



Compartido por:



19

Junio 15 de 2022

SENTENCIA C-212-22

M.P. Alejandro Linares Cantillo

Expediente: D-14289

CORTE DECLARÓ CONSTITUCIONAL LA LEY 2088 DE 2021, A TRAVÉS DE LA CUAL SE HABILITA EL TRABAJO EN CASA EN SITUACIONES OCASIONALES, ESPECIALES O EXCEPCIONALES

1. Ley sometida a control

LEY 2088 DE 2021

(mayo 12)

Por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. OBJETO Y CAMPO DE APLICACIÓN. *La presente ley tiene por objeto regular la habilitación de trabajo en casa como una forma de prestación del servicio en situaciones ocasionales, excepcionales o especiales, que se presenten en el marco de una relación laboral, legal y reglamentaria con el Estado o con el sector privado, sin que conlleve variación de las condiciones laborales establecidas o pactadas al inicio de la relación laboral.*

PARÁGRAFO. *La presente ley no será aplicable a quienes se encuentren cobijados por regímenes especiales de orden constitucional o legal en atención al desempeño de sus funciones siempre y cuando estas sean incompatibles con el trabajo en casa.*

ARTÍCULO 2o. DEFINICIÓN DE TRABAJO EN CASA. *Se entiende como trabajo en casa la habilitación al servidor público o trabajador del sector privado para desempeñar transitoriamente sus funciones o actividades laborales por fuera del sitio donde habitualmente las realiza, sin modificar la naturaleza del contrato o relación laboral, o legal y reglamentaria respectiva, ni tampoco desmejorar las condiciones del contrato laboral, cuando se presenten circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidan que el trabajador pueda realizar sus funciones en su lugar de trabajo, privilegiando el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.*

Este no se limita al trabajo que puede ser realizado mediante tecnologías de la información y las comunicaciones, medios informáticos o análogos, sino que se extiende a cualquier tipo de trabajo o labor que no requiera la presencia física del trabajador o funcionario en las instalaciones de la empresa o entidad.



ARTÍCULO 3o. GARANTÍAS EN LA HABILITACIÓN DEL EJERCICIO DEL TRABAJO EN CASA EN LAS FUNCIONES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para el cumplimiento de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos, en la habilitación del trabajo en casa para los servidores públicos se garantizarán:

- a) La satisfacción de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, seguridad jurídica, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad propios del ejercicio de la función administrativa;
- b) La salvaguarda de las prerrogativas laborales y sociales de los trabajadores;
- c) El respeto de los principios esenciales del Estado Social de Derecho y de los derechos fundamentales de las personas.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2088_2021.html - top

ARTÍCULO 4o. CRITERIOS APLICABLES AL TRABAJO EN CASA. La habilitación del trabajo en casa se regirá por los principios generales de las relaciones laborales señalados en la Constitución Política y en la ley, y por los siguientes criterios:

a) **Coordinación.** Las funciones, servicios y actividades laborales deberán desarrollarse de manera armónica y complementaria entre el empleador y el trabajador para alcanzar los objetivos y logros fijados. La coordinación deberá darse desde el momento mismo de la asignación de tareas o actividades, para lo cual se deberán fijar los medios y herramientas que permitan el reporte, seguimiento y evaluación, así como la comunicación constante y recíproca.

b) **Desconexión laboral.** Es la garantía y el derecho que tiene todo trabajador y servidor público a disfrutar de su tiempo de descanso, permisos, vacaciones, feriados, licencias con el fin de conciliar su vida personal, familiar y laboral. Por su parte el empleador se abstendrá de formular órdenes u otros requerimientos al trabajador por fuera de la jornada laboral.

ARTÍCULO 5o. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL EN EL TRABAJO EN CASA. La habilitación del trabajo en casa implica que se mantenga la facultad subordinante del empleador, junto con la potestad de supervisión de las labores del trabajador. Permanecerán todas las obligaciones, derechos y deberes derivados de la prestación personal del servicio.

El empleador determinará los instrumentos, la frecuencia y el modelo de evaluación del desempeño, cumplimiento de metas, así como el mecanismo para el reporte y/o resultados de estas, por el tiempo que dure el trabajo en casa. El Gobierno nacional determinará los instrumentos para la habilitación del trabajo en casa para los servidores públicos.

El seguimiento de los objetivos y actividades de los servidores públicos y trabajadores del sector privado deberá obedecer a criterios concertados y establecidos con anterioridad.

ARTÍCULO 6o. JORNADA DE TRABAJO. Durante el tiempo que dure el trabajo en casa se mantendrán vigentes las normas previstas en el Código Sustantivo del Trabajo y en los reglamentos aplicables a los servidores públicos, relativos al horario y la jornada laboral. Estarán excluidos del cumplimiento de estas disposiciones y de la remuneración del trabajo

suplementario los trabajadores de dirección, de confianza o de manejo, así como los niveles directivo y asesor, en el sector público.

ARTÍCULO 7o. TÉRMINO DEL TRABAJO EN CASA. *La habilitación de trabajo en casa originada por circunstancias excepcionales, ocasionales o especiales se extenderá hasta por un término de tres meses prorrogables por un término igual por una única vez, sin embargo, si persisten las circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidieron que el trabajador pudiera realizar sus funciones en su lugar de trabajo se extenderá la habilitación de trabajo en casa hasta que desaparezcan dichas condiciones.*

En todo caso, el empleador o nominador conserva la facultad unilateral de dar por terminada la habilitación de trabajo en casa, siempre y cuando desaparezcan las circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que dieron origen a dicha habilitación.

ARTÍCULO 8o. ELEMENTOS DE TRABAJO. *Para el desarrollo del trabajo en casa y el cumplimiento de sus funciones, el servidor público o el trabajador del sector privado, podrá disponer de sus propios equipos y demás herramientas, siempre que medie acuerdo con el respectivo empleador y/o entidad pública.*

Si no se llega al mencionado acuerdo, el empleador suministrará los equipos, sistemas de información, software o materiales necesarios para el desarrollo de la función o labor contratada, de acuerdo con los recursos disponibles para tal efecto.

El empleador definirá los criterios y responsabilidades en cuanto al acceso y cuidado de los equipos, así como respecto a la custodia y reserva de la información de conformidad con la normativa vigente sobre la materia.

En todo caso el empleador es el primer responsable de suministrar los equipos necesarios para el desarrollo de las actividades; cumplimiento de funciones y prestación del servicio bajo la habilitación de trabajo en casa.

ARTÍCULO 9o. PROCEDIMIENTOS NECESARIOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL TRABAJO EN CASA. *Previo a la implementación del trabajo en casa, toda empresa y entidad pública o privada deberá contar con un procedimiento tendiente a proteger este derecho y garantizar a través de las capacitaciones a que haya lugar el uso adecuado de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) o cualquier otro tipo de elemento utilizado que pueda generar alguna limitación al mismo.*

Para dar inicio a esta habilitación, el empleador deberá notificar por escrito a sus trabajadores acerca de la habilitación de trabajo en casa, y en dicha comunicación, se indicará el periodo de tiempo que el trabajador estará laborando bajo esta habilitación.

ARTÍCULO 10. SOBRE LOS DERECHOS SALARIALES Y PRESTACIONALES. *Durante el tiempo que el servidor público o trabajador del sector privado preste sus servicios o desarrolle sus actividades bajo la habilitación de trabajo en casa, tendrá derecho a percibir los salarios y prestaciones sociales derivadas de su relación laboral.*

A los servidores públicos y trabajadores del sector privado que devenguen hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigente y que se les reconozca el auxilio de transporte en los términos de las normas vigentes sobre el particular, durante el tiempo que presten sus servicios bajo la habilitación de trabajo en casa, se le reconocerá este pago a título de auxilio de conectividad digital. El auxilio de conectividad y el auxilio de transporte no son acumulables.

PARÁGRAFO 1o. *Para los servidores públicos, el auxilio de conectividad se reconocerá en los términos y condiciones establecidos para el auxilio de transporte.*

PARÁGRAFO 2o. *Para los trabajadores del sector privado, el valor establecido para el auxilio de transporte se reconocerá como auxilio de conectividad digital y tendrá los mismos efectos salariales del auxilio de transporte.*

ARTÍCULO 11. GARANTÍAS LABORALES, SINDICALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL. *Durante el tiempo que se preste el servicio o actividad bajo la habilitación de trabajo en casa, el servidor público o trabajador del sector privado continuará disfrutando de los mismos derechos y garantías que rigen su relación laboral, entre otras, las que regulan la jornada laboral, horas extras, trabajo nocturno, dominicales y festivos, descansos dentro de la jornada laboral, derechos de asociación y negociación sindical y en general todos los beneficios a que tenga derecho en el marco de la respectiva relación laboral.*

Durante el tiempo que se presten los servicios o actividades bajo la habilitación del trabajo en casa el servidor público o trabajador del sector privado continuará amparado por las acciones de promoción y prevención, así como de las prestaciones económicas y asistenciales, en materia de riesgos laborales.

Así mismo, la Administradora de Riesgos Laborales a la que se encuentre afiliado el empleador, deberá promover programas que permitan garantizar condiciones de salud física y mental, así como la seguridad en el trabajo, para lo cual los empleadores deberán comunicar y actualizar ante la Administradora de Riesgos Laborales los datos del trabajador y en aquellos casos en que sea necesaria la prestación del servicio o el desarrollo de actividades en un lugar diferente al inicialmente pactado en la relación laboral deberá informar la dirección en la que se efectuará el desarrollo de las actividades.

ARTÍCULO 12. PROGRAMAS DE BIENESTAR Y CAPACITACIÓN. *Para la implementación de la habilitación de trabajo en casa, el empleador deberá promover la formación, capacitación y el desarrollo de competencias digitales, en los servidores públicos y trabajadores del sector privado cuando la actividad a desarrollar así lo requiera.*

ARTÍCULO 13. IMPLEMENTACIÓN DEL TRABAJO EN CASA. *El trabajo en casa como habilitación excepcional aquí regulada no requerirá modificación al Reglamento Interno de Trabajo ni al Manual de Funciones, salvo que fuera necesario para el desarrollo de las labores.*

PARÁGRAFO. *En los eventos en que sea necesario modificar el reglamento interno no podrán variar las condiciones laborales establecidas o pactadas al inicio de la relación laboral.*

ARTÍCULO 14. CANALES OFICIALES DE COMUNICACIÓN PARA CIUDADANOS Y USUARIOS. *Las entidades públicas y los empleadores del sector privado deberán adoptar las directrices necesarias para el desarrollo del trabajo en la habilitación del trabajo en casa, y en especial darán a conocer a los ciudadanos y usuarios en su página web, los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán sus servicios de manera virtual, así como los mecanismos tecnológicos y/o virtuales que emplearán para el registro y respuesta de las peticiones.*

En todo caso la habilitación de trabajo en casa no implicará retroceso, demoras o falta de calidad en la atención y en el desempeño de funciones y prestación de servicios.

ARTÍCULO 15. INSPECCIÓN Y VIGILANCIA. *El Ministerio de Trabajo ejercerá las funciones de inspección, vigilancia y control en el desarrollo de las actividades reguladas en la presente ley. En cuanto a las relaciones de derecho individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores del sector se rige por las normas especiales vigentes.*

ARTÍCULO 16. VIGENCIA. *Esta ley rige a partir de su promulgación”.*

2. Decisión

Primero. En cuanto al cargo por desconocimiento de la reserva de ley estatutaria, declarar **EXEQUIBLE** la totalidad de la Ley 2088 de 2021, “*Por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones*”.

Segundo. En cuanto al cargo relacionado con la violación del principio de unidad de materia, declarar **EXEQUIBLE** el inciso 1º del artículo 14 de la Ley 2088 de 2021, “*Por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones*”.

3. Síntesis de los fundamentos

En el asunto bajo examen, el accionante propuso dos cargos. En virtud del primero, consideró que la Ley 2088 de 2021 “*por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones*” desconoce la reserva de ley estatutaria, pues la regulación cuestionada impacta el núcleo esencial del derecho al trabajo y, además, lo hace de forma integral, estructural y completa. En general, el actor planteó que el objeto de la ley es establecer una nueva modalidad de trabajo o de tipología laboral que modifica el Código Sustantivo del Trabajo y que hace parte también del teletrabajo regulado mediante la Ley 1221 de 2008. Frente a la segunda acusación, el demandante señaló que el inciso 1º del artículo 14 de la Ley 2088 de 2021 vulnera el principio de unidad de materia, ya que está regulando “*aspectos*

del derecho de las comunicaciones, del derecho administrativo y no del derecho laboral”.

Con base en los distintos elementos de juicio planteados en la sentencia, y luego de distinguir entre la figura del trabajo en casa respecto del teletrabajo y del trabajo remoto, la Sala Plena de esta corporación concluyó que la Ley 2088 de 2021 no incurrió en un desconocimiento de la reserva de ley estatutaria, en tanto que dicha categoría especial de ley no es predicable de la normatividad cuestionada, pues no se está presencia de una regulación (i) integral, estructural y completa del derecho al trabajo; (ii) no se impacta en su núcleo esencial; (iii) ni se refiere a los elementos estructurales que conduzcan a una afectación de este derecho.

En efecto, su alcance y ámbito regulatorio se circunscribe a disponer de una *habilitación* permanente por parte del Legislador, para que, con ocasión de la existencia de circunstancias ocasionales, excepcionales y especiales que impidan realizar las funciones en el lugar de trabajo, ya sea respecto de empleados del sector público o privado, se proceda a ejecutar la labor desde la casa o domicilio de estos últimos, bien sea que dicha forma de prestación haya sido pactada por mutuo acuerdo o se derive de la atribución de subordinación del empleador, sin que conlleve la variación de las condiciones laborales establecidas o pactadas al inicio de la relación y sin modificar la naturaleza del contrato o el vínculo legal o reglamentario respectivo.

Por lo demás, entre el inciso 1º del artículo 14 de la Ley 2088 de 2021 y la materia dominante que se regula en la Ley 2088 de 2021 existe claramente una relación de conexidad *causal, teleológica, temática, consecucional y metodológica*, que excluye la violación alegada del principio de unidad de materia, pues es claro que la regulación sobre el trabajo en casa autoriza que, como se dispuso en la sentencia C-242 de 2020, se dispongan medidas que garanticen canales oficiales de comunicación de carácter virtual a favor de los ciudadanos y de los usuarios del sector privado, debidamente informados a través de sus páginas Web, con el propósito de que el lugar de prestación del servicio no excluya la posibilidad de hacer reclamaciones o de plantear solicitudes o peticiones respetuosas, en aras de asegurar una prestación adecuada, continua y eficiente de los servicios y de las funciones a su cargo.

En conclusión, ninguno de los dos cargos estaba llamado a prosperar y, por tal razón, las normas acusadas fueron declaradas exequibles.

SENTENCIA SU-213-22**M.P. Cristina Pardo Schlesinger****Expediente T-8.521.438**

CORTE DEJÓ EN FIRME LA SENTENCIA DICTADA POR LA SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO, QUE DECLARÓ LA NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL SEÑOR CARLOS ALBERTO ROMÁN OCHOA COMO ALCALDE DEL MUNICIPIO DE GIRÓN (SANTANDER) PARA EL PERIODO CONSTITUCIONAL 2020 – 2023, POR VIOLAR LA PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA.

1. Antecedentes

El 24 de julio de 2019, el accionante se inscribió ante la Registraduría Nacional del Estado Civil como candidato a las elecciones de la Alcaldía del municipio de Girón para el periodo constitucional 2020 - 2023. Su candidatura fue avalada por una coalición de ocho partidos políticos y dos movimientos políticos. En el formulario de inscripción a las elecciones E-6 AL, en el espacio para indicar el partido o movimiento político de militancia, el señor José Ángel Amador Sierra, miembro del partido Alianza Verde y quien fungió como suscriptor, indicó que el actor formaba parte de dicho partido.

El 27 de octubre del mismo año, debido a que obtuvo la máxima votación, el señor Román Ochoa fue elegido alcalde del municipio de Girón. No obstante, con sustento en la causal de doble militancia en la modalidad de apoyo prevista en los artículos 107 de la Constitución, 2 de la Ley 1475 de 2011 y 275.8 de la Ley 1437 de 2011, el señor Carlos Leonardo Hernández ejerció el medio de control de nulidad electoral contra el acto administrativo que declaró la elección del accionante.

Para el efecto, sostuvo que de conformidad con la información contenida en el formulario de inscripción E-6 AL, el actor militaba en el partido Alianza Verde. Por esta razón, no podía apoyar a candidatos inscritos para ocupar cargos de elección por partidos políticos distintos a ese. A pesar de esto, el señor Román respaldó las candidaturas de la señora Ángela Patricia Hernández González y del señor Mauricio Aguilar a la Gobernación de Santander, quienes no se inscribieron por el partido Alianza Verde para la elección de ese cargo uninominal.

En la contestación de la demanda, el accionante se opuso a las pretensiones y manifestó que el 20 de junio de 2018 renunció al partido Alianza Verde y a su curul en el Concejo Municipal de Girón por esa colectividad. Esa renuncia fue aceptada por el partido el mismo día.

En Sentencia del 28 de agosto de 2020, el Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto, advirtió que antes de la inscripción a las elecciones a la Alcaldía de Girón, el actor había renunciado al partido Alianza Verde.

En Sentencia del 3 de diciembre de 2020, la Sección Quinta del Consejo de Estado revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, declaró, con efectos ex nunc, la nulidad de la elección del accionante. Para sustentar su decisión, la Sala encontró demostrado que, al momento de su inscripción como candidato a la Alcaldía de Girón, el actor formaba parte del partido Alianza Verde. Lo anterior, al constatar que en el formulario de inscripción a las elecciones E-6 AL, en el espacio para indicar el partido o movimiento político de militancia, el actor escribió que militaba en el mencionado partido. Además, expuso que en el documento que contiene la coalición programática y política que postuló al actor, los partidos acordaron apoyar la candidatura avalada por el partido Alianza Verde.

En este orden, aclaró que el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011 prevé que quienes aspiren a ser elegidos en cualquier cargo de elección popular, sin importar si se trata de corporaciones públicas o cargos uninominales, «no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados». Por esto, la Sala determinó que, en razón de su militancia al partido Alianza Verde y del aval de este a su candidatura, el señor Román Ochoa debía apoyar la aspiración del señor Pedro Leonidas Gómez, candidato a la Gobernación de Santander para el mismo periodo en el cual se presentó el accionante a la Alcaldía de Girón. El señor Gómez formaba parte del partido Polo Democrático Alternativo y se postuló a la Gobernación por una coalición de la cual formaba parte el partido Alianza Verde.

Sin embargo, de acuerdo con el video aportado al proceso como prueba, el accionante respaldó públicamente la candidatura de la señora Ángela Patricia Hernández Álvarez a la Gobernación de Santander, militante del Partido de la U, y quien fue la candidata de una coalición de la que no fue miembro el partido Alianza Verde, sino los partidos Liberal Colombiano, Colombia Justa Libres, Centro Democrático y MIRA.

El señor Román Ochoa interpuso acción de tutela contra la decisión adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado. A su juicio, la providencia judicial incurrió en los defectos fáctico, sustantivo y de desconocimiento del precedente constitucional porque: i) con base en medios de prueba diferentes a la inscripción formal ante el partido Alianza Verde, y con independencia de la renuncia presentada por él a ese partido,

concluyó que, al momento de su inscripción como candidato a la Alcaldía de Girón, militaba en esa organización política (defecto fáctico); ii) para

concluir que él formaba parte del partido Alianza Verde, no aplicó el artículo 2 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, así como los artículos 1502, 1526 y 1740 del Código Civil, e interpretó en indebida forma el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 (defecto sustantivo) y iii) no atendió el precedente fijado en las Sentencias C-490 de 2011 y C-089 de 1994, en las cuales la Corte Constitucional reconoció la autonomía de los partidos políticos para adoptar sus decisiones internas y, concretamente, para conformar coaliciones políticas (defecto por desconocimiento del precedente constitucional).

En sentencia del 20 de mayo de 2021, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó el amparo de los derechos fundamentales invocados. Sostuvo

que la Sentencia cuestionada analizó el material probatorio que obraba en el expediente y por ello no incurrió en un defecto fáctico. De otro lado, agregó que la Sección Quinta del Consejo de Estado tampoco incurrió en un defecto sustantivo por la falta de aplicación de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, pues este establece que «[e]n el formulario de inscripción se indicarán los partidos y movimientos que integran la coalición y la filiación política de los candidatos».

El 30 de agosto de 2021, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, amparó el derecho fundamental al debido proceso del accionante. Por tanto, ordenó a la Sección Quinta que dictara una sentencia de reemplazo.

Encontró que en la sentencia cuestionada se configuraron los defectos fáctico y sustantivo. En relación con el primero, expuso que se encontraba demostrado que el 20 de junio de 2018, el partido Alianza Verde aceptó la renuncia presentada por el actor. Además, estimó que, a diferencia de lo afirmado por la Sección Quinta, la información consignada en el formulario de inscripción de la candidatura «no constituye prueba de la pertenencia al partido Alianza Verde, pues de conformidad con el artículo 2 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, la militancia a un partido o movimiento político debía establecerse con la inscripción que realizara el referido candidato ante la respectiva organización política».

De igual manera, sobre el defecto sustantivo, añadió que la sentencia cuestionada interpretó de manera errónea los artículos 2 y 29 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, ya que estos no extienden la prohibición de doble militancia a los candidatos que se inscriben por una coalición.

2. Síntesis de los fundamentos

Luego de comprobar que la acción de tutela interpuesta por el señor Román Ochoa es procedente, la Sala Plena de la Corte Constitucional desarrolló sendas consideraciones sobre la inscripción de candidaturas, la prohibición constitucional y estatutaria de doble militancia y las coaliciones políticas.

En el estudio del caso concreto, la Corte concluyó que la Sentencia dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado no incurrió en un defecto fáctico por las siguientes razones. Primera, con la firma del formulario de inscripción de su candidatura, el señor Román Ochoa aceptó esa postulación y, dado su contenido, declaró bajo la gravedad de juramento que pertenecía al partido Alianza Verde (artículo 93 del Código Electoral). Segunda, contrariamente a lo manifestado por el actor, el legislador ordinario expresamente determinó que la inscripción de la candidatura debe ser realizada por el representante legal del partido o movimiento político o por la persona a quien él delegue (ejusdem). En este caso, la inscripción fue realizada por el señor José Ángel Amador Sierra, quien para ese momento fungía como secretario de la dirección ejecutiva departamental del partido Alianza Verde en Santander. Al respecto, constató que no existe prueba de que, para el efecto, el señor Amador no contara con la delegación requerida.

Tercera, en cumplimiento de lo previsto en el inciso tercero del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, en el formulario de inscripción, el inscriptor señaló los partidos y movimientos que integran la coalición y la filiación política del accionante. Ya se dijo que, con su firma, el señor Román declaró bajo la gravedad de juramento que esta información era cierta. Cuarta, en consideración de su redacción, es claro que el partido Alianza Verde otorgó al accionante el aval principal y que los demás partidos y movimientos políticos que integraron la coalición «Carlos Román Alcalde» se limitaron a coavaluar la aspiración. Y, quinta, los partidos y movimientos políticos se coaligaron expresamente «con el propósito de apoyar la candidatura avalada por el partido Alianza Verde».

Así mismo, este Tribunal determinó que la sentencia tampoco incurrió en un defecto sustantivo. Para empezar, afirmó que las candidaturas de coalición no se encuentran exceptuadas de la prohibición constitucional y estatutaria de doble militancia por los motivos que se indican a continuación:

1. A la luz de una interpretación sistemática de los artículos 107 superior y 2 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, y de acuerdo con la Sentencia C-490 de 2011, el único presupuesto inicial para la configuración de dicha prohibición es la posibilidad o el ejercicio efectivo de la representación política. Las coaliciones entre partidos, movimientos políticos, movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos están habilitadas para inscribir

candidatos a cargos uninominales y corporaciones públicas. Por tanto, los candidatos de coalición pretenden ejercer representación política y, por ende, participan en la contienda electoral. En consecuencia, carecería de sentido sostener que, en el curso de la campaña política, así como en el ejercicio del cargo para el cual fueron elegidos, los candidatos de coalición están exceptuados de la proscripción constitucional.

2. Para la Sala Plena, admitir lo contrario, con sustento en una interpretación parcial, esto es, que no tenga en cuenta el conjunto de las normas constitucionales y legales que regulan la materia, tendría consecuencias lesivas para la materialización de los fines que persigue la prohibición de doble militancia. Tal interpretación habilitaría la posibilidad de defraudar el alcance de dichas normas, mediante la escogencia de un determinado tipo postulación.

3. En la Sentencia C-490 de 2011, en ejercicio del control automático de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que culminó con la sanción de la Ley 1475 de 2011, la Corte declaró la exequibilidad de los artículos 2 y 29, es decir, de los tres presupuestos en los que se configura la prohibición de doble militancia en las candidaturas de coalición (artículo 2), ii) de la única excepción a esa prohibición (parágrafo del artículo 2) y iii) del deber de indicar en el formulario de inscripción de la candidatura de coalición «los partidos y movimientos que integran la coalición y la filiación política de los candidatos» (inciso tercero del artículo 29).

4. No existen motivos para considerar que el candidato de coalición no deba lealtad y disciplina, primero, a su partido de origen y, segundo, a los demás partidos y movimientos políticos que forman parte de la coalición. Respecto del partido de origen, las exigencias mencionadas obedecen no solo a la militancia del candidato en la organización, sino también a la identidad ideológica entre este y el partido y a la claridad que sobre el particular deben tener los electores. En cuanto a los partidos y organizaciones que integran la coalición, el deber de lealtad y disciplina se sustenta, por un lado, en que el candidato de la coalición es el candidato único de las organizaciones políticas que la conforman y, por otro lado, en el carácter vinculante del acuerdo de coalición.

5. Tampoco existen razones para estimar que las candidaturas de colación solo están reguladas por lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, para determinar el alcance de la prohibición de doble militancia, es preciso hacer una interpretación sistemática de los artículos 107 de la Constitución y 2 y 29 de la Ley 1475 de 2011.

6. Tratándose de la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo, el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011 determina que «[q]uienes [...] hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados». Esta norma sí resulta aplicable a los candidatos de coalición porque en su caso también se cumplen los supuestos fácticos que allí se exigen: i) aspiran a ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular y ii) por mandato del inciso tercero del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, se encuentran afiliados a una organización política. Esta afiliación no se pierde, aunque el candidato sea el candidato único de las organizaciones políticas que integran la coalición.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte determinó que la Sentencia no incurrió en un defecto sustantivo. Precisó que, dado que la finalidad que persigue el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011 es sancionar la violación de la prohibición de doble militancia, la pertenencia a un partido o movimiento político se puede establecer con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, así como con otros medios, incluso previstos por el propio legislador (artículo 93 del Código Electoral), que evidencien dicha militancia.

Finalmente, la Sala constató que la sentencia tampoco incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente constitucional. De hecho, la Sección Quinta del Consejo de Estado siguió el precedente fijado por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia C-490 de 2011, pues con base en las reglas allí plasmadas, las cuales coinciden con la jurisprudencia de esa sección, encontró que el señor Román Ochoa transgredió la prohibición de doble militancia. Igualmente, no desconoció el precedente sentado en la Sentencia C-089 de 1994.

Por último, negó la tutela de los derechos fundamentales invocados por la señora Laura Lizeth Barreto Serrano, cuya acción de tutela fue acumulada al presente caso y quien adujo ser habitante del municipio de Girón, y rechazó la pretensión de la ciudadana Yulia Moraima Rodríguez Estaban, relativa a que se declare su condición de alcaldesa del municipio de Girón (Santander) hasta que culmine el periodo constitucional 2020 – 2023. Esto,

pues, el procedimiento y la manera en que deben ser ocupadas las vacancias temporales y definitivas de los alcaldes es un asunto que se encuentra regulado por la Constitución y la ley. Y, además, no se observa alguna irregularidad en las razones que permitieron que la señora Rodríguez ocupara el cargo de alcaldesa y luego fuera desvinculada del mismo.

3. Decisión

Primero. REVOCAR la sentencia dictada el 30 de agosto de 2021 por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado y, en su lugar, **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia aprobada el 20 de mayo del mismo año por la Sección Cuarta de la misma Corporación, que i) declaró la falta de legitimación en la causa del señor Carlos Navarro Quintero y ii) negó el amparo de los derechos fundamentales invocados.

Segundo. DECLARAR que la acción de tutela promovida por la señora Laura Lizeth Barreto Serrado sí cumple el requisito de legitimación en la causa por activa por las razones explicadas en la parte motiva de la presente sentencia. No obstante, **NEGAR** el amparo de sus derechos fundamentales.

Tercero. DEJAR EN FIRME la Sentencia dictada el 3 de diciembre de 2020 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad del acto que contiene la elección del señor Carlos Alberto Román Ochoa como alcalde del municipio de Girón (Santander) para el periodo constitucional 2020 – 2023 y dispuso la cancelación de la credencial de alcalde.

En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia de reemplazo dictada el 14 de octubre de 2021 por esa sección, que fue aprobada en cumplimiento de la sentencia de tutela de segunda instancia que se revoca en el numeral primero de la parte resolutive de esta providencia.

CUARTO. RECHAZAR la petición presentada por la señora Yulia Moraima Rodríguez Estaban, relacionada con la declaratoria de su condición de alcaldesa del municipio de Girón (Santander) hasta que culmine el periodo constitucional 2020 – 2023.

4. Salvamentos de voto y aclaración

Los magistrados/as **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Y ALEJANDRO LINARES CANTILLO** salvaron el voto. La magistrada **NATALIA ÁNGEL CABO** aclaró su voto. Los magistrados/as **DIANA FAJARDO RIVERA Y JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** reservaron la posibilidad de aclarar el voto.

La magistrada **Gloria Stella Ortiz Delgado se apartó de la decisión mayoritaria** de confirmar las decisiones de instancia que negaron el amparo de la referencia. En este caso, no compartió la interpretación realizada a la prohibición legal de la doble militancia de apoyo en caso de coaliciones, por las siguientes razones: i) la hermenéutica de la doble militancia de apoyo debió tener en cuenta principios constitucionales de importante peso respecto de una regla legal que los podía poner en riesgo; ii) el fundamento de las coaliciones de apoyo es la confluencia programática de los partidos y movimientos políticos; y, iii) en el caso concreto, si bien existían fuertes indicios de la militancia del actor al Partido Alianza Verde, no incurrió en la prohibición de doble militancia porque apoyó al candidato de un partido político que hizo parte de la coalición que permitió su elección como alcalde.

La figura de la coalición para apoyo es de creación legal, pero debe interpretarse de conformidad con los principios constitucionales que la sustentan. Al respecto consideró que la rigidez de la prohibición legal de doble militancia de apoyo, cuando se trata de coaliciones de partidos o movimientos políticos, no es el mismo que aquel derivado de los contenidos directos de la Carta. Sin duda, cuando se trata de interpretar la ley frente a la Constitución es fundamental tener en cuenta todos los principios constitucionales que se imponen frente al de la ley; situación distinta de cuando se trata de ponderar reglas y principios constitucionales de la misma jerarquía normativa. En tal sentido, la verificación de la prohibición legal debía considerar que las coaliciones fueron autorizadas por la Constitución para unir ideologías y partidos políticos de distintos orígenes y posturas para lograr llegar al poder, de ahí que su ámbito de ejercicio desborda el interés del partido de origen y se convierte en un interés colectivo con protección constitucional. La coalición agrupa distintos partidos o grupos de ciudadanos que exige ampliar el sentido de apoyo partidista y el entendimiento de la función constitucional de la doble militancia. Era claro que, en una coalición, no es posible entender que un ciudadano pertenece a dos partidos, como define la Carta el concepto de doble militancia.

Ahora, cuando el intérprete se acerca a coaliciones que se conforman coyunturalmente con intereses contrapuestos, como la que sucedía en el caso objeto de estudio en el que la coalición para la alcaldía no estaba conformada por partidos políticos que se unieron con el partido de origen del candidato para otra elección, debía concluirse que la prohibición legal no podía contradecir los principios constitucionales de libre escogencia de candidatos, de autonomía de los partidos políticos, de la plena observancia de los derechos políticos y la actuación de los partidos y movimientos políticos. En concreto, era importante considerar los postulados de: i) la eficacia del voto ciudadano; ii) el principio de democracia participativa; iii)

el derecho a elegir y ser elegido; iv) la garantía de los ciudadanos de fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse; y, v) la disciplina partidista programática. Bajo ese entendido, la aplicación de la doble militancia

a candidatos que representan una coalición no puede configurar un límite injustificado, irrazonable y desproporcionado para quien resulta elegido. En otras palabras, no puede implicar un sacrificio infundado del derecho a elegir y ser elegido y de acceso a la función pública, al punto de vaciar de contenido dicha garantía.

El fundamento de las coaliciones partidistas por apoyo es la unión programática de los partidos políticos. Esta característica se acentúa más en el caso de las elecciones de alcaldes y gobernadores porque el voto programático es una de las principales características de dicho certamen (artículo 259 superior). Bajo ese entendido, la coalición de partidos y movimientos políticos para respaldar candidatos a una alcaldía está determinada por un programa político construido desde lo colectivo, producto de la unión de fuerzas políticas y que trasciende a cada uno de los partidos y movimientos que integran la coalición. Conforme a lo expuesto, si bien el candidato que recibe los apoyos puede militar en uno de los partidos políticos, representa la convergencia de fuerzas en torno a un programa político que los identifica y los une en un proyecto electoral común. De esta manera, el candidato puede apoyar a los candidatos que integran esa coalición y que aspiran a cargos de elección popular en el mismo momento electoral de coalición. Los candidatos de coaliciones representan intereses comunes, más no se afilian o integran los partidos que convergen en dicho programa.

En el caso concreto, si bien había indicios sobre la militancia del actor en el Partido Alianza Verde, no incurrió en doble militancia. En efecto, en el expediente obraba prueba de la renuncia del actor al partido Alianza Verde. Sin embargo, indiciariamente si era posible determinar su militancia en ese partido porque: i) recibió el aval del mismo partido; y, ii) en la inscripción, aceptó dicha condición. No obstante, no incurrió en doble militancia porque: a) apoyó a un candidato a la gobernación que hacía parte de un partido político que conformó la coalición que permitió su elección como alcalde y, en consecuencia, compartía su programa de gobierno. En este sentido, la actuación del peticionario garantizó que los apoyos se hicieran a los candidatos de los partidos y movimientos políticos que integraron la coalición y que unieron sus fuerzas en torno a un programa político; y, b) su partido no tenía candidato propio y apoyó un aspirante que no guardaba identidad con su programa de gobierno, tal y como lo estableció la mayoría de la Sala. De esta manera, exigirle al actor que

apoye una candidatura que se aparta de su programa de gobierno resultaba una carga, a todas luces, desproporcionada. Aquella, desconoce sus derechos fundamentales a elegir y ser elegido y, además, atenta contra los principios de eficacia del voto, democracia participativa, la garantía de los ciudadanos a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse y la disciplina partidista, en términos de lealtad programática.

Los magistrados **Alejandro Linares Cantillo y Antonio José Lizarazo Ocampo salvaron su voto** frente a la sentencia SU-213 de 2022, por cuanto, en su opinión la sentencia del 3 de diciembre de 2020 de la Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en (i) defecto fáctico, al no tener en cuenta la tarifa legal establecida -de carácter estatutario- para probar la militancia o pertenencia a un partido o movimiento político¹; y (ii) violación directa de la Constitución por desconocer los criterios de interpretación restrictiva de la prohibición de doble militancia. Así mismo, desconoció elementos esenciales de la confianza legítima y buena fe, al extender la prohibición de la doble militancia por apoyo electoral a candidatos únicos de coalición, sin observar en detalle la regla reciente y la jurisprudencia anunciada de la Sección Quinta del Consejo de Estado; por las razones que se expresan en detalle a continuación.

1. ***La sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en un defecto fáctico al no tener en cuenta la tarifa legal para probar la militancia o pertenencia a un partido o movimiento político.*** El artículo 2 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011 establece que “[l]a militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos”. Dicha disposición debe ser interpretada en conjunto con los artículos 3, en cuanto regula el Registro Único de Partidos y Movimientos Políticos que corresponde llevar al Consejo Nacional Electoral, y 4, en cuanto establece que los estatutos de los partidos y movimientos políticos deben regular el régimen de pertenencia, en el que se señalen reglas de afiliación y retiro del respectivo partido o movimiento. La sentencia cuestionada no sólo no valoró adecuadamente la renuncia expresa al partido por parte del accionante ni su aceptación por el partido, sino que no examinó si el accionante se encontraba en el registro único que lleva el Consejo Nacional Electoral, ni si su conducta contrariaba el régimen de pertenencia conforme a los estatutos del

¹ Artículo 2 de la Ley 1475 de 2011: “La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.”.

partido. Por lo anterior, cuando exista dudas de la militancia o pertenencia a un partido o movimiento político de un candidato, le corresponderá a las autoridades respetar la tarifa legal establecida. Por lo cual, consideran los magistrados disidentes que en el análisis del caso sometido a revisión, lo apropiado hubiera sido que la militancia o pertenencia del accionante al Partido Alianza Verde fuera demostrada, en los precisos términos de los mencionados artículos de Ley Estatutaria 1475 de 2011.

2. ***La sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en violación directa de la Constitución por desconocer los criterios de interpretación restrictiva de la prohibición de doble militancia.*** Ha señalado reiteradamente la Corte que cuando se trate de normas que limitan derechos fundamentales, el desconocimiento de la Constitución surge de una aplicación que desconozca los criterios de interpretación restrictiva de tal tipo de normas². En el presente caso tal desconocimiento surge precisamente de interpretar la regla de pertenencia o militancia en forma extensiva al entender que la pertenencia o militancia a un partido o movimiento también se prueba con el formulario de inscripción de la candidatura, partiendo del supuesto sin fundamento de que los partidos sólo pueden inscribir como candidatos a sus militantes.

3. ***La prohibición de la doble militancia en candidatos únicos de coalición debió ser aplicada con efectos hacia el futuro.*** Señalaron los magistrados Linares y Lizarazo que la decisión de la Sala Plena desconoce que en el año 2021 el Consejo de Estado, en una interpretación sistemática del artículo 107 de la Constitución Política y los artículos 2 y 29 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, *anunció jurisprudencia* y señaló que los candidatos únicos de una coalición podían incurrir en doble militancia pues, en su intención de manifestar apoyo a otros candidatos, (i) lo debían hacer en primer lugar, en favor de los candidatos que pertenecen a la colectividad en la que se encuentra afiliado; (ii) en caso de que su partido para un cargo específico no haya inscrito o respaldado a algún aspirante, lo puede hacer en favor de los candidatos que hacen parte de la coalición o de los que militan en las colectividades que adhirieron o apoyaron su campaña (la del candidato de coalición); (iii) sin establecer entre unos u otros algún grado de preferencia; y, (iv) siempre y cuando haya sido dejado libre para brindar ese apoyo por parte de la colectividad de origen³.

² SU-566 de 2019.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 14 de octubre de 2021, Rad. 11001-03-28-000-2020-00018-00.

4. Recordaron los magistrados Linares y Lizarazo que la prohibición de doble militancia se encuentra regulada de manera expresa y taxativa en la Constitución y la ley estatutaria y, en consecuencia, debe ser interpretada de manera restrictiva, al suponer una limitación al ejercicio del derecho a participar en la conformación del poder político.

5. En tal sentido, consideran los magistrados disidentes que la regla vigente y reciente de la Sección Quinta del Consejo de Estado sobre la prohibición de doble militancia, en la modalidad de apoyo, dirigida a los candidatos únicos de coaliciones, tiene en cuenta las particularidades de la suscripción de acuerdos de coalición entre colectividades políticas⁴ y, permite al candidato único de una coalición que efectivamente sea militante de uno de los partidos que la integran, apoyar públicamente -en representación de su partido y de las demás colectividades coaligadas y/o adheridas⁵- a un candidato ajeno a su partido de filiación, sin incurrir en doble militancia.

6. Sin perjuicio de lo anterior, en opinión de los magistrados disidentes, la regla dispuesta por la Sección Quinta del Consejo de Estado representa un cambio en la interpretación del alcance de la prohibición de doble militancia. Por consiguiente, señalaron que le correspondía a la Sala Plena tomar medidas de adaptación o ajuste -como lo hizo la Sección Quinta del Consejo de Estado-, de modo que la nueva postura no sorprenda y afecte al ciudadano⁶. Esto, en la medida en la que existen pronunciamientos en diferentes sentidos de los jueces de tutela y jueces administrativos en el caso concreto y que, como se señaló, el Consejo de Estado, sólo a partir del año 2021, consolidó la posición de que, bajo supuestos específicos, los candidatos únicos de coalición pueden incurrir en la prohibición de doble militancia.

⁴ “(...) por lo que resulta evidente que el candidato sobre el cual recae el acuerdo de voluntades tiene un deber de fidelidad, de lealtad con las agrupaciones políticas que lo respaldan, en tanto las representa en la contienda electoral, como lo indica la misma disposición, motivo por el cual resultaría totalmente ilógico considerar que está habilitado para actuar en contra los intereses de quienes inscribieron su candidatura, por ejemplo, apoyando a los candidatos de partidos y movimientos políticos que no hacen parte o no se adhirieron a la coalición y que están compitiendo con los que pertenece a ésta.”. Ibidem.

⁵ “Por supuesto, no se pasa por alto que el candidato de coalición, además de tener un deber de fidelidad con el partido en el que milita, también se debe a las colectividades que apoyaron su candidatura, respecto de las cuales aceptó representarlas en la contienda electoral y presentar en su nombre un programa de gobierno (art. 29 de la Ley 1475 de 2011) (...)”. Ibidem.

⁶ “La Sección Quinta del Consejo del Estado ha utilizado la tesis de la “jurisprudencia anunciada”. Se trata, concretamente, de un mecanismo frente a los cambios de postura que la Sección Quinta asume respecto de un determinado asunto y, en particular, de un cambio en las razones que sustentan una determinada interpretación de la Constitución o la ley. En consecuencia, “(...) cuando la autoridad judicial opta por cambiar o rectificar el precedente y los criterios que lo fundamentan con el que ha venido tratando o decidiendo determinado asunto, debe revisar la necesidad de tomar medidas de adaptación o ajuste, de modo que no sorprenda al ciudadano que resultará afectado por la nueva postura.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 30 de mayo de 2019, Exp. 11001-03-28-000-2015-00051-00.

7. Por consiguiente, indicaron los magistrados Linares y Lizarazo que en el presente asunto, correspondía a la Sala Plena *aplicar la jurisprudencia anunciada por la Sección Quinta del Consejo de Estado con efectos hacia futuro*, por razones de seguridad jurídica para los electores, de respeto del ejercicio de derechos políticos e igualdad ante la ley. Lo que hubiese conllevado de forma precisa a confirmar parcialmente la decisión proferida el 3 de diciembre de 2020 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con la advertencia que las consideraciones allí expuestas, constituyen un precedente que solo tendrá aplicación hacia el futuro, y en consecuencia, ordenar a dicha Sección dictar una sentencia de reemplazo que ajuste los efectos de la decisión (a) en el tiempo, y (b) a la regla unificada por esta corporación; y declarar que como consecuencia de su unificación de jurisprudencia y a partir de este fallo, la prohibición de la doble militancia en la modalidad de apoyo respecto de candidatos únicos de coalición tendrá aplicación a partir de las próximas elecciones.

Finalmente, la magistrada **Natalia Ángel Cabo** estuvo de acuerdo con la decisión adoptada ya que, en este caso, la argumentación presentada por la Sección Quinta del Consejo de Estado no puede calificarse de arbitraria ni caprichosa. Sin embargo, este asunto versa sobre la aplicación de la prohibición de doble militancia a candidaturas inscritas por coaliciones. Cuestión que, en su concepto, puede llegar a tener efectos diferentes a los previstos en la parte motiva de esta sentencia, en especial, respecto del alcance que se da a las coaliciones políticas.

En esta sentencia se insiste en que la regla sobre la aplicación de la doble militancia a candidaturas por coaliciones es clara. “No estoy de acuerdo con esa claridad en todos los casos, pues siempre será necesario evaluar la figura de las coaliciones políticas a la luz de los principios democráticos”. Adicionalmente, la sentencia argumenta que la aplicación de la doble militancia no implica el desconocimiento del principio de interpretación restrictiva de las prohibiciones para el acceso a cargos públicos. Esta no es una regla absoluta, por el contrario, está sujeta a ponderación caso a caso. “Recuérdese que la interpretación restrictiva en materia de prohibiciones sobre acceso a cargos públicos, es un principio que no pierde vigencia y es una herramienta de interpretación que también tiene como finalidad proteger derechos fundamentales y principios democráticos”.

Sentencia SU-214-22

M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar

Expediente: T-8.165.203

LA CORTE NEGÓ ACCIÓN DE TUTELA PRESENTADA POR EXALCALDE DEL DISTRITO ESPECIAL DE CARTAGENA EN CONTRA DE DECISIONES PROFERIDAS POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL EN EL QUE SE LE CONDENÓ COMO AUTOR DEL DELITO DE CELEBRACIÓN DE CONTRATOS SIN EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES

1. Antecedentes

Con ponencia del Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar, la Corte Constitucional resolvió la acción de tutela presentada por un ex Alcalde del Distrito Especial Turístico y Cultural de Cartagena de Indias contra las sentencias proferidas el 16 de marzo de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y el 11 de marzo de 2020 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que lo condenaron penalmente como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos penales, tipificado en el artículo 410 del Código Penal. Esta acción fue interpuesta con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, en tanto que, a juicio del demandante, las autoridades accionadas presuntamente incurrieron (i) en un defecto fáctico por indebida valoración probatoria y (ii) en una violación directa de la Constitución por desconocer (a) el principio de interpretación conforme a la Constitución, y (b) la garantía del juez imparcial.

Según se observó en los antecedentes de este proceso, el 15 de septiembre de 2003, el Distrito Especial Turístico y Cultura de Cartagena de Indias, en cabeza del entonces alcalde Carlos Alberto Díaz Redondo, celebró el Contrato de Obras No. 6-04843 con el Consorcio El Parque para la recuperación urbanística y paisajística de la Plazoleta Capitol y el Parque de las Flores de la ciudad de Cartagena de Indias. En él se pactó un plazo de ejecución de 75 días contados a partir de la suscripción de acta de iniciación de las obras.

El 1 de octubre de 2003, el representante del Consorcio El Parque y el interventor de la obra suspendieron la ejecución del contrato, en atención a que no se había cancelado el anticipo correspondiente, así como porque el área objeto de la obra estaba ocupada por vendedores estacionarios.

El 10 de noviembre de 2003, las mismas partes suscribieron el "Adicional No. 1 al contrato de obras públicas No. 6-04843 de septiembre 15 de 2003 celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y el

Consortio El Parque para la recuperación urbanística Parque de Las Flores”, en el cual se pactó ejecutar obras adicionales que consistían en la construcción de 15 módulos para los vendedores del parque. El término de ejecución pactado fue de 30 días contados a partir del vencimiento de la ejecución del contrato principal.

El 1 de enero de 2004, el accionante, Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior, se posesionó como Alcalde del Distrito Especial Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

El 26 de marzo de 2004, las Partes suscribieron el acta de inicio del Contrato de obras públicas No. 6-04843. El término de ejecución de dicho Contrato finalizó el 9 de junio de 2004. Si bien se pactó que el término del Contrato Adicional No. 1 debió iniciar al día siguiente del vencimiento del término de ejecución del contrato principal, el acta de inicio de la obra corresponde al 30 de junio de 2004, por lo que su ejecución -de acuerdo con el término del contrato- no pudo extenderse más allá del 30 de julio de 2004.

Sin embargo, el 30 de agosto de 2004, el alcalde Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior suscribió un nuevo acuerdo denominado “Adicional # 2 del contrato de obras públicas No. 6-04844 de septiembre 15 de 2003 celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y el Consorcio El Parque para la recuperación urbanística Parque de Las Flores”, también dirigido a adicionar ítems y actividades del Contrato de Obras Públicas No. 6-04843”, celebrado el 15 de septiembre de 2003 y cuyo término de ejecución ya había vencido el 9 de junio de 2004.

En tal virtud, el 6 de junio de 2006, la Fiscalía General de la Nación dispuso la apertura de una investigación penal por considerar, entre otras cosas, que el Contrato Adicional No. 2 suscrito el 30 de agosto de 2004 por el entonces Alcalde del Distrito Turístico de Cartagena de Indias —y ahora accionante en el proceso de tutela— se había celebrado sin la observancia de los requisitos legales esenciales.

El 16 de octubre de 2013 se realizó la calificación del sumario y se profirió la resolución de acusación por el delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales.

El 7 de abril de 2017, en el marco del proceso penal, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena profirió sentencia de primera instancia en la que consideró que el “Adicional # 2 al contrato de obras públicas No. 6-04843” en realidad fue un nuevo contrato que se celebró sin surtir los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, motivo por el cual condenó, entre otros, al accionante como autor del delito de contrato sin

cumplimiento de requisitos legales, dado que no se adelantó proceso de selección alguno. Esta sentencia fue apelada por el defensor del accionante y otros.

Mediante sentencia del 16 de marzo de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena confirmó la decisión de primera instancia. Concluyó que el mencionado “Adicional # 2” no había sido una adición al contrato No. 6-04843, sino que realmente se trataba de un nuevo contrato y, por tanto, el accionante tenía la obligación de haber adelantado un nuevo proceso de contratación, lo que no hizo. Contra esa decisión, los implicados presentaron recurso extraordinario de casación.

El 11 de marzo de 2020, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que el Tribunal Superior de Cartagena había llegado a una decisión razonable con fundamento en la totalidad del material probatorio incluido en el expediente, de acuerdo con el cual, después de valorarlo íntegramente, daba lugar a concluir que, al firmar “Adicional # 2” al contrato de obras públicas No. 6-04843, el accionante procedió de manera “irregular” y “desconoció los principios de transparencia y selección objetiva al adjudicar la obra a quien había oficiado como contratista en el precedente negocio jurídico”. En consecuencia, negó el recurso extraordinario de casación y confirmó, en lo relativo al accionante, la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena de Indias.

Contra las anteriores decisiones y autoridades que las profirieron, el ex alcalde de Cartagena interpuso acción de tutela con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, en tanto que, a su juicio, las accionadas presuntamente incurrieron (i) en un defecto fáctico por indebida valoración probatoria y (ii) en una violación directa de la Constitución por desconocer (a) el principio de interpretación conforme a la Constitución, y (b) la garantía del juez imparcial.

2. Síntesis de los fundamentos

Al evaluar el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de las acciones de tutela contra providencias de las Cortes, la Corte Constitucional advirtió que los argumentos contenidos en la acción de tutela dirigidos a sustentar la supuesta vulneración de la garantía del juez imparcial no cumplían con el requisito de subsidiariedad ni de inmediatez. De ahí que, el análisis de fondo se realizó respecto de los defectos fáctico y

violación directa de la Constitución a causa del desconocimiento del principio de interpretación conforme a esta.

De cara a los hechos antes mencionados y conforme al material probatorio recaudado, la Sala Plena debía revisar si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, al proferir la sentencia del 16 de marzo de 2018, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al proferir la sentencia del 11 de marzo de 2020, habían (i) incurrido en un defecto fáctico por dejar de analizar pruebas documentales allegadas al expediente del proceso penal, que de haberse considerado, a juicio del accionante, hubiesen resultado en una decisión distinta sobre la responsabilidad penal; y, (ii) incurrido en un defecto por violación directa a la Constitución por desconocer el principio de interpretación conforme a esta al (a) aplicar un tipo penal en blanco sin tener en cuenta las remisiones normativas necesarias para determinar su alcance; (b) usar la interpretación desfavorable sobre el alcance y contenido de una adición contractual; (c) no aceptar que el objeto del contrato puede ser complementado, sin necesidad de adelantar un nuevo proceso de contratación, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización; y, (d) no admitir que los módulos hacían parte del objeto del contrato No. 6-04843 por ser necesarios para el cumplimiento del mismo.

Para abordar este problema jurídico, la Sala Plena reiteró la jurisprudencia sobre los defectos fáctico y violación directa a la Constitución como causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Posteriormente, se refirió (i) a la historia, alcance y contenido del tipo penal de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales; (ii) expuso el fundamento constitucional del interés general como elemento esencial de la contratación pública; (iii) determinó las razones por las cuales la aplicación de la Sentencia C-300 de 2012 no era aplicable a este caso; y, (iv) examinó el alcance y contenido de las adiciones contractuales y de los contratos adicionales a la luz de la ley, así como de la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado. Finalmente, dio solución al caso concreto.

Al resolver el mencionado problema jurídico, la Corte evidenció en primer lugar, que la principal razón por la que no era dable admitir que el acuerdo denominado “Adicional # 2 del contrato de obras públicas No. 6-04844” suscrito por el demandante fue una adición al contrato de obras públicas No. 6-04483 ni un contrato adicional, fue porque el citado Adicional se suscribió cuando ya se había vencido el plazo de ejecución tanto del Contrato principal No. 6-04843, así como el del “Adicional No. 1” y, por lo tanto, se trató de un nuevo contrato que se celebró sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley. En consecuencia, señaló que jurídicamente

no es posible adicionar un contrato o celebrar un adicional al anterior cuyo término de ejecución ya ha vencido.

En consecuencia, la Corte consideró que no se encontró probado que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al proferir las sentencias del 11 de marzo del 2020 y del 16 de marzo de 2018, respectivamente, hubieren incurrido en defecto fáctico. Las decisiones estuvieron justificadas, razonablemente, en el análisis sistemático de las pruebas documentales allegadas al proceso penal. Además, ninguna de las pruebas documentales mencionadas por el demandante desvirtuó el hecho que para el 30 de agosto de 2004, fecha en la que se suscribió el “Adicional # 2”, el plazo de ejecución del contrato No. 6-04843 había vencido, por lo que no era posible suscribir una adición contractual.

La Corte tampoco encontró probado que las autoridades judiciales accionadas hubieren incurrido en el defecto de violación directa a la Constitución por desconocimiento del principio de interpretación conforme a esta. En concreto, porque, primero, se constató que sí tuvieron en cuenta las disposiciones normativas necesarias para determinar el alcance del delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, dada su naturaleza de tipo penal en blanco. Segundo, porque para la fecha en la que el tutelante suscribió el “Adicional # 2”, la jurisprudencia del Consejo de Estado ya había señalado que agregar ítems no previstos en los pliegos de condiciones de los contratos pactados por el sistema de precios unitarios — como era el caso del Contrato No. 6-04843—, implicaba una modificación del objeto del contrato que requiere de un nuevo acuerdo de voluntades. Por tal razón, no se acreditó que las demandas hubieren usado la interpretación desfavorable sobre el alcance y contenido de una adición contractual.

En tercer lugar, la Corte señaló que lo dicho por ella en la Sentencia C-300 de 2012, en el sentido que el objeto del contrato estatal puede ser complementado siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización, no era aplicable al caso sub judice porque ni la norma legal que fue objeto de examen constitucional con dicha sentencia ni ésta se habían expedido y proferido, respectivamente, al momento de suscribirse el denominado “Adicional # 2 del contrato de obras públicas No. 6-04844”.

Por último, los módulos estacionarios que se agregaron al Contrato mediante los Adicionales 1 y 2 no estaban comprendidos dentro de los ítems inicialmente pactados en el contrato de obras públicas No. 6-04843, por lo que, representaron obras adicionales no comprendidas en el objeto del

contrato y debieron contratarse mediante un nuevo contrato que fuera producto de un proceso de contratación independiente y que respetara todos los principios y formalidades exigidas en la Ley 80 de 1993.

Así, la Sala Plena concluyó que en este caso las entidades accionadas no vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del demandante y por lo tanto, negó el amparo solicitado.

3. Decisión

De conformidad con lo anterior, la Corte resolvió:

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos dispuesta por la Sala Segunda de Revisión.

SEGUNDO. Por lo expuesto en la parte motiva de esta Sentencia, **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de segunda instancia del proceso de tutela proferida el 14 de octubre de 2020 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo relativo a negar la acción de tutela presentada por Alberto Rafael Eduardo Barboza Senior respecto del defecto fáctico y el defecto por violación directa a la Constitución por desconocimiento del principio de interpretación conforme a esta, por las consideraciones expuestas en esta providencia. Por lo demás, **DECLARAR IMPROCEDENTE** esta acción de tutela en lo relativo al defecto por violación directa a la Constitución por desconocimiento de la garantía del juez imparcial, en consideración a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Por Secretaría General, LIBRAR as comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

4. Reservas de voto

En relación con esta decisión, se reservaron aclaración de voto los magistrados/as **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA, JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Y ALEJANDRO LINARES CANTILLO.**

SENTENCIA SU-215-22**M.P. Natalia Ángel Cabo****Expediente: T-8.497.337**

LA CORTE CONSTITUCIONAL DECLARÓ IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE TUTELA INSTAURADA POR LA SOCIEDAD PRODUCCIONES RTI S.A.S. CONTRA LA SECCIÓN CUARTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO, POR CUANTO ENCONTRÓ QUE, EN CUATRO DE LOS CINCO CARGOS PROPUESTOS, EL ASUNTO NO TENÍA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL Y EN EL CARGO QUINTO NO SE CUMPLIÓ EL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD.

1. Síntesis de la decisión**Hechos**

Producciones RTI S.A.S. celebró con una sociedad del exterior contratos de producción de programas de televisión. A su turno, esa sociedad transfirió los derechos de transmisión y emisión de esos programas a un tercero quien, posteriormente, autorizó su emisión en Colombia a través de canales de televisión abierta. Producciones RTI S.A.S. consideró que los servicios que prestó fueron utilizados exclusivamente en el exterior y, por lo tanto, los declaró como exentos del impuesto sobre las ventas (IVA) con fundamento en el literal e) del artículo 481 del Estatuto Tributario. Por su parte, la DIAN consideró que la transmisión de los programas de televisión en Colombia generó el incumplimiento del requisito previsto en la norma en mención, según el cual los servicios deben ser utilizados exclusivamente en el exterior y, por lo tanto, estimó improcedente la exención. En consecuencia, emitió liquidaciones oficiales de revisión e impuso sanción a Producciones RTI S.A.S. por inexactitud.

Producciones RTI S.A.S. presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las liquidaciones oficiales de revisión de la DIAN. En sentencia del 4 de marzo de 2021, la Sección Cuarta del Consejo de Estado falló en última instancia y, contrario a lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desestimó las pretensiones de Producciones RTI S.A.S. Para la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la demandante no tenía derecho a la exención del IVA, debido a que el aprovechamiento de los servicios de producción de los programas no ocurrió exclusivamente en el exterior, ya que fueron emitidos en Colombia.

Producciones RTI S.A.S. formuló acción de tutela en contra de la sentencia del 4 de marzo de 2021. En primer lugar, adujo que se cumplían los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias

judiciales. Luego, indicó que la Sección Cuarta del Consejo de Estado incurrió en los siguientes defectos: (i) desconoció las normas civiles y mercantiles que establecen que los contratos vinculan a las partes, pues no valoró los contratos suscritos por Producciones RTI S.A.S. y extendió los efectos jurídicos de contratos celebrados por terceros en el exterior con canales nacionales; (ii) interpretó de manera irrazonable el requisito del literal e) del artículo 481 del Estatuto Tributario que obligaba a que los servicios fueran utilizados exclusivamente en el exterior por empresas o personas sin negocios o actividades en Colombia para tener derecho a la exención del IVA; (iii) no aplicó el parágrafo del artículo 481 del Estatuto Tributario adicionado por el artículo 55 de la Ley 1607 de 2012; y (iv) finalmente sostuvo que la autoridad judicial accionada incumplió las reglas que definen las mayorías necesarias para adoptar una decisión judicial.

2. Consideraciones

La Sala Plena de la Corte Constitucional revisó los fallos de instancia proferidos por las secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado que denegaron el amparo de los derechos de Producciones PRTI. Para resolver este asunto, la Sala reiteró su jurisprudencia sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, e hizo especial énfasis en el requisito de relevancia constitucional y en el carácter restrictivo de la acción de tutela contra las decisiones de altas cortes. Lo anterior, en tanto sus providencias, como órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, no solo tienen relevancia en términos de seguridad jurídica, sino que también son fundamentales en la búsqueda de uniformidad de las decisiones judiciales y, por esta vía, en la materialización del principio de igualdad.

Luego, al estudiar el caso particular, la Sala Plena concluyó que los defectos que planteó Producciones RTI S.A.S. no cumplieron el requisito de relevancia constitucional por las siguientes razones:

i. El caso examinado planteó un debate eminentemente legal, pues la argumentación de la acción de tutela pretendía que el juez constitucional impusiera una lectura alternativa de los requisitos para acceder al beneficio previsto en el literal e) del artículo 481 del Estatuto Tributario. La Sala aclaró que si bien en la definición y aplicación de normas de rango legal se pueden afectar derechos fundamentales, en el caso examinado no se advertía cómo la decisión cuestionada transgredía garantías constitucionales.

ii. El tipo de argumentación propuesta por Producciones RTI S.A.S. en la acción de tutela, particularmente dirigida a establecer el alcance de la norma de rango legal, coincidía, en lo sustancial, con los argumentos que expuso tanto en el proceso de determinación oficial del tributo, como en el proceso contencioso administrativo. Esta coincidencia en la naturaleza de la argumentación -discusión legal y no constitucional- evidenciaba que la acción de tutela se utilizó como una tercera instancia del litigio.

iii. El caso planteó una discusión preponderantemente económica, pues la pretensión de la accionante consistió en que se dejaran sin efectos las liquidaciones oficiales de revisión, se reconociera un saldo a su favor y se revocara la sanción por inexactitud. Si bien la Sala aclaró que la naturaleza económica de un caso no excluye del todo la procedencia de la tutela, es necesario demostrar la afectación grave de derechos fundamentales, lo cual no se evidenció en este caso.

iv. En relación con lo anterior, en la acción de tutela no se cumplió la carga argumentativa necesaria, dirigida a demostrar una grave violación de los derechos fundamentales o una actuación arbitraria por parte de la Sección Cuarta del Consejo de Estado. En este punto, la Sala reiteró que en la acción de tutela contra providencias de altas cortes no basta con hacer referencia a la vulneración de un derecho fundamental. Por el contrario, el accionante tiene la carga de presentar razones suficientes dirigidas a demostrar que el debate involucra una afectación de garantías constitucionales.

v. En relación con otros argumentos que propuso Producciones RTI S.A.S. la Sala Plena encontró que los mismos no acreditaban el requisito de relevancia constitucional. De un lado, explicó que, a primera vista, los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia se respetaron porque la accionante pudo exponer sus argumentos durante el proceso y la doble instancia en el procedimiento jurisdiccional administrativo no implica doble conformidad. De otro lado, la Sala constató que los otros argumentos de relevancia constitucional pretendían imponer una interpretación alternativa de la exención debatida. En consecuencia, la acción de tutela estaba encaminada a lograr un juicio de corrección y no de validez.

Finalmente, con respecto a la alegada inobservancia de las reglas de mayorías para la toma de la decisión, la Sala Plena concluyó que la acción de tutela era improcedente por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, pues el asunto pudo discutirse a través del recurso extraordinario de revisión. De todas maneras le aclaró a la actora que hay una diferencia sustancial entre las aclaraciones de voto y los salvamentos, pues en las primeras aquél que las suscribe comparte la parte resolutoria del

fallo pero tiene observaciones sobre la parte motiva, mientras que en los salvamentos la persona no comparte la decisión.

Así las cosas, la Sala Plena concluyó, con respecto a los primeros cuatro defectos sustantivos presentados que la acción de tutela era improcedente por el incumplimiento del requisito de relevancia constitucional y, en relación con el quinto defecto, consideró que la acción de tutela incumplió el presupuesto de subsidiariedad.

3. Decisión

Primero. CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de tutela proferido el 20 de agosto de 2021 por la Sección Primera del Consejo de Estado que, a su vez, confirmó el fallo de 18 de junio de 2021 de la Sección Quinta de la misma corporación, con respecto a la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por Producciones RTI S.A.S. contra la sentencia del 4 de marzo de 2021 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en relación con la falta de quórum para decidir.

Segundo. REVOCAR en todo lo no mencionado en el resolutivo PRIMERO de esta decisión el fallo de tutela proferido el 20 de agosto de 2021, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela promovida por Producciones RTI S.A.S. en contra de la sentencia del 4 de marzo de 2021 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

4. Reservas de voto

Los magistrados **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**, **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** Y **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS**, y las magistradas **GLORIA STELLA ORTIZ** Y **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** reservaron aclaración de voto.

SENTENCIA SU-216-22

M.P. Alejandro Linares Cantillo

Expediente T-8.363.539

CORTE CONFIRMÓ LA DECISIÓN DEL ÓRGANO DE CIERRE EN EL PROCESO DE REPARACIÓN DE DIRECTA, EN EL MARCO DE LA ACCIÓN DE TUTELA INTERPUESTA POR LUIS ALEJANDRO ZAPATA CASAS Y OTROS EN CONTRA DEL CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "A"

1. Antecedentes

Le correspondió a la Sala Plena decidir si la sentencia de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 27 de agosto de 2020, que negó las pretensiones en un proceso de reparación directa contra el Ministerio de Defensa y la Armada Nacional, como consecuencia de los potenciales daños causados (perjuicios morales y materiales) por el Estado, como consecuencia de una explosión de una granada, activada en un vuelo aéreo, incurrió en:

- (i) un defecto **fáctico**, al no considerar la fecha de notificación del dictamen de pérdida de capacidad laboral para contabilizar el término de caducidad de la acción, por ser el momento en el que se tuvo certeza del daño;
- (ii) un defecto **procedimental**, en tanto se adujo que los funcionarios judiciales, al proferir la providencia reprochada actuaron al margen del proceso establecido en la ley, en contradicción con el principio de consonancia, porque hicieron una lectura selectiva de la demanda que los llevó a contar la caducidad desde la fecha del accidente y no desde el instante en que se tuvo seguridad del daño causado;
- (iii) un **desconocimiento del precedente** del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los cuales han indicado que el término de caducidad en la acción de reparación directa debe atender a las circunstancias particulares del caso, pues el daño no siempre se presenta de manera inmediata a los hechos que le dieron origen;
- (iv) un defecto por **desconocimiento de la Constitución**, dado que el desconocimiento de los precedentes de las Altas Cortes respecto a la contabilización del término de caducidad, vulneró su derecho al debido proceso, igualdad, defensa y acceso a la administración de justicia; y/o
- (v) se había incurrido en un defecto **sustantivo**, por aplicar de manera exegética el término de caducidad y no haber considerado un enfoque constitucional fundado en la protección de los derechos fundamentales.

Es de destacar que la decisión de instancia cuestionada negó las pretensiones de la demanda de reparación directa, al considerar que había ocurrido la caducidad de dicho mecanismo de control judicial. Como sustento, explicó que “el presunto daño acaeció el 27 de marzo de 2007, mientras que la demanda fue presentada el 5 de agosto de 2009”, esto es “cuando ampliamente se encontraba superado el término de dos años para presentar la acción”. En efecto, indicaron dichas providencias que el artículo 136.8 del hoy derogado del Código de lo Contencioso Administrativo, norma aplicable al caso particular controvertido, establecía que el cómputo del término de caducidad empieza a correr al día siguiente al hecho que le sirve de fundamento a la pretensión y no “al momento en que cesa el daño o se producen sus manifestaciones finales”. Esto es diferente al caso en donde el demandante sólo tuvo conocimiento del daño después de la ocurrencia del hecho, omisión u operación. En efecto, se indicó que la Corte Constitucional ha considerado que los términos de caducidad establecidos por el legislador son razonables y proporcionales, en sentencias como la C-115 de 1998 y C-832 de 2011. Así, se adujo que es una carga de la parte demandante demostrar cuándo conoció el daño y, si es pertinente, la imposibilidad de haberlo conocido al momento de causación de éste.

2. Síntesis de los fundamentos y decisión

Vista la anterior problemática, procedió esta corporación a analizar la procedencia de la acción de tutela, para encontrar acreditados los requisitos generales y específicos de procedencia en el presente caso. En el análisis de procedencia consideró este tribunal, como un asunto transversal que debía guiar la revisión del presente caso, que los órganos judiciales de cierre tienen, entre sus competencias, la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, esto supone analizar que la procedencia de la acción de tutela contra estas providencias implica que se trate de un caso *“definitivamente incompatible con el alcance y límite de los derechos fundamentales que han sido desarrollados por la Corte Constitucional o cuando se genera una anomalía de tal entidad que es necesaria la intervención del juez constitucional”*.

Así, después de estudiar y encontrar acreditados los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales de órganos de cierre, encontró que se debía delimitar el asunto puesto a consideración de la Sala Plena, en tanto no todos los argumentos

propuestos en la acción de tutela se alegaron en el curso de la demanda de reparación directa y/o en la apelación, por lo cual, se excluyeron dichos elementos del análisis en sede de revisión.

Tras estudiar los defectos alegados en la acción de tutela, la mayoría de la Sala Plena consideró que dichos defectos no se configuraron en la decisión judicial controvertida. Por el contrario, estimó la Sala que la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado estudió las particularidades del caso con sustento en la normatividad y la jurisprudencia vigente, respecto de lo cual concluyó que el daño se materializó y se conoció el 27 de marzo de 2007, momento en el cual se produjo el accidente. En consecuencia, indicó este tribunal que le asistió razón al órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa al indicar que, al momento de presentarse la demanda, el término de caducidad ya había vencido. Lo anterior, en opinión de este tribunal, resultaba en una interpretación no arbitraria, razonable y proporcional fundada en la normatividad y jurisprudencia que, para dicho momento, se encontraba vigente.

En consecuencia, esta corporación decidió confirmar las decisiones proferidas por los jueces de instancia en el marco de la acción de tutela, por las razones indicadas por la Corte. Asimismo, negar el amparo solicitado por Luis Alejandro Zapata Casas, su cónyuge María Margarita Sánchez Llinás y de sus hijos Alejandro y Valentina Zapata Sánchez, al evidenciar que no se logró estructurar ninguno de los defectos alegados contra la providencia judicial cuestionada.

3. Salvamentos y reservas de voto

Los magistrados **DIANA FAJARDO RIVERA, JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR, CRISTINA PARDO SCHLESINGER Y JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** salvaron su voto en la decisión. Las magistradas **NATALIA ÁNGEL CABO, ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Y PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA** compartieron la decisión adoptada en el presente caso, pero se reservaron una eventual aclaración de su voto.

La magistrada **Diana Fajardo Rivera salvó su voto**. Consideró que existían elementos suficientes para amparar los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del señor Luis Alejandro Zapata Casas y de su familia. En su concepto, las circunstancias que rodearon el estado de salud del señor Zapata Casas, víctima directa del accidente aéreo del 27 de marzo de 2007 cuando prestaba sus servicios como teniente de navío al Ministerio de Defensa -Armada Nacional, debieron tenerse en cuenta por la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado para determinar la

oportunidad de la demanda de reparación directa que interpuso con su familia, con el objeto de obtener el resarcimiento por los daños causados.

Para la Magistrada disidente, la autoridad judicial accionada -juez natural del asunto- reiteró en la sentencia cuestionada el alcance del término de caducidad del medio de reparación directa con fundamento en la norma y en la jurisprudencia aplicable a este caso, por lo cual, sobre este preciso aspecto no encontró reproche alguno. No obstante, indicó que en la valoración de las pruebas para determinar, con base en dicha jurisprudencia, cuál era el momento determinante para iniciar el cálculo de los dos (2) años que tenían para acudir a la justicia, omitió elementos relevantes y ello repercutió negativamente en el derecho que les asistía a los tutelantes a que el juez de lo contencioso administrativo resolviera de fondo su pretensión.

En esa línea argumentativa precisó que, aunque las lesiones sufridas por el Teniente de navío (r) eran evidentes desde el día del accidente, contar el término de caducidad a partir de dicho momento desconoció que las condiciones para ejercer la defensa de sus intereses no eran mínimamente adecuadas por los impactos graves del siniestro en su salud física y emocional, por consiguiente, exigir diligencia a partir del mismo contradice los mandatos de razonabilidad y afecta intensamente los derechos fundamentales invocados. Si bien, como lo ha admitido esta Corte, la caducidad de la acción obedece a criterios objetivos, la labor del juez en su análisis no es irreflexiva y, por el contrario, debe examinar el efectivo conocimiento del daño y considerar la real posibilidad de ejercer el derecho de acción.

Para concluir la magistrada Fajardo Rivera afirmó que el estado de salud del señor Zapata Casas, principalmente, impactó en los supuestos exigibles para iniciar el conteo del término de caducidad, siendo reprochable que ni el Consejo de Estado ni la Corte Constitucional hayan resuelto cualquier duda existente en favor de la víctima.

Los Magistrados **Jorge Enrique Ibáñez Najar**, **Cristina Pardo Schlesinger** y **José Fernando Reyes Cuartas** presentaron **salvamento de voto conjunto** frente a la decisión adoptada por la Sala Plena que negó el amparo de los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la igualdad solicitados por el accionante Luis Alejandro Zapata Casas y otros, con ocasión de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", que confirmó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró probada la excepción de caducidad de la acción de reparación directa por ellos

incoada al considerar respetuosamente que incurrió en los siguientes defectos:

(i) Desconocimiento del precedente constitucional sobre la contabilización del término de caducidad y de protección al debido proceso. Del escrito de la demanda de tutela, se pudo extraer que, frente a esta causal, los accionantes consideraron transgredido el precedente de esta Corte contenido en las sentencias SU-659 de 2015, T-201 de 2019, y SU-282 de 2019, en relación con la aplicación del criterio de cognoscibilidad y la flexibilización del término de caducidad de la acción de reparación directa, puesto que, con anterioridad a la notificación tanto del acta de la Junta Médica Laboral como de la resolución del retiro del servicio activo del señor Zapata Casas, no era posible presentar dicha demanda, en tanto que la víctima aún no se conocía o tenía certeza sobre la ocurrencia del hecho dañoso y su magnitud. Se sabía de la explosión ocurrida al interior de la aeronave el 27 de marzo de 2007, pero no se conocían aun las circunstancias de modo, tiempo y lugar, así como sus autores y presuntos responsables, porque tal hecho y presuntos responsables eran objeto de investigación tanto penal como administrativa cuyos resultados se produjeron solo entre 2008 y 2009.

(ii) Defecto sustantivo por aplicación exegética del término de caducidad e indebida aplicación del término de caducidad.

Señalaron que se había configurado esta causal, por cuanto la autoridad demandada había aplicado una norma sin interpretarla de conformidad con la Constitución, en este caso, el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984 -vigente para la época de los hechos-, que prevé el término de la caducidad de la acción de reparación directa. Esto, por cuanto se resolvió el asunto atendiendo la literalidad de la norma citada, soslayando las particularidades del caso concreto, tales como, el conocimiento del verdadero hecho dañoso o la certeza de la ocurrencia del mismo con motivo de la acción u omisión de un agente del estado, que por lo demás murió en el momento de la explosión.

(iii) Defecto procedimental absoluto por cuanto el juez actuó al margen del procedimiento establecido, en contravía del principio de consonancia.

Argumentaron que, de conformidad con lo dispuesto por esta Corte en la Sentencia SU-424 de 2012, se configuraba esta causal por vulneración del principio de consonancia, cuando la sentencia no tiene relación con los hechos y las pretensiones de la demanda. En ese sentido, para los

accionantes, en el escrito de la reparación directa se dejó claro que el litigio se refería a la responsabilidad del Estado por el daño en la salud y por el retiro del servicio activo del tutelante. Sin embargo, el Consejo de Estado reestructuró la discusión jurídica y la relacionó con la reclamación por el accidente aéreo, aspecto que incidió directamente en la resolución final del caso, en contravía de los derechos fundamentales de los actores.

Finalmente, con fundamento en la Sentencia T-450 de 2011, consideraron que también se acredita esta causal respecto a la transgresión del principio de congruencia, que culmina en la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la defensa, tal y como, según los demandantes, ocurrió en este asunto, puesto que *“se presenta una contradicción entre la fundamentación de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia censurada y la jurisprudencia de 2 altas cortes- Consejo de Estado y la Corte constitucional- en cuanto al momento a partir del cual se cuenta el término de caducidad, cuando luego de los hechos se conoce que el autor fue un agente del Estado. En consecuencia, es palmario que el presente asunto presenta una tensión constitucional entre la decisión judicial y los derechos fundamentales de los tutelantes que debe ser resuelta.”*

(iv) Violación directa de la Constitución.

Los actores señalaron que el fallo que se cuestiona, además de desconocer el precedente constitucional y judicial que sobre el cómputo del término de caducidad se ha proferido, se apartó de estos sin explicar las razones por las cuales no tendría en cuenta tales pronunciamientos, *“como es exigible bajo el imperio de la ley al que también están sujetos los jueces.”*

Para los Magistrados disidentes, la mayoría de la Sala Plena no efectuó un análisis profundo de varios defectos. Consideraron que, en el caso concreto, era totalmente necesario analizar, principalmente, el defecto fáctico, y en consecuencia de ello, los defectos por violación del precedente y sustantivo, entre otras, por las siguientes razones.

(i) Sobre el defecto fáctico

Aunque la demanda de tutela no le asignó una numeración autónoma a este defecto, sino que lo desarrolló en el numeral 3 tras concluir la exposición del defecto procedimental absoluto, en un exceso ritual manifiesto en el análisis de la demanda de tutela contra la providencia judicial, la Sala Plena sólo le dio importancia al argumento del dictamen de la pérdida de

capacidad laboral sin entrar a considerar la relevancia relacionada con la acusación sobre el conocimiento, con posterioridad a los hechos, de que fue un agente del Estado quien ocasionó el siniestro aéreo, contrariando, además, los poderes de proactividad del juez de tutela en favor de los derechos de quienes a ella acuden como consecuencia de la vulneración de sus derechos fundamentales, incluso, en tratándose de amparos en contra de providencias judiciales,⁷ aclarando que, en este asunto, ni siquiera se trata, rigurosamente, del empleo de la facultades *ultra y extra petita* respecto a este defecto, dado que, aunque no en un acápite individualizado, los accionantes sí se pronunciaron sobre el mismo.

A juicio de los Magistrados que salvaron su voto, la Sala Plena tenía el deber de pronunciarse sobre este tópico -defecto fáctico-, razón por la cual era importante reconocer, en los términos en los cuales la providencia cuestionada resolvió la contabilización del término de caducidad de la acción de reparación directa, es decir, estableciendo como fecha de inicio para dicho cómputo el día siguiente del siniestro, que sin embargo no se tenía conocimiento y, por lo tanto, certeza sobre el hecho mismo que ocasionó el daño. Es decir, debió diferenciarse entre la ocurrencia de la explosión dentro de la aeronave que constituye el siniestro aéreo y el momento en el cual se tuvo conocimiento que dicha explosión constituyó un verdadero hecho causante del daño antijurídico por la acción u omisión de un agente estatal, pues solo a partir del esclarecimiento de ese hecho oscuro fue cuando se concretó la presunta responsabilidad del Estado, sobre todo, si es allí cuando se estableció cuál fue la acción u omisión de un agente del Estado.

Para los Magistrados que se apartaron de la decisión mayoritaria, y como soporte a la configuración de esta causal, bastaba que la Sala Plena revisara que, en el escrito de la demanda de reparación directa, los accionantes explicaron, detalladamente, lo siguiente: *“En el caso, la probada consistió en una conducta de un agente al servicio de la administración, desarrollada durante el servicio, de manera inapropiada que causó un daño antijurídico a las víctimas. Conducta que por ningún aspecto fue o es imputable a los actores ni a terceros ni a causa extraña. Mas bien, se sabe quien la causó. La falla presunta deviene de la propiedad y custodia del artefacto explosivo generador de riesgo, al cuidado de un agente del Estado como Teniente Hernández Toca”*.

⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-108 de 2018 y T-001 de 2021. La primera, respecto a su aplicación en las acciones de tutela contra providencias judiciales y la segunda, respecto a la definición y aplicación en cada caso concreto.

De esa manera, concretamente, este hecho oscuro y por lo tanto esta falta de certeza solamente se aclaró entre los años 2008 y 2009, cuando se estableció que la razón que produjo el siniestro aéreo fue la manipulación imprudente, en pleno vuelo, de una granada de mano, atribuible al Teniente Coronel Fabián Andrés Hernández Toca, quien murió en el acto, aspecto que sólo podía determinarse a partir de la valoración probatoria de los informes de expertos que así lo consignaron en sus dictámenes, los cuales, fueron aportados al expediente ordinario y debidamente decretados en el auto de ponente del 2 de agosto de 2013 por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Nótese como en dicho auto se tuvieron como pruebas, entre otras, el fallo del 28 de octubre de 2009 dictado por la Dirección de Reclutamiento y Control de Reserva Naval de la Armada Nacional que resolvió exonerar de responsabilidad administrativa al Teniente de Navío Luis Alejandro Zapata Casas por los daños ocasionados a la aeronave ARC-412, puesto que, *“los hechos que aquí se investigan no se generaron por la culpa, dolo o negligencia del Tn Alejandro Zapata Casas, por el contrario los hechos se causaron por causa externa a la voluntad de este.”*⁸

Lo expuesto, para los magistrados Ibáñez, Pardo y Reyes era fundamental para resolver este asunto en la providencia dictada por la Sala Plena de la Corte Constitucional y de la cual se apartaron, no sólo porque se comprobó que el accionante no tuvo relación con las causas que culminaron en el siniestro, sino porque, dentro de dicho proceso administrativo, concretamente el 19 de agosto de 2008, el Teniente de Fragata Hernán Darío Prada Saavedra presentó el informe en el que determinó que el motivo del accidente correspondió a la manipulación imprudente de una granada de mano tipo IM M26HE por parte del Teniente Fabián Hernández Toca. Lo anterior, en consonancia con el *“Informe de Explosión A/B Avión Cessana ARC 412”*, del 16 de abril de 2007, en el cual, el Jefe del Departamento de Operaciones de Infantería de Marina, concluyó señalando que *“[t]eniendo en cuenta los pertrechos militares que le son asignados como dotación al personal militar de la Armada Nacional, me permito conceptuar que basado en la orientación hacia fuera de la perforación existente en el piso del avión, ésta fue causada por la explosión de una (01) granada de mano del tipo IM-M26 H.E fabricada por la Industria Militar Colombiana”*.⁹

⁸ Expediente electrónico, Investigación Administrativa, Rad. 28-SECAR, visible el folio 71 de los anexos del escrito de tutela.

⁹ Expediente electrónico, acción de tutela, anexos, folio 598.

En síntesis, fue sólo hasta ese preciso momento en el que se tuvo conocimiento sobre la efectiva participación de un agente del Estado en la ocurrencia del siniestro, y, por lo tanto, la imperiosa necesidad de contabilizar el término de caducidad desde que el hecho oscuro dejó de serlo. Así, desde allí, la acción de reparación directa en aplicación del criterio de cognoscibilidad y del principio *in dubio pro damnato* o *favor victimae* podía ser incoado. No obstante, la autoridad enjuiciada, lejos de considerar lo anteriormente expuesto, acudió a la interpretación menos favorable para las víctimas y concluyó que el conteo de la caducidad debía darse desde el día siguiente al acaecimiento del simple siniestro aéreo, claro está, se insiste, por la ausencia de valoración del acervo probatorio que le hubiese permitido al Consejo de Estado adoptar una decisión diferente a la censurada por los actores.

Por lo tanto, en el criterio de los magistrados Ibáñez, Pardo y Reyes se configuró un defecto fáctico por indebida valoración del material probatorio allegado al expediente ordinario, el cual ameritaba la intervención del juez de tutela toda vez que, este defecto *"procede siempre y cuando (i) se vislumbre un error ostensible, flagrante, manifiesto e irrazonable en la valoración probatoria, que obedezca a un proceder caprichoso o incorrecto; y (ii) debe tener la entidad suficiente para tener 'incidencia directa', 'trascendencia fundamental' o 'repercusión sustancial' en la decisión."*¹⁰

De haberse valorado en su integridad el material probatorio debidamente decretado y practicado, como mínimo, se habría concluido que la imputación del daño antijurídico a una autoridad pública, como consecuencia de su acción u omisión, presupuesto indispensable para que surja el deber de indemnizar integralmente a la persona que lo padece, (art. 16 de la Ley 446 de 1998 y artículo 90 de la C.P.), solo fue posible de determinar en el momento en el que: (i) se comprobó que el siniestro fue provocado por parte de un agente del Estado; y, (ii) que el accionante fue exonerado con ocasión de los documentos antes citados, tanto de responsabilidad penal, como disciplinaria y administrativa, es decir, en el proceso fue probado que el siniestro no fue provocado o se originó en su falta de su pericia o imprudencia como piloto. Al respecto, de haberse encontrado responsable penal, administrativa o disciplinariamente al accionante, sencillamente éste no podría solicitar la reparación de un daño resultante de su propia culpa o dolo.

¹⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-490 de 2016.

(ii) Del desconocimiento del precedente constitucional

La jurisprudencia de esta Corte relativa a la definición del precedente judicial ha sido consistente. Este, entendido como aquella sentencia o sentencias expedidas con anterioridad al asunto en que se aplica, y que, por su semejanza fáctica y jurídica, cuya razón de la decisión contiene una regla determinante que debe ser observada por la autoridad judicial en el análisis y decisión de la nueva providencia.¹¹

Si bien el contexto fáctico en el que se adoptó la Sentencia SU-659 de 2015 cuenta con diferencias propias de la casuística de cada caso, lo cierto es que la regla de decisión sentada en la sentencia de unificación en materia del conteo de la caducidad era aplicable al caso resuelto. Esto es, en los casos en los cuales exista **duda** frente al cómputo del término de caducidad del medio de control de reparación directa, esta debe resolver en aplicación del principio *in dubio pro damnato o favor victimae*. Esta regla de unificación que fue reiterada en la Sentencia T-334 de 2018, esa vez, en un caso sobre flexibilización de la contabilización del término de caducidad desde la concreción del daño que se evidencio en el dictamen de pérdida de capacidad laboral. Argumento que fue planteado por los accionantes en la demostración de este defecto.

(iii) Sobre el defecto sustantivo

Este yerro se configura cuando la interpretación legal o jurisprudencial efectuada por el juez “*se torna irrazonable, desproporcionada, arbitraria y caprichosa, generando una decisión contraria a la efectividad de los derechos constitucionales. Por el contrario, la mera inconformidad con el análisis efectuado por la autoridad judicial no habilita la intervención del juez constitucional.*”¹²

Los magistrados Ibáñez, Pardo y Reyes llaman la atención sobre que, como consecuencia de la configuración de los defectos fáctico y de desconocimiento del precedente constitucional, la sentencia judicial acusada en sede de tutela incurrió, a su turno, en un defecto sustantivo, por cuanto, al encuadrar su actuación en la segunda hipótesis para la configuración de este, relativa a: “*(ii) la aplicación o interpretación de la norma se aparta del margen de lo razonable, es contraevidente, perjudicial a los intereses legítimos de alguna de las partes o se aplica una norma de forma manifiestamente errada*”.

¹¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-354 de 2017.

¹² Cfr., Corte Constitucional, sentencias T-1222 de 2005, T-286 de 2007 y SU-061 de 2018.

Lo anterior, porque el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A” no tuvo en cuenta varios aspectos particulares del caso, el primero y más relevante, en relación con la antijuricidad del daño a partir de la determinación de la generación del hecho dañoso por parte de un agente del Estado, y en un menor grado, el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Sobre esa base, los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar, Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas concluyeron que la sentencia judicial acusada mediante tutela incurrió principalmente en el defecto fáctico ya descrito, sin perjuicio de la configuración de la violación del precedente y el defecto sustantivo, por lo cual, le correspondía a la Corte proteger los derechos fundamentales al libre acceso a la justicia, al debido proceso y a la igualdad, y, como consecuencia de ello, ordenar al Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, proferir una nueva decisión en la que analizara todo el acervo, esencialmente, el relacionado con los documentos mencionados y que no fueron valorados en la sentencia acusada a efectos de contabilizar el término de caducidad desde que se dieron a conocer los resultados de las investigaciones penales y administrativas que dieron cuenta que fue un agente del Estado quien accionó la granada generando con dicha acción el daño antijurídico.



CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Presidenta

Corte Constitucional de Colombia