

COMUNICADO No. 35

Agosto 26 de 2020



CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

LA AUSENCIA DE INICIATIVA GUBERNAMENTAL EXIGIDA POR LA CONSTITUCIÓN PARA LOS PROYECTOS DE LEY RELATIVOS A TRIBUTOS QUE PUEDEN SER IMPUESTOS, TASAS O CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, DETERMINÓ LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO OBJETADO POR EL GOBIERNO NACIONAL QUE MODIFICABA EL NÚMERO DE SEMANAS DE COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE PENSIÓN

I. EXPEDIENTE OG-160 - SENTENCIA C-349/20 (agosto 26)

M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Normatividad objetada

El gobierno nacional objetó por razones de inconstitucionalidad el Proyecto de Ley 205 de 2016 Senado – 094 de 2015 Cámara, “por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres”. A continuación, se transcribe el texto del proyecto objetado

“LEY No. ____

Por medio de la cual se modifica el número de semanas a cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres

Artículo 1º.- Modifíquese el numeral 2 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

1. Haber cotizado un mínimo de mil ciento cincuenta (1.150) semanas si es mujer o mil trescientas (1.300) si es hombre.

Parágrafo 1. En los casos previstos en el numeral 2 del presente artículo, si la mujer lo estima conveniente podrá seguir cotizando a fin de alcanzar el monto de la pensión consagrado en el artículo 34.

Parágrafo 2. El beneficio de pensionarse con 1.150 semanas cotizadas obrará exclusivamente en favor de las mujeres que cumplen con el requisito de garantía de pensión mínima.

En todo caso, la suma de la pensión, rentas y remuneraciones de la afiliada o sus beneficiarios no superará dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Lo dispuesto en el presente parágrafo aplica al régimen de primera media y al régimen de ahorro individual.

Artículo 2.- Modifíquese el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 34.- Monto de la pensión de vejez. El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas según el artículo 33 de la presente ley, será el equivalente al 65% del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65% y 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada.

Por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Artículo 3º. La presente ley entra a regir a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”.

2. Decisión

Primero. DECLARAR FUNDADA la objeción por inconstitucionalidad formulada por el gobierno nacional contra el Proyecto de Ley 206 de 2016 Senado – 094 de 2015 Cámara, *“por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres”*, analizada en esta providencia.

Segundo. En consecuencia, **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del Proyecto de Ley 206 de 2016 Senado – 094 de 2015 Cámara, *“por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres”*.

Tercero. En virtud de lo dispuesto en el artículo 167 de la Constitución, ordenar el **ARCHIVO** del Proyecto de Ley 206 de 2016 Senado – 094 de 2015 Cámara, *“por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres”*.

3. Síntesis de la providencia

Con fundamento en el artículo 241.8 de la Constitución Política, la Corte Constitucional decidió sobre las objeciones planteadas por el gobierno nacional al proyecto de ley que dispone una reducción en el número de semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión de vejez, por parte de las mujeres.

El Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público formularon tres tipos de cuestionamientos, todos fundados en razones de inconstitucionalidad: (i) primero, el acto normativo no contó con el aval gubernamental requerido por el artículo 154 de la Carta Política; (ii) segundo, las medidas desconocen la sostenibilidad financiera del sistema pensional, al disponer una disminución en el recaudo de cotizaciones en el régimen de prima media y un incremento en las cargas prestacionales, sin que se hubiera contemplado una fuente alternativa de financiación; (iii) tercero, la creación de un privilegio sobre del número mínimo de semanas de cotización para la consolidación del derecho pensional en favor de un grupo determinado sin la adopción correlativa de medidas que permitan reducir su impacto financiero, constituye una violación de los principios de solidaridad y eficiencia, en tanto impone cargas excesivas a los demás afiliados al RPM que también están en condiciones de debilidad y aun así asumen las cargas necesarias para garantizar el acceso a sus prestaciones en condiciones técnicas de sostenibilidad financiera.

Una vez remitido el proyecto a este tribunal el día 30 de mayo de 2018, la Corte encontró que el Congreso falló al tramitar las objeciones, por aprobar el informe respectivo mediante votación ordinaria y no mediante votación nominal y pública en la Cámara de Representantes. Por tal motivo, en el auto No. 563 de 2018 se ordenó devolver el expediente legislativo para subsanar el vicio dentro de los treinta días hábiles siguientes contados a partir de la notificación de la providencia, y remitir de nuevo el expediente a este tribunal, para resolver sobre la constitucionalidad del proyecto de ley.

El día 18 de febrero de 2020, el Secretario General del Congreso de la República remitió el proyecto, informando que la subsanación del vicio se produjo el 20 de noviembre de 2018, cuando se realizó la votación del informe de las objeciones en la Cámara de Representantes. Pese a la tardanza en la elaboración del acta y en la remisión del expediente a este tribunal, la Sala Plena concluyó que la falencia procedimental identificada en el auto No. 563 de 2018 había sido enmendada

satisfactoriamente, y que, por tanto, había lugar al examen de las objeciones planteadas por el gobierno nacional.

La Corte concluyó que los reparos por el desconocimiento de la exigencia del aval gubernamental debían prosperar. A la conclusión anterior se arribó al considerar, primero, que según el artículo 154 de la Carta Política las medidas legislativas que disponen la exención de tributos deben ser de iniciativa gubernamental o en su defecto del aval del Ejecutivo, segundo, que el proyecto de ley estaba sometido a esta exigencia, y tercero, que la misma no fue atendida por el Congreso.

En efecto, según el artículo 154 de la Constitución, las medidas legislativas que establecen exenciones de tributos deben ser de iniciativa gubernamental, tributos que pueden ser tasas, impuestos o contribuciones parafiscales.

En este caso, el proyecto de ley dispone que las mujeres adquieren el derecho a la pensión de vejez cuando cotizan, no las 1.300 semanas que en general se requiere según la Ley 100 de 1993, sino únicamente 1.150 semanas. Se trata entonces una medida que recae sobre los aportes individuales al sistema pensional, esto es, sobre una contribución parafiscal como modalidad especial de tributo en el que concurren los elementos de obligatoriedad, singularidad y destinación sectorial, según ha reconocido este tribunal en las sentencias C-895 de 2009, C-828 de 2001, C-422 de 2016, C-800 de 2003, C-262 de 2013, C-289 de 2014, C-655 de 2003, C-349 de 2004, C-1000 de 2007, C-430 de 2009, C-066 de 2018 y C-178 de 2016. Frente a esta modalidad de contribución parafiscal, el proyecto de ley consagró una exención, en tanto que, por vía de reconfigurar las exigencias sustantivas para acceder al derecho a la pensión para un grupo de personas, lo liberó de una carga tributaria; de esta suerte, aunque la normatividad demandada no modificó directamente los elementos de la obligación tributaria a cargo de los trabajadores dependientes e independientes, pues el hecho, la base gravable y la tarifa se mantienen en los mismos términos, de manera indirecta sí liberó parcialmente a un conjunto de mujeres de este gravamen, al permitirles acceder a la pensión de vejez con 1.150 semanas de cotización, y no las 1.300 que se requieren de manera general.

Acotó la Corte que el alcance de la intervención gubernamental en los procesos legislativos debe establecerse en función del objetivo del constituyente de robustecer los procesos de deliberación en los asuntos que, como este, tienen la mayor envergadura dentro de la organización política, para que sean objeto de un análisis cualificado por parte de instancias técnicas especializadas, en lineamiento con los principios que deben irradiar el sistema pensional, en los términos del artículo 48 de la Carta Política.

Pese a la exigencia anterior, el proyecto de ley fue de iniciativa de algunos congresistas y no del Ejecutivo, y, una vez iniciado el trámite de aprobación legislativa, el gobierno no sólo no avaló las medidas allí contenidas, sino que también se opuso abierta, expresa y directamente durante el procedimiento de aprobación de la ley.

En la medida en que el vicio anterior es insubsanable, la Corte resolvió declarar la inconstitucionalidad del proyecto de ley, sin entrar a analizar las objeciones por el desconocimiento de los principios de sostenibilidad financiera, y de equidad, solidaridad, universalidad y eficiencia del sistema pensional.

4. Salvamento y aclaraciones de voto

El magistrado **ALBERTO ROJAS RÍOS** salvó su voto al considerar que la Corte Constitucional debió declarar exequible el proyecto de Ley 206 de 2016 Senado 094 de 2015 Cámara, *“por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres”*.

En la providencia objeto de salvamento, con fundamento en que el proyecto de ley versaba sobre una iniciativa de orden tributario, se determinó que el artículo 154 de la Carta Política imponía que durante el trámite legislativo se diera la intervención del Gobierno Nacional.

Diametralmente opuesto con esa postura de la mayoría de la Sala Plena, el magistrado **ROJAS RÍOS** sostuvo que la norma en estudio no era propiamente de naturaleza tributaria y se enmarca en la competencia prevista en el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución¹, ya que lo que busca regular es un aspecto concerniente al servicio público y derecho a la seguridad social, materia que puede ser desarrollada por el Congreso de la República sin requerir de aval gubernamental.

En ese contexto señaló que el objeto del proyecto de ley consistía en modificar el tiempo de cotización para acceder a la pensión por parte de las mujeres que devengan menos de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuestión que se enmarca en el ámbito material de la seguridad social y no tiene relación alguna con una exención tributaria, como erróneamente fue interpretado por la mayoría de la Sala Plena, pues la disposición examinada no contemplaba una exoneración del pago de los aportes al sistema pensional sino una reducción en el tiempo de cotización exigido para las mujeres.

Precisó que, desde la perspectiva del derecho a la igualdad, la iniciativa legislativa indebidamente declarada inexecutable tenía por objeto corregir una asimetría entre la edad para que se pensionen las mujeres y las semanas de cotización que les resultarían obligatorias para tal fin, todo ello, de cara a la posición de desventaja que históricamente han tenido las mujeres en la organización social, particularmente en el ámbito laboral. De este modo, se trataba de una **acción afirmativa** en favor de las mujeres que devengan menores ingresos y que dedican tiempo al cuidado no remunerado de otras personas². Sobre este último aspecto, descartó la supuesta afectación a la sostenibilidad fiscal por considerar que si a las mujeres efectivamente se les pagara el valor del doble rol que cumplen, este sería muy superior a aquel rubro que se dice que se estaría afectando. Subrayó que dicho cálculo era conocido por el Gobierno Nacional, toda vez que es obligatorio incluirlo en el sistema de cuentas que anualmente determina el DANE y que, por ejemplo, en el año 2017 fue de \$332.515 millones de pesos, valor muy superior a lo que comparativamente produjo el comercio en el mismo año.

En ese orden de consideraciones, recordó que la flexibilización de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación para corregir asimetrías ya se había presentado en un caso anterior. Puntualmente, en el caso de la madres y padres cabeza de familia que cuidan hijos con pérdida de capacidad laboral, a quienes se les exigen 1000 semanas a partir de la modificación incorporada en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, disposición que fue declarada executable por la Corte en sentencia C-227 de 2004. En dicha oportunidad, esta Corporación abordó el número de semanas de cotización como un asunto concerniente al derecho a la seguridad social y no como una materia de naturaleza tributaria, como erradamente fue asumido en la sentencia objeto de disenso.

Sostuvo que dicho precedente debió ser tenido en cuenta en esta oportunidad para el análisis de las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional en orden a determinar, a partir de ello y en función del principio de progresividad y prohibición de regresividad de los derechos sociales previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

¹ **ARTÍCULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

² Ley 1413 de 2010, "Por medio de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país y como herramienta fundamental para la definición e implementación de políticas públicas.

que el Congreso cumplió el mandato constitucional de avanzar en la consecución de los derechos sociales, razón por la cual actuó dentro del margen de configuración que le atribuye el artículo 150 de la Carta Política³.

Los magistrados **LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ**, y **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** aclararon el voto sobre algunos aspectos de la fundamentación de esta decisión. Por su parte, el magistrado **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** se reservó la posibilidad de una aclaración de voto.

LA CORTE DETERMINÓ QUE LAS MEDIDAS EXAMINADAS QUE APUNTAN A MITIGAR LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA DE COVID 19 EN LA POBLACIÓN MÁS VULNERABLE PARA ACCEDER AL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN, CUMPLEN A CABALIDAD CON LOS REQUISITOS FORMALES Y MATERIALES EXIGIDOS POR LA CONSTITUCIÓN, LA LEY ESTATUTARIA DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

II. EXPEDIENTE RE-310 - SENTENCIA C-350/20 (agosto 26)
M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

1. Norma objeto de revisión constitucional

DECRETO LEGISLATIVO 662 DE 2020
(14 de mayo de 2020)

Por el cual se crea el Fondo Solidario para la Educación y se adoptan medidas para mitigar la deserción en el sector educativo provocada por el Coronavirus COVID-19, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994, y en desarrollo de lo previsto en el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, «Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional», y

CONSIDERANDO

(...)

DECRETA:

Artículo 1. Creación y objeto. Crear el Fondo Solidario para la Educación con el objeto de mitigar la deserción y fomentar la permanencia en el sector educativo.

El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - ICETEX administrará el Fondo Solidario para la Educación.

Artículo 2. Recursos. Los recursos del Fondo Solidario para la Educación provendrán de las siguientes fuentes:

1. Saldos y excedentes de Fondos y Alianzas establecidos por entidades públicas del orden nacional con el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - ICETEX, conforme a lo consagrado en el Decreto 467 del 23 de marzo 2020.

2. Saldos no ejecutados de Fondos en Administración o Convenios de Alianzas establecidos con el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - ICETEX cuyos convenios se encuentren en procesos de liquidación, que no hayan culminado, conforme a lo consagrado en el Decreto 467 del 23 de marzo 2020.

3. Utilidades derivadas de la operación de los Títulos de Ahorro Educativo - TAE, conforme a lo consagrado en el Decreto 467 del 23 de marzo 2020.

4. Los excedentes de liquidez de fondos y alianzas constituidos por entidades públicas del orden nacional en el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - ICETEX y sus rendimientos financieros, que no estén comprometidos en convocatorias actuales o futuras.

³ Sentencia C-077 de 2017.

5. Los saldos de los fondos y alianzas constituidas por entidades públicas del orden nacional en el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - ICETEX que no estén comprometidos en convocatorias actuales o futuras.

6. Los recursos del presupuesto de inversión que el Ministerio de Educación Nacional transfiera al Fondo Solidario para la Educación.

7. Los rendimientos financieros generados por la administración de los recursos del Fondo Solidario para la Educación.

Parágrafo. Los fondos y alianzas a los que se refieren los numerales 4 y 5 del presente artículo comprenden los convenios suscritos con el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - ICETEX, que se encuentren en los siguientes estados: (i) vigentes inactivos, (ii) terminados sin proceso de liquidación y, (iii) en proceso de liquidación.

Se entenderá por convenios vigentes inactivos aquellos que: (i) no tengan recursos en ejecución, (ii) no presenten convocatorias vigentes, (iii) no tengan desembolsos o condonaciones pendientes o en curso en los últimos 24 meses.

Artículo 3. Uso de los recursos. Los recursos del Fondo Solidario para la Educación serán usados para mitigar la extensión de los efectos de la crisis en el sector educativo en el territorio nacional, para apalancar los siguientes programas educativos:

1. Plan de Auxilios Educativos Coronavirus COVID-19, creado mediante el artículo 1 del Decreto 467 del 23 de marzo de 2020.

2. Línea de crédito educativo para el pago de pensiones de jardines y colegios privados.

3. Línea de crédito educativo para el pago de matrículas de los jóvenes en condición de vulnerabilidad, en programas de educación para el trabajo y el desarrollo humano.

4. Auxilio económico para el pago de la matrícula de los jóvenes en condición de vulnerabilidad, en instituciones de educación superior pública.

Una vez se agoten los recursos del Fondo Solidario para la Educación, el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - ICETEX podrá liquidarlo siempre que se encuentre a paz y salvo con sus obligaciones. Los saldos se incorporarán al presupuesto del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - ICETEX para apalancar el programa de créditos educativos.

Artículo 4. Vigencia. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

2. Decisión

Primero. Levantar la suspensión de términos decretada mediante el auto 256 del 22 de julio de 2020.

Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** el Decreto Legislativo 662 de 2020 "Por el cual se crea el Fondo Solidario para la Educación y se adoptan medidas para mitigar la deserción en el sector educativo provocada por el Coronavirus COVID-19, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

3. Síntesis de la providencia

Adelantada la revisión constitucional del Decreto Legislativo 662 de 2020, la Corte concluyó de manera unánime que las medidas adoptadas satisfacen plenamente los requisitos formales y materiales que se desprenden de la Constitución (art. 215) y de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (Ley 137 de 1994).

De un lado, en relación con los requisitos formales, constató que fue expedido (i) por el Presidente de la República con la firma de todos los Ministros, y (ii) en desarrollo del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado en todo el territorio nacional mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, y durante su vigencia (hasta el 4 de junio de 2020). Adicionalmente, (iii) su articulado está precedido de una amplia motivación contentiva de las circunstancias justificativas de su expedición, las razones

en las que tienen sustento las medidas adoptadas, las finalidades buscadas mediante su adopción, su relevancia y necesidad, así como su vínculo con los factores desencadenantes de la declaración del estado de emergencia.

De otro lado, el Decreto Legislativo 662 de 2020 atiende los requisitos materiales, en tanto superó los juicios de finalidad, conexidad material, motivación suficiente, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, incompatibilidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación. Así, en su orden, las medidas adoptadas (i) están directa y específicamente encaminadas a la superación de la crisis que dio lugar a la declaratoria del estado de emergencia y a impedir la extensión de sus efectos; (ii) guardan relación de conexidad con las consideraciones que tuvo en cuenta el Presidente de la República para la expedición del Decreto 662 de 2020 y tienen una relación directa y específica con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia; (iii) se apoyan en razones suficientes; (iv) no comprometen la garantía y el ejercicio de derechos fundamentales, ni ponen en riesgo la vigencia del Estado de Derecho, ni interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público; (v) tampoco tienen como efecto restringir derechos "intangibles"; (vi) no son contrarias a alguna disposición en particular de la Constitución, tampoco desconocen el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el estado de emergencia, ni tienen por objeto o efecto desmejorar los derechos sociales de los trabajadores; (vii) no suspenden leyes que se entiendan como incompatibles en el marco del estado de emergencia; (viii) resultan necesarias para que el Gobierno nacional afronte el estado de emergencia de forma oportuna, eficiente y eficaz, y no constituyen una extralimitación de las funciones que se le reconocen como legislador extraordinario; (ix) responden de manera proporcional a la gravedad de los hechos que generaron la declaratoria del estado de emergencia, y no imponen ninguna limitación o restricción a derechos y garantías constitucionales; y (x) no suponen una forma de discriminación "fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica".

La Corte Constitucional encontró en el análisis de constitucionalidad que mediante las medidas contenidas en el decreto se busca paliar la grave afectación que las disposiciones adoptadas para enfrentar el riesgo epidemiológico asociado al coronavirus COVID-19 han causado en la economía de muchas familias y personas de todos los estratos socioeconómicos. Estas medidas apuntan a mitigar los efectos en la población más vulnerable, que ha visto comprometida su capacidad para solventar sus necesidades básicas y cumplir con las obligaciones adquiridas, relacionadas con el servicio público de educación.

DEL EXAMEN EFECTUADO AL DECRETO LEGISLATIVO 774 DE 2020, LA CORTE CONCLUYÓ QUE LA ADICIÓN PRESUPUESTAL QUE CONTIENE SATISFACE LOS JUICIOS MATERIALES DE CONSTITUCIONALIDAD CON EXCEPCIÓN DE LAS DISPOSICIONES QUE INCLUYEN COMO MEDIDA DE EXCEPCIÓN LA LIQUIDACIÓN PRESUPUESTAL QUE CORRESPONDE A FACULTADES ORDINARIAS DEL GOBIERNO NACIONAL

III. EXPEDIENTE RE-320 - SENTENCIA C-351/20 (agosto 26)
M.P. Richard Steve Ramírez Grisales

1. Norma objeto de revisión constitucional

DECRETO 774 DE 2020
(junio 3)

Por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2020 y se efectúa su correspondiente liquidación en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994, y en desarrollo de lo previsto en el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, "Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional", y

CONSIDERANDO

[...]

DECRETA:

ARTÍCULO 1. ADICIONES AL PRESUPUESTO DE RENTAS Y RECURSOS DE CAPITAL. Adiciónese el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital del Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2020 en la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL (\$287,000.000.000), según el siguiente detalle:

RENTAS DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN**ADICIÓN AL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN 2020**

CONCEPTO	VALOR
I - INGRESOS DEL PRESUPUESTO NACIONAL	287,000.000.000
6. FONDOS ESPECIALES DE LA NACIÓN	287,000.000.000
TOTAL ADICIÓN	287,000.000.000

ARTÍCULO 2. ADICIONES AL PRESUPUESTO DE GASTOS O LEY DE APROPIACIONES. Adiciónese el Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones del Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2020, en la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL (\$287,000.000.000), según el siguiente detalle:

ADICIÓN AL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN 2020

CTA PROG	SUBC SUBP	CONCEPTO	APORTE NACIONAL	RECURSOS PROPIOS	TOTAL
SECCIÓN: 1301					
ADICIÓN AL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN					
CTA PROG	SUBC SUBP	CONCEPTO	APORTE NACIONAL	RECURSOS PROPIOS	TOTAL

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

A. PRESUPUESTO DE FUNCIONAMIENTO	287,000.000.000	287,000.000.000
TOTAL ADICIÓN SECCIÓN	287,000.000.000	287,000.000.000
TOTAL ADICIÓN	287,000.000.000	287,000.000.000

ARTÍCULO 3. LIQUIDACIÓN DE LA ADICIÓN DEL PRESUPUESTO DE RENTAS Y RECURSOS DE CAPITAL. Adiciónese el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital del Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2020 en la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL (\$287,000.000.000), según el siguiente detalle:

RENTAS DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN**ADICIÓN AL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN 2020**

CONCEPTO	VALOR
I - INGRESOS DEL PRESUPUESTO NACIONAL	287,000.000.000

6. FONDOS ESPECIALES DE LA NACIÓN 287,000.000.000

TOTAL ADICIÓN 287,000.000.000

ARTÍCULO 4. LIQUIDACIÓN DE LA ADICIÓN DEL PRESUPUESTO DE GASTOS O LEY DE APROPIACIONES. Adiciónese el Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones del Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2020, en la suma DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL (\$287,000.000.000), según el siguiente detalle:

ADICIÓN AL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN 2020

CTA PROG	SUBC SUBP	CONCEPTO	APORTE NACIONAL	RECURSOS PROPIOS	TOTAL
-------------	--------------	----------	--------------------	---------------------	-------

SECCIÓN: 1301

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

A. PRESUPUESTO DE FUNCIONAMIENTO	287,000.000.000	287,000.000.000
TOTAL ADICIÓN SECCIÓN	287,000.000.000	287,000.000.000
TOTAL ADICIÓN	287,000.000.000	287,000.000.000

ARTÍCULO 5. ANEXO. El presente Decreto Legislativo se acompaña de un anexo que contiene el detalle del gasto.

ARTÍCULO 6. VIGENCIA. El presente Decreto Legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.

2. Decisión

Primero. Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 1, 2 y 6, del Decreto Legislativo 774 de 3 de junio de 2020, “[p]or el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2020 y se efectúa su correspondiente liquidación en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020”.

Segundo. Declarar **INEXEQUIBLES** los artículos 3, 4 y 5, del Decreto Legislativo 774 de 3 de junio de 2020, “[p]or el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2020 y se efectúa su correspondiente liquidación en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020”.

3. Síntesis de la providencia

En desarrollo del Decreto Legislativo 637 de 2020, el Presidente de la República expidió el Decreto Legislativo 774 de 2020, “[p]or el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2020 y se efectúa su correspondiente liquidación en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020”. El Decreto Legislativo *sub examine* prevé: (i) la adición de \$287.000'000.000 al Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y al Presupuesto de Gastos del Presupuesto General de la Nación (artículos 1 y 2), (ii) la liquidación de tales adiciones presupuestales (artículos 3, 4 y 5) y, por último, (iii) la vigencia de la norma a partir de la fecha de su publicación (artículo 6). Estos recursos están destinados al Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME) en cumplimiento de lo previsto por el Decreto Legislativo 568 de 2020. La Sala Plena constató que el Decreto Legislativo *sub examine* cumple con los requisitos formales, por cuanto (i) fue expedido por el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, (ii) fue proferido durante la vigencia del Estado de Emergencia declarado mediante el Decreto Legislativo 637 de 2020 y (iii) cuenta con la correspondiente motivación, en

tanto que el Gobierno Nacional expuso las razones fácticas y jurídicas que justifican la adición y la liquidación dispuestas por el referido Decreto Legislativo.

La Sala Plena concluyó que los artículos 1, 2 y 6, del Decreto Legislativo 774 de 2020 satisfacen todos los juicios materiales de constitucionalidad. Por el contrario, verificó que los artículos 3, 4 y 5, del Decreto Legislativo *sub examine* no satisfacen el juicio de necesidad jurídica y, por tanto, fueron declarados inexecutable. Primero, el Decreto Legislativo *sub iudice* cumple con los requisitos de *finalidad* y *conexidad*, por cuanto tiene por objeto incorporar al Presupuesto General de la Nación (PGN) los recursos recaudados con fundamento en el Decreto Legislativo 568 de 2020, para que sea posible implementar medidas sociales en favor de población afectada por la crisis económica actual. Segundo, el Decreto Legislativo *sub iudice* supera el juicio de *motivación suficiente*, por cuanto el Presidente de la República enunció los fundamentos normativos que justifican las medidas. Tercero, el Decreto Legislativo satisface los juicios de *ausencia de arbitrariedad*, *intangibilidad*, *no contradicción específica*, *incompatibilidad*, *proporcionalidad* y de *no discriminación*, habida cuenta de que el Decreto Legislativo se limita a efectuar la referida operación presupuestal. Cuarto, los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo 774 de 2020 satisfacen el juicio de *necesidad fáctica y jurídica*, por cuanto la adición presupuestal prevista es necesaria para que los recursos recaudados con fundamento en el Decreto Legislativo 568 de 2020 ingresen al FOME y, en consecuencia, puedan ser ejecutados. Quinto, los artículos 3, 4 y 5 del Decreto Legislativo 774 de 2020 no satisfacen el juicio de necesidad, toda vez que el Gobierno Nacional podía, "en ejercicio de funciones administrativas", liquidar la referida adición presupuestal, en los términos del artículo 67 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Por lo demás, la Sala Plena concluyó que la inexecutable de los artículos 1 a 8 del Decreto Legislativo 568 de 2020, declarada mediante la sentencia C-293 de 2020, no implica la inconstitucionalidad por consecuencia del Decreto Legislativo 774 de 2020. Esto, habida cuenta de que el remedio dispuesto por la Corte en relación con la inconstitucionalidad de los referidos artículos surtirá efectos en el recaudo del impuesto de renta del año 2020, que deberá liquidarse y pagarse en el 2021. Por tanto, dicho remedio no compromete, en manera alguna, la adición presupuestal prevista por el Decreto Legislativo *sub iudice* con los recursos recaudados al PGN del año 2020.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

El magistrado **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** aclaró su voto y los magistrados **LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ** y **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** salvaron parcialmente su voto respecto de la decisión de declarar inexecutable los artículos 3, 4 y 5, del Decreto Legislativo 774 de 2020, por cuanto consideran que resultaba válido constitucionalmente, que al lado de la medida de adición presupuestal se incluyera la liquidación presupuestal correspondiente.

El magistrado **LINARES CANTILLO** aclaró su voto pues, aunque comparte la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, estimó necesario reiterar que, en vigencia del Estado de Emergencia, el marco normativo en materia presupuestal cambia, especialmente al reconocer que es el Ejecutivo quien, durante la ejecución del presupuesto de la vigencia fiscal respectiva, tiene la facultad de modificar y posteriormente aplicar y ejecutar el nuevo presupuesto.

Señaló que una de las finalidades de este régimen especial, que se concreta en las facultades amplias que concede el Art. 83 del Estatuto Orgánico del Presupuesto y que ha validado la jurisprudencia constitucional (ver entre otras las sentencias C-448/92; C-416/93; C-330/99 y C-947/02), consiste en hacer eficaces las medidas económico/presupuestales adoptadas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos y que implica que, las adiciones y traslados, "serán efectuados por el Gobierno en los términos que éste señale" (Art. 83 EOP). En tal sentido, reconociendo que una de las etapas fundamentales en materia de configuración del presupuesto es la de liquidación, no es extraño que dentro de esa competencia amplia quede

comprendida la de liquidar el presupuesto adicionado, esencialmente, porque si no se reconociera así, la eficacia del inciso tercero del artículo 215 Constitucional (en concordancia con la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, Art. 47, Par.) quedaría en entredicho y con ello las facultades para conjurar la crisis⁴.

Por ello, en vigencia de los estados de emergencia, el artículo 67 del EOP no debería ser la norma aplicable en materia de liquidación del presupuesto, sino que tal operación debe entenderse como cobijada por la habilitación del artículo 83 del mismo estatuto, de modo que deberá realizarse por el Gobierno en los términos que éste señale.

LA CORTE CONSTATÓ AL EXAMINAR LAS MEDIDAS DECRETADAS PARA GARANTIZAR LA OPERACIÓN DE LOS MEDIOS ABIERTOS RADIODIFUNDIDOS Y DE LA TELEVISIÓN COMUNITARIA, QUE SE ACREDITABAN LAS CONDICIONES EXIGIDAS PARA LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS DE EXCEPCIÓN

IV. EXPEDIENTE RE-307 - SENTENCIA C-352/20 (agosto 26)
M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

1. Norma objeto de revisión constitucional

DECRETO 658 DE 2020
(mayo 13)

Por el cual se disponen medidas para garantizar la operación de los medios abiertos radiodifundidos y la televisión comunitaria en el marco del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994, y en desarrollo de lo previsto en el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, "Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional", y

CONSIDERANDO

[...]

DECRETA:

Artículo 1. Adición de un párrafo transitorio al artículo 62 de la Ley 182 de 1995. Adicionar un párrafo transitorio al artículo 62 de la Ley 182 de 1995, así:

"Párrafo transitorio. Los pagos de las contraprestaciones que efectúan los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida de operación privada de que trata este artículo, que vencen en la vigencia 2020, serán aplazados por el término de seis (6) meses después de terminada la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará la materia".

Artículo 2. Adición de un párrafo transitorio al artículo 33 de la Ley 1978 de 2019. Adicionar un párrafo transitorio al artículo 33 de la Ley 1978 de 2019, así:

"Párrafo transitorio. El pago anual correspondiente al año 2020, de que trata el literal b) del presente artículo, será aplazado hasta el año 2021, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará la materia".

Artículo 3. Pago de obligaciones al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a cargo de los operadores de televisión comunitaria, radio comunitaria y de interés público. Los pagos que deben realizar los operadores del servicio de radiodifusión sonora comunitaria y de interés público y los operadores del servicio de televisión comunitaria sin ánimo de lucro, al Fondo Único de Tecnologías

⁴ La jurisprudencia ha valorado la eficacia como elemento esencial del marco normativo de los estados de excepción, pues este no solo comprende la asignación de poderes para identificar las causas de la crisis, sino que dota de las herramientas suficientes para resolverlas (C-416/93).

de la Información y las Comunicaciones serán aplazados hasta el año 2021, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará la materia".

Artículo 4. Adición de un numeral transitorio al artículo 35 de la Ley 1341 de 2009. Adicionar un numeral al artículo 35 de la Ley 1341 de 2009, así:

"23. Financiar el desarrollo de líneas de crédito, fomento y fortalecimiento de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19.

Artículo 5. Vigencia. Este decreto rige a partir de su publicación.

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** el Decreto 658 de 13 de mayo de 2020 *"por el cual se disponen medidas para garantizar la operación de los medios abiertos radiodifundidos y la televisión comunitaria en el marco del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional"*.

3. Síntesis de la providencia

La Corte declaró la exequibilidad del Decreto 658 de 2020. Esta norma tiene dos objetivos esenciales: (i) aplazar el pago de algunas obligaciones que la televisión abierta radiodifundida, la televisión y radio comunitarias, y la radio de interés público tienen con el Estado; y (ii) ampliar las funciones del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - FUTIC, con el fin de que se establezcan líneas de crédito y fomento a favor de los operadores de servicios y redes de telecomunicaciones. Esto con el fin de concurrir en el normal funcionamiento de dichos servicios públicos, puesto en riesgo tanto por la disminución de sus ingresos derivados de pauta publicitaria, patrocinios, aportes de asociados en el caso de la televisión comunitaria e inversiones estatales propias de la difusión de campañas; como por los efectos generales de la contracción económica derivada de la pandemia y que afectan a los diferentes proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, en especial aquellos de menores ingresos.

La Corte encontró que una norma de esta naturaleza cumple con los requisitos formales para su expedición. En cuanto a los juicios materiales, también se encuentran acreditados, aunque es necesario hacer dos precisiones.

En lo que respecta a los juicios de conexidad interna, motivación suficiente y necesidad fáctica, la Sala evidencia que el fundamento que tuvo en cuenta el Gobierno para decretar las medidas contenidas en la norma analizada fue la afectación de los ingresos de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Esto en relación particular y específica con dos factores: (i) la caída súbita de la pauta publicitaria, los patrocinios, los aportes que hacen los asociados a la televisión comunitaria y los rubros destinados por las entidades públicas a campañas en medios abiertos; y (ii) la contracción económica general, derivada de la pandemia, la cual tiene incidencia par los diferentes actores del sector de las telecomunicaciones, particularmente aquellos de menores ingresos. Así, el ámbito de justificación de los beneficios de aplazamiento de pagos (artículos 1º a 3º del decreto examinado) recae en el primer factor; y las medidas de fomento y crédito del artículo 4º en el segundo factor. En ambos extremos, la Corte encontró que se acreditaban las condiciones exigidas para la validez constitucional de las normas de excepción.

De otro lado y respecto de la presunta omisión legislativa relativa en perjuicio de los demás proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones planteada por uno de los intervinientes respecto de los artículos 1º, 2º y 3º del decreto examinado, la Sala evidencia que no se comprueba esa falencia. En contrario, el decreto examinado circunscribe su motivación, en lo que respecta al aplazamiento de los pagos por el uso del espectro, a la abrupta disminución de determinados ingresos que afectan a ciertos medios de comunicación en específico. Por lo tanto, no puede válidamente interpretarse como una norma de apoyo indiscriminado a todos los proveedores de

redes y servicios de telecomunicaciones. Una previsión de este carácter, en contrario, sí está prevista por el artículo 4º del decreto analizado. Por ende, lo que concurre es una omisión legislativa absoluta que escapa al control de constitucionalidad, en tanto la norma de excepción no prevé ni justifica el aplazamiento mencionado para actores diferentes a los afectados por la mengua en los citados ingresos. Así, en caso de existir tales afectaciones, deben ser materia de una regulación diferente a la analizada en esta oportunidad. Adicionalmente, no debe perderse de vista que estos actores no quedan en estado de desprotección sobre su financiación, pues están habilitados para acceder a las medidas de fomento y crédito contenidas en el artículo 4º del decreto.

En consecuencia, el decreto examinado no ofrece controversias constitucionales y se inserta dentro de las medidas vinculadas a la atención de la emergencia y, en particular, la garantía del normal funcionamiento de los medios de comunicación que tienen un lugar central en la difusión de las políticas públicas implementadas para la contención de la crisis y sus efectos. De allí que el Decreto 658 de 2020 se ajuste a la Constitución.

LA CORTE ADVIRTIÓ QUE EN LA PROVIDENCIA MEDIANTE LA CUAL LA SUBSECCIÓN B DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO DECLARÓ PATRIMONIALMENTE RESPONSABLES A CIERTAS ENTIDADES PÚBLICAS POR LOS PERJUICIOS CAUSADOS A LOS DEMANDANTES EN UN PROCESO DE REPARACIÓN DIRECTA POR DAÑOS DERIVADOS DEL ATENTADO TERRORISTA OCURRIDO EN EL CLUB EL NOGAL, SE CONCRETÓ UN DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE APLICABLE. POR ESTA RAZÓN, LA CORTE AMPARÓ EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE LAS ACCIONANTES Y ORDENÓ A DICHA AUTORIDAD PROFERIR UNA NUEVA DECISIÓN EN AQUEL TRÁMITE JUDICIAL

V. EXPEDIENTE T-7532245 - SENTENCIA SU-353/20 (agosto 26)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

La Corte Constitucional revocó la sentencia proferida el 27 de mayo de 2019 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado y concedió el amparo del derecho al debido proceso de las entidades accionantes. En consecuencia dispuso dejar sin efectos la sentencia del 16 de agosto de 2018 proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la cual se había condenado al Estado a responder patrimonialmente dentro de demandas de reparación interpuestas con ocasión de los daños que se produjeron por el atentado terrorista al Club El Nogal, y que en su lugar, esa autoridad judicial profiera una nueva decisión que resulte acorde con las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional al decidir en sede de revisión la tutela de la referencia.

1. Hechos

En el año 2005 un conjunto de personas, obrando separadamente, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentó demandas contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, Nación - Ministerio del Interior y de Justicia, Nación - Fiscalía General de la Nación y el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, con el propósito de que se declarara a dichas entidades administrativa y patrimonialmente responsables por los daños sufridos como consecuencia de la explosión de un carro-bomba en las instalaciones del club *El Nogal* de Bogotá el 7 de febrero de 2003.

Mediante sentencias del 19 de agosto de 2009, 18 de noviembre de 2010 y 11 de mayo de 2011, la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desestimó las pretensiones de las demandas, al considerar que se configuró la causal eximente de responsabilidad correspondiente al hecho de un tercero. Inconformes con lo decidido, los demandantes interpusieron recursos de apelación.

Luego de acumular las referidas demandas, el 16 de agosto de 2018 la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó las providencias apeladas y, en su lugar, declaró al Estado patrimonialmente responsable de los perjuicios causados a los demandantes por el atentado, a partir de la consideración según la cual, en aplicación de los artículos 2, 90 y 93 constitucionales, y luego de haber establecido el daño antijurídico, es decir, después de haber reconocido que las víctimas no tendrían que haber soportado el daño, y que por esa misma razón, y en consideración al contexto, el Estado como garante debió reforzar las medidas para cumplir el deber de prevención y protección, además de aminorar los peligros a la población civil, se condenó a la administración por los hechos ocurridos con ocasión del atentado que sucedió en el club *El Nogal*.

La Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Defensa Nacional formularon, por separado, acción de tutela contra la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues consideraron que la sentencia dictada por dicha autoridad judicial vulneró su derecho fundamental al debido proceso por haber incurrido en los defectos sustantivo, por desconocimiento del precedente aplicable, y fáctico, así como en una violación directa de la Constitución Política.

2. Síntesis de la providencia

Para adoptar la decisión la Corte, de manera previa, descartó la existencia de cosa juzgada en relación con una acción de tutela que sobre los mismos hechos había sido presentada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Luego, expuso las razones por las cuales llegó a la conclusión de que en la providencia impugnada se desconoció el precedente que resultaba aplicable sobre la materia. Finalmente, enfatizó en la necesidad de que, particularmente cuando se está frente a decisiones de los órganos de cierre de las jurisdicciones, exista consistencia en los pronunciamientos, sin que la diversidad en la asignación interna de los asuntos o en la composición de las salas o secciones encargadas de resolverlos, se traduzca, de manera irresoluble, en la inestabilidad de las reglas de decisión, con grave desmedro de la seguridad jurídica y de la igualdad.

2.1. Así, en primer lugar, la Sala analizó si cabía predicar en este caso la existencia de cosa juzgada constitucional, pues en el fallo de tutela objeto de revisión se había decidido estarse a lo resuelto en la sentencia dictada el 18 de febrero de 2019 por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante el cual se declaró improcedente una tutela interpuesta por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Para el efecto la Corte puso de presente que en la sentencia de tutela frente a la cual se predica la cosa juzgada se había declarado la improcedencia de la acción por cuanto, en atención a que, por estar pendientes una solicitud de aclaración y un incidente de nulidad, materia esta última que podía plantearse en revisión por vía de la causal prevista en el numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011⁵, no se satisfacía el criterio de subsidiariedad del amparo.

En la Sentencia de tutela proferida el 27 de mayo de 2019 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado se concluyó que entre la tutela que condujo al fallo del 18 de febrero de 2019 y la que ahora hay objeto de consideración existía identidad de partes, las pretensiones en ambas tutelas buscaban lo mismo y no se acreditaron hechos nuevos frente a la anterior decisión, razón por la cual era preciso estarse a lo resuelto en esa ocasión.

En ese contexto, la Corte señaló que pese a que, efectivamente, entre las dos tutelas puede predicarse identidad de partes y de pretensiones, para establecer la existencia de cosa juzgada es preciso detenerse en el análisis de la *ratio decidendi* de la sentencia del 18 de febrero de 2019 de la Subsección C de la Sección Tercera del

⁵ Ley 1437 de 2011, artículo 250. “CAUSALES DE REVISIÓN. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión: // (...) 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. (...)”.

Consejo de Estado, para determinar si la materia objeto de la nueva tutela quedó comprendida en ella.

Agregó que como quiera que en esa sentencia se expresó que en relación con la solicitud de nulidad de la sentencia del 16 de agosto de 2018 cabía acudir al recurso de revisión con base en la causal contenida en el numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual no se satisfacía el requisito de subsidiariedad, la pretensión de tutela basada en el desconocimiento del precedente, no podía subsumirse dentro de los vicios que son susceptibles de tramitarse por vía de la causal del numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual no podía decirse que sobre la materia existiese cosa juzgada.

Se señaló adicionalmente que era preciso tener en cuenta que en el fallo del 18 de febrero de 2019 no se hizo pronunciamiento alguno en relación con la pretensión sobre desconocimiento del precedente, de manera tal que en esa sentencia no se fijó posición sobre esa materia.

Se concluyó así que, como el asunto no había sido objeto de pronunciamiento previo, cabía que en esta ocasión el juez constitucional se ocupase de resolver sobre el fondo de la controversia en torno al desconocimiento del precedente.

2.2. Al analizar el fondo del asunto, la Corte advirtió que, en el año 2017, mediante sentencia del 20 de junio, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado conoció un proceso de reparación directa sobre la comisión de algunos daños ocurridos con ocasión de un acto terrorista. En esta providencia se realizó un balance jurisprudencial sobre los casos en los cuales se ha atribuido responsabilidad patrimonial al Estado por los daños causados con ocasión de actos violentos de terceros.

En la sentencia del 16 de agosto de 2018, objeto de este proceso, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad patrimonial de ciertas entidades públicas por los perjuicios causados a los demandantes en un proceso de reparación directa luego del atentado terrorista ocurrido en el club *El Nogal*. En esa sentencia no se hizo consideración expresa de los criterios fijados en el fallo de 2017.

Entre uno y otro fallo la Corte advirtió diferencias trascendentales en relación con el tratamiento que se le dio al régimen de responsabilidad del Estado en punto a la imputación jurídica de daños acaecidos en el marco de actos terroristas. Dichas disconformidades implicaron un desconocimiento del precedente judicial pues la decisión de la subsección B se apartó de las consideraciones que el pleno de la Sección Tercera formuló en la sentencia del 2017 cuando hizo el referido balance jurisprudencial, sin satisfacer la carga argumentativa requerida para ello.

Destacó la Corte que en el fallo de 2017 se había hecho un exhaustivo balance jurisprudencial sobre los casos en los cuales se ha atribuido responsabilidad patrimonial al Estado por los daños causados con ocasión de actos violentos de terceros a partir de los títulos de imputación depurados por dicha corporación, a saber: la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial. De ahí que el análisis de la responsabilidad del Estado no pueda centrarse exclusivamente en la antijuricidad del daño, sino que requiere, además, que se establezca la atribución jurídica del mismo al Estado.

En el fallo objeto de reproche la Subsección accionada expresó que, con el fin de equilibrar la distribución de las cargas públicas, era preciso apelar a los principios de equidad y solidaridad para atribuir al Estado la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos derivados del atentado. Sin embargo, para llegar a tal conclusión no hizo un análisis del precedente aplicable, orientado a determinar si la atribución de responsabilidad al Estado era susceptible de materializarse en alguno de los títulos de imputación⁶ explicados por la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia del 2017 cuando realizó el balance jurisprudencial sobre los casos en los cuales se ha atribuido responsabilidad patrimonial al Estado por los daños causados por actos terroristas, o, en caso contrario, las razones por las cuales cabía apartarse de ese

⁶ A saber: falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial.

precedente y desarrollar una modalidad de imputación distinta y las razones por las cuales la misma debía prevalecer sobre el criterio que había sido sentado por la Sala Plena de la Sección Tercera al descartar la posibilidad de que el juez cree *“una nueva fuente de responsabilidad del Estado con base exclusivamente en el principio de solidaridad sin un juicio claro de imputación, so pretexto de brindar en sede judicial asistencia y auxilio social, lo cual es ajeno al ámbito de una sede donde se juzga exclusivamente la responsabilidad de una de las partes convocadas al litigio.”*⁷.

En ese escenario, lo que en realidad extraña la Corte es que la Subsección accionada se haya separado de la *ratio* que el pleno de la Sección Tercera fijó en la sentencia del 2017 para resolver un tema que igualmente versaba sobre la imputación jurídica al Estado de perjuicios ocurridos en el marco de un acto terrorista sin satisfacer el cumplimiento de los requisitos de transparencia y suficiencia, pues aunque no se había expresado en la parte resolutive de la sentencia del 2017 la determinación formal de unificar la jurisprudencia en torno a esa materia, la Subsección demandada no cumplió la carga argumentativa requerida para apartarse de ese precedente.

2.3. Destacó la Corte, finalmente, que en la providencia impugnada se desconoció la necesidad de que los fallos judiciales, y en particular los de un órgano de cierre jurisdiccional como el Consejo de Estado, estén apoyados en una interpretación consistente y coherente del ordenamiento, que promueva la seguridad jurídica y la garantía del derecho a la igualdad, a través de la uniformidad en la aplicación del derecho. Puso de presente que esta premisa cobra mayor relevancia tratándose de esa alta corte, pues en dicha calidad, establece las pautas de interpretación y aplicación de la normatividad legal en lo que respecta a los conflictos contencioso administrativos sin que puedan presentarse discrepancias irresolubles en aspectos medulares de los asuntos de los que conoce esa jurisdicción dependiendo de la composición de las subsecciones, a menos que se cumpla la carga argumentativa exigida, es decir, que se cumplan con los aludidos requisitos de transparencia y suficiencia para apartarse o inaplicar el precedente horizontal.

En esta medida, para apartarse de lo resuelto en una decisión precedente adoptada por el pleno de la Sección Tercera, a la subsección no le bastaba con ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resultaba forzoso demostrar que dicho precedente no resultaba válido, correcto o suficiente para resolver el nuevo caso sometido a decisión. Por tanto, como quiera que ello no ocurrió, en este caso se materializó el desconocimiento del precedente judicial en la providencia judicial objeto de reproche y, por este motivo, la Sala Plena de la Corte Constitucional dejó sin efectos la sentencia dictada por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso con número de radicado 25000-23-26-000-2005-00451-01 (37719) -Acumulado- y, en consecuencia, dispuso que subsección profiera una nueva decisión en aquel trámite judicial.

3. Decisión

Primero. REVOCAR el fallo proferido el 27 de mayo de 2019 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado y, en su lugar, **CONCEDER** el amparo del derecho al debido proceso de las entidades accionantes.

Segundo. DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 16 de agosto de 2018 proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso número radicado 25000-23-26-000-2005-00451-01 (37719) Acumulado, mediante la cual declaró patrimonial y administrativamente responsables a las entidades demandadas en ese trámite por la afectación a la integridad física y la muerte de algunas personas en los hechos acaecidos el 7 de febrero de 2003 en el club *El Nogal* y, en consecuencia, **DISPONER** que dicha subsección profiera una nueva decisión en aquel proceso judicial, de conformidad con las consideraciones de la parte motiva de esta providencia.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 20 de julio de 2017, radicación No. 25000-23-26-000-1995-00595-01 (18860); Demandantes: Rosa Elena Puerto Niño y otros; Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional; C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

4. Aclaración de voto

El magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** aclaró su voto, pues aunque compartió la decisión expuesta, en el sentido de que la sentencia desconoció el precedente de la Sección Tercera, considera que igualmente incurrió en un defecto sustantivo por inaplicación del nuevo marco constitucional y legal en materia de reparación integral de las víctimas y de responsabilidad del Estado.

Advirtió, que esta aclaración se hace sobre la base de que en la ponencia se reconoce que, conforme se deriva del proceso de reparación directa, el caso que suscitó estos pronunciamientos gira entorno a un atentado terrorista cometido por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, luego que dicho grupo reconoció su autoría.

LA CORTE SE PRONUNCIÓ ACERCA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS AGENTES DEL ESTADO CONTEMPLADO EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 90 DE LA CARTA POLÍTICA Y, EN ESPECIAL, SOBRE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN. EN LOS DOS CASOS REVISADOS SE CONCEDIÓ EL AMPARO SOLICITADO EN UN CASO, POR VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y EN OTRO POR NO OBSERVARSE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD EN EL MONTO DE LA SUMA IMPUESTA MEDIANTE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

VI. EXPEDIENTE T-7616782AC - SENTENCIA SU-354/20 (agosto 26)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Decisión

Primero. REVOCAR el fallo del 9 de agosto de 2019 proferido por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en segunda instancia, dentro del proceso T-7616782; y, en su lugar, **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia del 30 de mayo de 2019, en la que la Sección Cuarta del mismo tribunal, en primera instancia, **TUTELÓ** el derecho fundamental al debido proceso de Luis Camilo Osorio Isaza, según la razones expuestas en esta providencia.

Segundo. MODIFICAR las órdenes impartidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el fallo de tutela del 30 de mayo de 2019, las cuales se sustituyen por las siguientes:

DEJAR SIN EFECTOS la Sentencia del 13 de noviembre de 2018 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso de repetición iniciado por la Fiscalía General de la Nación en contra de Luis Camilo Osorio Isaza con el propósito de obtener el reintegro de las sumas pagadas debido a la condena impuesta a la entidad por la desvinculación de José Elmer Arias Santa; y, en su reemplazo, **DECLARAR** denegadas las pretensiones de la demanda.

Tercero. REVOCAR los fallos proferidos por la Sección Primera del Consejo de Estado, el 6 de junio de 2019, y por la Sección Cuarta del mismo tribunal, el 21 de agosto de 2019, dentro del proceso T-7629189; y, en su lugar, **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Marcela Pérez Ramírez.

Cuarto. DEJAR PARCIALMENTE SIN EFECTOS la Sentencia del 31 de enero de 2019 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en lo relacionado con la confirmación del monto de la condena de repetición impuesta a Marcela Pérez Ramírez por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso iniciado por la ESE Hospital Regional de Duitama en contra de la mencionada ciudadana con el propósito de obtener el reintegro de las sumas pagadas debido a

la condena impuesta a la entidad por la desvinculación de Nelson Hugo González Huérfano; y, en su reemplazo:

(i) REVOCAR PARCIALMENTE la Sentencia del 28 de septiembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en lo relacionado con el monto de la condena de repetición impuesta a Marcela Pérez Ramírez; y, en consecuencia, **MODIFICAR** el numeral tercero de la misma, por el siguiente:

“CONDENAR en abstracto a Marcela Pérez Ramírez a pagar a la ESE Hospital Regional de Duitama la parte de la condena impuesta a dicha entidad por valor de \$714.276.027, que sea equivalente a los costos laborales de cuatro meses del trabajador indebidamente desvinculado”.

(ii) ADVERTIR a la ESE Hospital Regional de Duitama que la condena en abstracto será liquidada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, previa gestión del trámite contemplado en el artículo 193 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Quinto. LEVANTAR la medida provisional decretada en el Auto 065 del 25 de febrero 2020.

Sexto. Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991”.

2. Síntesis de los antecedentes de los casos

Los ciudadanos (i) Luis Camilo Osorio Isaza (T-7616782) y (ii) Marcela Pérez Ramírez (T-7629189) interpusieron, en forma independiente, acciones de tutela en contra de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de las sentencias condenatorias que dicha autoridad profirió dentro de las causas de repetición que, la Fiscalía General de la Nación y la ESE Hospital Regional de Duitama (Boyacá) respectivamente, iniciaron en su contra por las indemnizaciones que debieron pagar, debido a los presuntos yerros en la declaratoria de insubsistencia de trabajadores durante los periodos que actuaron como representantes legales de las mismas.

- (i) T-7616782

En concreto, por un lado, Luis Camilo Osorio Isaza, entre otros reproches, indicó que, en la sentencia condenatoria de repetición del 13 de noviembre de 2018, la autoridad judicial demandada incurrió conjuntamente en violación directa de la Constitución y en defecto sustantivo, porque estableció su responsabilidad patrimonial por la expedición del acto de insubsistencia de José Elmer Arias Santa con base en consideraciones propias del régimen de carácter objetivo contemplado en el inciso primero del artículo 90 de la Carta Política, cuando lo procedente era aplicar el inciso segundo de la misma disposición superior que estipula un modelo de responsabilidad de naturaleza subjetiva para el efecto.

En primera instancia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado concedió el amparo deprecado, al estimar que la autoridad demandada en la providencia reprochada había incurrido en yerros en la apreciación de los hechos del caso y en la aplicación de las fuentes jurídicas. Sin embargo, en segunda instancia, el fallo de primer grado fue revocado por la Subsección C de la Sección Tercera de la misma corporación, argumentando que la acción de tutela era improcedente debido a que buscaba reabrir el debate procesal agotado en su escenario natural.

- (ii) T-7629189

Por otro lado, Marcela Pérez Ramírez señaló que, en la sentencia condenatoria de repetición del 31 de enero de 2019, la autoridad judicial demandada incurrió en defecto sustantivo y en defecto fáctico, porque fundamentó su responsabilidad patrimonial en lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 678 de 2001, a pesar de que no se configuraba el supuesto de hecho de dicha disposición, ni se demostró que actuó con culpa grave al expedir el acto de insubsistencia que dio origen a la condena al Estado. Asimismo, la actora alegó que la accionada violó directamente la Constitución, ya que condena que le impuso desconoce el principio superior de proporcionalidad.

En primera instancia, la Sección Primera del Consejo de Estado denegó el amparo solicitado, al estimar que la providencia reprochada se ajustaba al derecho positivo y había sido debidamente fundamentada. En segunda instancia, la Sección Cuarta de la misma corporación revocó el fallo que había negado el amparo, para, en su lugar, declarar la improcedencia de la tutela, dado que no cumplía con el requisito de relevancia constitucional.

3. Síntesis de los fundamentos de la decisión

A fin de resolver los problemas jurídicos que subyacen a los referidos recursos de amparo, la Corte Constitucional consideró pertinente analizar el régimen de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado contemplado en el inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política y, en especial, estudiar la naturaleza de la acción de repetición. Para el efecto, la Sala Plena analizó los debates de la Asamblea Nacional Constituyente que dieron origen a dicha disposición superior, así como el desarrollo legal y jurisprudencial de la misma.

En este orden de ideas, para empezar, la Sala tomó nota de que el Constituyente de 1991 estableció en el inciso segundo del artículo 90 superior un régimen de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado caracterizado por su naturaleza subsidiaria y subjetiva, así como sometido a criterios de proporcionalidad. Igualmente, la Corte resaltó que dicho régimen fue desarrollado de manera general por el Congreso de la República en la Ley 678 de 2001, y que el alcance de sus disposiciones ha sido fijado mediante pautas interpretativas por la Sección Tercera del Consejo de Estado y por la Corte Constitucional.

Señaló la Sala que un examen sistemático del ordenamiento jurídico permite evidenciar que frente a la naturaleza civil y patrimonial, y, por consiguiente, al carácter eminentemente resarcitorio de la acción de repetición que ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional⁸, es posible advertir también, que de los aludidos antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y del desarrollo legislativo de la figura, se desprenden unas funciones retributiva y preventiva (art. 3° Ley 670/01), acordes con el propósito de preservar la moralidad administrativa que le ha sido atribuido.

En ese contexto, la Corte realizó un conjunto de precisiones sobre el inciso segundo del artículo 90 superior y la acción de repetición:

(i) La responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través de la acción de repetición es subsidiaria, porque su procedencia está restringida a los eventos en los que la administración sea efectivamente condenada a pagar una indemnización por el daño antijurídico causado con dolo o culpa grave por parte de uno de sus agentes.

(ii) Para la aplicación de la figura es preciso equilibrar, por un lado, los objetivos de protección del patrimonio público y de preservación de la moralidad administrativa que le son propios, con, por otro, la necesidad de salvaguardar los derechos de

⁸ Ver, entre otras, las Sentencias C-484 de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-1257 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y C-957 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

defensa y contradicción del agente estatal y de brindar garantías para el ejercicio del servicio público, de manera que no se impongan cargas desproporcionadas a quienes asumen esa responsabilidad, evitando que el riesgo inherente a la actividad del Estado recaiga de manera indiscriminada en sus funcionarios o contratistas, salvo que su intervención en la ocurrencia del menoscabo fuera premeditada o manifiestamente negligente o imprudente, y aplicando, en todo caso, estrictos criterios de proporcionalidad.

(iii) La acción de repetición, como principal herramienta para la exigencia de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, es de carácter subjetivo, ya que su viabilidad depende de la demostración de que el daño que debió indemnizar el Estado fue causado con dolo o culpa grave por parte de uno de sus funcionarios. En efecto, como lo han reiterado tanto la Sección Tercera del Consejo de Estado como la Corte Constitucional, no cualquier equivocación o descuido permite que se ejecute la acción de repetición, pues se requiere que ante la autoridad competente se acredite plenamente que la conducta que derivó en el menoscabo obedeció a un supuesto de culpa calificada o de arbitrariedad.

(iv) Los jueces de lo contencioso administrativo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 superior, deben asegurar el respeto del derecho al debido proceso de los agentes del Estado que sean sometidos a una causa de repetición, por lo que están en la obligación de evitar la mera extrapolación de los análisis empleados para enjuiciar la responsabilidad patrimonial del Estado, al examen de la responsabilidad patrimonial de los agentes de la administración.

(v) Por voluntad del Constituyente, la condena que se origine con ocasión de la acción de repetición debe tasarse sin perder de vista los fines preventivos y retributivos inherentes a dicha figura, lo cual exige un especial examen de proporcionalidad. De este modo, si bien el tenor literal de la previsión del artículo 90 superior y el carácter resarcitorio de la acción de repetición, apuntan a que el servidor público llamado a responder deba hacerlo en cuantía equivalente a la de la condena que se impuso al Estado, es posible que no se preserve esa exacta correspondencia, cuando las exigencias que se derivan de los principios de proporcionalidad y de prohibición del exceso, impongan una solución distinta.

(vi) En razón del carácter resarcitorio de la acción de repetición, el punto de partida para establecer el monto de la condena de repetición es el valor de la indemnización pagada por el Estado, sin embargo, el juez de lo contencioso administrativo debe examinar las consideraciones objetivas del asunto, no derivadas de las circunstancias personales de cada servidor público, factor declarado inexecutable en la Sentencia C-484 de 2002⁹, sino predicables en general de la relación funcionario público- Estado, y en atención a las cuales sea posible determinar el monto de la responsabilidad de éste que le sea transferible a aquel.

(vii) Los jueces de repetición, a efectos de tasar el monto de la condena, deben examinar el grado de participación del demandado en los hechos que dieron lugar al daño, teniendo en cuenta que la conducta del agente, a pesar de ser dolosa o gravemente culposa, podría no ser la única causa del menoscabo, o que no es posible trasladar al agente la totalidad del riesgo atribuible a la acción estatal.

(viii) A fin de contrarrestar la indebida dinámica administrativa de impulsar acciones de repetición de forma automática sin considerar los requisitos de procedencia, los jueces de lo contencioso administrativo tienen que realizar la corrección formal de la acusación y adelantar el proceso en términos que permitan que la figura se aplique en su sentido constitucional, esto es, en armonía con los fines que le son propios, con rigor en la protección del patrimonio público y de la moralidad administrativa, pero con pleno respeto por la posición del servidor público, que aún en los eventos de dolo

⁹ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

y culpa grave tiene derecho, por un lado, a un estricto juicio de atribución de responsabilidad y, por otro, a una ponderación del monto del daño que le es atribuible conforme a un cuidadoso juicio de proporcionalidad.

Con base en lo expuesto, la Corte examinó los casos concretos y, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de las acciones de tutela, decidió proteger el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes, al advertir la configuración de los defectos que se señalarán más adelante en las sentencias condenatorias de repetición proferidas en su contra por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

- (i) T-7616782

En relación con el fallo del 13 de noviembre de 2018, a través del cual fue condenado en repetición Luis Camilo Osorio Isaza, la Sala advirtió que la autoridad demandada incurrió conjuntamente en defecto sustantivo y en violación directa de la Carta Política, porque: (i) no hizo el análisis de atribución de responsabilidad subjetiva en los términos que resultan exigibles de acuerdo con la configuración constitucional de la acción de repetición; y (ii) de haberlo hecho no habría podido arribar a la conclusión a la que llegó sobre la responsabilidad a título de dolo del referido ciudadano.

Específicamente, sobre el primer punto, la Corte evidenció que en la referida sentencia la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado extrapoló las conclusiones a las que llegó el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso de nulidad y restablecimiento en relación con la ilegalidad de la resolución de insubsistencia de José Elmer Arias Santa, pero no hizo un análisis específico orientado a establecer que el resultado a partir del cual se condenó al Estado en dicha causa, le fuese atribuible a Luis Camilo Osorio Isaza a título de dolo o de culpa grave.

En torno al segundo punto, la Sala, al examinar los supuestos a partir de los cuales se produjo la condena en el juicio de repetición, encontró que no es posible concluir que, al adoptar la decisión de insubsistencia de José Elmer Arias Santa, en su calidad de Fiscal General de la Nación, a Luis Camilo Osorio Isaza, le fuese aplicable la presunción de dolo. El anterior análisis, de manera simultánea, evidenció que tampoco cabía hacer atribución de responsabilidad a título de culpa grave. En efecto:

(i) No cabe señalar que al exfiscal le fuese atribuible haber obrado con desviación de poder, no solo porque en el fallo del Tribunal no se hizo esa calificación, sino porque, además, se advierte que su determinación se adoptó con base en el concepto de la oficina jurídica, que motivó suficientemente la decisión, con base en los criterios imperantes para el momento en la que ella se produjo y con apoyo, incluso, en jurisprudencia de la Corte Constitucional. La fundamentación de ese concepto no fue desvirtuada en el proceso de repetición, ni se mostró que la misma fuese manifiestamente irrazonable o que pretendiese ocultar una intención distinta a la expresamente manifestada, al punto que pudiese afirmarse que el exfiscal, al obrar con base en tal concepto, actuó de manera deliberada en contravía con las exigencias de la función y del servicio público.

(ii) El ex fiscal, (a) basó la decisión de desvinculación en la necesidad de salvaguardar la transparencia y la probidad en la administración de justicia, y (b) siguió la jurisprudencia en vigor para la época, bajo la cual se entendía que la declaratoria de insubsistencia, al configurarse la inhabilidad sobreviniente contemplada en el artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996, era un imperativo legal, sin que hubiera lugar a entenderla como una facultad discrecional que debiera someterse a criterios de ponderación.

(iii) No incurrió en un error manifiesto e inexcusable de las normas de derecho, porque procedió a declarar la insubsistencia de un servidor público bajo el tenor literal del artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996, al constatar que al mismo le había sido impuesta

una medida de aseguramiento de detención sin derecho a libertad provisional. La decisión se explicó con la consideración conforme a la cual el hecho de que el empleado hubiera quedado libre por vencimiento de términos no desvirtuaba la causal de inhabilidad sobreviniente, pues tal acontecimiento posterior no cambiaba la naturaleza del hecho punible imputado o de la situación que ameritaba la medida de detención proferida originalmente sin derecho a libertad provisional.

(iv) Las consideraciones de acuerdo con las cuales el exfiscal, para proceder a declarar la insubsistencia, debía haber realizado un ejercicio de ponderación para hacerlo a partir de criterios de razonabilidad y de proporcionalidad, obedecen a desarrollos jurisprudenciales posteriores a los hechos, y que parten de un análisis jurídico que varía el entendimiento sobre el alcance del artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996, y que se aparta de la manera como se había aplicado hasta ese momento. Mal cabía, entonces fundar una decisión de responsabilidad en la exigencia de aplicar pautas jurisprudenciales que no se habían desarrollado para el momento en el que se adoptó la decisión.

Por lo anterior, la Sala decidió tutelar el derecho al debido proceso de Luis Camilo Osorio Isaza y dejar sin efectos la sentencia reprochada. Adicionalmente, la Corte consideró que, teniendo en cuenta que al examinar la configuración de los defectos alegados en el amparo fue solucionada la controversia de fondo planteada ante el juez de lo contencioso administrativo, resultaba pertinente, en reemplazo de la providencia impugnada, declarar denegadas las pretensiones de la demanda de repetición.

- (ii) T-7629189

En relación con el fallo del 31 de enero de 2019, a través del cual fue condenada en repetición Marcela Pérez Ramírez, la Sala advirtió que la autoridad demandada no incurrió en defecto sustantivo, ni en defecto fáctico. En concreto, la Corte encontró que la decisión cuestionada se basó en la debida constatación de una actuación gravemente culposa de la referida ciudadana, quien en contravía de la prohibición contenida en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en su calidad de gerente de la ESE Hospital Regional de Duitama, procedió a declarar insubsistente a Nelson Hugo González Huérfano dentro de los cuatro meses previos a las elecciones parlamentarias, sin que dicho manifiesto yerro en la aplicación del derecho fuera excusable, en tanto que: (a) la mencionada norma estatutaria es clara y su alcance fue fijado en el fallo de constitucionalidad previo a su expedición, y (b) la nominadora no se asesoró antes de adoptar la determinación de desvinculación.

Con todo, la Sala estimó que en la mencionada sentencia la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en violación directa de la Constitución, pues, a pesar de que la accionante le solicitó que graduara la condena en función de las pretensiones iniciales de nulidad y restablecimiento del derecho y de la demora judicial en el trámite contencioso administrativo, optó por una posición absoluta sobre el valor de la misma, lo cual derivó en que no se verificara si se le exigió a la accionante pagar un valor mayor al daño que le era atribuirle y, con ello, se ignoró el verdadero alcance de la acción de repetición consagrada por el Constituyente en el artículo 90 superior, en especial, los criterios de proporcionalidad que se derivan de una interpretación sistemática de la Constitución.

Para la Corte esa interpretación sistemática de la acción de repetición a la luz de los principios que informan la Carta Política de 1991, impone aplicar criterios de proporcionalidad y de razonabilidad en el momento de fijar el monto de la responsabilidad del Estado que es transferible a sus agentes, en función de los elementos de cada caso concreto, labor que, en principio, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, cuando en un caso determinado se advierte que ello no ha ocurrido, se impone la intervención del juez constitucional, y, en esta oportunidad se estimó que para hacer la aludida

cuantificación era posible acudir a los criterios fijados en la Sentencia SU-556 de 2014¹⁰ en torno a la correspondencia que debe existir entre las indemnizaciones laborales y la expectativa de permanencia en el cargo. Para la Corte resulta claramente desproporcionado exigirle a la actora que, debido a la demora judicial, asuma el pago de los salarios dejados de percibir durante ocho años por el trabajador que declaró insubsistente de forma errada, si se tiene en cuenta que se trataba de un funcionario de libre nombramiento y remoción cuya expectativa de estabilidad, por ministerio del artículo 38 de la Ley 996 de 2004, no se extendía más allá de los cuatro meses previos a las elecciones.

Por lo anterior, siguiendo las mismas consideraciones explicadas en la resolución del primer caso en relación con la adopción de una decisión definitiva en torno a la controversia de repetición, la Corte resolvió tutelar el derecho al debido proceso de la actora y dejar parcialmente sin efectos la Sentencia del 31 de enero de 2019 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en lo relacionado con la confirmación del monto de la condena en contra de Marcela Pérez Ramírez y, en su reemplazo, declaró en abstracto que el valor de la misma deberá graduarse nuevamente, teniendo en cuenta que del monto pagado por la ESE Hospital Regional de Duitama a Nelson Hugo González Huérfano (\$714.276.727), sólo es procedente repetir en contra de la accionante el valor que sea equivalente a los costos laborales de cuatro meses del trabajador indebidamente desvinculado.

4. Aclaraciones de voto

No obstante que compartió las decisiones adoptadas en la sentencia anterior, el magistrado **ALBERTO ROJAS RÍOS** aclaró el voto respecto de algunos de las consideraciones expuestas en la providencia.

Por su parte, los magistrados **RICHARD STEVE RAMÍREZ GRISALES, DIANA FAJARDO RIVERA, ALEJANDRO LINARES CANTILLO Y JOSÉ FERNANDO REYES** se reservaron la presentación eventual de aclaraciones de voto sobre la parte motiva de esta sentencia.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Presidente

¹⁰ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

