o actuaciones administrativas / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Conjunto de actuaciones administrativas / FALLA EN EL SERVICIO – No probada**

**Problema jurídico 2:** “(...) si la Contraloría de Bogotá D.C incurrió en una falla en el servicio por la presunta mora en decidir el proceso de responsabilidad fiscal No. 50100-0078/08 que adelantó en contra de la señora (...) y por el no levantamiento de la medida cautelar que se le impuso consistente en la suspensión de su cargo como Subdirectora de Obligaciones Pensionales en la Secretaría Distrital de Hacienda. (...)”

**Tesis 2:** “(...) 49. En el presente caso, la sala advierte que la Contraloría de Bogotá no incurrió en falla alguna, puesto que el proceso de responsabilidad fiscal No. 50100-007808 que se adelantó contra la señora (...) se decidió dentro de término legal. (...) la sala reitera que la Contraloría de Bogotá D.C no incurrió en una falla del servicio en la resolución definitiva del proceso de responsabilidad fiscal, menos cuando se evidenció que se trató de un proceso complejo que requirió un despliegue investigativo y probatorio sobre los hechos materia de estudio, pues se trataba del reconocimiento fraudulento de pensiones de jubilación que involucraba a 5 personas, como consecuencia de la falta de control y seguimiento a la sustanciación, elaboración y emisión de los correspondientes actos administrativos, en donde al parecer hubo manipulación de los documentos de dicho trámite, dado que ninguno de los peticionarios llenaba los requisitos para ser acreedores, por lo que incluso solo para dar apertura al caso, la prueba documental recaudada correspondió a 31 cuadernos, que ascendían aproximadamente a más de 6047 folios (...). 55. Así las cosas, ha de recordarse que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, que en el caso no se concretó por las razones antes anotadas, como tampoco por el hecho de que la demandante fuera investigada, pues el proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el artículo 268.5 de la Constitución Política (...) 61. En este caso la sala no encuentra responsabilidad de la demandada por el no levantamiento de la medida provisional, puesto que la misma fue adoptada por el Secretario Distrital de Hacienda mediante la Resolución No. 99288 del 9 de marzo de 2004 (...) y el 5 de diciembre de 2007 el Director de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva le solicitó a ese funcionario proceder en ese sentido (...). 62. Cuestión que la Secretaría Distrital de Hacienda, quien ya no es parte en este proceso conforme se indicó en la continuación de la audiencia inicial, no realizó debido a que mediante la Resolución No. 434 del 17 de junio de 2005 se le había aceptado la renuncia a la señora Ximena Juana Francisca Lozano Beltrán (...). no puede predicarse un daño por el no levantamiento de la medida cautelar, como cuando lo adujo la contraloría al solicitar la misma, habían desaparecido los fundamentos de hecho y de derecho en los términos del artículo 66.2 del C.C.A. Es decir, que había perdido fuerza ejecutoria. (...)”

[Providencia de 30 de septiembre de 2020. Sección Tercera, Subsección “A” Exp. 25000233600020150126700, M.P. Dra. Bertha Lucy Ceballos Posada.](#)

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL – Reparación directa / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO – Por el daño supuestamente causado a una Empresa Promotora de Salud por insuficiencia del mecanismo del recobro y de la Unidad de Pago por Capitación para cubrir costos administrativos y operacionales para recobrar a ADRES los servicios de salud no pos que fueron prestados en cumplimiento de fallos de tutela / AUTO – Declara falta de jurisdicción**

**Problemas jurídicos:** “¿Quién es el juez competente para dirimir las controversias derivadas del sistema de seguridad social entre EPS’s y el Estado por la insuficiencia del mecanismo del recobro y de la UPC para cubrir costos administrativos y operacionales para recobrar a ADRES los servicios de salud NO POS que fueron prestados en cumplimiento de fallos de tutela?”

**Tesis:** “(...) El numeral 4º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001 prevé que la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral y de Seguridad Social conoce de las controversias del sistema de seguridad social que se presenten entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras o prestadoras, con independencia de la naturaleza de su relación jurídica o de los actos jurídicos controvertidos. El Consejo Superior de la Judicatura, como competente para dirimir los conflictos entre las jurisdicciones, ha definido que las controversias derivadas del sistema de seguridad social entre EPS’s y el Estado son competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral. (...) dado que este litigio versa sobre asuntos relacionados con la seguridad social, en tanto que el debate que se plantea es entorno a la insuficiencia del mecanismo del recobro y de la UPC para cubrir costos administrativos y operacionales para recobrar a ADRES los servicios de salud NO POS que fueron prestados en cumplimiento de fallos de tutela, es claro que la competente para conocer del proceso es la jurisdicción ordinaria laboral. Ahora, como en el proceso no se ha proferido sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 del Código General del Proceso, lo actuado conservará su validez y se ordenará remitir el expediente de manera inmediata a la jurisdicción ordinaria laboral para lo correspondiente. (...)”

[Providencia de 7 de octubre de 2020. Sección Tercera, Subsección “C” Exp. 25000233600020170240500, M.P. Dr. José Éver Muñoz Barrera.](#)

---

**MEDIO DE CONTROL – Reparación directa / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL – Por los daños causados a un civil con abuso de autoridad / PERJUICIO MORAL / DAÑO A LA SALUD / LUCRO CESANTE – Consolidado y futuro**

**Problema jurídico:** “(...) corresponde a la Sala determinar si le asiste o no responsabilidad a la Policía Nacional, por los daños y perjuicios ocasionados al señor Miguel Alexander Grijalba Delacruz, en hechos ocurridos el 1 de diciembre del 2012. Así mismo, se deberá establecer si existió culpa determinante y exclusiva de la víctima, hecho determinante y exclusivo de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor.”

**Tesis:** “(...) Conforme al marco rector del procedimiento posterior a la captura, quedó demostrado que los servidores con función de policía judicial omitieron el cumplimiento de los preceptos, en punto al debido diligenciamiento del “informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia (formato-FPJ-5)” y el “acto de derechos del capturado (formato -FPJ-6)” Circunstancia expuesta por la Fiscalía, entidad que puso de presente las irregularidades en el trámite realizado por los policías, resaltando la mora de los agentes en la entrega de los formato para iniciar la investigación por el organismo competente, vulnerándose el debido proceso del indiciado. Estas anomalías no permitieron decretar la legalidad de la captura del señor Miguel Alexander Grijalba, suscitando la libertad. (...) Es claro que existió una serie de arbitrariedades por parte de los Policías en el ejercicio de sus funciones. (...) La Sala estima que se acreditó el nexo causal entre la acción y omisión por parte de los servidores públicos con la causación del perjuicio alegado, siendo imputable a la entidad demandada. (...) a evidencia es mas que suficiente para determinar que los servidores públicos vulneraron las garantías y los derechos del procesado, abusando de la autoridad que les asistía, infringiéndose las normas constitucionales. Pues no existió ninguna causal para su proceder y tampoco demostraron que sus acciones fueron para evitar las agresiones físicas y verbales que supuestamente recibieron por parte de la víctima. Reiterándose que no es justificable el uso desproporcionado de los medios que tiene los miembros de las instituciones castrenses para hacer cumplir la ley y el ordenamiento jurídico, sus acciones deben estar precedidas en el marco por el respeto de los derechos humanos, especialmente la vida, la dignidad, entre otros. (...) existen suficientes elementos de juicio para imputar la responsabilidad a la entidad demandada, al producirse una omisión del contenido obligacional establecido en la constitución y la ley por parte de los cuatro servidores públicos que participaron en los hechos ocurridos el 1 de diciembre del 2012, quienes ejercieron el uso desproporcionado de la fuerza pública, al agredir y maltratar físicamente al señor Grijalba. Estas acciones ocasionaron graves perjuicios en la salud de la víctima directa y de sus familiares, generando el daño antijurídico que reclaman los demandantes. (...)”

[Providencia de 23 de octubre de 2020. Sección Tercera, Subsección “C” Exp. 11001333603420150023301, M.P. Dr. Franklin Pérez Camargo.](#)

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL – Nulidad y restablecimiento del derecho / SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN COLOMBIA – Tributación de los establecimientos permanentes y sucursales / PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas – Métodos para determinar el precio o margen de utilidad en las operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas – Criterios de comparabilidad entre vinculados económicos y partes independientes – Costos y deducciones / DEDUCCIÓN DE GASTOS EN EL EXTERIOR – Limitación – Requisitos para su procedencia / DEDUCCIONES EN MATERIA TRIBUTARIA – Exigencias para la procedencia de costos y deducciones / FACTURA DE VENTA – Requisitos / CERTIFICADO DE REVISOR FISCAL – Debe ser valorado conforme a los principios de la sana crítica y confrontado con los demás medios probatorios contables que militen en el expediente / DEDUCCIÓN POR PAGO A LA CASA MATRIZ – Si el pago a la casa matriz no está sujeto a retención, no es deducible, sin que estén exceptuado de este requisito los contribuyente sometidos a régimen de precios de transferencia / PRUEBAS – Idoneidad – Oportunidad – Valoración probatoria y su régimen en materia tributaria / CONTRATOS DE IMPORTACIÓN DE LICENCIA DE TECNOLOGÍA, ASISTENCIA TÉCNICA Y SERVICIOS TÉCNICOS – Deben ser registrados ante el órgano competente / DEDUCCIÓN POR PAGOS DE ASISTENCIA TÉCNICA – Se encuentra condicionado al registro del respectivo contrato dentro de la vigencia del mismo**

**Problema Jurídico:** *Establecer: (i) si se incurrió en falsa motivación al efectuar el cálculo de la renta exenta, al rechazar costos y gastos; (ii) si se incurrió en indebida valoración probatoria para determinar el rechazo de los gastos en que incurrió la demandante en virtud del contrato suscrito con su matriz, y si este rechazo era procedente; (iii) si se incurrió en infracción de las normas en que debería fundarse, en particular lo dispuesto en los artículos 124 y 260-7 del ET, al haberse rechazado los gastos en que incurrió la demandante en virtud del contrato suscrito con su matriz; (iv) si se incurrió en infracción de las normas en que debería fundarse al rechazar los gastos en que incurrió la demandante en virtud del contrato suscrito con Zycron INC y si este rechazo era procedente; y (v) si se incurrió en infracción de las normas en que debería fundarse, en particular lo dispuesto en el artículo 647 del ET, al imponerle a la demandante sanción por inexactitud.*

**Tesis:** “(...) Conforme los artículos 20-1 y 20-2 del E.T., las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia son contribuyentes del impuesto sobre la renta con respecto a las rentas o ganancias ocasionales de fuente nacional que le sean atribuibles, debiendo para el efecto llevar **contabilidad separada** en la que se discriminen claramente los ingresos, costos y gastos correspondientes, sin perjuicio del cumplimiento por parte de los obligados al régimen de precios de transferencia de los deberes formales relativos a la declaración informativa y a la documentación comprobatoria, la cual debe estar soportada en un estudio sobre las funciones, activos, riesgos y personal involucrados en la obtención de las rentas y de las ganancias ocasionales atribuidas a ellos.

(...)

Conforme el artículo 20-2 del E.T. la sociedad demandante está obligada a llevar una contabilidad separada de su casa matriz con las rentas que le son atribuibles, lo cual implica que debe llevar una contabilidad independiente donde discrimine ingresos, costos y gastos asociados a su actividad, aunado a que debe realizar un estudio de asociación de costos y gastos; y en el presente caso, se constata a partir del balance de pruebas allegado en vía administrativa que la contribuyente realizó un registro contablemente; no obstante, de dicho registro no es posible advertir las rentas atribuibles a la sucursal local (ingresos, costos y gastos).

(...)

Lo anterior evidencia, que a partir de la contabilidad de la demandante no es posible determinar los ingresos, costos y gastos del sector local y del sector internacional, y si bien allega la información financiera en donde discrimina los ingresos y gastos por cada segmento, reportada en la documentación comprobatoria (fl. 565 c.a.3), la misma no guarda correspondencia con la contabilidad ni los estados financieros, de los cuales sólo se puede evidenciar el total de los ingresos y gastos de la demandante, por lo que tal como lo advierte la Administración en el acto demandado, no es posible determinar del costo de venta registrado en la declaración de renta (\$43.383.418.000), cuáles son de fuente nacional y cuáles de fuente extranjera, máxime cuando en los estados financieros y en la contabilidad se indica que las transacciones con la vinculada económica ascendían a \$35.586.738.000.

(...)

Conforme la jurisprudencia en cita (sentencia del Consejo de Estado del 11 de junio de 2020. Exp.: 25000-23-37-000-2016-00361-01(23779). C.P. Dr. Milton Chaves García. Anota relatoría), el certificado del revisor fiscal debe contener un grado de detalle de los asientos contables de la sociedad en los que se fundamenta, y por lo tanto, debe ser valorado conforme los principios de la sana crítica y confrontado con los demás medios probatorios contables que militen en el expediente, pues la fuerza probatoria de dicho documento depende de su contenido y de la capacidad que tenga para probar el hecho investigado.

(...)

## SECCIÓN CUARTA

Ha de indicarse, conforme lo ha señalado el Consejo de Estado, que si bien las certificaciones de los contadores o revisores fiscales, según lo prevé el artículo 777 del E.T., son pruebas contables suficientes, ello no impide que la Administración ejerza sus facultades de fiscalización para efectuar sus comprobaciones correspondientes, por lo tanto, siguiendo el derrotero de la Alta Corporación, para que un certificado constituya prueba contable válida debe llevar al convencimiento del hecho que pretende acreditar, expresando además que los libros contables se llevan en debida forma, que las operaciones del ente económico se encuentran respaldadas por comprobantes externos e internos, allegando como sustento dichos soportes.

Aunado a lo anterior, tal como lo precisó la Alta Corporación en la sentencia transcrita en precedencia, los certificados de los revisores fiscales deben contener algún grado de detalle respecto de los libros, cuenta o asientos contables de los hechos que se pretenden demostrar, no basta con simples afirmaciones sobre las operaciones contables, como acontece con la certificación objeto de valoración probatoria, por cuanto el certificado debe ser completo, detallado y coherente y debe reflejar que la contabilidad del contribuyente es fiel copia de sus asientos contables, y como quiera que su valoración probatoria se rige por los principios de la sana crítica, se requiere cuando el certificado no refleja dicha realidad, una confrontación con la contabilidad sustento de la certificación, y al efectuar dicha confrontación con los libros contables no se advierte lo certificado por el revisor fiscal, en tanto, que de la contabilidad de la demandante no se advierte el total de los ingresos y gastos en que incurrió en el segmento local por el año 2014, no siendo suficiente la información financiera que milita en la documentación comprobatoria.

Las consideraciones expuestas permiten concluir, que el certificado del revisor fiscal no constituye la verdad absoluta o incondicional de una operación que debe constar en la contabilidad del contribuyente.

(...)

Conforme la jurisprudencia en cita (sentencia del Consejo de Estado del 9 de mayo de 2019, Exp. 25000-23-37-000-2012-00319-02 (20780), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Anota relatoría), la deducción por pagos de administración a la casa matriz solo procede sobre los pagos sujetos a retención en la fuente, esto es, los de fuente nacional, independientemente de que la operación esté sujeta o no al régimen de precios de transferencia, pues la retención en la fuente no es una limitante del gasto, sino un presupuesto para su procedencia, en tanto que el artículo 124 del E.T. requiere que el valor solicitado como deducción esté sometido a gravamen mediante la retención en la fuente, por lo tanto, si el pago a casa matriz no está sujeto a retención, no es deducible, sin que estén exceptuado de este requisito los contribuyente sometidos a régimen de precios de transferencia.

En ese orden, y siguiendo el derrotero de la Alta Corporación, el artículo 260-8 del E.T. no sustrajo a los contribuyentes sometidos al régimen de precios de transferencia del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de las deducciones, pues deben cumplir los requisitos dispuestos sobre las operaciones de costos y gastos que procedan en el régimen de precios de transferencia; y en esa medida, los contribuyentes sometidos al régimen de precios de transferencia deben cumplir con el requisito de procedencia para llevar como deducción los pagos a casa matriz, consistente en la práctica de la retención en la fuente.

A proceso se encuentra acreditado, y no está en discusión que la sociedad actora sobre los gastos que dice haber incurrido en el marco del contrato suscrito con su vinculada económica no practicó retención en la fuente por concepto de prestación de servicios de administración, por lo que no procede la deducción en el impuesto de renta; debiendo precisarse que el hecho que la prestación del servicio hubiese sido desde el exterior, como lo alega la parte actora, que el pago por los servicios constituya ingreso de fuente extranjera para el beneficiario y fuera objeto del régimen de precios de transferencia, teniendo en consideración lo dispuesto en los artículos 124 y 260-8 del E.T., los cuales no se contraponen entre sí, no es procedente la deducción solicitada, pues la misma solo es admisible sobre gastos administrativos sujetos a retención, es decir, los que sean de fuente nacional, independientemente de que la operación esté sujeta o no al régimen de precios de transferencia, pues la retención en la fuente no es una limitante como lo entiende la parte actora, sino un presupuesto establecido por el legislador para la procedencia de la deducción pretendida.

(...)

Conforme lo expuesto, la adecuada valoración probatoria en vía administrativa es garantía de los derechos al debido proceso y defensa del contribuyente y se debe materializar en los actos administrativos que se expidan en el curso del proceso de fiscalización, exponiendo las razones en que se basa la decisión que se adopte, decisión que de contera debe estar fundamentada en la valoración que se efectúe de las pruebas allegadas por el contribuyente o decretadas por la Administración en virtud de sus poderes de fiscalización.

(...)

La Sala precisa, que el hecho que la demandante no llevara contabilidad separada del segmento local e internacional, que no suministrara información detallada respecto de sus relaciones con sus vinculadas económicas, especificando servicios prestados, formas de pago, relación de pagos, constituye un indicio en contra de la demandante sobre procedencia de los costos y gastos desconocidos por la DIAN, por lo que en aplicación del artículo 167 del Código General del Proceso, le

## SECCIÓN CUARTA

correspondía a la sociedad actora en vía administrativa y judicial acreditar con los medios de prueba previstos en la ley tributaria, la realidad de los costos y gastos pretendidos.

(...)

Conforme la norma en cita (artículo 12 de la Decisión 291 del 21 y 22 de marzo de 1991. Anota relatoría), los contratos de importación de licencia de tecnología, asistencia técnica y servicios técnicos deben ser registrados ante la autoridad competente.

(...)

Es el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a través de la Subdirección de Diseño y Administración de Operaciones la autoridad competente para registrar los contratos de importación relativos a licencia de tecnología, asistencia técnica, servicios técnicos, ingeniería básica, marcas, patentes y demás contratos tecnológicos; no obstante, mediante el Decreto 4176 de 2011 fue reasignada a la DIAN la función de registrar los contratos de importación relativos a licencias de tecnologías, asistencia técnica, servicios técnicos, ingeniería básica, marcas, patentes y demás contratos tecnológicos que antes estaba a cargo del entonces, Instituto Colombiano de Comercio Exterior Incomex.

(...)

Conforme los precedentes jurisprudenciales citados (sentencia del consejo de Estado del 1 de julio de 2016, Exp. 20351, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia y del 30 de octubre de 2019, Exp.: 22877, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Anota relatoría), para la procedencia de la deducción por pagos de asistencia técnica el artículo 67 del Decreto Ley 187 de 1985 exige que se demuestre la existencia del contrato y la autorización del organismo oficial competente; no obstante, la Decisión 291 de 1991 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 259 de 1992, reemplazó la exigencia de la autorización por el registro del contrato ante la entidad competente, debiendo precisarse que la norma no establece un término perentorio para el registro, pues la única referencia temporal es la vigencia del contrato, por lo que la solicitud tardía del registro de la prórroga no genera per se el rechazo de la deducción, pues ello evidenciaría la creación de un requisito adicional para acceder al beneficio tributario que no fue previsto por la norma de derecho interno de rango superior. (...)

[Providencia de 22 de octubre de 2020, Sección Cuarta, Subsección "A", Exp. 25000233700020180047200, M.P. Dra. Gloria Isabel Cáceres Martínez– Primera Instancia.](#)

---

**MEDIO DE CONTROL – Nulidad y restablecimiento del derecho / ICA – Hecho generador – Base gravable – Diferencia entre la depreciación de la base gravable del ICA y del impuesto sobre la renta – entes exentos del ICA / ASOCIACIONES GREMIALES SIN ÁNIMO DE LUCRO – Cuando estas entidades exentas de ICA, realicen actividades industriales o comerciales, les será imputable el mencionado tributo territorial respecto de tales actividades, así como en caso que desarrollen actividades de prestación de servicios no propios al giro ordinario de sus negocios / DEVOLUCIÓN POR PAGO DE LO NO DEBIDO – Término para solicitarla – Procedimiento para la devolución – Diferencia entre pago en exceso y pago de lo no debido – Se debe adelantar el procedimiento de corrección como presupuesto de procedibilidad**

**Problema jurídico:** 1. *Determinar si los ingresos por prestación de servicios percibidos por CONFECAMARAS en desarrollo de su función como una agremiación sin ánimo de lucro, se encuentran gravados con el Impuesto de Industria y Comercio, haciendo así parte de la base gravable del mencionado tributo por los bimestres del 1 al 6 de 2010 a 2014, y bimestre 1º de 2015; de igual forma determinar si en el curso de la expedición de los actos acusados se le vulneró el derecho al debido proceso.* 2. *Teniendo en cuenta lo anterior, establecer si respecto al impuesto del impuesto de ICA pagado por la actora en atención a los ingresos por prestación de servicios percibidos en desarrollo de su función como una agremiación sin ánimo de lucro declarados en los bimestres del 1 al 6 de 2010 a 2014, y bimestre 1º de 2015, le era viable solicitar la devolución por un pago de lo no debido mediante el procedimiento establecido el artículo 11 del Decreto 1000 de 1997, con su remisión al término fijado en el artículo 2536 del Código Civil, o si por el contrario, debía haber hecho la corrección de la declaración para luego poder solicitar la devolución o compensación del Saldos a Favor de conformidad con los artículos 144 al 147 del Decreto 807 de 1993.*

**Tesis:** "(...) Conforme a la normativa del Distrito Capital aplicable al ICA serán sujetos pasivos las personas que realicen las actividades comerciales, industriales o presten servicios en su jurisdicción (hechos generadores) y la base gravable comprende el monto de los ingresos **netos** que se obtengan durante el respectivo periodo fiscal. Es pertinente enfatizar en que cuando el artículo 42 del Decreto 352 de 2002 fijó la base gravable del ICA a los ingresos netos, ello conlleva que en la depuración se detraigan los ingresos relativos a actividades exentas y no sujetas, así como las devoluciones, rebajas y descuentos, las exportaciones y las ventas de activos fijos, pero sin consideración de los costos y gastos, lo cual establece una fundamental diferencia entre la depuración de la base gravable del impuesto de industria y comercio, y la depuración de la base gravable del impuesto sobre la renta, toda vez que esta sí incorpora los prenotados rubros (costos y gastos) del

## SECCIÓN CUARTA

sujeto pasivo.

Con arraigo en las disposiciones destacadas, en la esfera del Distrito Capital le corresponde al sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio iniciar la depuración de la base gravable con la sumatoria de todos los ingresos realizados durante el período de causación (bimestral). Seguidamente restará las cantidades atinentes a las actividades no sujetas al tributo, taxativamente establecidas en el artículo 39 del Decreto Distrital 352 de 2002 (...)

(...)

De acuerdo con el recuento normativo que precede (artículos 39 del Decreto 352 de 2002, literal d) del numeral 2º del artículo 39 de la Ley 14 de 1983 y artículo 11 de la Ley 50 de 1984. Anota relatoría), es claro que la educación pública, las actividades de beneficencia, culturales y/o deportivas, las actividades desarrolladas por los sindicatos, por las asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro, por los partidos políticos y los servicios prestados por los hospitales adscritos o vinculados al sistema nacional de salud, no se encuentran gravados con el impuesto de ICA, con excepción a los ingresos obtenidos por la ejecución de actividades comerciales o industriales que el ente exento desarrolle más allá del objeto común de sus negocios, lo cual fue acentuado por el párrafo 1º del artículo 39 del Decreto Distrital 352 de 2002.

(...)

De acuerdo al criterio jurisprudencial que precede (sentencia del Consejo de Estado del 19 de mayo de 2011, Exp.: 18263, C.P. Dra. Martha teresa Briceño de Valencia. Anota relatoría), así como la normatividad vigente al momento de los hechos, se tiene que, de conformidad con el literal d) del artículo 39 de la Ley 14 de 1983, no están sujetas al impuesto de ICA, la educación pública, las actividades de beneficencia, culturales y/o deportivas, las actividades desarrolladas por los sindicatos, por las asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro, por los partidos políticos y los servicios prestados por los hospitales adscritos o vinculados al sistema nacional de salud. De igual manera, dicha norma consagra en su párrafo único que, cuando dichas entidades exentas de ICA, realicen actividades industriales o comerciales, le será imputable el mencionado tributo territorial respecto de tales actividades.

Lo establecido en el mencionado párrafo de la norma antes estudiada, fue ampliado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, al conceptuar que por el carácter de entidades sin ánimo de lucro de los entes a los cuales cobija la excepción del impuesto de ICA, en el caso en que desarrollen actividades de prestación de servicios no propias al giro ordinario de sus negocios, deberán tributar por los ingresos que perciban en el desarrollo de tales actividades económicas.

(...)

Visto lo anterior, y dada la razón social que ostenta la demandante, es claro que ésta de conformidad con lo establecido por el literal c) del artículo 39 del Decreto Distrital 352 de 2002, no estaba en la obligación legal de declarar el impuesto de ICA respecto a los ingresos obtenidos durante los bimestres del 1 al 6 de 2010 a 2014, y bimestre 1º de 2015 por la ejecución de servicios relacionados con su objeto social, solo estando supeditada a ello, respecto a los ingresos obtenidos por la ejecución de actividades comerciales, así como por los ingresos por servicios que no estuvieran relacionados con su razón social, tal como así lo dispuso el legislador en el párrafo 1º de la norma en mención, y lo dispuesto por el H. Consejo de Estado.

(...)

En atención a lo manifestado por el alto Tribunal (en providencia del 20 de agosto de 2009, Exp. 16142, C.P. Dra. Martha teresa Briceño de Valencia. Anota relatoría) al no existir causa legal para hacer exigible el pago en exceso de un tributo, se hace necesaria la devolución de lo pagado de más, ya que de conformidad con el principio de justicia tributaria consagrado en el artículo 683 del Estatuto Tributario, el Estado no puede enriquecerse a expensas del contribuyente, a quien solo cabe exigirle como carga tributaria aquello que la ley disponga como tal; por tanto para que el Estado devuelva aquellos valores que no le son exigibles, deberá hacerlo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 850 ibídem, pero teniendo en cuenta que el término para hacerlo es el consagrado en el artículo 11 del Decreto 1000 de 1997, tal como lo señala el Consejo de Estado (...)

(...)

Atendiendo el precedente jurisprudencial (sentencia del Consejo de Estado del 12 de noviembre de 2003, Exp.: 11604, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié. Anota relatoría), el término consagrado en el artículo 11 del Decreto 2277 de 2012, que remite a su vez al artículo 2536 del Código Civil, equivalente a cinco (5) años, para solicitar la devolución del pago efectuado en exceso o de lo no debido, pese a que el procedimiento para hacerlo sea el establecido para la solicitud de devolución de saldos a favor.

(...)

## SECCIÓN CUARTA

Debido a lo anterior, si la parte actora consideraba que efectuó un pago en exceso que podría generarle un saldo a favor, debió agotar el procedimiento de corrección de la declaración consagrado en el artículo 20 del Decreto 807 de 1993, para luego observar los presupuestos de procedibilidad contemplados en los artículos 144 a 147 de la misma normatividad, en aras de corregir sus declaraciones para así reflejar un saldo a favor susceptible de ser devuelto por la Administración.

(...)

Teniendo en claro que para poder solicitar la devolución, la sociedad contribuyente debía corregir sus declaraciones para que las mismas reflejaran un saldo a favor susceptible de devolución, dicha corrección debía hacerse, antes de que las declaraciones privadas adquiriesen el estatus de firmeza establecida en el artículo 24 del decreto 807 de 1993 (2 años a partir de la fecha del vencimiento del plazo para declarar), (...)

(...)

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, para la Sala de decisión es claro que la parte actora no podía solicitar la devolución por un pago de lo no debido mediante el procedimiento establecido el artículo 11 del Decreto 1000 de 1997, con lo cual el procedimiento acorde a la solicitud hecha por ésta en fecha del 8 de mayo de 2015, era el determinado por los artículos 144 a 147 del Decreto 807 de 1993 tal como lo estableció la misma Administración en los actos hoy demandados, por lo que al determinarse que parte de las declaraciones sobre las cuales descansaba la solicitud de devolución se encontraban en firme, así como que de ninguna manera la parte actora corrigió sus declaraciones para poder liquidar un saldo a favor susceptible de reconocimiento, hace que la decisión adoptada por la Entidad demandada en los actos administrativos, estén prenotados de legalidad. (...)"

[Providencia de 22 de octubre de 2020, Sección Cuarta, Subsección "A", Exp. 11001333704320180008901, M.P. Dra. Amparo Navarro López– Segunda Instancia.](#)

---

**MEDIO DE CONTROL – Nulidad y restablecimiento del derecho / CORRECCIÓN PROVOCADA – Requisitos para acceder al beneficio de la reducción de la sanción de inexactitud / DEDUCCIÓN ESPECIAL POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS PRODUCTIVOS – Definición de activos fijos reales productivos – Requisitos para que los bienes sean considerados como activos fijos reales productivos / VINCULACIÓN ECONÓMICA – Generación / FIDUCIA MERCANTIL – Concepto – Reglas para la determinación del impuesto sobre las rentas en los contratos de fiducia mercantil / Reglas para establecer el valor patrimonial de los derechos fiduciarios – A los derechos fiduciarios no les es aplicable el beneficio de que trata el artículo 158-3 del Estatuto Tributario / RECHAZO O DISMINUCIÓN DE PÉRDIDAS – Procedencia de la sanción**

**Problema jurídico:** *Determinar (i) si los actos acusados son nulos por cuanto desconocieron la corrección provocada, efectuada por la sociedad demandante con ocasión del requerimiento especial; (ii) si AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S., tiene derecho a la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos, la cual incluyó en su declaración de renta del año gravable 2008 y, (iii) si la sanción por inexactitud es improcedente.*

**Tesis:** "(...) De manera que los requisitos establecidos en la norma (artículo 709 del E.T. Anotación relatoría) para acceder al beneficio de la reducción de la sanción de inexactitud son:

i) Que se acepten total o parcialmente los hechos planteados en el requerimiento especial y la sanción por inexactitud reducida; ii) Que la corrección a la declaración inicial se presente dentro del término para dar respuesta al requerimiento especial; iii) Que la declaración de corrección incluya los mayores valores aceptados de forma total o parcial y la sanción por inexactitud reducida a la cuarta parte y, iv) Que se adjunte copia de la respectiva corrección y de la prueba del pago o acuerdo de pago de los impuestos, retenciones y sanciones, incluida la de inexactitud reducida.

(...)

En ese contexto, teniendo en cuenta que la sociedad Autopistas del Sol S.A.S. no demostró que hubiere pagado la sanción reducida, el fisco no tenía otro camino que rechazar la corrección presentada ante el incumplimiento de uno de los requisitos establecidos en la norma, como en efecto lo declaró en los actos administrativos demandados.

(...)

Conforme con la normatividad transcrita (artículos 158-3 del E.T. y 2 del Decreto 1766 de 2004. Anotación relatoría) y la jurisprudencia citada (sentencia del Consejo de Estado de 19 de mayo de 2016, Exp.: 20501, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Anotación relatoría), se anota que para que opere la deducción especial del artículo 158-3 del E.T. se exigirá que: (i) la



## SECCIÓN CUARTA

inversión se efectúe en la adquisición de bienes tangibles; (ii) que dichos bienes sean activos fijos; (iii) que una vez adquiridos los bienes formen parte del patrimonio del contribuyente; (iv) que participen en la actividad productora de renta de manera directa y permanente, (v) que los bienes puedan ser depreciados o amortizados fiscalmente y, (vi) sobre activos fijos adquiridos que no hayan sido objeto de transacción alguna entre la declarante y las vinculadas accionariamente o con la misma composición accionaria.

Respecto de esta última exigencia se advierte que la deducción por inversión en activos fijos solo podrá aplicarse con ocasión de aquellos activos fijos adquiridos que no hayan sido objeto de transacción alguna entre el contribuyente y las demás empresas filiales o vinculadas accionariamente o con la misma composición mayoritaria de accionistas.

(...)

Conforme a lo anterior, la Sala precisa que el hecho de que algunas sociedades que conforman el consorcio Autopistas del Sol S.A.S. hayan prestados los servicios de estudios y diseño, inversión en infraestructura vial y mantenimiento vial destinados al proyecto Ruta Caribe no genera vinculación económica de que trata el artículo 450 del ET, toda vez que en aplicación del principio de coordinación societario, se asociaron para participar de forma directa en la construcción de la obra, sin que ello implique un doble beneficio en cabeza de la sociedad.

(...)

De modo que, para la Sala si bien las sociedades que conforman la sociedad contribuyente participaron administrativa y económicamente para ejecutar el contrato de concesión que dio origen a la asociación de esta empresa, lo cierto es que los servicios prestados por estas sociedades no implican la transferencia del activo fijo entre ellas, por lo que no era procedente el argumento de vinculación económica para declarar la improcedencia de la deducción solicitada.

(...)

Visto lo anterior, la Sala precisa que el artículo 158-3 del ET concordante con el Decreto Reglamentario 1766 de 2004, establecen que el activo fijo del cual se pretenda la deducción debe ingresar al patrimonio del contribuyente; en el caso en estudio, se observa que mediante el contrato de fiducia la sociedad actora transfirió al fideicomiso la titularidad del proyecto de concesión, es decir, todos los bienes que lo conforman hacen parte de un patrimonio independiente separado de su propio patrimonio.

Igualmente, el fideicomitente no actúa como beneficiario del contrato, sino EL INCO y los acreedores garantizados a favor de los cuales el fideicomiso garantice el pago de los créditos otorgados por los mismos para la ejecución del proyecto vial "RUTA CARIBE".

(...)

Así las cosas, la parte demandante no adquirió un activo fijo real productivo para mantenerlo en su patrimonio, toda vez que los bienes relacionados con el proyecto vial "RUTA CARIBE" serán administrados y conforman el patrimonio autónomo, por lo que no hacen parte del activo de la sociedad demandante, máxime cuando en el contrato de concesión se dispone que todos los bienes objeto del proyecto son de propiedad del INCO.

(...)

Lo anterior, permite concluir que la sociedad en su contabilidad no registra activos tangibles adquiridos para la ejecución del proyecto vial, en tanto que los bienes que integra su activo son entre otros, derechos fiduciarios, bienes que son considerados como intangible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 del Decreto 2649 de 1993, de modo que, a los derechos fiduciarios no le es aplicable el beneficio de que trata el artículo 158-3 del ET, pues como fue expuesto líneas atrás, la deducción es predicable solo de activos fijos reales productivos que hagan parte del patrimonio del contribuyente, requisito que es de carácter taxativo y restrictivo para acceder al beneficio tributario, sin que pueda extenderse el beneficio tributario a los bienes intangibles.

En ese sentido, se reitera que en el marco de un contrato de concesión la deducción especial solo procede por la inversión en obras de infraestructura que, como tales, corresponden a bienes corporales o tangibles, característica que solo es predicable de aquellos bienes que pueden percibirse a través de los sentidos, lo cual descarta a los derechos fiduciarios generados a favor de la actora que fueron constituidos en virtud del contrato de fiducia, en cumplimiento del contrato de concesión a través del cual se ejecutaron las obras de construcción del proyecto vial "RUTA CARIBE".

## SECCIÓN CUARTA

Ahora bien, la Sala precisa que los activos respecto de los cuales la sociedad demandante pretende la deducción especial de que trata el artículo 158-3 del E.T., corresponden a los bienes (aportes de capital) que fueron entregados a la fiduciaria para conformar el patrimonio autónomo, los cuales no participan directa y permanentemente en la actividad productora de renta de la contribuyente, pues los ingresos que reciben en virtud de la ejecución del proyecto vial se registra en la contabilidad del patrimonio autónomo.

Adicionalmente, como fue expuesto en la jurisprudencia citada, el patrimonio autónomo es el que figura como propietario de los bienes, el que tiene la posesión de los bienes y no el fideicomitente. Esto, también en virtud de lo dispuesto en el artículo 1226 de C. Co. cuando dispone que, en los contratos de fiducia, el fideicomitente transfiere el bien a la fiduciaria para que los administre o enajene, con el fin de que cumpla la finalidad determinada por el constituyente en provecho de éste o de un tercero.

(...)

En ese orden de ideas, los ingresos que reciben de la ejecución del proyecto vial derivado del contrato de concesión, deben ser reportadas en la contabilidad del patrimonio autónomo administrado por la fiduciaria; entre tanto, la sociedad Autopistas del Sol S.A.S. solo ejerce titularidad sobre los derechos fiduciarios que, como se dijo, son de carácter intangible y, por ello, no dan derecho a la deducción especial del 40%.

(...)

En ese contexto, la Sala encuentra que no resulta procedente la sanción por rechazo de pérdidas por valor de \$4.415.237.000, en la forma en que se impuso, es decir, como sanción autónoma y concurrente con la del artículo 647 del ET, toda vez que dicho rechazo generó el impuesto a cargo de \$996.381.000 y redujo a \$0 el saldo a favor declarado por \$255.324.000, lo que evidencia que sobre el impuesto a cargo y el saldo a favor modificados se produjo de la conducta de haber declarado datos inexactos o desfigurados que originaron pérdidas como la deducción por inversión en activos fijos reales productivos.

Por lo anterior, la Sala levantará la sanción por rechazo de pérdidas de \$4.415.237.000 y, en virtud del principio de favorabilidad que esta Sala prohija, se reliquidará la sanción por inexactitud a la tarifa general del 100% (...)

[Providencia de 17 de septiembre de 2020, Sección Cuarta, Subsección "A", Exp. 250000233700020160116800, M.P. Dr. Luis Antonio Montaña rodríguez- Primera Instancia.](#)

---

**MEDIO DE CONTROL – Nulidad y restablecimiento del derecho / IMPUESTO AL PATRIMONIO – Sujeto pasivo – Hecho generador – Causación – Base gravable – Tarifa – Normas aplicables / SUJECCIÓN PASIVA AL IMPUESTO AL PATRIMONIO – Residencia para efectos fiscales – Las personas naturales que tengan la calidad de residentes, en los términos del artículo 10 del Estatuto Tributario, deben tributar en Colombia, inclusive, por sus rentas de fuente extranjera / DOBLE IMPOSICIÓN – Acuerdos suscritos para evitar doble imposición válidamente celebrados y ratificados por Colombia**

**Problema jurídico:** *Dilucidar si los actos acusados fueron proferidos con las siguientes falencias: i) - Desconocimiento de las normas en que debían fundamentarse los actos administrativos, por interpretación y aplicación indebida de lo previsto en los artículos 1 del Decreto 1604 de 2011 y 717 del ET, y con ello, la falta de competencia temporal de la Administración en los términos del artículo 730 numeral 3 ibidem. ii) Violación por indebida aplicación de lo previsto en el artículo 10 del ET, por inexistencia de la calidad de sujeto pasivo del tributo de la actora, por extraterritorialidad de su patrimonio y con ello, falta de competencia de la DIAN para la fiscalización en Colombia de su riqueza. iii) Falsa motivación, por aplicación indebida del concepto de la residencia fiscal y sede principal de los negocios de la señora PIRAQUIVE DE MORENO, con incursión en desconocimiento de los principios de equidad, progresividad y justicia tributaria. iv) Falta de aplicación de lo previsto en el artículo 298-2 del ET, por no tener en cuenta el patrimonio liquidado en la última declaración de renta y desconocer el procedimiento legalmente establecido para determinar los declarantes del tributo.*

**Tesis:** "(...) Como se observa de las disposiciones anteriores (artículos 1 a 5 y 7 de la Ley 1370 de 2009, que adicionaron los artículos 292-1, 293-1, 294-1, 295-1, 296-1 y 298-4 al E.T. Anota relatoría), el cumplimiento de la obligación de declarar está sometido al diligenciamiento y presentación del formulario oficial que se establezca por la Administración Tributaria, lo cual deberá hacerse por el obligado en los términos que establezca el Gobierno Nacional, mediante el decreto anual que fija el calendario tributario.

Debe anotarse que, respecto al procedimiento para la fiscalización y determinación del tributo, el artículo 298-2 del ET dispuso un trámite especial en el cual, para los casos de incumplimiento en el deber de declarar el impuesto, bastará con la

## SECCIÓN CUARTA

emisión y notificación del emplazamiento para declarar, para luego, sin imponer la sanción por no declarar prevista en el artículo 643 ibidem como ocurre en los demás procedimientos ordinarios de determinación vía aforo, una vez vencido el plazo para dar respuesta por el contribuyente, expedir la liquidación oficial de aforo (...)

(...)

Como se colige de la norma (artículo 9 del E.T. Anota relatoría), uno de los aspectos fundamentales para definir la sujeción pasiva en Colombia es la residencia, la cual no está ligada al aspecto de la ubicación física de la persona, sino que se trata de la residencia para efectos fiscales, bajo las reglas del artículo 10 del ET, vigente al tiempo de los hechos (...)

(...)

De acuerdo con lo anterior (artículo 10 del E.T. Anota relatoría), la residencia fiscal puede depender de la permanencia en el territorio colombiano o por conservarse en el país el asiento principal de los negocios, independientemente de que la persona permanezca en el exterior o no complete los 6 meses que refiere el inciso primero.

(...)

Con apoyo en la delimitación conceptual hecha por la jurisprudencia (sentencia del Consejo de Estado del 28 de julio de 2011, Exp. 17541, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. Anota relatoría), es claro que la declaración de renta es un hecho indicativo de la capacidad económica del declarante y sirve de punto de partida para que la Administración Tributaria seleccione a las personas con perfil de posibles declarantes de patrimonio para adelantar las demás labores de investigación y práctica de pruebas que le permiten definir su sujeción pasiva de este tributo cuando los obligados no presentan su declaración respectiva de riqueza dentro de los plazos respectivos, lo que habilita a la DIAN a adelantar el trámite especial de aforo dentro de los 5 años siguientes al vencimiento del término para declarar, actuación que resulta independiente al hecho que la declaración de renta haya adquirido firmeza, si, como ha quedado dilucidado, se trata de gravámenes plenamente independientes.

(...)

Sobre estos aspectos (cargos de la demanda. Anota relatoría), es pertinente insistir en lo anotado líneas atrás en el acápite del marco normativo, en lo que respecta a la independencia que existe entre el impuesto sobre la renta y el del patrimonio, pues no por el hecho de que se haya concretado la firmeza de la declaración privada del primero, ello impide que la DIAN despliegue sus facultades de investigación y cruce para establecer la ocurrencia del hecho generador del segundo, mediante un procedimiento administrativo de aforo.

De manera que, si la DIAN actúa dentro de la oportunidad prevista en el artículo 717 del ET y establece que los renglones informativos de patrimonio de la declaración de renta no corresponden con la realidad no está obligada a atenderlos, pese a la firmeza que se pueda pregonar respecto de dicha declaración, pues la función principal de la demandada es verificar el debido cumplimiento de las obligaciones tributarias y obtener el recaudo respectivo de los dineros del Estado. (...)

(...)

En consecuencia, para definir si en el caso de la demandante la calidad de sujeto pasivo del impuesto al patrimonio debía considerarse su riqueza poseída tanto en el país como en el exterior o solamente al localizado en Colombia, habrá que hacerse la distinción de su tratamiento como residente o no residente en el país, pues de ello dependerá su sujeción a este tributo, independientemente de que el origen de sus bienes y derechos provengan del desarrollo de una actividad mercantil o civil, pues las normas tributarias de este gravamen no tienen consideración alguna de la fuente de obtención de la riqueza, sino la posesión lata de la misma.

En el punto, debe recordarse que cuando el artículo 9 del ET define que las personas naturales residentes en el país están sujetas al impuesto sobre la renta y complementarios por sus ingresos tanto de fuente nacional como extranjera, mientras que si no tienen la calidad de residentes su tributación solo comportará las rentas y patrimonio de fuente nacional. Entonces, al analizar el artículo 10 ibidem, que define la residencia para efectos fiscales se estableció que serán residentes quienes permanezcan de manera continua o discontinua en el país por más de seis meses, aspecto que no fue considerado por la DIAN en el asunto del debate, luego nada habrá que analizarse sobre los tiempos de permanencia de la señora Piraquive de Moreno en Colombia para el año 2011.

Por el contrario, la DIAN se apoyó en el inciso segundo de la norma, que establece que se consideran residentes las personas naturales nacionales cuando tengan en Colombia el asiento principal de sus negocios. En el punto, la Sala debe aclarar que cuando la disposición refiere a los “negocios”, debe entenderse intereses económicos y no a una concepción comercial o de

## SECCIÓN CUARTA

prestación de servicios propiamente, pues no se trató de ligar dicho concepto al ejercicio de actos mercantiles, sino de manera general a la obtención de recursos. Aquí, lo que para el legislador tributario interesa con el fin de distribuir el ejercicio de las cargas públicas en igualdad de condiciones es el ejercicio de una actividad que genera ingresos, independientemente de la naturaleza de la misma, esto es civil o comercial, ingresos que generan riqueza.

(...)

Conforme con lo descrito, resulta palmario que el asiento principal de sus negocios (mercantiles o no) y que corresponde al ejercicio de una actividad que le reportó ingresos (rentas o bienes) en el período gravable del Impuesto Al Patrimonio fiscalizado y por ende le generó posesión de riqueza por un monto superior a \$3.000.000, desde un punto de vista meramente fiscal, es Colombia y no ningún otro país, pues lo percibido por fuera de la República de Colombia representa aproximadamente solo una 8va parte de sus ingresos totales percibidos en el país, lo anterior denota que así la contribuyente posea mayores bienes e inversiones en el exterior, lo cierto es que los recursos para hacer dichas obtenciones patrimoniales por fuera del país se puede presumir que tuvieron origen en los dineros que obtuvo en Colombia, por ser el centro del ejercicio profesional de su vocación religiosa.

Valga anotar, que bajo ningún supuesto la DIAN está desnaturalizando la calidad de lideresa espiritual de la contribuyente (actividad que aun cuando se justifica en una mera liberalidad de sus feligreses o aportantes, le genera ingresos, renta, bienes y riqueza por encima del valor establecido por el legislador para ser gravada con el impuesto al patrimonio, lo cual no viola los principios de equidad y de justicia de la contribuyente, sino, se repite, obedece a la igualdad con que el Estado debe distribuir las cargas públicas para cumplir sus fines en un Estado Social, Pluralista y Democrático de Derecho), como quiera que la determinación de su sujeción pasiva no atiende aspectos subjetivos sino meramente objetivos que se ligan al ámbito fiscal dispuesto por el legislador, porque, aun cuando la actora asegure que su vocación no tiene inmersa una connotación lucrativa, lo cierto es que si le aporta ingresos susceptibles de ser gravados con la carga tributaria en el país. Luego, cuando la Administración Tributaria la catalogó como residente colombiana para efectos fiscales no desconoció lo dispuesto en el artículo 9 del ET, dado que la norma es clara en establecer que las personas naturales que tengan la calidad de residentes, en los términos del artículo 10 ibidem, deben tributar en Colombia, inclusive, por sus rentas de fuente extranjera, lo que naturalmente incluye la declaración y pago del impuesto al patrimonio, porque, se insiste, las reglas de ese tributo no hacen distinción alguna al respecto de la riqueza ubicada por fuera del país.

(...)

Como se colige de la jurisprudencia en cita (sentencia del Consejo de Estado del 21 de agosto de 2014, Exp.: 18884, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Anota relatoría), el análisis que se debe hacer para determinar si una persona está obligada a declarar y pagar el impuesto al patrimonio en Colombia depende del concepto de la residencia para efectos fiscales, situación, como ya se analizó, que conduce a afirmar que se ajusta al Patrimonio Líquido gravable de 2011 de la señora Piraquive de Moreno, dado el comportamiento de sus rentas nacionales y extranjeras que denotan la obtención de ingresos de manera principal por el desempeño de su actividad religiosa en el país, no obstante a que invoca que tiene residencia permanente en E.E. U.U. y, además, que ostentaba la nacionalidad de ese país.

Aunado a lo anterior, debe recordarse que en materia de patrimonio el artículo 261 del ET estableció el “estatuto personal”, que implica que tanto las rentas como el patrimonio de los contribuyentes se gravan en el lugar donde se determine su residencia fiscal (...)

(...)

De manera que, para el asunto bajo análisis la señora Piraquive al conservar el asiento principal de sus intereses económicos, también tiene el tratamiento de ser residente fiscal en Colombia en aplicación de lo previsto en el artículo 10 del ET, vigente para el año 2011, estaba obligada a tributar en el país tanto por su patrimonio poseído en esta jurisdicción como en otros Estados, dado que la legislación aplicable al momento de la causación del tributo no incluía ningún tipo de distinción especial para las personas domiciliadas en otros países en materia fiscal, salvo los acuerdos internacionales suscritos para evitar la doble imposición válidamente celebrados y ratificados por Colombia.

Ahora, debe resaltarse que por no existir un tratado internacional o convenio para evitar la doble imposición entre Colombia y E.E. U.U., pues en la actualidad el país tiene suscritos y vigentes con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, la República Portuguesa, India, Corea, México, Canadá, Confederación Suiza, Chile, España y la Comunidad Andina de Naciones; pero con los Estados Unidos de América solo se suscribió un acuerdo para el intercambio de información tributaria, aprobado por medio de la Ley 1666 de 2013; por lo cual no es posible considerar lo declarado y

## SECCIÓN CUARTA

pagado en ese país extranjero para efectos de liberar parcialmente su obligación fiscal en Colombia, motivo por el cual la declaración aportada por la actora bajo el Formulario 1040 “U.S. Individual Income Tax Return 2011”, no puede llegar a incidir en la determinación del impuesto al patrimonio en Colombia en el año 2011. (...)

[Providencia de 29 de octubre de 2020, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. 250000233700020170153500, M.P. Dra. Mery Cecilia Moreno Amaya– Primera Instancia.](#)

**MEDIO DE CONTROL – Nulidad y restablecimiento del derecho / CONDICIÓN ESPECIAL DE PAGO REFERIDA EN LA LEY 1739 DE 2014 / DEVOLUCIÓN DE PAGO EN EXCESO – Procedimiento aplicable / CONCEPTOS EMITIDOS POR LA DIAN – No son obligatorios para el contribuyente siempre que el mismo resulte contrario a derecho**

**Problema jurídico:** *Dilucidar si los actos acusados fueron proferidos con las siguientes falencias: i) desentendiendo el artículo 57 de la Ley 1739 de 2014; ii) quebrantando el artículo 850 del ET. Todo lo cual, según la parte actora se traduce en: a) violación del artículo 850 del ET al negar la devolución de los valores en exceso pagados por la demandante; b) enriquecimiento sin justa causa por parte de la DIAN; c) la excepción de legalidad del Concepto DIAN 022968 del 14 de agosto de 2015; d) el alcance de la obligatoriedad del Concepto DIAN 022968 es el resultado de un exceso de facultad reglamentaria; f) el alcance de la Ley 1819 de 2016*

**Tesis: “(...) 4.2. SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN**

(...)

Con lo anterior (transcripción del artículo 850 del E.T. Anota relatoría), se resalta que el legislador dispuso de manera expresa que respecto a las obligaciones tributarias cualquiera que fuere el concepto de pago, entiéndase el tributo, sanción o interés, que se hayan efectuado en exceso, tendrán derecho a la devolución siguiendo el procedimiento aplicable a los saldos a favor.

(...)

Ahora, el concepto constituye un criterio auxiliar de interpretación de para la Administración, pero no es obligatorio para el contribuyente siempre que el mismo resulte contrario a derecho. Aunado a esto, a través de concepto no se puede exceder o modificar lo dicho por el legislador.

Con fundamento en lo anterior, la Sala considera que no era dable para la DIAN a través de concepto interpretar que los intereses pagados en exceso no son susceptibles de devolución, pues el Estatuto Tributario de manera expresa refirió que será objeto de devolución cualquiera que fuere el concepto del pago de la obligación tributaria.

(...)

Al respecto, el Consejo de Estado (en sentencia del 4 de septiembre de 2014, Exp.: 19047, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Anota relatoría) en un caso de condición especial de pago y devolución de pagos en exceso, refirió:

*“Con fundamento en lo expuesto y según los hechos probados, la Sala considera que la demandante estaba obligada a pagar el mayor impuesto sobre la renta del año gravable 2005 que se originó como consecuencia de la disminución del saldo a favor reconocido por la Administración, que tuvo lugar con la declaración de corrección presentada el 3 de abril de 2008, calculado por las partes en \$423.500.000, con los correspondientes intereses de mora, reducidos al 30 % según lo establecido en el artículo 1º de la Ley 1175 de 2007.*

(...)

**De lo anterior se advierte que el pago realizado por la demandante el 4 de abril de 2008 por cuantía de \$600.730.000 cubrió la totalidad de la obligación que como consecuencia de la corrección voluntaria de la declaración del impuesto sobre la renta y complementario del año gravable 2005 se originó a cargo de Flexo Spring S.A.**

**En esa medida, el pago efectuado por la demandante el 23 de julio de 2008 en cuantía de \$232.075.000 debía ser devuelto por la DIAN, con los correspondientes intereses, calculados según lo establecido en el artículo 863 del E.T.**

*En relación con el reconocimiento de intereses, la Sala ha señalado que las devoluciones por pago en exceso se rigen por el procedimiento previsto en los artículos 850 y siguientes del Estatuto Tributario y el Decreto 1000 de 1997, que regulan las devoluciones de saldos a favor.*

Con fundamento en lo antedicho, se reitera que la DIAN en el proceso de fiscalización sobre el impuesto de la renta, de manera expresa definió cuáles eran los valores a pagar por la contribuyente para acceder a la condición especial de pago;

## SECCIÓN CUARTA

luego, no existe duda que en lo que respecta al pago efectuado a través de Recibo 4907240363705 del 22 de octubre de 2015, se generó un pago en exceso susceptible de ser devuelto por la Administración. (...)"

[Providencia de 29 de octubre de 2020, Sección Cuarta, Subsección "B", Exp. 250000233700020180015400, M.P. Dra. Mery Cecilia Moreno Amaya– Primera Instancia.](#)

**MEDIO DE CONTROL – Nulidad y restablecimiento del derecho / PENSIÓN – Durante la relación laboral es responsabilidad del empleador efectuar los aportes a pensión - Competencia de las entidades administradoras de fondos de pensiones de cualquier naturaleza para adelantar las acciones de cobro que se requieran para concretar la correcta obtención de los recursos necesarios para la financiación de las pensiones que se reconocen a través del sistema / RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN – Cobro de nuevos conceptos por parte de la UGPP – Procedimiento administrativo de determinación de las obligaciones parafiscales – Oportunidad para ejercer la acción de determinación /EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO CAUSAL DE NULIDAD – Definición / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – Los actos administrativos deben encontrarse debidamente motivados, señalando con precisión las razones de hecho y de derecho que los fundan – Actuaciones de refuerzo argumentativo con ocasión de los planteamientos que se hacen en un recurso frente a un acto definitivo**

**Problema jurídico:** *Analizar si los actos demandados fueron expedidos respetando la ritualidad exigida para su creación en cuanto a su trámite y motivación, es decir, si las resoluciones se encuentran debidamente sustentadas, permitiéndosele a la entidad demandante ejercer el derecho de defensa y contradicción en todas las etapas del procedimiento administrativo aplicable.*

**Tesis:** "(...) De lo antedicho (transcripción de los artículos 48 de la CP, 17, 18, 20 y 22 de la Ley 100 de 1993. Anota relatoría) se colige que durante la relación laboral es responsabilidad del empleador efectuar los aportes a pensión, teniendo como base de liquidación salario remunerado, aporte que debe ser asumido en un 75% por el empleador y el 25% por el trabajador. Además, debe resaltarse que el monto de la cotización tiene relación directa y proporcional con el monto a sufragar por la pensión.

Ahora bien, además de lo anterior, cabe resaltar que el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 estableció competencia en las entidades administradoras de fondos de pensiones de cualquier naturaleza para adelantar las acciones de cobro que se requieran para concretar la correcta obtención de los recursos necesarios para la financiación de las pensiones que se reconocen a través del sistema, dada la relevancia de este tipo de aportes, (...)

(...)

De la jurisprudencia referida (sentencia del Consejo de Estado del 11 de julio de 2018, Exp.: 17001-23-33-000-2016-00538-01 (3351-17), C.P.: Dr. William Hernández Gómez. Anota relatoría), se colige que las entidades administradoras deben requerir al empleador para que realice de manera correcta el pago de los aportes para lo cual debe iniciar las acciones de cobro correspondientes y proceder en debida forma a liquidar y reconocer la pensión.

(...)

De manera previa, la Sala recuerda que el cobro que adelanta la UGPP en los actos acusados resulta legalmente procedente, no solo para darle cumplimiento a la sentencia que declaró la nulidad de las resoluciones que negaron la reliquidación pensional de la señora GLORIA AMALIA CRUZ GONZALEZ, sino además, para asegurar la sostenibilidad financiera del sistema, el cual no puede asumir ni comprometer los recursos parafiscales en desmedro de prestaciones para futuros pensionados que sí constituyen obligaciones en cabeza del Régimen General de Pensiones. Luego, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, la UGPP no solo tenía la potestad para cobrar las cotizaciones correspondientes a la reliquidación de la pensión sino la obligación de hacerlo.

(...)

Del precepto citado (sentencia del Consejo de Estado del 5 de julio de 2018. Exp.: 11001032500020100006400 (0685-2010), C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Anota relatoría) se colige que los actos administrativos deben encontrarse debidamente motivados, señalando con precisión las razones de hecho y de derecho que los fundan, so pena de ser considerados como actuaciones violatorias del debido proceso administrativo.

(...)

De esta forma, se insiste en que la motivación se erige como la causa o razón por la cual se expidió la actuación administrativa, es decir, constituye la manifestación de voluntad de la Administración y por tanto debe ser clara, cierta, objetiva, puntual, suficiente y determinar su contenido y alcance. En ese sentido, la manifestación de los motivos es necesaria

## SECCIÓN CUARTA

e indispensable en la formación del acto, ya que así el administrado puede controvertir aquellos aspectos que considera no pueden ser sustento de la decisión y de esta forma ejercitar su derecho de contradicción y de defensa; los cuales se ven transgredidos cuando un acto se expide de manera irregular por falta de motivación.

(...)

Sobre este tipo de actuaciones de refuerzo argumentativo con ocasión de los planteamientos que se hacen en un recurso frente a un acto definitivo esta Subsección ha establecido que cuando la Administración al estudiar los planteamientos o pedimentos de la parte recurrente, puede ampliar los argumentos iniciales con la finalidad de decidir enteramente la situación particular y concreta, sin que ello pueda llegar a representar una vulneración del derecho al debido proceso, pues, en todo caso, el administrado puede ejercerlo con ocasión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, (...)

(...)

La *ratio decidendi* de la providencia en cita (sentencia del 21 de junio de 2018 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, M.P. José Antonio Molina Torres, Exp. 11001 33 37 040 2016 00181 01. Anota relatoría), en lo sustancial, resulta aplicable al presente asunto, dado que si bien la demandante no edificó propiamente un argumento de reproche con base en la tesis que incluye la sentencia del Consejo de Estado sobre la motivación y su complementación con ocasión de los recursos interpuestos, esta Sala advierte que una vez culminado el trámite de ante la UGPP, la unidad jurídica que constituyen los actos acusados, si superaron las peticiones y reproches que tuvo el MHCP respecto a la motivación que ahora insiste en controvertir en sede judicial, pues basta con revisar el contenido del acto primigenio y aquellos que decidieron los recursos para evidenciar que la demandada mantuvo el mismo hecho determinante de la obligación a cargo de la entidad aportante, esto es, su obligación de ayudar al financiamiento de la pensión de su ex trabajadora sino que, además, mantuvo el monto cuantitativo de su alícuota en la prestación, pues el valor no se varió y, por el contrario, lo que denotan las resoluciones que resolvieron las dudas frente al método y formulación se muestran que arrojan la misma suma que desde el inicio le fue determinada al Ministerio, con lo cual no existió variación sino una atención de los términos de la entidad recurrente, aspectos que pudo válidamente haber controvertido en la demanda que dio origen a este proceso, pero que en nada fue objetado.

(...)

De acuerdo a lo anterior (alcance que le da la sentencia del 16 de octubre de 2020 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, M.P. Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado, Exp. 11001 33 37 044 2018 00216 01, al artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y transcripción del artículo 180 de la Ley 1607 de 2012. Anota relatoría), no admite duda que si la UGPP quería obtener la satisfacción de la obligación de aportar por parte del MHCP, la ley le había previsto las reglas para hacerlo, como lo es la expedición y notificación de un requerimiento para declarar que concediese oportunidad al aportante de ejercer el derecho de defensa, controvertir la propuesta, aportar y solicitar las pruebas necesarias para verificar la obligación que se pretende obtener, para que culminado el plazo respectivo, se pudiese emitir la liquidación oficial correspondiente, frente a la cual solo procedía el recurso de reconsideración.

Sin embargo, revisado el trámite adelantado por la UGPP, se evidencia que desatendió plenamente el procedimiento preestablecido pues la demandada se limitó a expedir un acto en el que comunicó la obligación de pago a cargo de la demandante, sin emitir acto previo, conceder plazo para pronunciarse y solicitar pruebas, sino que dio una orden directa que desconoce abiertamente las propias disposiciones que le concedieron la facultad de determinación, recaudo y cobro de aportes parafiscales de la seguridad social, lo que no le estaba permitido, ni aún al amparo de buscar dar cumplimiento a un fallo judicial, pues como se anotó en el acápite de las normas probadas, las sentencias que ordenaron la reliquidación de la mesada pensional de la ex trabajadora del Ministerio, dio orden de obtener los aportes no pagados para complementar las nuevas mesadas, pero ello no habilitaba a la UGPP para desconocer el procedimiento administrativo de determinación de las obligaciones parafiscales, el cual, inclusive conlleva al deber de atender el término de la acción de determinación previsto en el parágrafo 2 del artículo 178 de la Ley 1607 de 2012.

(...)

Como se observa, no solo basta con atender el procedimiento reglado preexistente, sino que además debe ejercerse la acción de determinación dentro de la oportunidad respectiva, aspecto que, si bien no es objeto de controversia en el presente asunto y que tampoco se concretó, si se tiene que entre la fecha de las providencias judiciales (2017) y la de expedición del acto de la UGPP (2017) no transcurrieron más de 5 años. Sin embargo, es pertinente reiterar que:

## SECCIÓN CUARTA

*“(…) ha de entenderse que la ejecutoria de la sentencia judicial constituye el fundamento de la obligación en el pago de los nuevos aportes, y es a partir de ese momento que inicia el término para que la entidad administradora del régimen respectivo los determine mediante liquidación la cual, de conformidad con lo dispuesto en el mismo artículo 24 de la Ley 100 de 1993, prestará mérito ejecutivo, atendiendo previamente al procedimiento aplicable en la Ley 1607 de 2012”*

(…)

Como se ve, para que se dé la concreción del vicio de anulación por trámite irregular, debe evidenciarse que la actuación desplegada por la Administración desconoce las reglas procedimentales preestablecidas en la normativa aplicable para obtener el fin que persigue el acto que de ella se obtiene, pero en todo caso, dicho yerro en el trámite debe corresponder al desconocimiento de una etapa que además de sustancial resulte trascendente, pues no toda irregularidad puede conllevar a anular una decisión.

Ahora, aplicando la tesis del vicio en el presente asunto, la Sala encuentra que la UGPP no dejó de lado un aspecto irrelevante, sino todo lo contrario, pues actuó sin atención a las normas habilitantes que la obligaban a adelantar el procedimiento de determinación de la obligación parafiscal a cargo del MHCP, con lo cual omitió la expedición del acto previo a la adopción de la decisión que le impuso obligación de pago y que posteriormente le serviría de título ejecutivo de cara al procedimiento de cobro coactivo, sino que además, le impidió el derecho de ejercer plenamente las garantías para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa, pues no debe perderse de vista que la emisión del acto previo conlleva a la oportunidad de que la actora pudiera presentar pruebas o solicitarlas, lo cual no puede tenerse como un paso menor para la definición de su situación jurídica, sino todo lo contrario, era relevante y necesario. (…)

[Providencia de 22 de octubre de 2020, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. 11001333704020180025701, M.P. Dra. Mery Cecilia Moreno Amaya– Segunda Instancia.](#)

**MEDIO DE CONTROL – Nulidad y restablecimiento del derecho / RENTISTAS DE CAPITAL – Inclusión dentro de la categoría de trabajadores independientes – Obligación que existe de contribuir al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión mediante el pago de aportes / CONDUCTA DE OMISIÓN – Definición – competencia para adelantar las acciones de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social en los casos de omisión, inexactitud y mora en la vinculación / IBC PARA EL PAGO DE APORTES A LOS SUBSISTEMAS DE SALUD Y PENSIÓN EN TRABAJADORES INDEPENDIENTES Y/O RENTISTAS DE CAPITAL – Ingresos efectivamente percibidos – Presunción de capacidad de pago y de pago y de ingresos - los rentistas de capital con capacidad de pago deberán cotizar al Sistema de Seguridad Social Integral en forma obligatoria, sobre los ingresos efectivamente percibidos, con las deducciones que prevé el artículo 107 del Estatuto Tributario, en relación con las expensas necesarias para desarrollar la actividad productora de renta / SANCIÓN POR LA CONDUCTA DE OMISIÓN EN LA AFILIACIÓN Y PAGO DE APORTES – Para el caso de los independientes, incluyéndose dentro de esa clasificación a los rentistas de capital, se dispuso el porcentaje del 10% del valor dejado de liquidar y/o pagar por cada mes o fracción de mes de retardo, si el aportante no hubiese presentado las autoliquidaciones y pagado los aportes dentro del término para dar respuesta al requerimiento especial.**

**Problema jurídico:** *Establecer: 1.1. Si la conducta de omisión por la cual fueron expedidos los actos administrativos acusados, fue cometida por el demandante durante el periodo 2014. Para ello, deberá establecerse si esa conducta subyace de la afiliación o de la vinculación. 1.2. Si los aportes determinados por la entidad demandada atendieron al IBC sobre el cual debían liquidarse, teniendo en cuenta la actividad de rentista de capital del actor que fue desempeñada durante el año objeto de fiscalización. 1.3. Si hay lugar o no a la imposición de la sanción por omisión que fue determinada por la UGPP en las resoluciones acusadas.*

**Tesis:** *“(…) 3.1. DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES Y RENTISTAS DE CAPITAL OBLIGADOS A LA AFILIACIÓN Y PAGO DE APORTES AL SISTEMA:*

**CONDUCTA DE OMISIÓN.**

(…)

Así las cosas, en el subsistema de **salud**, se identifican dos (2) clases de afiliados, los que pertenecen al **régimen contributivo** y al subsidiado. Al primero deben suscribirse las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados, **los rentistas y los trabajadores independientes con capacidad de pago que no tengan vinculo contractual y reglamentario con algún empleador**; y al segundo quienes no tengan capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización, esta última vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada total o parcial con recursos fiscales.



## SECCIÓN CUARTA

(...)

Conforme lo anterior (transcripción del artículo 1 del Decreto 1406 de 1999. Anota relatoría), el **aportante** es quien se encuentra obligado a cumplir con el pago de los aportes correspondientes a los subsistemas que conforman el Sistema General de Seguridad Social, entre estos, **los rentistas de capital y demás personas con capacidad de contribuir al financiamiento del sistema y los trabajadores independientes afiliados al mismo.**

Lo anterior resulta acorde con la interpretación suministrada por el Alto Tribunal Constitucional en sentencia C-578 de 2009, cuando dentro de la categoría de trabajador independiente prevista en la Ley 100 de 1993, incluyó a los rentistas de capital como sujetos obligados a cotizar o aportar al sistema, por ser calificados personas económicamente activas en tanto ejercen su actividad económica en forma personal y directa.

(...)

Sobre la obligatoriedad de la afiliación a los subsistemas de salud y pensión, la Corte Constitucional en la sentencia C-1089 de 2003, consideró que *“si el Legislador opta, por ejemplo, por una regulación en virtud de la cual las personas pueden escoger entre afiliarse o no a la seguridad social, ese diseño sería inconstitucional por desconocer el carácter irrenunciable de la seguridad social”*. Así mismo, precisó el máximo órgano constitucional que el deber general de cotizar es no sólo para recibir los distintos beneficios sino además para preservar el sistema en su conjunto.

En línea con lo anterior, interpreta la Sala que respecto de los rentistas de capital existe la obligación de contribuir al Sistema mediante el pago de aportes. Esa exigencia radica justamente en la capacidad de pago que aquellos obtienen por el ejercicio de su actividad.

(...)

Tal acepción permite diferenciar a este grupo de personas con los trabajadores independientes que se dedican a una labor propia y proveniente de sus esfuerzos, generalmente, vinculado a un contrato de servicios

De lo anterior, se deduce que los rentistas de capital son aquellas personas naturales que obtienen la mayor parte de sus ingresos como resultado de las inversiones que realizan en acciones, bonos y demás títulos de inversión, o quienes reciben ingresos por arrendamientos.

(...)

En virtud de los principios de universalidad y solidaridad, los rentistas de capital se obligan a aportar al sistema, dada su capacidad de pago, como lo manda el literal b) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 referido en párrafos atrás.

La no afiliación y/o vinculación a los subsistemas de salud y pensión, conducirá a la comisión de la conducta por omisión que podrá ser fiscalizada por la UGPP, como entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social en los casos de omisión, inexactitud y mora.

(...)

De conformidad con la disposición (artículo 1 del Decreto 3033 de 2013. Anota relatoría), cuando el sujeto incumple con el deber de afiliarse a los subsistemas que integran el Sistema de la Protección Social, incumpliendo con ello su obligación de declarar y pagar los aportes correspondientes, se estará en presencia de la conducta denominada **omisión en la afiliación**. Entre tanto, cuando habiéndose afiliado el aportante, este no cumple con el reporte de la novedad de ingreso a una administradora del sistema y por ese efecto omite efectuar el pago de las contribuciones a su cargo en alguno o todos los subsistemas, se sancionará la conducta de **omisión en la vinculación**.

(...)

Precisa la Sala que el cumplimiento de la afiliación a los subsistemas que integran el Sistema de la Protección Social, no solo atañe el acto mismo de afiliación, sino que se requiere el pago oportuno de los aportes al subsistema, motivo por el cual, si bien pudo el demandante haberse afiliado en la modalidad de cotizante, lo cierto es que ello no basta para dar por satisfecho el cumplimiento de la obligación de declarar y pagar los aportes que correspondan.

(...)

**3.2. DEL IBC PARA EL PAGO DE APORTES A LOS SUBSISTEMAS DE SALUD Y PENSIÓN EN TRABAJADORES INDEPENDIENTES Y/O RENTISTAS DE CAPITAL.**

## SECCIÓN CUARTA

(...)

De conformidad con la norma en cita (artículo 6 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 19 de la Ley 100 de 1993. Anota relatoría), los trabajadores independientes, incluyéndose a los rentistas de capital, deben cotizar sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la cual están afiliados, guardando correspondencia con los ingresos realmente recibidos; de modo que la norma parte de la base de que esta clase de trabajadores tienen una fuente de ingresos que le permiten su cotización al sistema.

(...)

En ese contexto, los ingresos efectivamente percibidos son los que recibe el afiliado para su beneficio personal, deduciendo de los mismos las expensas realizadas durante el periodo en desarrollo de la actividad productora de renta siempre que tengan relación de causalidad y sean necesarias y proporcionadas con la actividad.

(...)

En conclusión, los rentistas de capital con capacidad de pago deberán cotizar al Sistema de Seguridad Social Integral en forma obligatoria, sobre los ingresos efectivamente percibidos, con las deducciones que prevé el artículo 107 del Estatuto Tributario, en relación con las expensas necesarias para desarrollar la actividad productora de renta.

(...)

En tales condiciones, como el aportante no desvirtuó el valor del ingreso determinado por la UGPP con base en la declaración del impuesto sobre la renta reportada ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como tampoco probó conceptos deducibles de su actividad lucrativa que dieran lugar a modificar la base de cotización, pues solo se limitó a señalar que la entidad demandada tuvo en cuenta únicamente el denuncia rentístico para calcular la base de liquidación de aportes, sin atacar concretamente la legalidad del IBC determinado en los actos acusados, ni allegó elementos probatorios que desvirtuaran la fijación de ese concepto en los términos planteados por la Administración, concluye la Sala que los actos administrativos acusados gozan de legalidad.

(...)

### 3.3. SANCIÓN POR LA CONDUCTA DE OMISIÓN EN LA AFILIACIÓN Y PAGO DE APORTES.

(...)

Con la expedición de la Ley 1819 de 2016, esa disposición normativa fue modificada en los porcentajes a aplicar respecto de cada situación en particular. Para el caso de los independientes, incluyéndose dentro de esa clasificación a los rentistas de capital, se dispuso el porcentaje del 10% del valor dejado de liquidar y/o pagar por cada mes o fracción de mes de retardo, si el aportante no hubiese presentado las autoliquidaciones y pagado los aportes dentro del término para dar respuesta al requerimiento especial. (...)"

[Providencia de 29 de octubre de 2020, Sección Cuarta, Subsección "B", Exp. 25000233700020180053100, M.P. Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado– Primera Instancia.](#)

---

**MEDIO DE CONTROL – Nulidad y restablecimiento del derecho / DEDUCCIONES CUYA RECUPERACIÓN CONSTITUYE RENTA LIQUIDA – Definición – incluirse dentro de la renta líquida / PRINCIPIO DE ASOCIACIÓN – Concepto / CERTIFICADO DE REVISOR FISCAL – La función de las certificaciones contables es llevar al juez al convencimiento de la realidad de la situación financiera de la empresa / COSTO PRESUNTO DE LOS BIENES INCORPORABLES FORMADOS - Condiciones que se deben cumplir de manera taxativa para que opere el reconocimiento / AVALÚO TÉCNICO – Naturaleza – La fluctuación entre el precio de enajenación y el de valoración no I restan validez al valúo técnico**

**Problema jurídico:** *Determinar si:*

6.1.1. *¿Corresponde a renta líquida o constituye ingreso extraordinario el valor de las erogaciones, la reversión de provisiones, la desvalorización de activos fijos de años anteriores por corresponder a recuperación de deducciones mediante ajustes contables en el período gravable objeto de determinación de la renta? Al resolver este problema jurídico la Sala se ocupará de establecer si los valores reconocidos en la cuenta ingresos de ejercicios anteriores corresponden a un registro contable por ajustes de errores de años anteriores por concepto de un mayor valor en los intereses causados de los acreedores de la Ley 550 de 2005 y errores e inconsistencias en las cuentas pasivas que se corrigen contablemente. Así mismo, examinará si la DIAN no podía*

## SECCIÓN CUARTA

*modificar la declaración privada del año gravable 2010 en la que se hizo la corrección contable por cuanto los ajustes a tales deducciones de los años gravables 2005 a 2009 fueron rechazados por improcedentes por corresponder a mayores valores liquidados cuando las declaraciones adquirieron firmeza.*

*6.1.2. ¿Desconoció la Administración la existencia del registro del intangible formado en la declaración privada presuntamente soportado en un avalúo técnico al valorar indebidamente las pruebas aportadas en sede administrativa? Al resolver este problema jurídico la Sala analizará si le asiste razón a la Administración al desconocer el valor declarado por cuanto no fue incorporado en la declaración de renta del año gravable 2009. Igualmente se revisará si el contribuyente soportó mediante avalúo técnico la marca, los derechos deportivos y otros intangibles.*

*6.1.3. ¿Es procedente el rechazo de los gastos operacionales por no haber aportado el contribuyente los soportes contables internos y externos, ni el libro de inventarios y balances como tampoco los auxiliares y con el suministro del libro diario de forma resumida?*

*6.1.4. ¿Son improcedentes las sanciones impuestas (por inexactitud, por no enviar información y por irregularidades en la contabilidad) al no configurarse el hecho sancionable por existir diferencia de criterios entre las partes sobre la norma aplicable? Al resolver este problema jurídico la Sala estudiará lo referente a la aplicación del principio de favorabilidad contemplado por la Ley 1607 de 2012 en concordancia con lo previsto en el artículo 282 de la Ley 1819 de 2016.*

**Tesis:** "(...) Conforme a la normativa (artículo 195 del E.T. Anota relatoría), la recuperación de deducciones constituye un mecanismo fiscal en el cual un ingreso obtenido en un año gravable posterior, pero que corresponde a conceptos, que en períodos anteriores fueron tratados como deducciones en el impuesto de renta, deben declararse en la anualidad de su percepción como renta líquida. Así, el contribuyente puede incurrir en ciertos gastos o pérdidas que detrae en el periodo gravable que se materializaron, pero luego los recupera en la vigencia siguiente o posterior donde tiene que reconocer esa recuperación.

(...)

(...) lo cierto es que cualquier monto que el contribuyente haya deducido previamente y con posterioridad lo haya recuperado se encuentra dentro de los supuestos de la normativa.

La razón por la cual dicha recuperación debe incluirse dentro de la renta líquida, es porque la normativa no permite imputarle costos y gastos, ya que no se trata de un ingreso propiamente dicho, sino la recuperación de un gasto deducido previamente de la renta, esto es, la renta del período anterior fue disminuida en esa misma suma lo que comportó un menor impuesto

(...)

Nótese que conforme con el prenotado análisis, el cual fue analizado por la Sala, se observa que los gastos correspondientes a los intereses Ley 550 de 1999, esto es, los registrados en la cuenta 53959509, si fueron solicitados fiscalmente por la sociedad en los años gravables 2005 al 2009 por valor de \$2.835.837.189, los cuales con posterioridad, esto es, en el año gravable 2010 fueron contabilizados en la cuenta 422605 como ingresos brutos no operacionales en cuantía de \$2.063.288.000, es decir, hubo recuperación de deducciones.

En este sentido, de acuerdo a la normativa citada y al criterio jurisprudencial expuesto, resulta patente que se configuran los supuestos del artículo 195 del Estatuto Tributario para que tales rubros sean registrados como renta líquida gravable en el renglón 63; pues dicha erogación solicitada al ser compensada posteriormente no puede tener el tratamiento de un ingreso pasible de imputación de costos y gastos, por cuanto esa no es su naturaleza fiscal, sino la de una deducción recuperada frente a la cual la normativa es clara en precisar que se debe aplicar directamente el impuesto.

(...)

Conforme con el principio de asociación, los ingresos devengados en un período determinado deben vincularse con los costos y gastos incurridos en el mismo período para producirlos, es decir, debe existir una relación de causalidad entre el ingreso y la expensa; lo que comporta que los ingresos de ejercicios anteriores no admiten deducción de gastos de ejercicios anteriores y, por ende, se reitera, este es el sustento por el cual tal ingreso debe registrarse en la renta líquida.

Ahora bien, en lo que corresponde al certificado del revisor fiscal allegado con el fin de demostrar que los ingresos de ejercicios anteriores en cuantía de \$2.176.001.054 en el año gravable 2010 obedecen a ajustes contables (fl. 210 c. p.), debe precisarse que de acuerdo con el artículo 777 del Estatuto Tributario y con la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, la función de las certificaciones contables es llevar al juez al convencimiento de la realidad de la situación financiera de la empresa, razón por la cual debe ser completa, detallada y coherente y no puede simplemente versar sobre afirmaciones respecto de los registros contables, pues el revisor en su calidad de profesional en contaduría y responsable de la revisión y

## SECCIÓN CUARTA

análisis de las operaciones de un ente social, se encuentra en capacidad de indicar los soportes, las cuentas o asientos y los libros en donde aparecen registradas las afirmaciones vertidas en sus certificaciones.

(...)

Conforme con la prenotada normativa (artículo 75 del E.T. anota relatoría) es necesario cumplir de manera taxativa dos condiciones para que opere el reconocimiento del costo presunto de los bienes incorporeales formados, sobre el cual el legislador estableció la presunción legal de la cuantía en un 30% del valor de la enajenación. Exigencias que, señala la Sala, son de carácter sustancial y de obligatorio cumplimiento, so pena de la improcedencia del costo presunto (i) debe estar sustentado en un avalúo técnico y (ii) el intangible debe haberse incorporado en la declaración de renta del año anterior.

(...)

Frente a la naturaleza del avalúo técnico, el Consejo de Estado si bien ha puntualizado que el mismo constituye una estimación o parámetro para establecer el valor real de un inmueble, dicho criterio, mutatis mutandis es aplicable para la tasación de los intangibles y por ende es posible que el monto de la enajenación no coincida exactamente con la valuación realizada por un perito valuador, toda vez que la variación entre el precio de venta y el valor comercial del activo está dada por la fluctuación normal del mercado. (...)

(...)

Así, el hecho de que la valoración de la marca MILLONARIOS efectuada por una empresa valuadora haya diferido en 173 millones respecto del valor de la venta de dicho signo distintivo, ello no comporta que el avalúo técnico no sustentara el valor real del intangible, si como se ha aclarado por la misma jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso, la fluctuación entre el precio de enajenación y el de valoración no le restan validez al avalúo técnico, ya que existen factores propios de la negociación que pueden alterar el valor final de la venta; razón por la cual esta Sala considera que respecto de la marca MILLONARIOS sí se cumple el segundo requisito exigido por el artículo 75 del Estatuto Tributario, esto es, que el costo presunto se encuentre soportado mediante avalúo técnico.

(...)

Es menester recordar que siendo la naturaleza de los intangibles la de un bien incorporeal apreciable en dinero, su tratamiento contable y fiscal debe ser el de un activo cuyo registro se realiza en las cuentas de patrimonio por su valor patrimonial conforme a las reglas del impuesto sobre la renta. (...)

(...)

No obstante, respecto de los intangibles formados (situación que ocurre en el *sub júdice*), esto es, los generados internamente en el ente social en razón a la reputación que goza en el mercado, no resulta de posible aplicación lo previsto en el artículo 279 *ibídem*, teniendo en cuenta que dicho derecho inmaterial se va formando a través de la vida de la sociedad y se refleja en la confianza y credibilidad de los consumidores hacia los bienes o servicios producidos por dicha organización, de suerte que ante la falta de un valor de transacción previo sobre el intangible, la determinación del costo de adquisición resulta indeterminable, teniendo en cuenta que tal derecho inmaterial fue generado con ocasión del desarrollo de las actividades y del buen desempeño en el mercado de la empresa.

En esas circunstancias, como quiera que la determinación del valor patrimonial sobre su costo de adquisición no resulta viable para los intangibles formados, es necesario acudir a la regla general del valor patrimonial determinada en el artículo 267 del Estatuto Tributario (...)

(...)

Al tenor de la preceptiva citada (artículo 267 del E.T. Anota relatoría), el valor patrimonial de los activos se establece por su precio de costo, conforme con lo previsto en las normas del título I de la legislación tributaria en el cual se regla el costo fiscal de los activos, el cual, para el caso concreto, es decir, el de los intangibles formados está regulado por el artículo 75 (artículo 16 de la Ley 788 de 2002) del Estatuto Tributario que disponía como costo fiscal presunto el 30% de la enajenación del activo, siempre y cuando se cumplieran los dos condicionamientos previstos en dicha disposición, esto es, el registro en el denuncia rentístico del activo y la realización del avalúo técnico en párrafos anteriores analizados.

En consecuencia, para la Sala resulta claro que la determinación del valor patrimonial de los intangibles para el año gravable 2009 debe realizarse sobre las mismas normas que la legislación fiscal adoptó para el costo fiscal, esto es, según lo previsto en el artículo 75 *ejusdem*, el cual establece el 30% del valor de la negociación; de suerte que existe un vínculo inescindible

## SECCIÓN CUARTA

entre el valor que figure en la declaración de renta del año inmediatamente anterior de dicho activo y el valor de la enajenación, cuyo soporte lo constituye el avalúo técnico.

(...)

Finalmente, en cuanto a la aplicación del artículo 82 del Estatuto Tributario relativo a los *costos estimados y presuntos de los activos*, debe precisarse que la aplicación de esta normativa entra en conflicto con el artículo 75 del Estatuto Tributario que regula específicamente *el costo de los bienes incorporales formados*, por lo que si bien ambas disposiciones se encuentran dentro del mismo Capítulo II relativo a Costos, lo cierto es que la situación regulada por el artículo 75 *ibidem*, resulta de aplicación excluyente y preferente dada su especialidad que regula el costo fiscal de los intangibles formados, siendo esta materia el objeto de la litis; en tanto que el artículo 82 establece la determinación de los costos presuntos de los activos que al ser una norma de carácter general y residual solo resulta aplicable en los eventos en que no exista disposición especial.

(...)

Conforme a la normativa transcrita (artículos 108 y 664 del E.T. Anota relatoría) y al criterio jurisprudencial reseñado (sentencia del Consejo de Estado del 14 de junio de 2018, Exp.: 21061, C.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto. Anota relatoría), para la procedencia de la deducción de los salarios en las declaraciones de renta de los contribuyentes es requisito sine qua non la acreditación de los pagos de los aportes parafiscales (seguridad social y parafiscales propiamente dichos), so pena de que su pago sea desconocido por la Administración fiscal en los términos del artículo 664 del Estatuto Tributario, de suerte que el pago de los aportes a la protección social tiene una doble connotación y beneficio, toda vez que por un lado, constituyen propiamente una deducción del impuesto de renta y de otra parte, se instituyen en un requisito de procedencia para deducir los salarios pagados a los trabajadores y de esta forma reducir la renta líquida.

De igual forma, siguiendo la misma línea de criterio del Consejo de Estado sobre la prueba de los pagos parafiscales que al no estar sujeta a tarifa legal permite su acreditación con la presentación de las planillas de aportes o los recibos de las entidades respectivas, se determina que no hay lugar al desconocimiento de lo cotizado por concepto de dichos aportes parafiscales ante la falta de los certificados de paz y salvo de las entidades administradoras.

(...)

Ahora bien, con ocasión de la respuesta al requerimiento especial el contribuyente allegó el cuadro de amortización de derechos deportivos 2010 en el que relaciona el jugador, el cargo a amortizar, la amortización anual y el nuevo saldo a diciembre 31 de 2010. No obstante, omitió que para valorar la información mencionada en dicho cuadro es necesario su cotejo a la luz de las demás pruebas contables tales como los soportes y los libros auxiliares, los cuales no fueron debidamente aportados a pesar de los reiterados requerimientos efectuados por la Administración; por lo que en consonancia con el artículo 781 *ibidem* opera en su contra la prueba indiciaria que presume el desconocimiento de las depreciaciones y amortizaciones llevadas al gasto en su denuncia rentística al no haberlo desvirtuado con las demás probanzas que fundamentaran la deducción.

(...)

Según el criterio reiterado del Máximo Tribunal Administrativo, la falta de presentación de la información quebranta la efectividad de la labor de investigación y fiscalización de la autoridad tributaria en una magnitud considerable que puede llegar a imposibilitar su ejercicio a tiempo impidiendo con ello su facultad sancionatoria ante el incumplimiento del deber formal del administrado por lo cual resulta aplicable la máxima tasación prevista en la norma.

(...)

De acuerdo con lo expuesto, la imposición de esta sanción (sanción por irregularidades en la contabilidad. Anota relatoría) supondría en principio la aplicación de una responsabilidad objetiva, por cuanto ante la falta de exhibición del documento se genera la multa. No obstante, la finalidad de la sanción permite que la misma deba analizarse atendiendo las circunstancias fácticas del caso, pues si la realidad económica y financiera de la empresa deviene probada con los demás libros contables expuestos en la diligencia, debe entenderse satisfecho el propósito y por ende hay lugar a su exoneración.

(...)

En el caso de *litis*, se advierte que no se exhibió el libro de inventario y balances; en tanto que el libro de actas si se presentó, pero de manera parcial, toda vez que estaba incompleto. En ese orden, es claro para la Sala la procedencia del análisis

## SECCIÓN CUARTA

efectuado por el Consejo de Estado en el sentido de que, si la realidad financiera del ente económico se acredita con los restantes libros contables que tuvo a la vista la Administración, deberá entenderse subsanada la irregularidad y satisfecha la solicitud de información; supuesto que ocurre en el sub júdice, puesto que con el libro de mayor y balances se demuestra el inventario existente para el año gravable 2010 y en lo que concierne al libro de actas, conforme a lo manifestado por la propia Administración, el mismo sí fue exhibido pero de manera incompleta, circunstancia que escapa al alcance de lo previsto por la normativa como hecho generador de la sanción por irregularidades en la contabilidad sancionado por la DIAN, en atención a que dicha infracción fue considerada para la imposición de la sanción por no envío de la información, de suerte que si este hecho constituye el fundamento para imponer una vez más la sanción, tal decisión comporta multar al contribuyente dos veces por un mismo hecho, contraviniendo con ello el principio constitucional del *non bis in ídem*. (...)"

[Providencia de 29 de octubre de 2020, Sección Cuarta, Subsección "B", Exp. 25000233700020180003200, M.P. Dra. Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda– Primera Instancia.](#)

---

# ACCIONES DE TUTELA

## ACCIÓN DE TUTELA / DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN - Objeto y modalidades del derecho de petición – Componentes que integran el núcleo esencial del derecho fundamental de petición / CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO - Configuración

**Problema Jurídico:** *Determinar conforme a la impugnación presentada por la Directora (A) de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES-, si debe confirmarse o revocarse la sentencia objeto de esta providencia.*

**Tesis:** “(...) El derecho de petición presenta un núcleo esencial complejo, ampliamente desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Este se integra por la facultad (i) que tiene una persona de presentar peticiones respetuosas, en interés general o particular, ante las autoridades y también ante organizaciones privadas, previa reglamentación del legislador y los deberes correlativos del sujeto pasivo de (ii) recibir la petición (iii) otorgar una "respuesta material", (v) dentro del plazo dispuesto legalmente, y (vi) notificarla en debida forma.”

### 3.1 De la carencia actual del objeto por hecho superado.

(...)

Tal como lo ha señalado la anterior jurisprudencia (sentencia de la Corte Constitucional T-358 de 2014, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Anota relatoría), se está frente a un hecho superado cuando entre el momento de la interposición de la acción constitucional y el fallo, la entidad accionada ha satisfecho por completo la pretensión contenida en el escrito de tutela. (...)

[Providencia de 6 de octubre de 2020, Sección Primera, Subsección “A”, Exp. 11001334104520200017701, M.P. Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno – Segunda Instancia.](#)

## ACCIÓN DE TUTELA – Requisitos generales de procedibilidad – Procedencia excepcional para la protección de derechos prestacionales / HABEAS DATA – Obligación de custodia, conservación y guarda de la información laboral

**Problema jurídico:** *Determinar si las accionadas han vulnerado los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, igualdad y seguridad social del accionado y en consecuencia disponer su protección.*

**Tesis:** “(...) 4.1. La tutela y sus requisitos generales de procedibilidad.

(...)

En cuanto tiene que ver con la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha señalado que este no “es susceptible de definición legal o reglamentaria, teniendo en cuenta que se trata de un concepto abierto o indeterminado al que debe darle contenido el juez constitucional en cada caso concreto. Quiere decir lo anterior, que la labor judicial es trascendental para determinar su configuración, que en últimas resulta de la apreciación de las circunstancias fácticas que motivaron el ejercicio de la acción de tutela”.

### 4.3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para la protección de derechos prestacionales.

(...)

Así las cosas y visto lo anterior (sentencias de la Corte Constitucional T-225 de 1993, MP. Vladimiro Naranjo Mesa, SU-544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, T-1316 de 2001, MP (E): Rodrigo Uprimny Yepes, T-983-01, MP: Álvaro Tafur Galvis. Anota relatoría), para la Sala es claro que, para tener la tutela como medio procedente en casos relacionados con el reconocimiento de los derechos pensionales, es imperativo que se demuestre la necesidad de que se protejan los derechos de manera inmediata, demostrando, siquiera sumariamente, la posibilidad de que se materialice un perjuicio irremediable para no acudir a un mecanismo ordinario de defensa.

Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales se demuestra que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

(...)

### 4.4. Improcedencia de la Acción de Tutela cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales.

(...)

Por tanto, prima la idoneidad de los mecanismos ordinarios de defensa que estipula la legislación nacional, sin que sea la Tutela el instrumento principal cuando no se haya demostrado un perjuicio irremediable.

(...)

Como quedó plasmado en la parte considerativa de la presente providencia, en primera medida se puede establecer que la tutela no procede para el reconocimiento de derechos pensionales, toda vez que tal atribución le corresponde a la justicia

## ACCIONES DE TUTELA

laboral o contenciosa administrativa según el caso, en el entendido de que el derecho a la seguridad social es prestacional, pero que por conexidad se pueden llegar a vulnerar derechos que si son fundamentales cuando del desconocimiento de los derechos se afecta la vida, la dignidad humana, el mínimo vital y demás derechos conexos.

(...)

Del extracto anterior (sentencia de la Corte Constitucional T-097 de 2014. Anota relatoría) se entiende que la acción de tutela desde las disposiciones legales y jurisprudenciales es improcedente al existir otros mecanismos de defensa judicial, y la única excepción de procedencia es cuando el juez constitucional observe que con la aplicación o ejecución de dicho Acto Administrativo se configure un perjuicio irremediable.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala observa que a pesar de que las solicitudes del accionante fueron resueltas, también lo es que no se evidencia una protección efectiva del derecho fundamental a la seguridad social y al habeas data toda vez que, a pesar de existir soportes de los aportes realizados por el accionante, la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES no ha reactivado el señor Bedoya Escobar en su base de datos, situación que permite a ésta Corporación revocar la sentencia de primera instancia y en consecuencia amparar los derechos fundamentales al Habeas Data y Seguridad social al no evidenciarse que la situación de afiliación del accionante haya sido definida para que pueda adelantar los trámites respectivos de su pensión de vejez.

(...)

Vale la pena indicar que los errores operacionales que puedan surgir entre la Administradora de Fondo de Pensiones-PORVENIR y la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES en relación con la afiliación no pueden ser asumidos por el accionante teniendo en cuenta que es la demandada quien tiene la obligación de custodia, conservación y guarda de la información laboral del accionante, por lo que se ven vulnerados sus derechos fundamentales. (...)

[Providencia de 13 de octubre de 2020, Sección Primera, Subsección "A", Exp. 11001333603620200010901, M.P. Dr. Felipe Alirio Solarte Maya– Segunda Instancia.](#)

---

### ACCIÓN DE TUTELA / DERECHO DE PETICIÓN – Contenido y alcance del núcleo esencia del derecho fundamental de petición

**Problema Jurídico:** *Establecer la procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos constitucionales fundamentales a la vida, debido proceso, salud y seguridad social, presuntamente vulnerados por el hecho de emitir las Resoluciones No. 005636 de 17 de junio de 2020 “por la cual se decretan medidas cautelares”, resolviendo decretar el embargo de los dineros que reposan en varias cuentas (de ahorros, corrientes, CDT, etc.) pertenecientes al Hospital Universitario San Ignacio y la no. 008026 de 24 de junio de 2020, en la cual se libró mandamiento de pago en contra del Hospital Universitario San Ignacio por cierto valor que “corresponde al saldo de capital de la obligación impuesta a través de la Resolución PARL002441 de 18 de mayo de 2016 y sus respectivos intereses moratorios causados desde la fecha en que se hizo exigible, hasta que se realice su satisfacción total de conformidad con lo señalado en el artículo 1617 del Código Civil”. Tesis: “(...) Lo anterior, considera la Sala que constituye una respuesta evasiva a lo solicitado por el demandante que, en su momento fue “el levantamiento de las medidas cautelares ordenadas mediante acto administrativo por exceder lo establecido en la ley”, y no hubo manifestación alguna al respecto, por lo que, aún continúa vulnerándosele estos derechos (petición y al debido proceso) al Hospital demandante.*

(...)

Así las cosas y haciendo suyas las jurisprudencias antes transcritas (sentencias de la Corte Constitucional T-1150 de 2004, M.P. Dr. Humberto Sierra Porto y T-249 de 2001, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Anota relatoría), la Sala considera que con la conducta de la Superintendencia Nacional de Salud, no se satisfizo los derechos fundamentales de petición y al debido proceso, es decir que, no se superó el hecho que motivó esta acción, se encuentra acreditada la violación de los mismos, por lo tanto, en este sentido, se impone proteger dichas garantías constitucionales, para cuyo efecto se ordenará al Coordinador del Grupo de Cobro Persuasivo y Jurisdicción Coactiva de la Superintendencia Nacional de Salud, o a su delegado que, dentro del término de 48 horas hábiles contadas a partir de la notificación de esta providencia, emita respuesta de fondo a la solicitud presentada el 22 de julio de 2020 y notifique la misma, en la forma indicada en los artículos 65 a 73 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo que, se modificará el fallo impugnado en esos aspectos. (...)

[Providencia de 20 de octubre de 2020, Sección Primera, Subsección "B", Exp. 11001333400620200012401, M.P. Dr. Oscar Armando Dimaté Cárdenas– Segunda Instancia.](#)

---



## ACCIONES DE TUTELA

### ACCIÓN DE TUTELA / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – Principio de publicidad / ACCIÓN DE TUTELA – Carga probatoria

**Problema Jurídico:** *Establecer si la Agencia Nacional de Minería vulneró los derechos fundamentales del debido proceso, defensa y contradicción de la accionante con el rechazó por extemporáneo de los recursos interpuestos contra la Resolución número 001070 de 23 de octubre de 2019 mediante la cual resolvió la solicitud de legalización minera número NGO-11241.*

**Tesis:** "(...) 10) En ese entendimiento se tiene que existe un debate frente a la fecha real en que la señora (\*\*\*) tuvo conocimiento de la decisión y que amerita un desarrollo probatorio que no es natural de un trámite sumario como el de la acción de tutela, sino que, es propio del trámite del proceso ordinario pertinente pues en esta oportunidad tanto la parte actora como la accionada incumplieron la carga probatoria que les impone la ley.

11) En ese orden de ideas la Sala no logra obtener plena certeza de la situación planteada en la solicitud de amparo constitucional pues, de los documentos que aportaron las partes no se establece con claridad la fecha en que independiente de la modalidad de notificación, esto es, por aviso o personal, la parte demandante conoció del acto administrativo, por lo que es forzoso concluir que en relación a la controversia que suscita la presente acción de tutela la actora debió recurrir al juez natural para pretender el amparo reclamado ya que, si bien la tutela tiene como una de sus características la informalidad lo cierto es que la decisión judicial "no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela."

12) En consecuencia se precisa que en el presente caso no es procedente la acción de tutela para decidir sobre la reclamada indebida notificación de la Resolución número 001070 del 23 de octubre de 2019 mediante la cual la Agencia Nacional de Minería rechazó la solicitud de minería tradicional número NGO-11241, toda vez que no obra prueba en el expediente que sustente el derecho reclamado por lo cual se desestimará el amparo solicitado, pues, en virtud del principio de subsidiariedad la actora cuenta con otros medios de defensa idóneos para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y reclamar el amparo de los derechos objeto de esta tutela, sin perjuicio de que según lo regulado en el numeral 2 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 cuando la administración pública impide el ejercicio de los recursos en vía administrativa el interesado queda habilitado para acudir directamente en demanda ante el juez. (...)"

[Providencia de 20 de octubre de 2020, Sección Primera, Subsección "B", Exp. 11001333502320200016501, M.P. Dr. Fredy Ibarra Martínez– Segunda Instancia.](#)

### ACCIÓN DE TUTELA – Principio de subsidiariedad – Perjuicio irremediable / ACCIÓN DE TUTELA – Procedencia excepcional para el reconocimiento de prestaciones sociales y seguridad social

**Problema jurídico:** *Establecer si: i) ¿Es procedente el mecanismo de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de mesadas pensionales o asignación de retiro?, en caso afirmativo determinar si: ii) ¿La entidad demandada vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, mínimo vital e igualdad del señor (\*\*\*)? y si como consecuencia de este análisis, debe confirmarse, modificarse o revocarse la sentencia impugnada.*

**Tesis:** "(...) (i) **Principios de subsidiariedad como requisitos de procedencia de la acción de tutela**

La acción de tutela conforme el artículo 86 Constitucional y el artículo 6º, numeral 1º, del Decreto 2591 de 1991, solo procederá cuando el afectado no disponga de otros recursos o medios de defensa judiciales para la protección de sus derechos, o cuando existiéndolo no sea expedito u oportuno o sea necesario el amparo para evitar un perjuicio irremediable.

(...)

Así las cosas, antes de pretenderse la defensa por vía de tutela, el interesado debe buscar la protección a través de otros medios judiciales que resulten eficaces y que estén disponibles, por cuanto la acción de tutela no tiene la virtud de poder desplazar mecanismos previstos en la normatividad vigente, salvo casos excepcionales ante circunstancias -acreditadas siquiera sumariamente- que ameriten la intervención urgente del juez de tutela.

(...)

En ese orden de ideas, se entiende por perjuicio irremediable, toda lesión o afectación a un derecho fundamental en virtud de una acción u omisión de las autoridades públicas que, de no ser amparado en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular, por lo que su ocurrencia requiere de medidas urgentes para precaverlo, caso en el cual será procedente el amparo tutela como mecanismo transitorio conforme a lo señalado en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

**(ii) Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales y seguridad social.**

(...)

## ACCIONES DE TUTELA

Al respecto la Corte Constitucional ha indicado la procedencia excepcional para el amparo constitucional, en los siguientes eventos:

*“i) El estado de salud del solicitante, ii) El tiempo que la autoridad pensional demora en desatar el procedimiento administrativo, iii) La edad del peticionario, iv) La composición de su núcleo familiar, en el entendido de las personas que tiene a su cargo, o si ostenta la calidad de cabeza de familia, v) El potencial conocimiento de la titularidad, vi) las circunstancias económicas del interesado, el análisis que incluye el promedio de los ingresos frente a los gastos, el estrato socioeconómico y la calidad de desempleado”.*

En tal sentido, el medio de defensa judicial ordinario se tornará ineficaz cuando el accionante tiene una edad avanzada y este debe suplir las necesidades básicas de su núcleo familiar.

(...)

En consecuencia, a lo anterior, para que la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio o definitivo la protección de la seguridad social, será en cabeza del accionante, el encargado de probar la afectación y vulneración a sus derechos fundamentales.

(...)

Lo cierto es, que conforme las probanzas obrantes en el plenario, al actor le fue reconocida una asignación de retiro mediante la Resolución No. 8769 del 23 de marzo de 2018 expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, acto administrativo que debe ser controvertido por los mecanismos ordinarios dispuestos para tal fin, esto es, el medio de control la nulidad y restablecimiento del derecho. (...)

[Providencia de 2 de octubre de 2020, Sección Primera, Subsección “B”, Exp. 11001333400120200016901, M.P. Dr. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón– Segunda Instancia.](#)

---

**ACCIÓN DE TUTELA / ESTADOS DE EXCEPCIÓN – Alcance frente a los derechos fundamentales – Exigencias legales para restringir los derechos no intangibles en el marco de los estados de excepción / DERECHO FUNDAMENTAL AL MÍNIMO VITAL – En el marco de los estados de excepción / ACCIÓN DE TUTELA – Carga probatoria / PROGRAMA DE INGRESO SOLIDARIO – Criterios de selección**

**Problema jurídico:** *Establecer si ¿El PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, la SECRETARIA DE INTEGRACIÓN SOCIAL, el MINISTERIO DE HACIENDA, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL –DPS, vulneran los derechos fundamentales al señor (\*\*\*) a la vida digna, al mínimo vital, a la alimentación adecuada y a la vivienda digna en el marco del confinamiento preventivo obligatorio ordenado en virtud de la emergencia económica, social y ecológica provocada por la pandemia por coronavirus (Covid -19) que estuvo vigente hasta el 01 de septiembre hogaña?*

**Tesis:** *“(...) i) De los Estados de Excepción y la facultad del gobierno nacional para regular situaciones de emergencia. Alcance sobre los derechos fundamentales.*

(...)

La regla general es la prohibición de limitar y suspender derechos y en caso de ser necesarias limitaciones a algunos, aquellas **no pueden hacer nugatoria la dignidad humana**, la intimidad, la libertad de asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, la libertad de expresión y de los demás derechos humanos y libertades fundamentales.

(...)

En este marco, el Ejecutivo, cuando ha de limitar un derecho o libertad mediante decretos legislativos, debe cumplir los lineamientos establecidos bajo las siguientes reglas:

1. No puede afectar el núcleo de los derechos. Impera el principio de legalidad que proscribe la arbitrariedad. Por lo mismo deviene establecer las garantías necesarias.
2. Debe justificar expresamente su limitación, de tal manera que permita demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por las cuales se hace necesaria.
3. Las facultades extraordinarias solo pueden ser ejercidas si se cumplen los principios de necesidad, finalidad, proporcionalidad y motivación de incompatibilidad, claramente descritos en la norma, siempre que se den las condiciones y exigencias de la ley regulatoria de los estados de excepción; así mismo está garantizada la no discriminación.
4. Y, la proporcionalidad se orienta a que la limitación de los derechos solo es admisible en la medida de la necesidad para el retorno a la normalidad.

## ACCIONES DE TUTELA

(...)

### **ii) La declaratoria del estado de Emergencia económica, social y ecológica y el derecho fundamental al mínimo vital.**

(...)

Sin embargo, resulta un hecho de público conocimiento de la crisis tendrá amplia repercusión en el mercado laboral y en la situación de pobreza y vulnerabilidad socio-económica de la población mundial, de modo que el gobierno nacional y local ha puesto en marcha políticas concretas, a fin de garantizar a la población que se queda sin ingresos en virtud de las medidas que han debido adoptarse para atender la pandemia, el derecho al mínimo vital.

(...)

### **iii) Carga probatoria en sede de acción de tutela.**

(...)

Sin perjuicio de lo anterior, debido a que el objeto de esta acción constitucional es procurar la protección de los derechos fundamentales, la carga probatoria tiende a ser dinámica, permitiendo que la misma se traslade dependiendo de la facilidad en la que se encuentren los extremos en litigio para acceder a la prueba.

De todas formas, al afectado le asiste la obligación de relatar con claridad los hechos generadores del agravio y acreditar siquiera de manera sumaria sus afirmaciones, mientras la autoridad deberá desvirtuarlas, máxime cuando el Decreto 2591 de 1991 establece que ante la ausencia de informe por parte del extremo pasivo del litigio, se presumirá la veracidad de aquellos; no obstante, si del acervo probatorio no es posible corroborarlos se impone para el intérprete judicial negar las pretensiones, aspecto sobre el cual la H. Corte Constitucional (en sentencia de la Corte Constitucional T-153 de 2011, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Anota relatoria) ha precisado lo siguiente:

***“(...) un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario. Por eso, la decisión del juez constitucional no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes.***

***Los hechos afirmados en la acción de tutela deben ser probados siquiera sumariamente para que el juzgador tenga la plena certeza sobre los mismos. No es posible sin ninguna prueba acceder a la tutela. La valoración de la prueba se hace según la sana crítica, pero es indispensable que obren en el proceso medios probatorios que permitan inferir la verdad de los hechos.”***

Así las cosas, las partes no pueden evadir la carga procesal que les asiste en materia probatoria so pena de que se aplique la presunción legal de que trata el artículo 21 del Decreto 2591 de 1991, para el demandado, o no se tutelen los derechos fundamentales invocados por el accionante.

(...)

En virtud a lo anterior, se han implementado programas a nivel Nacional de ayudas por la emergencia sanitaria como lo es Ingreso Solidario – PIS, mediante Decreto Legislativo 518 del 4 de abril de 2020, el cual consiste en tres transferencias monetarias por valor de ciento sesenta mil pesos (\$160.000) mcte, bajo unos criterios de selección establecidos con el fin de poder llegar a la población pobre y más vulnerable de Colombia, para eso los hogares no deberán recibir ningún beneficio ya ofrecido por el Gobierno en los programas de Familias en Acción, Jóvenes en Acción, Colombia Mayor, Devolución del IVA y este deben estar registrados en el SISBEN. (...) ”

[Providencia de 9 de octubre de 2020, Sección Primera, Subsección “B”, Exp. 11001334205620200021101, M.P. Dr. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón– Segunda Instancia.](#)

**ACCIÓN DE TUTELA / EL DERECHO A LA REUNIÓN Y A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA Y PACÍFICA COMO PILARES DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y PLURALISTA – Función de la protesta social – Libertad de expresión y democracia - Protocolo para la coordinación de las acciones de respeto y garantía a la protesta pacífica como un ejercicio legítimo de los derechos de reunión, manifestación pública y pacífica, libertad de asociación, libre circulación, a la libre expresión, libertad de conciencia, a la oposición y a la participación, inclusive de quienes no**

## ACCIONES DE TUTELA

participan en la protesta pacífica - El derecho a la protesta pacífica y manifestación no es de carácter absoluto / **ACCIÓN DE TUTELA – Procedencia frente a derechos cuya naturaleza tiene una doble connotación de fundamentales y de colectivos – Sujeto pasivo –**

**Tesis:** “(...) El derecho a reunirse y manifestarse pública y pacíficamente ha sido reconocido por la Corte Constitucional *«como una de las varias manifestaciones que tiene la libertad de expresión»*. Es así como dentro de un Estado Social de Derecho que antepone la participación democrática y que además garantiza el ejercicio de otros derechos de rango constitucional, la protesta social tiene como función democrática llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades de ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades.

(...)

En otras palabras, la reunión y la manifestación pacífica en espacios públicos y específicamente la protesta en el régimen constitucional, constituyen un mecanismo útil para la democracia y para lograr el cumplimiento cabal del pacto social, pues es a través de estos medios de participación que se expresan las inconformidades ciudadanas de grupos sociales —la mayoría vulnerables— que no han sido escuchados institucionalmente.

(...)

(...) habrá de entenderse que las manifestaciones públicas en cuanto comportan en su esencia el derecho a fundamental de expresión tendiente a comunicar una idea, dar una opinión o emitir colectivamente un discurso en ejercicio del derecho a la libertad de expresión desde una dimensión colectiva.

(...)

Es así que el derecho a manifestarse públicamente se resume y se comprende en el siguiente razonamiento del máximo órgano de revisión de tutelas: «este derecho protege la libertad de cualquier persona sin discriminación, para expresar pensamientos, opiniones, información e ideas sin limitación alguna. En cuanto al contenido de las expresiones también se ha dicho que su nivel de protección depende del tipo de discurso, lo cual incluye expresiones socialmente aceptadas, así como expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o contrarias a las creencias de la mayoría. De igual manera, las formas de expresión de los discursos también están garantizadas por la Constitución, así, la expresión de las ideas no se restringe al lenguaje convencional, sino que admite el simbólico o metafórico, aunque cada medio tenga sus problemas y especificidades jurídicas. Ahora bien, es claro que el ejercicio de este derecho tiene deberes y responsabilidades e impone obligaciones a las autoridades».

(...)

### **9.4. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

**9.4.1. Legitimación por activa, y procedencia de la Acción de Tutela frente a derechos cuya naturaleza tienen una doble connotación de fundamentales y de colectivos.**

(...)

En ese contexto, a quien directamente se le impida o se le obstruya el ejercicio de los derechos a reunirse y a manifestarse públicamente puede acudir en acción de tutela para que se le salvaguarden mediante medidas tendientes a protegerlos. De la misma manera, cuando se reclame esa salvaguarda para todo el colectivo social, la acción procedente es la ACCIÓN POPULAR (art. 88 C.P.), máxime cuando se encuentra en juego y amenazada la seguridad pública, situación que autoriza a cualesquiera personas que se crea y se sienta afectada o a quien se le cause un daño en su integridad personal o sus bienes para ejercitarla en defensa de los miembros de la comunidad.

(...)

Las anteriores prescripciones normativas (artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991. Anota relatoría) dejan claro que la acción de tutela se debe dirigir contra el particular o la autoridad causante de la amenaza o agravio cuando se tiene identificada la persona que lo causa, en su defecto, contra el representante legal del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. En todo caso, habrá lugar a vincularlos a ambos cuando hubiesen actuado por órdenes o instrucciones de un superior.

(...)

No obstante, el derecho a la protesta pacífica y manifestación no es de carácter absoluto y es el mismo artículo 37 constitucional el que consagra *“que solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar -su ejercicio-”*. Es en virtud de la ley que se emiten por parte del Ministerio del Interior y de la Policía Nacional, las citadas resoluciones con parámetros para el servicio, uso de la fuerza, armas en manifestaciones y control de disturbios que, en el caso de desplegarse fuerza por parte de miembros de la institución civil, está siempre debe obedecer a los principios de

## ACCIONES DE TUTELA

necesidad, proporcionalidad y racionalidad, con el objetivo constitucional de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, acatando también la Constitución Política, por lo que no se debe entender o asumir el uso desmedido y sin control de la fuerza por parte de la Policía Nacional durante las manifestaciones, dado que sus integrantes deben cumplir las restricciones que el legislador ha consagrado en los diferentes instrumentos normativos como las normas de convivencia ciudadana, el Código Nacional de Policía y Convivencia, el Código Penal de manera que surta tanto el reconocimiento del ejercicio a la protesta pacífica como la garantía de los intereses de terceros ajenos, inclusive, así como la seguridad, la moralidad y la salubridad pública.

(...)

**“Retomando el escenario de la movilización social, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- como órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos -OEA-, que promueve la observancia y la defensa de los derechos humanos de la región ha documentado la percepción de los Estados de la región de las protestas como una amenaza para la estabilidad del gobierno o para la seguridad interior, respondiendo de manera desproporcionada ante su ocurrencia. En ese sentido, la falta de cumplimiento de las obligaciones de respeto y de garante frente a los derechos involucrados en la protesta ha derivado en hechos de violencia generalizada en los que no sólo se afecta seriamente el ejercicio de este derecho, sino que también se comprometen los derechos a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad personal de los participantes en las manifestaciones de protesta social<sup>43</sup>.**

“Sobre este asunto, la CIDH ha señalado que los Estados están obligados a garantizar y facilitar el ejercicio de los derechos humanos que se ponen en juego durante manifestaciones y protesta e implementar medidas y mecanismos para que estos puedan ejercerse en la práctica, no como forma de obstaculizarlos. La Corte Interamericana también se ha pronunciado respecto a que la seguridad ciudadana no puede basarse en un paradigma de uso de la fuerza que apunte a tratar a la población civil como el enemigo, sino que debe consistir en la protección y control de los civiles que participan de manifestaciones

(...)

(...) si bien la libertad de reunión pacífica, de expresión, de asociación y de participación no son absolutos, las restricciones a estos derechos deben sujetarse a una serie de requisitos toda vez que el derecho a la protesta debe ser considerada la regla general, y las limitaciones a este derecho deben ser la excepción.

**“Por consiguiente, para que tales restricciones sean legítimas deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública, en los términos de los artículos 13, 15 y 16 de la Convención Americana, y de los artículos IV, XXI y XXII de la Declaración.”**

(...)

**Esas razones conducen a disponer en esta sentencia que el protocolo para que permita el libre ejercicio del derecho a manifestarse debe al menos evidenciar a corto plazo medidas tales como la identificación de las personas y grupos que se infiltran en las marchas y causan los desmanes y desórdenes, como las acciones que deben emprender los agentes de la policía para recuperar el control del orden público con la impartición de órdenes concretas de la manera de actuar en ese momentos de caos y sin que constituya justificación la legitimación en la defensa individual del policía la desproporcionalidad de su conducta atacando por la fuerza a personas indefensas que lo único que hacen es ejercer su derecho a manifestarse.**

**Así también los Gobiernos Locales de los municipios y del Distrito Capital de Bogotá no solo deberán limitarse a conceder los permisos para las respectivas manifestaciones, sino conformar un grupo élite que se encargue de coordinar con los líderes de los sindicatos el cómo y por dónde se llevarán las mismas de tal manera que se tenga claridad que no se pondrá en peligro el derecho a la vida de los manifestantes. (...)**

**Salvamento de voto de la Dra. CARMEN AMPARO PONCE DELGADO**

**ACCIÓN DE TUTELA – Criterios que permiten establecer la procedencia de la acción de tutela, cuando se alega vulneración de derechos fundamentales que derivan de la violación de un derecho que, en principio puede ser concebido como colectivo – Procedencia para amparar el derecho a la paz**

**Tesis: “1. DE LA PROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS.**

(...)

De acuerdo con decantada jurisprudencia de la Corporación (Sentencias de la Corte Constitucional T-219 de 2004; T-1451 de 2000; T-1527 y SU-1116 de 2001; T-644 de 1999; T-244 de 1998; SU-429 de 1997; T-500 de 1994; SU-067 y T-254 de 1993; y, más recientemente, las sentencias T-517 de 2011; T-576, T-584, T-661 y T-1085 de 2012; T-082 y T-443 de 2013; T-139 y T-362 de 2014; T-042, T-080, T-343 y T-389 de 2015. Anota relatoría), cuando se pretenda solicitar el amparo de derechos fundamentales que derivan de la violación de un derecho que, en principio, puede ser concebido como colectivo,

# ACCIONES DE TUTELA

el juez constitucional debe ser especialmente cuidadoso al momento de determinar si la acción procedente es la acción popular o la acción de tutela. Así, el hecho de que se pretenda la protección de un derecho colectivo no implica, *per se*, la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que pueden existir circunstancias que hacen necesaria la intervención urgente e inmediata del juez de tutela.

La jurisprudencia de la Corte (en sentencias de la Corte Constitucional SU-1116 DE 201, MP Dr. Eduardo Montealegre Lynett y T-661 de 2012, M.P. Dra. Adriana M. Guillén. Anota relatoría) ha fijado los criterios que permiten establecer la procedencia excepcional de la acción de tutela en tales eventos, así:

- (i) *Que exista conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la violación o amenaza de un derecho fundamental, de tal forma que el daño o amenaza del mencionado derecho sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo.*
- (ii) *El demandante debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de carácter subjetivo.*
- (iii) *La vulneración o la amenaza del derecho fundamental debe estar plenamente acreditada.*
- (iv) *La orden judicial que se imparta en estos casos debe orientarse al restablecimiento del derecho de carácter fundamental y “no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente un derecho de esa naturaleza”.*
- (v) *Adicionalmente, es necesario la comprobación de la falta de idoneidad de la acción popular en el caso concreto.*

Respecto de este último supuesto, ha dicho:

*(...) en principio la Ley 472 de 1998 es un instrumento idóneo y eficaz para enfrentar las vulneraciones o amenazas a los derechos colectivos. (...) En tales circunstancias, la entrada en vigor de una regulación completa y eficaz sobre acciones populares implica que, fuera de los cuatro requisitos señalados (...) para que la tutela proceda en caso de afectación de un derecho colectivo, es además necesario, teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual de la tutela (CP art. 86), que en el expediente aparezca claro que la acción popular no es idónea, en concreto, para amparar específicamente el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo, por ejemplo porque sea necesaria una orden judicial individual en relación con el peticionario. En efecto, en determinados casos puede suceder que la acción popular resulta adecuada para enfrentar la afectación del derecho colectivo vulnerado, pero ella no es suficiente para amparar el derecho fundamental que ha sido afectado en conexidad con el interés colectivo. En tal evento, la tutela es procedente de manera directa, por cuanto la acción popular no resulta idónea para proteger el derecho fundamental. Pero si no existen razones para suponer que la acción popular sea inadecuada, entonces la tutela no es procedente, salvo que el actor recurra a ella como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente resuelve la acción popular en curso y cuando ello resulte indispensable para la protección de un derecho fundamental.”*

(...)

Y concluyó que el derecho a la paz puede ser amparado mediante la acción de tutela únicamente cuando adquiera un contenido concreto y subjetivo en cabeza del actor.

## 2. DE LA IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA EN EL CASO CONCRETO.

(...)

Contrario a lo expresado en el fallo, en el que se manifiesta que los accionantes están legitimados por activa por haber afirmado participar en las protestas y las autoridades no haber demostrado lo opuesto, considero que en este caso no había lugar a revertir la carga de la prueba, puesto que las negaciones indefinidas no se prueban y eran los accionantes los llamados a acreditar su interés legítimo en el proceso y la afectación de sus derechos fundamentales subjetivos para sustentar la procedencia de la tutela.

(...)

En este caso, dados los derechos colectivos involucrados, el impacto de los hechos de violencia en las comunidades afectadas directamente y en la ciudadanía en general; las autoridades involucradas en los diferentes ámbitos; la complejidad probatoria; la demora en el tiempo que lleva adelantar un proceso de concertación entre autoridades y grupos de representación ciudadana para el ejercicio de los derechos de participación en escenarios de mutuo respeto, considero que lo procedente hubiera sido adecuar el proceso y tramitarlo como una acción popular. (...)

[Providencia de 5 de octubre de 2020, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. 25000231500020200270000 Acumulado con 25000231500020200269400, M.P. Dra. Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda, con salvamento de voto de la Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado– Primera Instancia.](#)

## ACCIONES DE TUTELA

**ACCIÓN DE TUTELA – Procuraduría General de la Nación / DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, BUEN NOMBRE Y A LA HONRA – Alcance / CONFIRMA SENTENCIA - Rechazó por improcedente el amparo solicitado, debido a que la parte actora cuenta con los recursos propios del proceso disciplinario que adelanta la entidad accionada en su contra, para la defensa de sus derechos en sede administrativa y, de ser el caso, el medio de defensa judicial para controvertir la decisión de fondo, razón por la cual la tutela resulta improcedente, por tratarse de una acción que tiene el carácter de subsidiaria.**

**Problema jurídico:** *Establecer si, ¿Se presenta la vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, buen nombre y a la honra del señor (...) por parte de la PGN, que lo juzgó disciplinariamente en primera instancia encontrándolo responsable de la conducta endilgada e imponiéndole la sanción de suspensión por el término de cinco (5) meses, decisión que posteriormente fue anulada por la Sala Disciplinaria de la PGN, que ordenó adecuar el trámite respectivo, ante lo cual se debe declarar la nulidad de lo actuado por vulneración de la garantía a no ser juzgado por los mismos hechos, o si por el contrario, la acción de tutela es improcedente frente a tales pretensiones tal como declaró el fallo de primera instancia, como quiera la parte actora cuenta con los recursos propios del proceso disciplinario que adelanta la entidad en su contra para la defensa de sus derechos en sede administrativa?*

**Tesis:** "(...) considera la Sala conforme la jurisprudencia constitucional reseñada y a las pruebas allegadas a las presentes diligencias, que, si bien es cierto la tutela tiene el carácter de residual y subsidiaria, el juez de tutela debe analizar cada caso en particular, de acuerdo con las circunstancias que se presenten, con el fin de determinar la procedencia o no de la misma. (...) lo citó a audiencia pública en su condición de ex Secretario General de la Jurisdicción Especial para la Paz, a fin de ser escuchado en versión libre y negó la solicitud de archivo de la diligencia, (...) pretende que se ordene a la entidad accionada archivar el proceso disciplinario que se adelanta en su contra (...) rectificar en condiciones de equidad las afirmaciones que hizo en un comunicado de prensa publicado en su página web el 6 de mayo de 2019 en su contra y, abstenerse en lo sucesivo de incurrir en este tipo de conductas; finalmente, se compulse copia de la sentencia de tutela a la FGN y a la PGN para lo de su competencia, en lo relacionado con la conducta del Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa. (...) contrario a lo manifestado por el demandante, la Sala Disciplinaria de la PGN falló en segunda instancia el proceso disciplinario, disponiendo anular la sanción y todo lo actuado a partir del auto de citación a audiencia pública inclusive, porque consideró que la procuraduría delegada no podía juzgar las conductas del actor que habían tenido ocasión antes del 15 de marzo de 2018, en la medida que se trataba del ejercicio de facultades jurisdiccionales, (...) el reproche continúa respecto de las autorizaciones de salida del país que se aprobaron a partir de esa fecha que es lo que puede investigar, esto es, la posible extralimitación que tuvo lugar cuando ya carecía de las atribuciones jurisdiccionales, es decir, cuando no tenía fuero. (...) contrario a lo manifestado por el accionante, a la fecha no ha sido juzgado disciplinariamente con una decisión en firme y ejecutoriada, respecto de la comisión o no de las conductas que se le endilgan, como quiera que se anuló la sanción y lo actuado a partir del auto de citación a audiencia pública inclusive, debiendo rehacerse la actuación. (...) la procuraduría delegada investiga en el proceso disciplinario los cuatro restantes permisos que se otorgaron cuando el accionante carecía de las atribuciones jurisdiccionales, lo que significa que en ese caso no existe una decisión definitiva, (...) no puede hablarse de haber sido juzgado y menos de que no pueda seguir el proceso disciplinario en la etapa que corresponda. Sin embargo, el accionante podrá plantear estos motivos de inconformidad en la actuación que se le sigue ante la autoridad accionada y, de ser el caso, ante la jurisdicción contenciosa administrativa en ejercicio del medio de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) El hecho de que haya sido anulado parte del proceso que se le adelanta al accionante no implica necesariamente que, (...) no pueda rehacerse el proceso disciplinario en la etapa que corresponda, pues la decisión de nulidad no tiene la virtualidad de dar por terminado el proceso disciplinario con la fuerza de la cosa juzgada, por el contrario, implica quede volver a reponer la actuación viciada de nulidad, sin que afecte a las pruebas recaudadas, lo anterior, dado que el art. 145 de la Ley 732 de 2002, (...) considera la Sala que la providencia proferida por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de manera alguna viola los derechos fundamentales deprecados por el actor, tampoco implica que se haya apartado de los efectos de la nulidad declarada por la Sala Disciplinaria, aunado a que se evidencia que la entidad accionada le ha garantizado el derecho a la defensa, al punto de declarar la nulidad de la decisión de primera instancia y dejar en claro que los efectos de la nulidad no tenía el alcance de absolver al disciplinado, pues debía enmarcarse dentro de las previsiones del artículo 145 de la Ley 734 de 2002. (...) el proceso se debe rehacer en la etapa indicada por el operador disciplinario de la segunda instancia y, ante las decisiones que no comparta el accionante, tiene los mecanismos de defensa que establece la Ley 734 de 2002 y, en el evento de que se tome una decisión definitiva, podrá interponer los recursos previstos en el precitado estatuto y si a pesar de ello no se encuentra conforme, podrá acudir en demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa. (...) es comúnmente aceptado por la comunidad jurídica que la tutela no es el mecanismo idóneo y eficaz con el que cuenta el accionante para controvertir las decisiones que se tomen en el trámite de un proceso disciplinario, máxime que en el mismo no se ha proferido la decisión de fondo, como ocurre en el caso del demandante, (...) el actor cuenta con los recursos de ley para la defensa de sus derechos en sede administrativa y, de ser el caso, controvertirla judicialmente, (...) la tutela resulta improcedente, por tratarse de una acción que tiene el carácter de subsidiaria. (...) la tutela

## ACCIONES DE TUTELA

solo puede invocarse cuando no exista otro medio de defensa judicial, o que de existir, éste no sea eficaz para la protección de los derechos que se pretenden salvaguardar y así evitar un perjuicio irremediable. (...) se deberá apreciar en cada caso concreto su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (...) el proceso disciplinario que se adelanta al accionante se encuentra en la etapa de inicio, (...) este tiene la oportunidad intervenir y ejercer su derecho de defensa y contradicción, o si lo considera oportuno, al finalizar el proceso disciplinario acudir a los instrumentos judiciales ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. (...) el accionante no demostró ninguna circunstancia que amerite la intervención inaplazable del juez constitucional, pues no se evidencia una situación de riesgo o peligro alguno en el goce pleno de sus derechos, por cuanto no existen elementos de juicio que permitan concluir que bajo este aspecto ha acaecido o acaecerá en el accionante un perjuicio irremediable. (...) La Sala CONFIRMARÁ el fallo recurrido que rechazó por improcedente el amparo solicitado, debido a que la parte actora cuenta con los recursos propios del proceso disciplinario que adelanta la entidad accionada en su contra, para la defensa de sus derechos en sede administrativa y, de ser el caso, el medio de defensa judicial para controvertir la decisión de fondo, razón por la cual la tutela resulta improcedente, por tratarse de una acción que tiene el carácter de subsidiaria. (...)."

[Providencia de 20 de marzo de 2020, Sección Segunda, Subsección "E", Exp. 110013343058202000040-01 M.P. Dr. JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN – Segunda Instancia.](#)

**ACCIÓN DE TUTELA – Presidencia de la República de Colombia, Consejería Presidencial de las Personas con Discapacidad y Ministerio del Interior Vinculados: Alcaldía Mayor de Bogotá y Secretaría de Integración Social de Bogotá / DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA, IGUALDAD, MÍNIMO VITAL, PROTECCIÓN ESPECIAL CONSTITUCIONAL Y DIGNIDAD HUMANA – Alcance / RECHAZA AMPARO - Se trata de pretensiones que podrían catalogarse como de establecimiento de una política pública nacional de discapacidad, en lo que respecta a las pretensiones de carácter personal, la accionante no demostró haber adelantado alguna actuación ante las autoridades accionadas, la tutela no es el mecanismo idóneo para acceder a lo solicitado, solo se cuenta con el dicho de la accionante, carece de todo respaldo probatorio, no es viable acceder a lo pretendido solo con fundamentado en lo manifestado por la actora y, si bien se presume que esta actúa con base en el principio de la buena fe, esto no la releva de haber acreditado la carga probatoria que le incumbe como accionante por la vía de tutela, se rechazará el amparo solicitado por improcedente.**

**Problema jurídico:** *Establecer si, ¿La Presidencia de la República, la Consejería Presidencial para la Participación de las Personas con Discapacidad, el Ministerio del Interior y la Secretaría Distrital de Integración Social vulneraron los derechos fundamentales a la vida, igualdad, mínimo vital, protección especial constitucional y dignidad humana a la señora, o si por el contrario, la acción de tutela es improcedente ante la inexistencia de vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados?*

**Tesis:** "(...) la actora pretende el acceso a mercados y el subsidio para arriendo y servicios públicos y, que se le otorguen diversos beneficios durante el periodo de cuarentena, debido a la pandemia del covid -19, los cuales se pueden catalogar como pretensiones de carácter personal. (...) la accionante pretende igualmente que el CPPPD establezca un programa responsable en favor de la población con discapacidad que otorgue mercados y un subsidio en dinero que garantice el mínimo vital de las personas discapacitadas y sus cuidadores; que el programa "Colombia Solidaria" incluya en sus beneficios de manera específica a las personas con discapacidad y, que esta población de especial protección constitucional tenga un programa especial en casos de riesgos que amenacen la vida de los colombianos, en consecuencia, se trata de pretensiones que podrían catalogarse como de establecimiento de una política pública nacional de discapacidad. (...) en lo que respecta a las pretensiones de carácter personal, la accionante no demostró haber adelantado alguna actuación ante las autoridades accionadas, motivo por el cual la tutela no es el mecanismo idóneo para acceder a lo solicitado, dado que solo se cuenta con el dicho de la accionante, el que por demás carece de todo respaldo probatorio, por lo que no es viable acceder a lo pretendido solo con fundamentado en lo manifestado por la actora y, si bien se presume que esta actúa con base en el principio de la buena fe, esto no la releva de haber acreditado la carga probatoria que le incumbe como accionante por la vía de tutela, razón por la cual se rechazará el amparo solicitado por improcedente. (...) la Sala no desconoce que a raíz de la tutela y debido a la vinculación a la misma de la SDIS, la señora (...) fue incluida en el Sistema de Beneficiario de los Servicios Sociales de la Secretaría Distrital de Integración Social – SIRBE, por lo cual tiene la posibilidad de acceder a la ayuda humanitaria transitoria a través del servicio enlace social, que se adelanta mediante el proceso de acompañamiento y seguimiento, además, puede acceder a los servicios ofertados por dicha entidad en el marco de las funciones misionales asignadas, surtiendo las etapas y los trámites respectivos. (...) para que pueda acceder a los beneficios anteriormente indicados, es preciso contar con la activa participación de la actora, por lo que se insta para que preste su debida colaboración en todo aquello que sea requerida. (...) la accionante tiene la posibilidad de acceder a los servicios de tipo social que la SDIS brinda a la población con discapacidad, bajos los parámetros, lineamientos y el modelo de atención para la inclusión de



## ACCIONES DE TUTELA

personas con discapacidad -MAIPCD. (...) la SDIS manifestó que una vez conocida la situación de la accionante, a través del Servicio Social procedieron al amparo deprecado en lo que respecta a los servicios del Proyecto 1113, “Por una Ciudad incluyente y sin barreras” (...) y, aclaró que el ingreso a los servicios ofertados en el marco de las funciones misionales se puede llevar a cabo, siempre y cuando se surtan las siguientes etapas: i) solicitud de servicio ii) verificación de las condiciones de vulnerabilidad y el cumplimiento de los criterios de identificación del servicio al que la persona se encuentra interesada y, ii) la disposición de la cobertura o del cupo siguiendo rigurosamente el orden de las listas de personas, según sea el caso. (...) la SDIS allegó los pantallazos del Sistema de Información de Beneficiarios de los Servicios Sociales de la entidad SIRBE, de los cuales se evidencia que la señora (...) aparece registrada, y el estado del bono como autorizado, con el fin de coadyuvar a la mejoría de su condición económica y social, para lo cual se requiere de la adecuada participación de la actora, por lo que se insta a la señora (...) a que preste su debida colaboración en todo aquello que sea requerida. (...) En relación con las pretensiones de la implementación de una política pública de discapacidad, es preciso indicar que la misma ha sido consagrada a través de la Ley 1145 de 2007 (julio 10), (...) por ende, resulta improcedente la tutela respecto de estas pretensiones. (...) La Sala considera que el amparo de los derechos fundamentales invocados en la presente acción de tutela contra las autoridades a las que se dirigió se debe rechazar por improcedente, como quiera que la accionante no acreditó haber realizado algún trámite ante las entidades estatales competentes con el fin de acceder a los subsidios que otorga el gobierno, o para que la incluyan en algún programa de los que pretende con la presente acción de tutela. (...) no desconoce la Sala que con ocasión de la presente acción se vinculó a la SDIS, entidad que a su vez registró a la demandante en el Sistema de Beneficiario de los Servicios Sociales de la Secretaría Distrital de Integración Social – SIRBE, a través del cual tiene la posibilidad de acceder a la ayuda humanitaria transitoria por medio del servicio enlace social que se adelanta mediante el proceso de acompañamiento y seguimiento. Igualmente, tiene la posibilidad de ingresar a los servicios ofertados en el marco de las funciones misionales de la entidad, surtiendo las etapas y los trámites respectivos, para lo cual se requiere de la activa participación de la actora. (...) También resulta improcedente la acción de tutela para la implementación de una política pública de las personas con discapacidad, debido a que la misma se estableció en virtud de la Ley 1145 de 2007. (...) La Sala rechazará por improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante. (...).”

Providencia de 28 de abril de 2020, Sección Segunda, Subsección “E”, Exp. 250002315000202000887-00 M.P. Dr. JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN – Primera Instancia.

**ACCIÓN DE TUTELA – ESIMED S.A. / CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO – El objeto del incidente no es la imposición de la sanción en sí misma, sino proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados / CONFIRMA SANCIÓN - Se presenta desacato al fallo de tutela del 2 de septiembre de 2019, pues no se demostró por parte del incidentado que hubiese dado cumplimiento a la orden judicial, pese a los requerimientos efectuados por juzgado de instancia, motivo por el cual se confirmará la sanción impuesta.**

**Problema jurídico:** *Establecer si, ¿Es procedente confirmar o no, la sanción impuesta al señor (...) en su condición de Gerente de ESIMED S.A., consistente en multa equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por desacato al fallo de tutela proferido el día dos (2) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) que confirmó el fallo de primera instancia, que amparó el derecho fundamental al mínimo vital en consonancia con el derecho al pago del salario del señor (...)?*

**Tesis:** “(...) La juez de primera instancia concluyó que el señor (...) en su condición de Gerente de ESIMED S.A, incurrió en desacato frente a la orden impartida en el fallo de tutela proferido el día 2 de septiembre de 2019, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en consecuencia, lo sancionó con multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) La Sala concluye que se presenta desacato al fallo de tutela del 2 de septiembre de 2019, pues no se demostró por parte del incidentado que hubiese dado cumplimiento a la orden judicial, pese a los requerimientos efectuados por juzgado de instancia, motivo por el cual se confirmará la sanción impuesta. (...) Frente a la naturaleza jurídica del incidente de desacato, la Corte Constitucional en sentencia SU034/18, con ponencia del doctor Alberto Rojas Ríos, expresó que: “...corresponde a la autoridad competente verificar si efectivamente existe una responsabilidad subjetiva en el incumplimiento de la orden judicial – lo que, a su vez, conlleva examinar si se da un nexo causal fundado en la culpa o el dolo entre el comportamiento del demandado y el resultado (...) pues si no hay contumacia o negligencia comprobadas –se insiste– no puede presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento y, por lo tanto, no es procedente la sanción (...) el Consejo de Estado en casos como el presente ha razonado así: “...como la sanción objeto de consulta debe ser analizada bajo los parámetros jurisprudenciales anotados, dada su naturaleza sancionatoria, siendo obligatorio considerar el aspecto subjetivo, pues nuestro ordenamiento –entre sus principios rectores– proscrib[e] la *responsabilidad objetiva*, exigiendo que sea el resultado de una acción u omisión ejecutada dolosa o culposamente por el agente, de tal manera que no sólo se debe determinar si el funcionario sancionado incumplió la orden de tutela, sino además verificar la *responsabilidad subjetiva*” (...) el objeto del incidente no es la imposición de la sanción en sí misma, sino proteger los derechos fundamentales vulnerados

## ACCIONES DE TUTELA

o amenazados. (...) se observa que mediante sentencia del dos (2) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó la sentencia proferida el 23 de julio de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Bogotá, mediante la cual amparó el derecho fundamental al mínimo vital en consonancia con el derecho al pago del salario del señor (...) y, exhortó a la empresa Esimed S.A., para que en lo sucesivo cumpliera con las obligaciones laborales que tiene con sus trabajadores independientemente de las dificultades económicas a las que pudiera encontrarse sometida. (...) para sancionar en el incidente de desacato es necesario probar la existencia de una conducta negligente y renuente, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, situación que resulta evidenciada en el presente asunto, toda vez que el representante legal de la entidad que ha sido accionada no ha logrado demostrar que ha dado cumplimiento al mencionado fallo de tutela, y en consecuencia, que haya dispuesto de los medios necesarios para realizar los pagos de salario que le adeuda al señor Enrique Enciso Forero, sin que de otra parte exista prueba que justifique la omisión en que ha incurrido el incidentado, se reitera, independientemente de las dificultades económicas en las que se encuentre sometida. (...) la responsabilidad de este trámite estaba a cargo del señor (...) en su condición de Gerente de Esimed S.A., por tanto, en cabeza del citado radica el cumplimiento del fallo de tutela, sin que hubiera acreditado haberlo hecho pese a los reiterados requerimientos por parte del juzgado de primera instancia. En consecuencia, se procederá a confirmar la sanción impuesta por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante providencia de fecha once (11) de mayo de dos mil veinte (2020), por las razones expuestas en este proveído. (...) se exhortará al señor (...) en su condición de Gerente de la empresa Esimed S.A. para que acredite el cumplimiento del fallo de tutela proferido el dos (2) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) por esta corporación. (...)."

Providencia de 21 de mayo de 2020, Sección Segunda, Subsección "E", Exp. 110013334005201900185-01 M.P. Dr. JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN – Segunda Instancia.

**ACCIÓN DE TUTELA – Presidencia de la República y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones / DERECHO FUNDAMENTAL AL MÍNIMO VITAL – Alcance / NIEGA POR IMPROCEDENTE - La acción de tutela no procede cuando se dirige contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, como ocurre en el presente asunto, en donde se pretende la inaplicación del Decreto 568 de 15 de abril de 2020, el cual tiene fuerza de ley pues fue dictado por el Gobierno Nacional en el marco de la declaratoria de un estado de emergencia, la Corte Constitucional es la que tiene asignada la función de decidir definitivamente sobre su constitucionalidad, no se demostró la ausencia de idoneidad e ineficacia del medio ordinario de defensa judicial, tampoco la configuración de un perjuicio irremediable, pues el mínimo vital del actor se encuentra asegurado con la mesada pensional que percibe, la Sala negará por improcedente el amparo constitucional invocado por el accionante.**

**Problema jurídico:** *Establecer si, ¿La presidencia de la República y la Administradora Colombiana de Pensiones, vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y otros, del señor (...), por proceder a descontarle de su mesada pensional el impuesto solidario creado a través del Decreto 568 de 16 de abril de 2020, o si, por el contrario, la acción de tutela se torna improcedente en este asunto?*

**Tesis:** "(...) El presidente de la República a través del Decreto Legislativo 417 de 17 de marzo de 2020, declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, debido a la situación epidemiológica causada por el coronavirus (covid-19). (...) Lo anterior condujo a su vez, a la expedición del Decreto 568 de 16 de abril de 2020, por medio del cual "se crea el impuesto solidario por el covid 19, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dispuesto en el Decreto Legislativo 417 de 2020", y del cual el accionante pretende la inaplicación a su situación, por ser inconstitucional. (...) el artículo 2.º señaló que dentro de los sujetos pasivos del impuesto solidario, se encuentran los servidores públicos de todas las ramas del poder público, y las personas naturales vinculadas mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión pública, que devenguen salarios u honorarios mensuales periódicos de diez millones de pesos (\$10.000.000) o más, así como, "Los pensionados con mesadas pensionales de las megapensiones de diez millones de pesos (\$10.000.000) o más" (...) el actor pretende que esta disposición sea inaplicada a su pensión de vejez, teniendo en cuenta que la misma no puede ser objeto de una reducción del 15%, ya que ello afectaría su mínimo vital y, por ende, su sostenimiento básico y el de su familia. (...) este decreto fue expedido de conformidad con las facultades otorgadas por el art. 215 al presidente de la República, destinado exclusivamente a conjurar la crisis antes expuesta, (...) es claro que el decreto en mención es de aquellos con fuerza de ley, dictado en el marco de la declaratoria de un estado de emergencia, (...) la Corte Constitucional es la que tiene asignada la función de decidir definitivamente sobre su constitucionalidad, como lo señala expresamente el art. 241 de la Constitución Política. (...) la acción de tutela presentada por el actor resulta improcedente, pues se encuentra dirigida a la inaplicación de un acto de carácter general, y en términos de la Corte Constitucional (...) este mecanismo "no constituye el medio apto para impugnar judicialmente esta clase de actos administrativos", mucho menos frente a decretos con fuerza de ley, como en el presente caso, pues para ello, esa misma corporación tiene asignada la función de controlar su constitucionalidad. (...) la Corte indicó que, "En principio la acción de

## ACCIONES DE TUTELA

tutela dirigida a cuestionar actos administrativos de carácter general es improcedente. No obstante, esta regla tiene excepciones, hipótesis que se articulan con la ausencia de idoneidad e ineficacia del medio ordinario de defensa judicial y la configuración de un perjuicio irremediable”, (...) Al analizar el escrito de tutela se evidencia que el actor no señaló de manera puntual las razones por las cuales, en su consideración, no cuenta con otros medios de defensa, o en caso de existir, por qué los mismos carecen de idoneidad o eficacia para buscar la inaplicación del Decreto 568 de 16 de abril de 2020 a su situación, por ser inconstitucional. (...) Solo hizo referencia a sentencias de la Corte Constitucional en las que se señala de manera general que, no siempre que existan otros medios de defensa la tutela resulta improcedente. (...) al analizar lo ocurrido con el Decreto 568 de 16 de abril de 2020 se observa que la Corte Constitucional a través de auto de 8 de mayo de 2020, proferido dentro del expediente RE-293, dispuso “AVOCAR la revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 568 de abril 15 de 2020”. (...) la Corte Constitucional, como juez natural de esa norma, ya se encuentra haciendo lo propio a través del medio apto para controlar judicialmente ese decreto legislativo, como lo es el control de constitucionalidad, el cual inició de conformidad con lo señalado en el parágrafo del art. 215 de la Constitución Política, (...) solo la Corte Constitucional puede entrar a decidir acerca de la constitucionalidad del Decreto 568 de 16 de abril de 2020, sin que esta Sala observe alguna justificación que implique que ese mecanismo carece de idoneidad o eficacia para determinar si es o no acorde con la constitución política. (...) Por el contrario, dicho control de constitucionalidad es un mecanismo ágil, en el cual incluso el actor podría pronunciarse, señalando las razones por las cuales considera que es inconstitucional, y a la postre, la decisión que allí se adopte podría beneficiarlo si se llegara a declarar que no respeta la Constitución Política. (...) Perjuicio irremediable (...) Sobre este aspecto, el actor señala que no se puede aplicar el Decreto 568 de 16 de abril de 2020 a su pensión de vejez, teniendo en cuenta que la misma no puede ser objeto de una reducción del 15%, en la medida que ello afectaría su mínimo vital, por ende, su sostenimiento básico y el de su familia. (...) sostiene que es pensionado de clase media, con una familia conformada por tres hijos y su cónyuge, y que su único patrimonio lo constituye una casa que adquirió en el municipio de Chía, que en la actualidad adeuda al banco, y en donde vive en compañía de su familia, además, que no posee ninguna otra clase de bienes, dependiendo exclusivamente de su pensión. (...) no encuentra la Sala que las condiciones descritas por el accionante constituyan un fundamento que por sí solo abra la procedibilidad a la acción de tutela en este asunto, pues si bien el actor hace alusión a las obligaciones que tiene que cubrir a través de su pensión de vejez, lo cierto es que la mesada que percibe es suficientemente amplia para el desarrollo de una vida digna. (...) se puede considerar “suficiente para satisfacer aquellos aspectos comprendidos en el concepto de mínimo vital”. (...) la corporación señaló que el salario mínimo “garantiza las condiciones mínimas de subsistencia, especialmente en un país marcadamente desigual y en el que gran parte de la población aún no cuenta con la satisfacción de sus necesidades básicas”, de manera que, si el actor devenga una mesada pensional superior al salario mínimo, es claro que su mínimo vital se encuentra protegido, y ello también hace improcedente la acción de tutela. (...) se debe negar por improcedente la acción de tutela, (...) la acción de tutela no procede cuando se dirige contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, como ocurre en el presente asunto, en donde se pretende la inaplicación del Decreto 568 de 15 de abril de 2020, el cual tiene fuerza de ley pues fue dictado por el Gobierno Nacional en el marco de la declaratoria de un estado de emergencia, razón por la cual, la Corte Constitucional es la que tiene asignada la función de decidir definitivamente sobre su constitucionalidad, como lo señala expresamente el art. 241 de la Constitución Política. (...) Y, adicionalmente, en la medida que no se demostró la ausencia de idoneidad e ineficacia del medio ordinario de defensa judicial, así como tampoco la configuración de un perjuicio irremediable, pues el mínimo vital del actor se encuentra asegurado con la mesada pensional que percibe. (...) La Sala negará por improcedente el amparo constitucional invocado por el accionante. (...).”

[Providencia de 11 de junio de 2020, Sección Segunda, Subsección “E”, Exp. 250002315000202002223-00 M.P. Dr. JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN – Primera Instancia.](#)

**ACCIÓN DE TUTELA – Alcaldía Mayor de Bogotá y Presidencia de la República / DERECHOS FUNDAMENTALES AL MÍNIMO VITAL Y DIGNIDAD HUMANA – Alcance / IMPROCEDENCIA - La tutela no puede ser utilizada como mecanismo principal, para obtener actuaciones de las autoridades distritales, previamente a la interposición de la acción el demandante debió adelantar los trámites administrativos que se encontraba en la posibilidad de realizar ante las mismas, lo cual no hizo, pese a que en su caso, no se demostró que se tratara de una persona perteneciente a un grupo de especial protección constitucional, no logró demostrar los hechos narrados, ni la vulneración alegada y no existe prueba de la que pueda deducirse que el accionante tiene vedadas las vías administrativas para obtener las declaraciones que aquí pretende, tiene a su disposición el procedimiento establecido por las autoridades accionadas para acceder al Sistema Distrital Bogotá Solidaria en Casa, el que resulta idóneo y eficaz para la protección de los derechos que estima conculcados, tampoco se vislumbra la existencia de un perjuicio irremediable que amerite que la acción proceda como mecanismo transitorio.**

**Problema jurídico:** *Establecer si, ¿La Alcaldía Mayor de Bogotá y la Presidencia de la República, vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana del señor (...), al no haberle otorgado las ayudas humanitarias que requiere mientras dura el aislamiento social decretado por el gobierno, ante la imposibilidad de trabajar como lo venía haciendo como*

## ACCIONES DE TUTELA

*vendedor informal, o si por el contrario, la acción de tutela se torna improcedente en este asunto, como lo sostienen las entidades accionadas?*

**Tesis:** “(...) el accionante no aportó ninguna prueba al plenario que permita establecer su identidad, edad, composición del núcleo familiar, así como tampoco respecto de las labores que desarrollaba como vendedor informal u otro tipo de ocupaciones. (...) no señaló de manera puntual su edad, solo manifestó que se trataba de una persona mayor de edad; tampoco refirió qué personas componen su núcleo familiar, si vive solo o con cónyuge o padres; (...) si bien el accionante relata la vulneración de sus derechos fundamentales, lo cierto es que de la lectura del escrito de tutela no se logra determinar que en efecto se trate de una persona de especial protección constitucional o que se encuentre en alguna condición de desprotección tal, que pueda quedar eximido de demostrar los hechos que alega. (...) no allegó si quiera una prueba que permita establecer su identidad, edad y composición del núcleo familiar, tampoco indica en el escrito de tutela tales circunstancias de manera concreta, simplemente hace un relato de manera general, en idénticos términos a los expuestos en otras acciones de tutela por otros accionantes (...) indicando que es mayor de edad y que él y su núcleo familiar requieren ayudas por parte del distrito. (...) si “bien uno de los rasgos características de la acción de tutela es la informalidad, la Corte Constitucional ha señalado que: “el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso” (...) la SDIS informó que el actor en la actualidad es beneficiario del programa envejecimiento digno activo y feliz, a través del cual viene recibiendo un apoyo económico denominado “subsidio tipo b” en la localidad de Usme, desde el 22 de diciembre de 2015, el que corresponde a \$125.000, que son entregados al accionante cada mes. (...) aparece con información validada y publicada por el Departamento Nacional de Planeación, con un puntaje SISBÉN III de 20,93, según encuesta aplicada el 3 de noviembre de 2015. Por su parte, en la base maestra remitida por el DNP, la cual consolida la información más reciente de encuestas SISBÉN aplicadas, el actor cuenta con la misma información bajo la metodología SISBÉN III y sin clasificación en SISBÉN IV. (...) no cuenta con transferencia monetaria del Sistema Distrital Bogotá Solidaria en Casa, y actualmente el estado del hogar es no bancarizado. (...) si bien el accionante puede ser parte de la población potencialmente beneficiaria del Sistema Distrital Bogotá Solidaria en Casa, pues tal como lo señaló el Decreto 093 de 2020, esta “será aquella que pertenezca a los distintos grupos poblacionales, familias y comunidades, con énfasis en población pobre y en población vulnerable a raíz de la pandemia del COVID-19”, (...) ello debe ser acreditado ante las autoridades distritales como mecanismo principal de protección de sus derechos, con el objeto de que sean estas las que verifiquen sus condiciones y tomen las determinaciones que correspondan frente al otorgamiento de las ayudas. (...) no existe prueba en el expediente que demuestre que el actor inició la gestión que le correspondía ante las entidades accionadas, con el objeto de obtener las ayudas que pretende en la acción de tutela, por lo que es claro que acudió a este mecanismo de manera principal, sin si quiera intentar un pronunciamiento de la parte accionada, de manera que, tal situación lo que demuestra es que las entidades accionadas no incurrieron en acción u omisión alguna que pudiera conculcar los derechos del actor. (...) la tutela no puede ser utilizada como mecanismo principal, para obtener como en este caso, actuaciones de las autoridades distritales, pues previamente a la interposición de la acción el demandante debió adelantar los trámites administrativos que se encontraba en la posibilidad de realizar ante las mismas, lo cual no hizo, pese a que en su caso, como se indicó con antelación, no se demostró que se tratara de una persona perteneciente a un grupo de especial protección constitucional. (...) se concluye que la acción de tutela presentada por el actor en efecto debía ser negada, como lo dispuso la a quo, pues no logró demostrar los hechos narrados, ni la vulneración alegada y no existe prueba al interior de las diligencias de la que pueda deducirse que el accionante tiene vedadas las vías administrativas para obtener las declaraciones que aquí pretende, por el contrario, tiene a su disposición el procedimiento establecido por las autoridades accionadas para acceder al Sistema Distrital Bogotá Solidaria en Casa (...) el que a su vez resulta idóneo y eficaz para la protección de los derechos que estima conculcados. (...) tampoco se vislumbra la existencia de un perjuicio irremediable que amerite que la acción proceda como mecanismo transitorio (...) en la actualidad es beneficiario del programa envejecimiento digno activo y feliz, a través del cual viene recibiendo un apoyo económico denominado “subsidio tipo b” en la localidad de Usme, desde el 22 de diciembre de 2015, el cual corresponde a \$125.000, que son entregados al accionante cada mes. (...) se debe confirmar la decisión de primera instancia que negó el amparo invocado, (...) las entidades accionadas demostraron que si bien el actor es potencial beneficiario de las ayudas creadas a raíz de la emergencia decretada en el territorio nacional, lo cierto es que no presentó ninguna clase de petición solicitando los beneficios aquí reclamados, en todo caso, en la actualidad es beneficiario del programa envejecimiento digno activo y feliz, a través del cual viene recibiendo un apoyo económico denominado “subsidio tipo b” en la localidad de Usme, desde el 22 de diciembre de 2015, el cual corresponde a \$125.000, que son entregados al accionante cada mes. (...) no es viable acceder a lo pretendido, pues tampoco se vislumbra la existencia de un perjuicio irremediable que amerite que la acción proceda como mecanismo transitorio. (...) La Sala confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá el día veintinueve (29) de mayo del dos mil veinte (2020), que negó el amparo de los derechos fundamentales del actor. (...)”.

Providencia de 03 de julio de 2020, Sección Segunda, Subsección “E”, Exp. 110013335017202000144-01 M.P. Dr. JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN – Segunda Instancia.

## ACCIONES DE TUTELA

**ACCIÓN DE TUTELA – Presidente de la República de Colombia / DECLARA LA OCURRENCIA DEL DAÑO CONSUMADO** - En este momento no existe una situación vulneradora de derechos sobre la cual se pueda ordenar su cesación, el daño se produjo con las publicaciones realizadas los días 4 y 5 de agosto de 2020, sin que en la acción de tutela se haga referencia a otros ocurridos con posterioridad y que generen la continuidad en la vulneración, afectó de manera definitiva los derechos del actor antes de que el juez de tutela lograra “pronunciarse” sobre la petición de amparo / **DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PAZ, DIGNIDAD HUMANA, IGUALDAD, LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y TRANQUILIDAD PERSONAL** – Se demostró la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, las publicaciones realizadas por el presidente de la república no guardan la imparcialidad que como primer mandatario debe garantizar, contraviene el mandato constitucional con base en el cual como primer mandatario del país, al ser el símbolo de la unidad nacional debe garantizar, de manera imparcial e igualitaria, los derechos y libertades de todos los colombianos; se negará el amparo a los derechos fundamentales a la paz, dignidad humana, libertad de información y tranquilidad personal, no se demostró la vulneración / **EXHORTA** - Se exhortará al Presidente de la República, para que, en lo sucesivo y mientras mantenga la investidura como primer mandatario, sea imparcial en sus publicaciones, con el objeto de cumplir el mandato constitucional de simbolizar la unidad nacional y garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos, independiente de la corriente política, creencias o ideales que profesen.

**Problema jurídico:** *Establecer si, ¿El Presidente de la República vulneró los derechos fundamentales a la paz, dignidad humana, igualdad, libertad de información y tranquilidad personal del señor (...), al publicar en sus redes sociales, y en aquellas que pertenecen a la Presidencia de la República, mensajes alusivos a la situación de la detención domiciliaria y del proceso que se sigue en contra del señor (...)?*

**Tesis:** “(...) al analizar por parte de la Sala tales manifestaciones, se observa que aquellas del 4 de agosto de 2020 en la cuenta de twitter del primer mandatario, exponen claramente su apoyo a un ciudadano a quien se le impuso una medida de aseguramiento por parte de la Corte Suprema de Justicia dentro de un proceso judicial seguido en su contra. (...) en la publicación del 5 de agosto, explicó lo siguiente: “No le estoy pidiendo nada a las cortes, ni dando instrucciones con respecto a su procedimiento, soy respetuoso de la independencia de poder y espero que con los mecanismos constitucionales pueda, una persona que le ha servido al país, **ejercer su defensa en libertad**”. (...) como primer mandatario, al ser el símbolo de la unidad nacional, tiene el deber de “garantizar, de manera imparcial e igualitaria, los derechos y libertades de todos los colombianos.” (...) le corresponde con sus opiniones respetar en todo caso, las decisiones adoptadas por autoridades judiciales y garantizar la independencia judicial. (...) la Corte Suprema de Justicia, en un asunto reciente en el que también analizó una publicación en la red social twitter del presidente de la república, advirtió al funcionario accionado que debía, “ser particularmente cuidadoso al utilizar sus cuentas personales en redes sociales, **en tanto debe procurar que sus pronunciamientos se ajusten en dichos espacios a la neutralidad propia del cargo gubernamental que ejerce temporalmente**, (...) el mecanismo utilizado para realizar las publicaciones por parte del funcionario accionado, fue de gran impacto y trascendencia, “dada su capacidad de transmitir el mensaje a una pluralidad indeterminada de receptores” (...) tal como lo indicó la Observación General No. 34 del Comité de Derechos Humanos, acerca de la libertad de opinión y libertad de expresión, si bien “son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona”, y son “fundamentales para toda sociedad y constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas”, también pueden existir ciertas restricciones, entre ellas, “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.” (...) la restricción a la libertad de expresión del presidente de la república, con el único fin de que sea imparcial en sus pronunciamientos, resulta conducente y necesaria, por cuanto se pretende garantizar el respeto de manera igualitaria de los derechos y libertades de la totalidad de ciudadanos a los que representa, y no solo aquellos que comparten sus creencias e ideales. (...) no cabe duda que lo expuesto generó la vulneración del derecho fundamental a la igualdad del accionante, en cuanto las publicaciones realizadas por el presidente de la república no guardan la imparcialidad que como primer mandatario debe garantizar, pues existe un sector de la población, (...) se configura lo que se denomina daño consumado, frente al que la Corte Constitucional (...) ha explicado que, “surge cuando se ocasionó el daño que se pretendía evitar con la orden de protección del juez de tutela, debido a que no se reparó oportunamente la vulneración del derecho. (...) la Sala considera que es posible exhortar al accionado, pues en su calidad de funcionario público tiene limitaciones mayores frente a un particular al desarrollar su derecho a la libertad de expresión, al tener “mayor impacto en la sociedad, dado el grado de confianza y credibilidad que las personas suelen tener en las afirmaciones de quienes ocupan estos cargos”, lo cual “justifica que tengan una diligencia mayor a la que debería tener un particular al momento de expresar sus opiniones.” (...) La Sala considera que se demostró la vulneración del derecho fundamental a la igualdad del accionante, en cuanto las publicaciones realizadas por el presidente de la república no guardan la imparcialidad que como primer mandatario debe garantizar, pues existe un sector de la población, dentro del que se encuentra el actor, que no comparte las mismas, a quienes también debería representar con sus pronunciamientos y respetar su derecho a la igualdad. Esto a su vez, contraviene el mandato constitucional con base en el cual, (...) como primer mandatario del país, al ser el símbolo de la unidad nacional debe garantizar, de manera imparcial e igualitaria, los derechos y libertades de todos los colombianos. (...) también se logró

## ACCIONES DE TUTELA

establecer que se configuró un daño consumado en este asunto, en la medida que en este momento no existe una situación vulneradora de derechos sobre la cual se pueda ordenar su cesación, pues de acuerdo con los hechos de la demanda, el daño se produjo con las publicaciones realizadas los días 4 y 5 de agosto de la presente anualidad, sin que en la acción de tutela se haga referencia a otros ocurridos con posterioridad y que generen la continuidad en la vulneración, de manera que lo descrito afectó de manera definitiva los derechos del actor antes de que el juez de tutela lograra “pronunciarse sobre la petición de amparo.” (...) se **exhortará** al presidente de la república, (...) para que, en lo sucesivo y mientras mantenga la investidura como primer mandatario, sea imparcial en sus publicaciones, con el objeto de cumplir el mandato constitucional de simbolizar la unidad nacional y garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos (art. 188 de la Constitución Política), independiente de la corriente política, creencias o ideales que profesen. (...) se negará el amparo a los derechos fundamentales a la paz, dignidad humana, libertad de información y tranquilidad personal, pues de lo expuesto a lo largo de este proveído, no se demostró la vulneración. (...) La Sala declarará la ocurrencia del daño consumado en este asunto, frente al derecho a la igualdad invocado por el accionante y negará los restantes. (...).”

[Providencia de 14 de septiembre de 2020, Sección Segunda, Subsección “E”, Exp. 250002315000202002662-00 M.P. Dr. JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN – Primera Instancia.](#)

**ACCIÓN DE TUTELA – Municipio de Choachí, Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales FONPET / DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, TRABAJO, DIGNIDAD HUMANA, MÍNIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL Y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – Alcance / IMPROCEDENCIA - La actora cuenta con el proceso ordinario o contencioso para lograr el reintegro y el reconocimiento del contrato realidad que pretende a través de la presente acción constitucional, para el trámite de estas pretensiones el ordenamiento prevé otros medios de defensa judicial susceptibles de adelantarse por la ciudadano que considere afectados sus derechos, no se puede arribar a la conclusión de que la accionante se encuentra dentro de alguno de los grupos de especial protección, la accionante no logró acreditar las condiciones de debilidad manifiesta o de estabilidad laboral reforzada, tampoco se vislumbra la existencia de un perjuicio urgente, grave e impostergable para que la acción proceda como mecanismo transitorio, declaró improcedente el amparo solicitado.**

**Problema jurídico:** *Establecer si, ¿El Municipio de Choachí y el FOPET vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, dignidad humana, mínimo vital, seguridad social y estabilidad laboral reforzada de la señora (...), al desconocer la relación laboral surgida entre ella y el ente territorial, con todas las implicaciones del devenir de aquella, o si por el contrario, como lo sostiene la parte demandada y lo decidió el juez de instancia, la acción resulta improcedente al no cumplir con el requisito de subsidiariedad?*

**Tesis:** “(...) el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional hizo referencia a lo relacionado con la subsidiariedad del mecanismo constitucional en casos como el que ocupa la atención de esta Sala, esto es, cuando se pretende un reintegro laboral, (...) precisó cuáles son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales, fundamentando su tesis en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (...) La pretensión principal de la actora es el reintegro al cargo que venía desempeñando en el municipio de Choachí, y la declaratoria de existencia de una relación laboral entre ella y ese municipio, con ocasión de los sucesivos contratos de prestación de servicios celebrados entre los años 2004 a 2009, por lo cual solicita se ordene el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir y el reembolso de los dineros pagados por ella por concepto de seguridad social. (...) la tutela solo puede invocarse cuando no exista otro medio de defensa judicial, o que existiendo, éste no sea eficaz para la protección de los derechos que se pretenden salvaguardar y así evitar un perjuicio irremediable. Aunado a ello, se deberá apreciar en cada caso concreto su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (...) la actora cuenta con el proceso ordinario o contencioso para lograr el reintegro y el reconocimiento del contrato realidad que pretende a través de la presente acción constitucional, en el que se podrá establecer si el municipio de Choachí ocultó o no la relación laboral a través de contratos de prestación de servicios, y si se incurrió en el acoso laboral alegado. (...) para el trámite de estas pretensiones el ordenamiento prevé otros medios de defensa judicial susceptibles de adelantarse por la ciudadano que considere afectados sus derechos. (...) la tutela ha sido excepcionalmente declarada procedente cuando el accionante es una persona en circunstancias de debilidad manifiesta o un sujeto de especial protección constitucional, que considera lesionados sus derechos fundamentales con ocasión de la terminación de su relación laboral, y cuando el goce efectivo de su derecho al mínimo vital o a la salud se ve obstruido. (...) aun cuando la accionante indicó en su escrito de tutela que era una madre cabeza de familia y que tenía a su cargo a dos menores de edad, no ajuntó los soportes de tal afirmación, pese que el juzgado de instancia se los solicitó en el auto admisorio de la acción constitucional, de allí que no se pueda arribar a la conclusión de que la accionante se encuentra dentro de alguno de los grupos de especial protección, tal

## ACCIONES DE TUTELA

como lo asevera en su intervención. Y, si bien manifiesta que padece apremios económicos, ello por sí solo no determina un alto grado de afectación de sus derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, dado que no se aportó soporte alguno de su dicho. (...) la accionante solicitó ante el juez de instancia y ante esta colegiatura el decreto de un extenso material probatorio tanto documental como testimonial, con el fin de demostrar la situación acaecida en torno al acoso laboral por ella padecido, así como la existencia y configuración de una verdadera relación laboral, en condiciones de subordinación ante la entidad accionada; no obstante, al verificar la improcedencia de la acción constitucional para ventilar asuntos de esa envergadura, y teniendo en cuenta el carácter residual, sumarial y expedito de la misma, es preciso advertir que tal recaudo probatorio le compete al juez ordinario, ante quien debe acudir la accionante para desatar la controversia. (...) la accionante no logró acreditar las condiciones de debilidad manifiesta o de estabilidad laboral reforzada, motivo por el cual no se puede considerar que el medio judicial ordinario no es eficaz e idóneo para la protección de los derechos invocados, por cuanto lo relatado no conlleva un perjuicio irremediable. (...) el problema planteado por la accionante debe ser dirimido por el juez competente para conocerlo, quien podrá estudiar lo atinente al reintegro al cargo que pretende la accionante y el reconocimiento de la relación laboral, debido a que tal análisis no le corresponde al juez constitucional, sino al juez natural de la causa. (...) como no existe prueba al interior de las diligencias de la que pueda deducirse que la demandante tiene vedadas las vías judiciales para obtener los reconocimientos que aquí pretende, medio que a su vez resulta idóneo y eficaz para la protección de los derechos que estima conculcados, y dado que tampoco se vislumbra la existencia de un perjuicio urgente, grave e impostergable para que la acción proceda como mecanismo transitorio en los términos del artículo 8.º del Decreto 2591 de 1991, se confirmará la sentencia de primera instancia que declaró improcedente el amparo solicitado. (...) la Sala considera que se debe confirmar la sentencia impugnada, dado que la controversia planteada por la accionante debe ser dirimida por el juez competente para ello, quien podrá estudiar lo atinente al reintegro al cargo que ostentaba y el reconocimiento de la relación laboral que pretende, debido a que tal análisis no le corresponde al juez constitucional sino al juez natural de la causa. (...) en la medida que no existen pruebas al interior de las diligencias de las que pueda deducirse que la actora tiene vedadas las vías judiciales para obtener los reconocimientos que aquí pretende, medio que a su vez resulta idóneo y eficaz para la protección de los derechos que estima conculcados, pues tampoco se vislumbra la existencia de un perjuicio urgente, grave e impostergable para que la acción proceda como mecanismo transitorio en los términos del artículo 8.º del Decreto 2591 de 1991, dado que las condiciones de debilidad manifiesta o de estabilidad laboral reforzada invocadas no se encuentran demostradas en el presente asunto, motivo por el cual no se puede considerar que el medio judicial ordinario no es eficaz e idóneo para la protección de los derechos invocados. (...) La Sala confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá el día quince (15) de septiembre del dos mil veinte (2020), mediante la cual declaró la improcedencia de la acción. (...)."

[Providencia de 26 de octubre de 2020, Sección Segunda, Subsección "E", Exp. 110013335017202000288-01 M.P. Dr. JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN – Segunda Instancia.](#)

**ACCIÓN DE TUTELA – ESIMED S.A. / CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO – El objeto del incidente no es la imposición de la sanción en sí misma, sino proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados / CONFIRMA SANCIÓN - Se presenta desacato al fallo de tutela del 2 de septiembre de 2019, pues no se demostró por parte del incidentado que hubiese dado cumplimiento a la orden judicial, pese a los requerimientos efectuados por juzgado de instancia, motivo por el cual se confirmará la sanción impuesta.**

**Problema jurídico:** *Establecer si, ¿Es procedente confirmar o no, la sanción impuesta al señor (...) en su condición de Gerente de ESIMED S.A., consistente en multa equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por desacato al fallo de tutela proferido el día dos (2) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) que confirmó el fallo de primera instancia, que amparó el derecho fundamental al mínimo vital en consonancia con el derecho al pago del salario del señor (...)?*

**Tesis:** "(...) La juez de primera instancia concluyó que el señor (...) en su condición de Gerente de ESIMED S.A, incurrió en desacato frente a la orden impartida en el fallo de tutela proferido el día 2 de septiembre de 2019, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en consecuencia, lo sancionó con multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) La Sala concluye que se presenta desacato al fallo de tutela del 2 de septiembre de 2019, pues no se demostró por parte del incidentado que hubiese dado cumplimiento a la orden judicial, pese a los requerimientos efectuados por juzgado de instancia, motivo por el cual se confirmará la sanción impuesta. (...) Frente a la naturaleza jurídica del incidente de desacato, la Corte Constitucional en sentencia SU034/18, con ponencia del doctor Alberto Rojas Ríos, expresó que: "...corresponde a la autoridad competente verificar si efectivamente existe una responsabilidad subjetiva en el incumplimiento

## ACCIONES DE TUTELA

de la orden judicial – lo que, a su vez, conlleva examinar si se da un nexo causal fundado en la culpa o el dolo entre el comportamiento del demandado y el resultado (...) pues si no hay contumacia o negligencia comprobadas –se insiste– no puede presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento y, por lo tanto, no es procedente la sanción (...) el Consejo de Estado en casos como el presente ha razonado así: “...como la sanción objeto de consulta debe ser analizada bajo los parámetros jurisprudenciales anotados, dada su naturaleza sancionatoria, siendo obligatorio considerar el aspecto subjetivo, pues nuestro ordenamiento –entre sus principios rectores– proscrib[e] *la responsabilidad objetiva*, exigiendo que sea el resultado de una acción u omisión ejecutada dolosa o culposamente por el agente, de tal manera que no sólo se debe determinar si el funcionario sancionado incumplió la orden de tutela, sino además verificar la *responsabilidad subjetiva*” (...) el objeto del incidente no es la imposición de la sanción en sí misma, sino proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. (...) se observa que mediante sentencia del dos (2) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó la sentencia proferida el 23 de julio de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Bogotá, mediante la cual amparó el derecho fundamental al mínimo vital en consonancia con el derecho al pago del salario del señor (...) y, exhortó a la empresa Esimed S.A., para que en lo sucesivo cumpliera con las obligaciones laborales que tiene con sus trabajadores independientemente de las dificultades económicas a las que pudiera encontrarse sometida. (...) para sancionar en el incidente de desacato es necesario probar la existencia de una conducta negligente y renuente, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, situación que resulta evidenciada en el presente asunto, toda vez que el representante legal de la entidad que ha sido accionada no ha logrado demostrar que ha dado cumplimiento al mencionado fallo de tutela, y en consecuencia, que haya dispuesto de los medios necesarios para realizar los pagos de salario que le adeuda al señor Enrique Enciso Forero, sin que de otra parte exista prueba que justifique la omisión en que ha incurrido el incidentado, se reitera, independientemente de las dificultades económicas en las que se encuentre sometida. (...) la responsabilidad de este trámite estaba a cargo del señor (...) en su condición de Gerente de Esimed S.A., por tanto, en cabeza del citado radica el cumplimiento del fallo de tutela, sin que hubiera acreditado haberlo hecho pese a los reiterados requerimientos por parte del juzgado de primera instancia. En consecuencia, se procederá a confirmar la sanción impuesta por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante providencia de fecha once (11) de mayo de dos mil veinte (2020), por las razones expuestas en este proveído. (...) se exhortará al señor (...) en su condición de Gerente de la empresa Esimed S.A. para que acredite el cumplimiento del fallo de tutela proferido el dos (2) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) por esta corporación. (...).”

[Providencia de 03 de septiembre de 2020, Sección Segunda, Subsección “F”, Exp. 110013335014202000160-01 M.P. Dra. PATRICIA SALAMANCA GALLO – Segunda Instancia.](#)

**ACCIÓN DE TUTELA – Colegio Gimnasio Militar Fac Bogotá / DERECHOS FUNDAMENTALES A LA EDUCACIÓN Y DEBIDO PROCESO – Alcance / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL APLICABLE – El trámite pretendido por el demandante, que se dé respuesta al padre de la menor, por escrito y de manera motivada a su correo electrónico personal, no está establecido en el procedimiento de la institución del cual hace parte la estudiante, no se puede pretender que a través de este mecanismo se modifique el trámite en las reclamaciones ante dicha institución, se deberá agotar el trámite establecido en el manual de convivencia conforme lo ordenado para las demás materias, en el numeral tercero de la decisión recurrida.**

**Problema jurídico:** *¿Determinar si la institución educativa vulneró los derechos fundamentales de la educación y el debido proceso de la menor (...) por cuanto los docentes no dan respuesta a las reclamaciones por escrito y de manera motivada?*

**Tesis:** “(...) El demandante indica que previo a cumplir lo ordenado por el *a quo*, respecto a que se active la ruta de atención integral frente a la menor (...) se deben definir las quejas que ha elevado en lo que tiene que ver que la ruta de atención integral que se tramita por sus otros dos menores hijos. La Sala advierte que tal pretensión no fue reclamada en el escrito de tutela, por lo que no puede ser objeto de estudio en la segunda instancia como quiera que ello daría lugar a una incongruencia en el proceso. (...) la Corte Constitucional ha señalado que el Juez “*no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento. El principio de congruencia de la sentencia, además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello*” (...) la pretensión referente a que se tramite en forma eficiente la Ruta de Atención Integral que se adelantaba frente a sus dos menores hijos antes de la orden de tutela, se presentó solo en el recurso de impugnación, por lo que no puede ser objeto de análisis en esta instancia. (...) el demandante se encuentra inconforme debido a que las respuestas a las reclamaciones de las notas en las materias de cívica y urbanidad, danzas, música, educación física, tecnología e informática y religión, inglés, matemáticas y lectores competentes, no se han dado de manera escrita y motivada por los respectivos docentes. (...) el manual de convivencia de la institución educativa accionada



## ACCIONES DE TUTELA

indica que ante la inconformidad en las notas se debe seguir el siguiente procedimiento: (...) la reclamación dará lugar a una revisión conjunta con el docente y en caso de acuerdo se informará a la Coordinación Académica para proceder a efectuar el cambio de la nota. (...) en caso de desacuerdo se deberá elevar solicitud a la coordinación académica quien deberá responder dentro de los 10 días hábiles siguientes, caso en el cual se exhorta al Coordinador para que su respuesta se efectúe en forma 1. escrita y al correo del demandante en pro del principio de transparencia. 2. Así las cosas, la pretensión que hace referencia a que la respuesta debe ser escrita por parte de los profesores no se encuentra llamada a prosperar. (...) el *a quo* estableció que existe hecho superado en lo que tiene que ver con la materia “áreas integradas”, (...) a través de Oficio No. FAC-S2020-014744-CE de 6 de agosto de 2020, la Rectora de la institución educativa indicó que corrigió la nota; sin embargo, el demandante considera que no se puede predicar la existencia de un hecho superado como quiera que no existió un pronunciamiento escrito por parte del profesor. Como ya se advirtió el argumento del demandante no se encuentra llamado a prosperar en su totalidad, como quiera que el reglamento no establece que debe existir un pronunciamiento escrito por parte del docente; sin embargo, es del caso resaltar que la entidad no efectuó el trámite indicado por la disposición que regula la materia, referente a que: - Cada profesor de la materia debe revisar conjuntamente con el estudiante la reclamación; - Hacer los ajustes en caso que proceda, e informar a la coordinación académica la novedad; - Coordinación autoriza el cambio e informa lo respectivo para que se ajuste el sistema; y por último, - Se entrega el boletín corregido. (...) en caso que persista el inconformismo con la nota, se deberá dirigir la solicitud a coordinación académica. (...) se modificará la decisión en cuanto declaró el hecho superado en lo referente a la materia “áreas integradas” y se ordenará a la institución educativa que agote el trámite respectivo conforme el manual de convivencia en los mismos términos señalados para las demás materias. (...) el trámite pretendido por el demandante, esto es, que se dé respuesta al padre de la menor, por escrito y de manera motivada a su correo electrónico personal, no está establecido en el procedimiento de la institución del cual hace parte la estudiante, por lo que no se puede pretender que a través de este mecanismo se modifique el trámite en las reclamaciones ante dicha institución. (...) atendiendo a lo dispuesto en los acápites precedentes, se advierte que no le asiste razón al *a quo* cuando señala que se presenta un hecho superado en lo referente a la materia “áreas integradas”, por lo que se deberá revocar el numeral primero y modificar el tercero en el sentido de indicar que se deberá agotar el trámite establecido en el manual de convivencia conforme lo ordenado para las demás materias, en el numeral tercero de la decisión recurrida. (...).”

[Providencia de 15 de octubre de 2020, Sección Segunda, Subsección “F”, Exp. 110013334004202000216-01 M.P. Dra. PATRICIA SALAMANCA GALLO – Segunda Instancia.](#)

**ACCIÓN DE TUTELA – Segunda instancia / DERECHO AL HABEAS DATA - Deber de actualizar historia laboral es de las administradoras / ACCIÓN DE TUTELA - Requisitos de procedencia excepcional para el reconocimiento de pensión / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN / DEBIDO PROCESO / SEGURIDAD SOCIAL / VIDA / MÍNIMO VITAL**

*Problemas jurídicos: “¿COLPENSIONES causa una lesión de los derechos al debido proceso, seguridad social y al habeas data del accionante al negar el registro en su historia laboral de los aportes efectuados entre los meses de abril de 2003 y julio de 2004, porque de ellos el empleador no efectuó los pagos completos de los respectivos aportes? ¿Es deber de las administradoras de pensiones efectuar los cobros de los aportes incompletos a los fondos pensionales de los afiliados?”*

Tesis: “(...) La sala confirmará la decisión de amparo de los derechos al debido proceso, seguridad social, vida y mínimo vital del accionante, y lo extenderá al derecho al habeas data, lesionados por Colpensiones al no llevar a cabo la actualización de la historia laboral del accionante con la inclusión de los periodos comprendidos entre abril de 2003 a julio de 2004. En consecuencia, deberá COLPENSIONES adelantar el estudio de reconocimiento y pago de la pensión de vejez del accionante, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, corresponde a las administradoras de pensiones adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador. (...)”

[Providencia de 30 de octubre de 2020. Sección Tercera, Subsección “C” Exp. 11001333501620200024401, M.P. Dr. Fernando Iregui Camelo.](#)

**ACCIÓN DE TUTELA – Primera instancia / ACCIÓN DE TUTELA – Derechos al debido proceso, seguridad jurídica y libertad personal de ex integrante de las FARC, en el marco de las normas jurídicas que regulan la forma y fecha en que las extintas FARC-EP deben entregar el inventario de bienes y activos para la reparación de las víctimas / DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL / ACCIÓN DE TUTELA - Naturaleza residual y subsidiaria / CARGA DE LA PRUEBA – Cuando se invoca un perjuicio irremediable en acción de tutela / TRÁMITE DE CONSTATAción NORMATIVA – Ante la Comisión de Seguimiento, Impulso y**

## ACCIONES DE TUTELA

**Verificación a la Implementación del Acuerdo Final de Paz CSIVI / TRÁMITE DE CONSTATAción NORMATIVA – No se cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad de la tutela porque el accionante pudo haber hecho uso de los medios de control ordinarios**

**Problemas jurídicos:** “(...) determinar si a través de la acción de tutela es viable examinar el quebranto de los derechos fundamentales invocados por el accionante al debido proceso, seguridad jurídica y libertad personal, ocasionado, según él, por las entidades accionadas al: (i) no haber constituido el patrimonio autónomo al cual destinar los bienes que las extintas FARC-EP deben entregar para la reparación de las víctimas, en el marco del Acuerdo Final de Paz para la Construcción de una Paz Estable y Duradera; (ii) prever, mediante Decreto 1407 de 2017, que los miembros de dicha organización que suscribieron el inventario de bienes establecido en el Decreto Ley 903 de 2017 deberán garantizar la entrega material de los mismos y responder por su cuidado; (iii) permitir el Gobierno, según afirma el actor, que se filtrara el respectivo inventario de bienes y activos a los medios de comunicación; (iv) no haberse constituido medida de seguridad o cautela sobre tales bienes, lo que ha servido para que terceros como, entre otros, grupos armados ilegales, se apropien de aquellos; y (v) fijar, a través del Decreto 205 de 2020, un plazo perentorio de entrega de todos los bienes, que venció el día 31 de julio de los corrientes. (...)”

**Tesis:** “(...) En lo relativo a la expedición del Decreto 1407 de 2017, observa la Sala que en el Decreto 1995 de 2016 (...) establece en su artículo 3° cuáles serán las funciones de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI), entre las que se encuentra en el numeral 6: Constatar que el contenido de todos los proyectos de decreto, ley o acto legislativo que sean necesarios para implementar el Acuerdo Final, correspondan a lo acordado, antes de que sean expedidos por el Presidente de la República o presentados ante el Congreso, según sea el caso. (...) La citada disposición normativa no estableció un procedimiento especial para desarrollar la función de constatación (...) independientemente del procedimiento que se haya fijado, esta Corporación observa que la norma en mención fue expedida hace tres años, tiempo suficiente en que el accionante pudo haber hecho uso de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho o de simple nulidad o inclusive, presentar la acción de tutela si consideraba que se estaba ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por lo que no se cumple con el requisito de inmediatez, ni con el de subsidiariedad de la acción constitucional. (...) En relación con el Decreto 205 de 2020, puede observarse que para su expedición se dio cumpliendo al procedimiento de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación CSVI, de acuerdo con los correos electrónicos intercambiados y la formulación de observaciones por parte de los delegados de las FARC-EP. (...). En igual sentido, para la expedición de este decreto se contó con las observaciones de la CSVI, por lo que no se manifiesta una violación al debido proceso en conexión con la seguridad jurídica del accionante. (...) Así las cosas, se descarta la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales del actor, comoquiera que no supera el examen de subsidiariedad, debido a que si estima que las obligaciones de entrega material y responsabilidad por el cuidado e integridad de los bienes incluidos en el inventario de que trata el Decreto Ley 903 de 2017, previstas en el artículo 4 del Decreto 1407 de 2017, adicionado por el artículo 1 del Decreto 205 de 2020 en el sentido de fijar el 31 de julio del mismo año como plazo para tal entrega y modificado por el Decreto 1080 de 2020 que amplió tal límite hasta el 31 de diciembre siguiente, suponen una carga excesiva e implican la afectación a sus derechos; le corresponde acudir a los jueces administrativos para someter sus reclamos al trámite judicial ordinario previsto por el artículo 138 del CPACA, máxime cuando dentro del proceso contencioso-administrativo y al momento de incoar la respectiva demanda, está facultado para solicitar las medidas cautelares que considere pertinentes, incluso urgentes, conforme a los artículos 229 y siguientes del CPACA (...) Por último, la acusada “filtración” del mencionado inventario a la prensa, no puede ser endilgada a las autoridades accionadas, por falta de prueba. En suma, la acción de tutela resulta improcedente para cuestionar la legalidad de los decretos Decreto 1407 de 2017 (artículo 4), 205 de 2020 (artículo 1) y 1080 de 2020, que constituyen unidad normativa respecto de la entrega de bienes inventariados los representantes de la extinta guerrilla FARC-EP dentro del Acuerdo Final de Paz para la Construcción de una Paz Estable y Duradera, comoquiera que no supera el requisito de subsidiariedad, sin que se advierta vulneración a los derechos invocados por el actor en torno a la solicitud de medidas cautelares sobre dichos bienes, la constitución de un patrimonio autónomo para su recaudo y la posible filtración de información a medios de comunicación. Reiterando, que el actor cuenta en el ordenamiento jurídico colombiano con medios de control idóneos para controvertir esas decisiones y en los cuales puede solicitar medidas cautelares. (...)”

[Providencia de 19 de agosto de 2020. Sección Tercera, Subsección “B” Exp. 25000231500020200200100, M.P. Dra. Clara Cecilia Suárez Vargas.](#)

# CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD