



TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR JUSTA CAUSA DEBIDO A INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD CONTAGIOSA O CRÓNICA DEL TRABAJADOR SUPERIOR A 180 DÍAS, REQUIERE DE AUTORIZACIÓN PREVIA DEL INSPECTOR DE TRABAJO

I. EXPEDIENTE D-12408 - SENTENCIA C-200 /19 (mayo 15)
M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

1. Norma acusada

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Decreto 2663 de 1950 y Decreto 3743 de 1950, adoptados por la Ley 141 de 1961

ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. *[Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965].* Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A. Por parte del empleador:

(...)

15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, **cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso** y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad." (Se subraya lo demandado)

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, únicamente por el cargo analizado en esta oportunidad, **EN EL ENTENDIDO** de que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona por razón de su situación de salud cuando no exista autorización previa del inspector de trabajo. Además de la ineficacia descrita previamente, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su situación de salud, sin la autorización del inspector de trabajo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, en los términos de la parte motiva de esta providencia.

3. Síntesis de la providencia

La Corte analizó si la justa causa de terminación unilateral del contrato laboral, que autoriza al empleador a despedir al trabajador que sufra una enfermedad contagiosa o crónica de carácter no profesional que lo incapacite durante más de 180 días, vulneraba el derecho al trabajo (art. 25 superior), particularmente la garantía de estabilidad laboral reforzada.

De manera preliminar, la Sala Plena consideró que el numeral 15 (del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo se encuentra vigente. Adicionalmente, con respecto al debilitamiento de la cosa juzgada precisó lo siguiente: (i) se configuró el fenómeno de la cosa juzgada formal, pues el texto normativo que se juzgó en la Sentencia C-079 de 1996 fue de nuevo demandado en esta ocasión; (ii) sin embargo, la ciudadana explicó de manera razonable y suficiente la reinterpretación del marco constitucional (art. 25) al hacer un recuento de la evolución jurisprudencial que ha tenido el principio de estabilidad laboral reforzada desde 1997 y su incidencia en la interpretación del derecho al trabajo. (iii) Contrario al contenido del derecho al trabajo que invocó la Corte en la Sentencia C-079 de 1996, la demandante afirmó que, actualmente, toda persona cuyas condiciones de salud particulares impidan o dificulten su actividad laboral, es beneficiaria de una estabilidad laboral reforzada -concepto que surgió

para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores en situación de debilidad manifiesta-, por ende, el empleador no tiene la facultad de aplicar automáticamente la causal demandada. (iv) En suma, la cosa juzgada se debilitó en virtud de un cambio en el significado material de la Constitución.

Finalmente, el Tribunal consideró procedente la integración normativa del texto completo del numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, pues la ciudadana demandó dos proposiciones jurídicas que no tienen un contenido deóntico unívoco, ya que, para entenderlas y aplicarlas, es imprescindible completar su contenido normativo con los demás apartes que no fueron acusados. A estas razones se suma la necesidad de evitar que consecuencias indirectas de la posible inxequibilidad incidan en valores fundamentales del ordenamiento constitucional, generen inconsistencias sistémicas y excedan las precisas competencias de este tribunal.

En el estudio de fondo, en primer lugar, la Corte evidenció que la causal de despido bajo estudio no puede aplicarse automáticamente. A este respecto, además de agotar el tiempo de incapacidad estipulado, la Corte insistió en que el empleador debía demostrar que el despido se había efectuado por razones distintas a la situación de salud del trabajador o que se habían agotado todas las posibilidades dentro de lo razonable para poder mantenerlo en la empresa. De lo contrario, los derechos a la dignidad, a la igualdad, al trabajo y a la salud de trabajadores con afecciones de salud podían verse afectados.

En segundo lugar, la Sala Plena analizó de manera detallada, la línea jurisprudencial del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de debilidad manifiesta, como consecuencia de afecciones a su salud, la cual ha sido pacífica y reiterada durante 22 años. De dicha línea concluyó lo siguiente: (i) los trabajadores que sufren de alguna afectación de salud gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los casos en que su afectación dificulta su desempeño laboral, incluso cuando no existe acreditación de alguna discapacidad; (ii) la aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada no se limita a contratos de trabajo a término indefinido. Al cumplirse el plazo de los contratos a término fijo, por obra o labor, el empleador tiene prohibido decidir no renovar el contrato por este simple hecho. Si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral y el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones, el empleado tiene el derecho a conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado; (iii) en este sentido, si un trabajador con afectaciones de salud ha sido despedido sin la debida autorización de la Oficina de Trabajo, se presume que el despido es discriminatorio; (iv) esta protección laboral no se desvirtúa en caso que el empleado se incapacite laboralmente durante un lapso de 180 días, pues el empleador debe reintegrarlo a un cargo acorde con sus condiciones de salud. Si dicha reubicación es imposible, debe darle la oportunidad al trabajador de proponer soluciones razonables a dicha situación y solicitar autorización de la Oficina de Trabajo para despedir al trabajador por esta justa causa; (v) si el empleador decide terminar el vínculo laboral sin agotar sus obligaciones de manera adecuada, la jurisprudencia ha previsto las siguientes consecuencias: (a) la ineficacia del despido, (b) el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de recibir en el periodo en el cual estuvo injustamente separado del cargo, (c) el reintegro en un cargo igual o mejor al que desempeñaba y en el que no sufra el riesgo de empeorar su condición de salud, (d) el derecho a recibir capacitación para cumplir con las tareas que su nuevo cargo le impone, si hay lugar a ello; (e) el derecho a recibir una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Por último, en el análisis concreto de la disposición, la Corte verificó que, a pesar de ser una norma protectora, su carácter incompleto la hace inconstitucional. En efecto, las hipótesis de despido sólo operan por la extinción de la capacidad laboral, entendida como la posibilidad de prestar el servicio personal para el cual el empleado fue contratado, que es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo. Esta circunstancia debe ser verificable objetivamente, lo que exige que la evaluación sea adelantada por alguien que no sea parte de la situación, pues, sin duda, sus circunstancias pueden ser objeto de debate. Adicionalmente, debe considerarse el eventual carácter discriminatorio de las hipótesis que prevé la norma acusada, pues con ellas se genera una presunción de despido injustificado, lo que incide en la valoración de cada situación. No obstante, la disposición no contempla expresamente quién es el encargado de verificar la configuración de los elementos que, objetivamente, permiten

aplicar la causal de terminación del contrato laboral. El precepto tampoco incluye un dispositivo que, ante el despido injusto, repare a los trabajadores y disuada a los empleadores de llevar a cabo actos de segregación. Esta incongruencia en la regulación le resta fuerza normativa a la prohibición de despido derivada de la falta de configuración de la justa causa.

Por esta razón, la Corte decidió declarar exequible la norma demandada, en el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su condición de salud, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización del inspector de trabajo. Estos funcionarios estudian la situación como garantes de la razonabilidad, entendida en clave constitucional, para adoptar la mejor decisión posible. De acuerdo con esa comprensión, también es parte de su función analizar cada asunto a partir de la premisa según la cual el ordenamiento jurídico colombiano no consagra derechos absolutos o perpetuos oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros individuos. Por otro lado, resulta exigible que la actuación del inspector de trabajo sea ajustada a los principios establecidos en el artículo 29 de la Constitución Política sobre el debido proceso.

Para ello, el tribunal constitucional estableció que el inspector de trabajo debía analizar, entre otros, los siguientes criterios para evaluar si otorgaba dicha autorización o no: (i) el despido atiende sólo a la condición de salud del trabajador y este es un criterio superfluo o irrelevante para el trabajo; (ii) el empleador debe agotar las posibilidades de traslados o ajustes razonables al término de los 180 días; (iii) el empleador debe considerar los riesgos para el trabajador u otras personas de las opciones que considere; (iv) todo nuevo cargo o modificación en las condiciones del empleo implica capacitación adecuada; y (v) si objetivamente el trabajador no puede prestar el servicio, es posible terminar el contrato.

Adicionalmente, la Corte insistió en que la intervención del inspector no desplaza al juez, quien puede asumir, cuando corresponda, el conocimiento del litigio que se trabe para determinar si realmente se configuró la justa causa invocada por el empleador. Efectivamente, si el inspector del trabajo otorga el permiso, este constituye una presunción de la existencia de un despido justo, pero se trata de una presunción que puede ser desvirtuada ante el juez correspondiente. Además, su actuación también está sometida a control, como la de cualquier autoridad en el Estado Social de Derecho.

4. Salvamentos de voto

En atención a la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, el Magistrado **Carlos Bernal Pulido** salvó su voto en la decisión del expediente de la referencia, pues discrepó del condicionamiento ordenado en relación con el numeral 15 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.), con fundamento en las siguientes razones:

I. Inexistencia del cambio de parámetro de control de constitucionalidad

En la sentencia de la cual se aparta, se concluyó que había operado un cambio en la interpretación del artículo 25 de la Constitución, referente al trabajo digno, para sustentar dos cosas: (i) el debilitamiento de la cosa juzgada respecto de la Sentencia C-079 de 1996 y (ii) la exequibilidad condicionada de la justa causa de terminación por exceder 180 días de incapacidad médica.

Frente a la cosa juzgada. Consideró que el sentido y aplicación del artículo 25 de la Constitución no ha cambiado y continúa siendo el que se aplicó en la Sentencia C-079 de 1996, máxime si se considera que en esa providencia se analizó la garantía a la estabilidad laboral, que cobijaba a las personas que se encontraran en situación de incapacidad médica y el consecuente reintegro cuando se recuperaran¹. Las providencias empleadas para demostrar el aparente cambio en el parámetro de control (C-470/97, C-016/98, C-531/00, T-415/11 y SU-049/17) y el artículo 26 de la Ley 361 de 1996 no son razones suficientes para pronunciarse sobre una norma declarada exequible, por cuanto:

¹ Sentencia C-079 de 1996 “Cabe observar que al terminar el período de incapacidad temporal dentro del término de los 180 días de que trata la norma materia de revisión, el empleador está en la obligación de reinstalar al trabajador en el cargo que desempeñaba si recupera su capacidad de trabajo, de manera que la existencia de una incapacidad parcial no constituye obstáculo para la reinstalación mencionada, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñando el trabajo”.

a) Estas decisiones no son precedentes aplicables al caso, toda vez que no analizan las particularidades de la justa causa de terminación demandada, sino que se refieren a otros temas, como se ilustra en el siguiente cuadro:

Sentencia	Norma estudiada	Razón de la decisión
C-079/96 Cosa juzgada	Num. 7 y 15 literal a), del artículo 7 del C.S.T. Justa causa de terminación al cumplir incapacidad de 180 días	"De manera que, a juicio de la Corporación, la causal de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, en la forma mencionada, no resulta contraria a la Carta Política, ya que lejos de constituir una vulneración al derecho del trabajo, consagra una garantía de estabilidad relativa en beneficio del trabajador incapacitado por razones de salud, pero a su vez permite a aquel no derivar perjuicio injustificado como consecuencia de la falta de prestación personal del servicio, fijando un término razonable de ciento ochenta días. Además por cuanto para que se pueda invocar dicha causal, debe mediar la comprobación de la enfermedad a través de los experticios médicos pertinentes".
C-470/97	Art. 239.3 del C.S.T. Fuero de embarazo	"... la Constitución protege la maternidad no sólo en el ámbito de las relaciones laborales privadas sino también en la esfera pública. Por lo tanto la Corte considera necesario extender los alcances de la presente sentencia integradora a estos artículos que regulan el mecanismo indemnizatorio en el caso de las servidoras públicas, aun cuando, como es obvio, sin que se desconozcan las reglas jurídicas especiales que rigen estas servidoras, según que se trate de relación contractual (trabajadora oficial) o de relación legal y reglamentaria (empleada pública)".
C-016/98	Arts. 45, 46 y 61 del C.S.T. Diferencias entre el contrato civil y laboral	"De ninguna manera se desestimula el trabajo (art. 25 C.P.), ya que la modalidad del contrato a término definido, en vez de conducir a las partes a abstenerse de contratar, permite que las relaciones laborales que no necesitan una mayor extensión de tiempo se formalicen. Por lo dicho, esta Corporación declarará exequibles las normas del Código Sustantivo del Trabajo impugnadas por el actor".
C-531/00	Art. 26 de la Ley 361 de 1997. Despido del trabajador en situación de discapacidad con autorización de la Oficina de trabajo	"En consecuencia, la Corte procederá a integrar al ordenamiento legal referido los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), de manera que, se procederá a declarar la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización".
T-415/11		Las sentencias de las salas de revisión no tienen la virtud cambiar la cosa juzgada.
SU-049/17	No es una providencia que tenga la virtud alterar la cosa juzgada de una sentencia de constitucionalidad, dado el carácter particular de las sentencias de tutela y el abstracto y general de las sentencias de constitucionalidad.	"El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad".

b) Una norma de rango legal (art. 26 de la Ley 361 de 1996) no tiene el efecto de llenar de contenido a una disposición constitucional (art. 25 C.P.) y menos aún el de condicionar la causal de terminación del contrato con justa causa, cuando la incapacidad médica supera 180 días, al regular un mecanismo de prevención a la discriminación de las personas en situación de discapacidad dentro del ámbito laboral².

Frente al condicionamiento. Para el Magistrado Bernal Pulido, de la lectura del condicionamiento se constata que la decisión adoptada no obedece a una nueva interpretación del trabajo en condiciones dignas, sino a una fusión entre dos normas de rango legal, pues

² Al respecto, en la Sentencia SU-040 de 2018 se señaló: "en el caso de la accionante la contratación se realizó con conocimiento de su discapacidad y en virtud de la misma, bajo una política específica de inclusión de personas con discapacidad adoptada en desarrollo del Plan de Desarrollo vigente para la época. Consecuentemente, la terminación del contrato suscrito entre el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá –hoy Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia de Bogotá– y María Eugenia Leyton Cortés no vulnera sus derechos fundamentales, al no gozar la actora, del derecho a la estabilidad laboral reforzada y haberse vencido el plazo inicialmente acordado entre las partes. De manera que en este caso, no era necesaria la autorización previa de la oficina de Trabajo" (énfasis propio).

incorpora en el numeral 15 del literal a) del artículo 15 de C.S.T., las consecuencias y supuestos de hecho previstas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1996, lo cual es ajeno al control de constitucionalidad que debe ejercer la Corte.

II. Exequibilidad simple

No obstante, si en gracia discusión se considerara que existió un cambio en el alcance de la garantía al trabajo en condiciones dignas, el Magistrado Bernal consideró que la disposición ha debido ser declarada ajustada a la Constitución, dado que materializa un equilibrio en las relaciones laborales, al contemplar un periodo razonable de 6 meses para que el empleador mantenga la carga prestacional de una persona que no puede prestar el servicio, y cuya labor debe ser asumida por un nuevo trabajador³. Esto no significa que dicho empleado, pasados los 180 días, quede desprotegido, pues si este no puede reintegrarse, queda cobijado por las medidas previstas en el Sistema Integrado de Seguridad Social, tanto en su aspecto de salud, pensional e indemnizatorio⁴.

a) A pesar de que es al Legislador al que le corresponde definir las competencias de los inspectores del trabajo, la sentencia les asigna una nueva competencia para evaluar y autorizar la solicitud de despido prevista en el artículo 62 del C.S.T. La sentencia, sin embargo, no define bajo qué criterios se ejerce aquella, los tiempos para su atención, como tampoco los recursos procedentes, aspectos todos ellos propios de la creación de un procedimiento administrativo.

b) La sentencia debió sopesar el impacto de la creación de un fuero objetivo en materia de salud dentro del mercado laboral. Ello, por cuanto, existe un antecedente sobre los efectos negativos que generó la Sentencia SU-070 de 2013 en materia de contratación de mujeres en edad reproductiva. Esta situación motivó la expedición de la Sentencia SU-075 de 2018, que cambió el precedente del fuero de maternidad.

El Magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** salvó el voto, porque considera que la norma acusada tenía, en sí misma, una medida de protección al trabajador en situación de incapacidad, y que, si bien cabía, en ciertos casos concretos, la intervención del juez, para hacer efectiva la garantía legal en supuestos de incapacidad superior a 180 días, no resulta constitucionalmente adecuada una intervención de la Corte Constitucional que fija reglas no previstas por el legislador, ni derivables de ningún imperativo constitucional, como es la de establecer, en contravía con la reserva legal, una sanción pecuniaria, y un trámite administrativo no previsto en la ley.

De igual manera, el Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** salvó el voto al considerar que, respecto de la demanda analizada en esta oportunidad por la Sala Plena, operó la cosa juzgada en razón a lo decidido en la sentencia C-079 de 1996.

De esta forma, en la sentencia C-079 de 1996, igual que en la decisión de la referencia, la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo por el cargo formulado de “violación al artículo 25 Superior”, toda vez que los demandantes estimaban que la disposición sustantiva no garantizaba la estabilidad de los trabajadores con afectaciones de salud. Por lo cual, consideró el Magistrado Linares que la Sala Plena ya había adelantado la valoración constitucional de la norma bajo la garantía de la estabilidad laboral. A lo anterior se suma que los motivos de la ponencia al indicar un “debilitamiento” de la cosa juzgada se fundamentan en sentencias de este Tribunal y en la misma Ley 361 de 1996, lo cual no es a todas luces suficiente para indicar la inexistencia de una cosa juzgada en el presente caso, por lo que la sentencia podría resultar en una vulneración a lo dispuesto en los artículos 4º y 243 de la Constitución Política.

Señaló el Magistrado Linares, que la decisión de la mayoría distorsiona la figura del precedente puesto que: (i) decisiones de tutela adoptadas en Sala Plena, no tienen el propósito de analizar la constitucionalidad de normas en abstracto, sino decidir si se protege ante la presunta vulneración de un derecho fundamental, dadas unas circunstancias y condiciones concretas; (ii) sentencias de tutela, como la SU-049 de 2017, no son precedente vinculante en este caso,

³ El Decreto 2943 de 2013 ordena que el empleador debe asumir el pago los dos primeros días de incapacidad y a partir del tercer día y hasta el día 180 el pago de aquella corresponde a la EPS o ARL, según sea el caso.

⁴ El artículo 1 del C.S.T. permite materializar el objetivo de la legislación laboral de “lograr la justicia en las relaciones que surgen entre {empleadores} y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”.

y sólo lo serán para aquellos casos de tutela cuyos hechos relevantes sean equiparables al resuelto por la Corte en la respectiva ocasión⁵. Desde este punto de vista, no deberían ser tenidas como obligatorias para un análisis abstracto en el que el fin es comparar una norma de rango legal con el texto constitucional; y (iii) aún si en gracia de discusión se aceptará que la sentencia SU-047 de 2017 puede ser utilizada como precedente, el propósito de la misma fue el de establecer reglas en materia de estabilidad para quienes suscribieran un contrato civil de prestación de servicios, y no respecto de relaciones contractuales de subordinación, de naturaleza laboral, regidas por el Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia, los presupuestos fácticos para la aplicación de las respectivas sub-reglas son completamente diferentes.

Finalmente, manifestó el Magistrado Linares que, de no haberse configurado la cosa juzgada, se debió declarar la exequibilidad pura y simple de la norma demandada. Lo anterior, en la medida que, dicha norma protege al trabajador al mantenerlo 180 días vinculado, y porque vencido dicho término el bienestar del empleado será garantizado por la normatividad aplicable en materia de salud y pensiones. La decisión de la mayoría lo que hace es establecer un fuero objetivo de salud, desconociendo que la estabilidad laboral reforzada no es un desarrollo del derecho al trabajo, sino que surge como garantía de no discriminación comprendida por el artículo 13 de la Constitución, la cual se concretó por el legislador en la Ley 361 de 1997. En este sentido, el régimen contemplado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, tan valioso como es, no equivale a norma constitucional, ni debería la Corte petrificarlo señalando que él, en sí mismo, se erige como derecho fundamental, pues, aunque es una buena regulación, no es la única ni la mejor forma de proteger a los grupos discriminados en materia de terminación de los contratos de trabajo por discriminación. De la misma forma, la jurisprudencia de la Corte en materia de estabilidad laboral por motivos de salud, lo que ha hecho ha sido aplicar lo dispuesto en la mencionada ley, y no interpretar la Constitución para derivar de ella un derecho autónomo. Finalmente, considera el Magistrado Linares que decisiones en este sentido podrían crear un efecto perverso no intencionado en el ámbito laboral, afectando la vinculación laboral de personas en situación de discapacidad, como ya lo han señalado la Corte especialmente frente a la decisión relacionada con la estabilidad laboral reforzada de mujeres gestantes.

EXISTENCIA DE COSA JUZGADA RESPECTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXIGENCIA PARA QUIENES INICIEN LA CARRERA A PARTIR DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 1905 DE 2018, DE APROBAR EL EXAMEN DE ESTADO COMO REQUISITO DE IDONEIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO. INEPTITUD DE LOS CARGOS FORMULADOS CONTRA OTROS ARTÍCULOS DE LA LEY, NO PERMITIÓ UN PRONUNCIAMIENTO DE FONDO

II. EXPEDIENTE D-12920 - SENTENCIA C-201/19 (mayo 15)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Norma acusada

LEY 1905 DE 2018
(junio 28)

ARTÍCULO 1o. Para ejercer la profesión de abogado, además de los requisitos exigidos en las normas legales vigentes, el graduado deberá acreditar certificación de aprobación del Examen de Estado que para el efecto realice el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), directamente o a través de una Institución de Educación Superior acreditada en Alta Calidad que se contrate para tal fin.

Se entenderá aprobado el Examen de Estado cuando el resultado supere la media del puntaje nacional de la respectiva prueba. En el resultado individual de cada examen, el CSJ señalará la representación porcentual del puntaje obtenido sobre la media nacional.

PARÁGRAFO 1. Si el egresado o graduado no aprueba el examen, se podrá presentar en las siguientes convocatorias que señale el CSJ hasta tanto obtenga el porcentaje mínimo exigido.

⁵ Cabe destacar que dicha providencia alude a situaciones de terminación contractual generadas en el marco de contratos de prestación de servicios, diseñando para las mismas el concepto de “estabilidad ocupacional reforzada” destinado a crear mecanismos de prolongación de los contratos, sin necesidad de acuerdo de voluntades.

PARÁGRAFO 2. La certificación de la aprobación del Examen de Estado será exigida por el Consejo Superior de la Judicatura o por el órgano que haga sus veces para la expedición de la Tarjeta Profesional de Abogado. Para ser representante de una persona natural o jurídica para cualquier trámite que requiera un abogado, será necesario contar con la tarjeta profesional de abogado, que solo se otorgará a quienes hayan aprobado el examen. Para las demás actividades no se requerirá tarjeta profesional.

ARTÍCULO 2o. El requisito de idoneidad para el ejercicio de la profesión de abogado establecido en la presente ley se aplicará a quienes inicien la carrera de derecho después de su promulgación.

ARTÍCULO 3o. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley deroga las normas que le sean contrarias y rige a partir de la fecha de su promulgación.”

2. Decisión

Primero.- ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-138 de 2019, en la cual se declaró la exequibilidad, por el cargo analizado, del artículo 2 de la Ley 1905 de 2018.

Segundo.- INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo acerca de los artículos 1 y 3 de la Ley 1905 de 2018, por ineptitud sustancial de la demanda.

3. Síntesis de la providencia

La Sala Plena decidió la demanda de inexecutable propuesta contra la Ley 1905 de 2008, en la que se alegó que dicha disposición desconocía los artículos 13, 67 y 69 de la Constitución.

Dado que este tribunal, en la Sentencia C-138 de 2019 declaró executable el artículo 2 de la Ley 1905 de 2018, después de estudiar la diferencia de trato dada a sus destinatarios a partir del momento en el cual inician sus estudios de derecho, respecto de este artículo y este cargo se configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Por tanto, se declarará estarse a lo resuelto en la precitada sentencia.

En cuanto al resto de la Ley 1905 de 2018, valga decir, a sus artículos 1 y 3, se advirtió que los cargos planteados tenían insuficiencias argumentativas, lo cual afecta la aptitud sustancial de la demanda y conduce a que este tribunal se inhiba de pronunciarse de fondo sobre su constitucionalidad.

En primer lugar, la demanda no plantea, en rigor, ningún cargo contra el artículo 3 de la Ley 1905 de 2018. En segundo lugar, el cargo relativo al artículo 67 de la Constitución carece de certeza, pues asume de manera contraria al sentido de la norma demandada, que el examen afecta la educación, cuando lo cierto es que su objeto no es la educación de los abogados sino su ejercicio profesional. La acusación confunde los requisitos exigibles para ejercer la profesión con los requisitos previstos para obtener el título profesional. Esto se hace evidente en la circunstancia de que el examen se aplica a los abogados graduados, no a los estudiantes de derecho.

En tercer lugar, el cargo relativo al artículo 69 de la Constitución carece de certeza, especificidad y suficiencia. En efecto, la norma demandada no priva a las universidades de la competencia que tienen de otorgar el título profesional de abogado ya que, como se acaba de mostrar, el aprobar el examen de estado no se exige a los estudiantes de derecho, sino a los graduados, y esta exigencia no se hace para obtener el título de abogado, sino para ejercer la profesión. Tampoco las priva, como parece entenderlo la demanda, de su registro calificado y, por tanto, de la posibilidad de ofrecer dicha carrera profesional y de expedir el título profesional de abogado.

Por otra parte, como ya lo puso de presente este tribunal, al analizar la Ley 1905 de 2019, en la Sentencia C-138 de 2019⁶, de ella no se sigue, 1) *"de ninguna manera, que las universidades no puedan cambiar su currículum académico o pensum"*; 2) ni que a ellas se las prive de su competencia para *"definir la dirección ideológica, facultad dentro de la que la universidad, por ejemplo, señala el plan de estudio, los métodos y sistemas de investigación"*; 3) ni que se afecte su competencia para darse *"su propia organización interna"*, en especial, en cuanto a *"la administración, ejecución presupuestal, selección y formación de docentes, y adopción de reglamentos internos"*.

El habilitar el ejercicio de una profesión que conlleva un riesgo social, no es un asunto exclusivo de las universidades, sino que en él hay, también, un importante rol para el Estado, conforme

⁶ Fundamento jurídico 52.

a lo previsto en el artículo 26 de la Constitución. Sobre esta base, en realidad no se logra plantear una verdadera contradicción o incompatibilidad entre las normas legales demandadas y la prevista en el artículo 69 de la Carta y, además, no se logra generar siquiera una duda mínima sobre la constitucionalidad de aquellas.

En cuarto lugar, el primer cargo relativo al artículo 13 de la Constitución, sobre la aparente discriminación injustificada entre profesionales que se dediquen al litigio o a otras formas el ejercicio de la abogacía, a juicio de este tribunal carece de certeza. Una lectura sistemática del artículo 1 de la Ley 1905 de 2018, que integre lo dispuesto en su inciso primero y en su párrafo 2, revela que acreditar la aprobación del examen de estado es un requisito necesario para ejercer la profesión de abogado, sea en el litigio o sea por medio de actividades en las que no se requiera de la tarjeta profesional. Si bien es cierto que es posible ejercer la profesión de abogado sin tener tarjeta profesional (en las actividades profesionales que no impliquen representación de otra persona), de ello no se sigue que este ejercicio profesional pueda darse sin haber acreditado la aprobación del examen de estado. En realidad, la aprobación del examen es necesaria para cualquier actividad que implique ejercer la profesión de abogado.

Por último, el segundo cargo relativo al artículo 13 de la Constitución, sobre la aparente diferencia de trato que se sigue de usar, como estándar para la aprobación del examen, la media del puntaje nacional en la respectiva prueba, según el análisis de este tribunal carece de suficiencia. La demanda no hace ninguna consideración sobre el significado de este estándar, lo cual es relevante para la acusación, pues como lo muestran los conceptos técnicos de los intervinientes, puede haber diversas medias: la aritmética, la geométrica y la ponderada. Frente a estas variantes, a las que ni siquiera se alude en la demanda, no es posible sostener *a priori* y de manera necesaria, como se hace en el cargo, que existirá de manera forzosa una diferencia de trato y que esta carecerá de justificación constitucional.

4. Salvamentos parciales de voto

Los Magistrados **Cristina Pardo Schlesinger** y **Alberto Rojas Ríos** salvaron parcialmente el voto, toda vez que, en su concepto, los cargos formulados contra los artículos 1º y 3º de la Ley 1905 de 2008, por vulneración del derecho a la igualdad (art. 13 C.Po.), el derecho a la educación (art. 67) y la autonomía universitaria (art. 69), cumplían con los requisitos mínimos para que la Corte pudiera asumir el estudio de fondo de esta demanda, en desarrollo del principio *pro actione*.

La Magistrada **Pardo Schlesinger** observó que los argumentos que se exponen en la sentencia como fundamento de la inhibición, ponen en evidencia que los cuestionamientos de la demandante permitían un pronunciamiento de fondo sobre los cargos enunciados, en la medida que planteaban una duda razonable sobre la constitucionalidad de las normas acusadas sobre contenidos normativos ciertos, específicos y suficientes, como se observa en el mismo análisis de la aptitud de la demanda llevado a cabo por parte de la Corte, al precisar el alcance de las disposiciones legales frente a la igualdad, la educación y la autonomía universitaria.

Por su parte, el Magistrado **Rojas Ríos** señaló que la parte mayoritaria acogió una decisión altamente desproporcionada para la demandante, por cuanto no solo exige sino que impone un conocimiento de la disciplina jurídica propia de los expertos en derecho constitucional, específicamente, en asuntos donde se alegue la violación de los mandatos contenidos en los artículos 13 (igualdad), 67 (educación) y 69 (autonomía universitaria) Superiores.

Explicó que es evidente que en la sentencia de la referencia se despliega un ejercicio argumentativo importante que no tiene cualquier ciudadano respecto a temáticas como por ejemplo el test de igualdad –sólo frente a los artículos 1º y 3º de la Ley 1905 de 2018-, por lo que resulta excesivamente técnico plantear un cargo de inconstitucionalidad que se enmarque en los términos propuestos en la decisión inhibitoria.

Advirtió que en el asunto en comentario se desconocen las reglas jurisprudenciales del principio *pro actione*, pautas que sustentan las decisiones de fondo por parte de esta Corte y que son el resultado de la visión constitucional y democrática de la labor del juez en el ejercicio de la administración de justicia adelantada en la acción pública de inconstitucionalidad.

Sostuvo que en atención al carácter prevalente de dicho principio, se debe decidir de fondo sobre la constitucionalidad de los artículos 1º y 3 de la ley acusada, ya que los argumentos esbozados por la censura cumplen los requisitos mínimos para un pronunciamiento de mérito acerca de la inconstitucionalidad de tales disposiciones legales. Lo anterior, en razón a que, según lo expuesto en el fallo objeto de discordia, la demandante identificó las normas legales censuradas, los preceptos constitucionales vulnerados y formuló el concepto de la violación.

A juicio del Magistrado **Rojas Ríos**, una decisión inhibitoria, como la adoptada en esta oportunidad, es a todas luces inconstitucional, debido a que vulnera el derecho fundamental de la demandante a contribuir y participar en el control del ejercicio del poder legislativo y a la defensa de la supremacía constitucional -en su dimensión de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la Ley- (Art. 40 CP, numeral 6).

LA CARENCIA DE CERTEZA, ESPECIFICIDAD Y SUFICIENCIA DE LOS CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADOS CONTRA LAS NORMAS QUE REGULAN EL RÉGIMEN DE PERSONAL DEL ANTIGUO DAS INCORPORADO A OTRAS ENTIDADES, NO PERMITIÓ A LA CORTE REALIZAR UN EXAMEN DE FONDO SOBRE LA DEMANDA

III. EXPEDIENTE D-12251 - SENTENCIA C-202/19 (mayo 15)

M.P. Alejandro Linares Cantillo

1. Norma acusada

DECRETO 4057 DE 2011

(octubre 31)

Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones

Artículo 7º. Régimen de personal. El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

Para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias que se establezcan para los fines de la incorporación, la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica inferior al valor de la asignación básica y la prima de riesgo que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual individual por compensación que se entiende integrada a la asignación básica y por lo tanto constituye factor salarial para todos los efectos legales.

Los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que ostenten derechos de carrera administrativa que sean incorporados en las entidades que asuman las funciones de que trata el presente decreto, conservarán sus derechos y se actualizará su inscripción en el correspondiente registro por parte de la autoridad competente. A partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora.

La incorporación de los servidores con derecho de carrera administrativa se hará teniendo como referencia el empleo en el cual ostentan tales derechos.

Parágrafo 1º. Para la actualización en el registro de carrera de los servidores que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación, el DAS enviará la certificación que emita la Comisión Nacional del Servicio Civil que acredite la condición de empleados con derechos de carrera.

Parágrafo 2º. A los empleados que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación o en las demás entidades receptoras, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión deberá reconocer y pagar los beneficios salariales y prestacionales causados o su proporcionalidad a la fecha de incorporación.

Los servidores públicos que se encuentren en periodo de prueba a la fecha de publicación del presente decreto permanecerán en la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS); una vez se produzca la evaluación satisfactoria de dicho período serán incorporados a los empleos que se hayan creado para el efecto en las entidades receptoras.

Hasta tanto se produzca dicha calificación serán comisionados a prestar sus servicios en las entidades receptoras.

Para los efectos del acto legislativo 04 del 7 de julio de 2011, entiéndase que la fecha de ingreso de los empleados provisionales que sean incorporados en las entidades receptoras de funciones, será la de su vinculación en esta condición en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** de emitir un pronunciamiento de fondo, en el presente asunto, respecto de la constitucionalidad de la expresión "*con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales*", prevista en el inciso primero, del artículo 7, del Decreto Ley 4057 de 2011, por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Síntesis de la providencia

La demanda consideraba que el artículo 7 del Decreto Ley 4057 de 2011, "por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)", desconocía el principio de igualdad, porque a pesar de disponer que los ex trabajadores o ex servidores públicos del DAS adquirirían los derechos salariales, prestacionales, de carrera y administración de personal de la entidad a la que serían incorporados, excluyó de este beneficio a aquellos que serían incorporados al Ministerio de Defensa - Policía Nacional. A juicio del demandante, los ex servidores públicos del DAS pertenecen a un mismo grupo, dentro del cual, no resultaba admisible proferir tratos diferentes, como lo hizo la norma. Aseguraba la demanda que dicha diferencia carecía de fundamento, teniendo en cuenta que para materializar la discriminación, se confió en el Presidente de la República, la determinación del régimen de los incorporados al Ministerio de Defensa, Policía Nacional, a pesar de que éste ya se encontraba definido en el Decreto 1214 de 1990, modificado por el Decreto 1792 de 2000.

La demanda explicaba también, que esto generó diferencias salariales y prestacionales injustificadas, dentro del grupo de los servidores públicos del Ministerio de Defensa.

Para el demandante, la norma vulnera el principio de igualdad de dos maneras: (i) Al introducir un trato desigual e injustificado dentro del grupo de los ex funcionarios del extinto DAS y (ii) al permitir un trato desigual e injustificado dentro del grupo de los servidores del Ministerio de Defensa -Policía Nacional.

Concluyó la Corte Constitucional, que la demanda es inepta y no permitía un juicio de constitucionalidad de fondo, considerando que el trato que considera como contrario al principio de igualdad no surgiría de la norma demandada sino, eventualmente, de normas de rango administrativo, expedidas por el Presidente de la República. Por esta razón, se concluyó que la demanda carece de certeza, al otorgarle a la norma demandada, un alcance que no tiene. Igualmente consideró la Corte que la demanda carece de especificidad y suficiencia, ya que el accionante no logró demostrar que los antiguos funcionarios del DAS debían recibir un trato paritario, luego de la supresión de la entidad y no existe, en realidad, un patrón de comparación predicable de los antiguos funcionarios del DAS. Respecto del grupo de los servidores públicos incorporados al Ministerio de Defensa- Policía Nacional, igualmente se identificó que la posible comparación se desprendería de normas de rango administrativo, frente a las cuales, esta Corte es incompetente para juzgar su validez. Por estas razones, la Corte Constitucional se inhibió de proferir un pronunciamiento de fondo.

4. Salvamento de voto

El Magistrado **Alberto Rojas Ríos** se apartó de la decisión mayoritaria porque, en su criterio, la Corte Constitucional debió tomar una decisión de mérito en torno al artículo 7 inciso 1 del Decreto Ley 4057 de 2011.

Su postura se sustentó, por una parte, en el carácter democrático y, por tanto, público, de la acción de inconstitucionalidad. Si bien la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la acción de inconstitucionalidad está condicionada al cumplimiento de unos requisitos argumentativos, éstos no pueden tener tal grado de exigencia que impidan a la ciudadanía ejercer el control al poder público, en especial al poder legislativo, conforme al artículo 40 numeral 6 de la Constitución Política de Colombia. Lo anterior significa, entre otros, que no

puede exigírsele al ciudadano razonamientos que son propios de la Corte Constitucional o de abogados especializados, como lo es la aplicación del método de igualdad.

Por otra parte, el magistrado **Rojas Ríos** sostuvo que, aún si se considerase un grado alto de exigencia en la acción de inconstitucionalidad, en el presente caso se cumplían con los requisitos argumentativos y existían dudas razonables para emitir una decisión de fondo. El accionante distinguió entre los exfuncionarios del DAS que son reasignados a otras entidades y los exfuncionarios del DAS que son reasignados al Ministerio de Defensa-Policía Nacional. Asimismo, el accionante identificó el trato que se le da a éstos, como aplicárseles un régimen prestacional y salarial diferenciado, así como los motivos por los cuales considera que dicho tratamiento es contrario al principio de igualdad.

Además, debe tenerse en cuenta que, en el presente caso, existían dos dudas razonables para un debate de naturaleza constitucional. La primera de ellas consiste en si el Presidente de la República, mediante la expedición de Decretos con fuerza de Ley, puede asignar un régimen prestacional o salarial, o si dicha competencia le pertenece al Legislador ordinario. La segunda consiste en si existe un deber de exponer, en la parte considerativa del Decreto 4057 de 2011, las razones por las cuales se le dará un tratamiento diferenciado a los exfuncionarios del DAS que son reasignados al Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

Estos elementos implicaban un necesario estudio por parte de la Corte Constitucional, no sólo para garantizar el derecho fundamental al ejercicio control sobre el poder público, sino también para determinar el margen competencial del Ejecutivo y la garantía de derechos salariales y prestacionales, como lo manifestaron varios intervinientes.

LA CORTE CONSTITUCIONAL ESTABLECIÓ QUE EL REQUISITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 396 DEL CÓDIGO CIVIL, PARA DEMOSTRAR LA POSESIÓN NOTORIA DEL MATRIMONIO DE "HABER SIDO LA MUJER RECIBIDA EN ESTE CARÁCTER POR LOS DEUDOS Y AMIGOS DE SU MARIDO, Y POR EL VECINDARIO DE SU DOMICILIO EN GENERAL", DESCONOCE EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA Y EL DERECHO A LA IGUALDAD DE DERECHOS DEL HOMBRE Y LA MUJER

IV. EXPEDIENTE D-12955 - SENTENCIA C-203/19 (mayo 15)
M.P. Cristina Pardo Schlesinger

1. Norma acusada

CODIGO CIVIL
TITULO XX
DE LAS PRUEBAS DEL ESTADO CIVIL

ARTICULO 396. POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE MATRIMONIO. La posesión notoria del estado de matrimonio consiste, principalmente, en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas sociales; **y en haber sido la mujer recibida en este carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general.**

2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE** el aparte "*y en haber sido la mujer recibida en este carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general*" del artículo 396 del Código Civil, por los cargos analizados.

3. Síntesis de la providencia

Le correspondió a la Corte determinar si la frase "*y en haber sido la mujer recibida en este carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general*" del artículo 396 del Código Civil es contrario a la dignidad humana porque establece un trato diferente e injustificado entre el hombre y la mujer. El demandante aclaró que el hecho de que se le exija a la mujer ser aceptada por los deudos, amigos y vecinos del hombre "*es un acto*

de discriminación contra la mujer puesto que ella no debe que ser aceptada por nadie y mucho menos por los amigos del marido, la mujer se encuentra en una posición de desventaja en el matrimonio frente al marido, pues para que este se de en pleno para ella, debe cumplir con una serie de requerimientos absurdos”.

En primer lugar, la Sala Plena se refirió a la jurisprudencia constitucional relacionada con (a) la igualdad de género en la Constitución Política y los tratados internacionales y (b) el estado civil y su régimen probatorio. Con base en lo anterior, afirmó que establecer diferencias de trato entre el hombre y la mujer, en el contexto de las relaciones familiares y en su dirección, es una herramienta jurídica prohibida por la Constitución de 1991. Advirtió que el Código Civil, debido a su origen y contexto de emisión, tiene un contenido fuertemente patriarcal en el que el rol de la mujer es casi insignificante, de manera que es imperativo eliminar aquellas disposiciones que tratan a la mujer como un individuo marginado de las relaciones sociales y familiares.

Por su parte, señaló que el estado civil es uno de los atributos de la personalidad de una persona y que este solo puede ser probado a través del registro civil correspondiente. Posteriormente se refirió a la figura de la posesión notoria del estado civil. Sobre esta materia, se fundamentó en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que se trata de una prueba supletoria que tiene por objeto confirmar un hecho cuyo registro no se puede probar por falta de las partidas o folios pertinentes.

En segundo lugar, al analizar la demanda presentada, la Sala no encontró ninguna razón suficiente que sustentara la distinción entre el hombre y la mujer, pues no obstante la disposición exige que ambos cónyuges sean tratados como tal entre ellos y su familia, solo requiere que la mujer *“sea recibida”* por el entorno social del marido (deudos, amigos y vecindario). Advirtió que esta situación es discriminatoria porque, a diferencia de la mujer, el marido no tiene que demostrar ante el juez que él ha sido *“recibido”* como tal en el ámbito social de la mujer. En contraste, la mujer debe demostrar ante el juez que los amigos, deudos y vecinos del marido la han *“recibido”* como esposa de aquel. Por ello concluyó que este requerimiento normativo es contrario a los artículos 13 y 43 de la Constitución Política, toda vez que establece una distinción que refuerza estereotipos de comportamiento de inferioridad y subordinación entre el hombre y la mujer.

Finalmente, la Sala resolvió excluir del ordenamiento jurídico el aparte demandado, en razón a que la primera condición consagrada en la norma indica que ambos cónyuges deben ser entendidos como tales ante la sociedad, de manera que la segunda parte del artículo no tiene ningún objeto, y en cambio, cualifica el reconocimiento social de la mujer frente a los vecinos, amigos y familia del marido, lo que resulta contrario a la igualdad ante la ley.

4. Salvamento de voto

En atención a la sentencia proferida por la Sala Plena el 15 de mayo de 2019 en el expediente de la referencia, el Magistrado **Carlos Bernal Pulido** presentó salvamento de voto porque consideró que la decisión en este caso debió ser inhibitoria, debido a la ineptitud sustantiva de la demanda, pues los cargos propuestos por el accionante impedían a la Sala efectuar un análisis material de constitucionalidad. Ello es así, por las siguientes razones:

1.- El problema jurídico que se formuló en la providencia no se derivaba de los cargos de la demanda. Mientras que para el demandante la norma era inconstitucional porque (i) imponía una carga probatoria distinta para la mujer que quisiera probar la posesión notoria del matrimonio y (ii) supeditaba la existencia del vínculo matrimonial a la aceptación de la mujer en el círculo familiar y social del marido, la sentencia se ocupó de resolver una contradicción entre la norma demandada y los principios constitucionales, en tanto esta prevé, como uno de los requisitos para acreditar la posesión notoria del estado de matrimonio, la prueba de la aceptación de la mujer por personas cercanas al círculo social del marido, sin exigir, de igual modo, la prueba de la aceptación del hombre por personas cercanas al círculo social de la mujer. Este problema jurídico implicó una modificación de los cargos propuestos por el accionante y con ello un control de constitucionalidad oficioso sobre la norma demandada⁷.

⁷ Sentencia C-542 de 2007. *“Conforme al artículo 241 de la Constitución, no corresponde a la Corte revisar oficiosamente las leyes, sino examinar las que efectivamente se hubieren demandado por los ciudadanos, lo cual implica que esta Corporación sólo pueda adentrarse en el estudio y resolución de un asunto una vez se presente la acusación en debida forma.”*

2.- Si la Sala, como debió ocurrir, se hubiera ceñido a los argumentos planteados en la demanda, tendría que haberse declarado inhibida para decidir de fondo, pues la argumentación del demandante carecía de certeza en tanto que se fundó en una interpretación errada del contenido normativo demandado, dado que:

(i) El accionante sostuvo que la norma consagraba una carga probatoria mayor para las mujeres que quisieran demostrar la posesión notoria del matrimonio. Sin embargo, tal como lo explicó el Ministerio Público en su intervención, “*el interesado en acreditar dicho estado civil, sea hombre o mujer, [debía] convencer al juez de que la mujer fue recibida por los deudos amigos y vecinos del esposo*” (Se resalta).

En efecto, el hombre que pretendiera probar la posesión notoria de estado civil de matrimonio también debía demostrar que la mujer había sido recibida como su cónyuge por sus amigos, deudos y vecinos. Por tanto, más allá del reproche que pudiera generar el hecho de que, para acreditar la posesión notoria del matrimonio la norma estableciera un requisito referente a la aceptación de la mujer por parte de terceros, lo cierto es que la disposición demandada no exigía que únicamente las mujeres acreditaran dicha aceptación.

(ii) El accionante manifestó que resultaba inconstitucional exigir la aceptación de la mujer por parte de los deudos, amigos y vecinos del marido para que pudiera existir un vínculo matrimonial⁸. No obstante, el actor confundió la prueba del vínculo matrimonial con la existencia del mismo y por ello consideró, equivocadamente, que la norma exigía la aceptación de los cónyuges y de terceros cercanos al marido para que pudiera perfeccionarse el matrimonio. Esto, pese a que el artículo 396 del Código Civil únicamente regula lo atinente a la prueba del estado civil, mediante la posesión notoria, como medio supletivo ante la ausencia de un acta, registro o documento que acredite la celebración del matrimonio.

CONDICIONES DEL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE LOS ALCALDES PARA FIJAR HORARIOS DE FUNCIONAMIENTO DE CLUBES SOCIALES, CASAS CULTURALES, CENTROS SOCIALES PRIVADOS O CLUBES PRIVADOS O SIMILARES, CUYA ACTIVIDAD PUEDA AFECTAR LA CONVIVENCIA Y EL ORDEN PÚBLICO. VERIFICACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES DE POLICÍA

V. EXPEDIENTE D-11973 - SENTENCIA C-204/19 (mayo 15)
M.P. Alejandro Linares Cantillo

1. Norma acusada

LEY 1801 DE 2016
(julio 29)

Por la cual se expide al Código Nacional de Policía y Convivencia

ARTÍCULO 86. CONTROL DE ACTIVIDADES QUE TRASCIENDEN A LO PÚBLICO. Las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro establecidas o que funcionen bajo la denominación de clubes sociales sin ánimo de lucro cuya actividad pueda afectar la convivencia y el orden público, casas culturales, centros sociales privados o clubes privados o similares, que ofrezcan servicios o actividades de recreación, diversión, expendio o consumo de licor, sala de baile, discoteca, grill, bar, taberna, whiskería, cantina, rockola, karaoke, sala de masajes o cualquier tipo de espectáculo para sus asociados o para el público en general, estarán sujetos a las normas del presente Código.

PARÁGRAFO 1o. Como consecuencia de lo anterior, los alcaldes distritales o municipales podrán establecer horarios de funcionamiento para los establecimientos antes mencionados, y determinar las medidas correctivas por su incumplimiento, de conformidad con lo previsto en el presente Código.

PARÁGRAFO 2o. Facúltese a las autoridades de Policía y Comandantes de Estación de Policía para ingresar a los establecimientos mencionados en el presente artículo con el fin de verificar el cumplimiento de horarios dispuestos por los alcaldes distritales o municipales y para imponer las medidas correctivas que correspondan.

2. Decisión

⁸ En este sentido, sostuvo que “*Para que exista matrimonio, una vez cumplidos los requisitos de forma, solo basta con la aceptación de los cónyuges (...) por lo cual su voluntad debe ser la única que debe primar, ante todo, sin necesidad de la aceptación o negación de terceros*”

Primero.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD** del inciso 1 del artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, por los cargos analizados en la presente sentencia.

Segundo.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del párrafo 1 del artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, por los cargos analizados en la presente sentencia, en el entendido de que la facultad que se atribuye a los alcaldes distritales y municipales para establecer horarios de funcionamiento, debe ejercerse mediante actos administrativos individuales o de contenido particular, debidamente motivados. Este condicionamiento surtirá efectos a partir del año siguiente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Tercero.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del párrafo 2 del artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, por los cargos analizados en la presente sentencia, en el entendido de que la facultad que se atribuye a las autoridades de policía y a los comandantes de estación de policía para ingresar en los establecimientos mencionados en este artículo e imponer las medidas correctivas correspondientes, únicamente procede respecto de las actividades que trascienden a lo público, declaradas previamente mediante acto administrativo de contenido particular, y con el único fin de verificar y hacer cumplir el horario de las actividades en cuestión y dentro de los horarios considerados de cierre.

3. Síntesis de la providencia

Le correspondió a la Corte Constitucional decidir una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía, donde se prevé el control de actividades que trascienden a lo público, realizadas en "*clubes sociales sin ánimo de lucro*", "*casas culturales, centros sociales privados o clubes privados o similares*". Para tal efecto, el inciso primero determina que dichas actividades se encuentran sujetas al Código Nacional de Policía. El párrafo primero del mismo artículo autoriza a los alcaldes municipales para establecer horarios de funcionamiento de dichas personas jurídicas y a determinar las medidas correctivas, por su incumplimiento. Finalmente, el párrafo segundo autoriza a las autoridades de policía, para ingresar a los establecimientos mencionados, con el fin de verificar el cumplimiento de los horarios e imponer las medidas correctivas correspondientes. Consideraban los demandantes que esta norma contrariaba los artículos 15, 16, 28, 38, 39, 103 y 152 de la Constitución.

En atención de lo anterior, los problemas jurídicos que se plantearon, fueron los siguientes:

a. ¿La regulación mediante una Ley ordinaria, que realiza todo el artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, de las actividades que trascienden a lo público, realizadas por personas jurídicas constituidas como clubes sociales, casas culturales, centros sociales privados o clubes privados u otros similares, al afectar e introducir limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de asociación, libre desarrollo de la personalidad, intimidad e inviolabilidad del domicilio, desconoce el artículo 152 de la Constitución Política, por tratarse de un asunto de reserva de Ley Estatutaria?

b. ¿El sometimiento de las actividades que trascienden a lo público, a las normas del Código Nacional de Policía, que realiza el inciso primero del artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, así como la potestad conferida por el párrafo 1 del mismo artículo a los alcaldes distritales y municipales, para establecer los horarios de funcionamiento para las personas jurídicas que realicen actividades que trascienden a lo público, constituidas como clubes sociales, casas culturales, centros sociales privados o clubes privados u otros similares, y determinar las medidas correctivas, derivadas del incumplimiento de los horarios, de acuerdo con el Código Nacional de Policía, vulneran el derecho fundamental de asociación, previsto en los artículos 28, 39 y 103 de la Constitución Política?

c. ¿La facultad otorgada por el artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, a las autoridades de policía y a los comandantes de estación de policía, para ingresar a los establecimientos constituidos como clubes sociales, casas culturales, centros sociales privados o clubes privados u otros similares, donde se realicen actividades que trasciendan a lo público, con el fin de verificar el cumplimiento de los horarios establecidos al respecto por parte de los alcaldes,

desconoce los siguientes artículos de la Constitución Política: 28 – inviolabilidad del domicilio - 15 – derecho a la intimidad -y 16 – libre desarrollo de la personalidad-?

Concluyó este tribunal que:

(i) las facultades constitucionales de los alcaldes, para el mantenimiento del orden público, no se limitan a los espacios públicos, sino también se predicán de las actividades desarrolladas en espacios semiprivados y semipúblicos, pero que tengan la potencialidad de afectar la seguridad y tranquilidad públicas, así como la sanidad medioambiental, componentes del orden público, es decir, que se trate de actividades que trasciendan a lo público. Por esta razón, encontró la Corte que no es inconstitucional que, en pro de la conservación del orden público, el Código Nacional de Policía se dirija no exclusivamente a las actividades públicas, sino también, a aquellas que, no obstante ser privadas, sus efectos trascienden a lo público y comprometen los valores de la convivencia pacífica.

(ii) La norma bajo control de constitucionalidad no corresponde a ninguna de las hipótesis en las que, de acuerdo con la interpretación restrictiva del numeral primero, del artículo 152 de la Constitución, deban ser tramitadas mediante una Ley Estatutaria.

(iii) La facultad otorgada a los alcaldes para fijar los horarios de funcionamiento de los clubes sociales privados, cuyas actividades permanezcan reservadas a sus socios y sus efectos no comprometan el orden público, resultaría inconstitucional, por contrariar el principio constitucional de separación entre lo público y lo privado. Por lo tanto, en aras de hacer efectivo el principio de conservación del derecho, identificó la Corte que no es inconstitucional que los alcaldes establezcan los horarios de las actividades que trascienden a lo público, siempre y cuando se entienda que debe ser ejercida mediante un acto administrativo de carácter o contenido particular, debidamente motivado, fruto de un debido procedimiento administrativo previo, donde se exponga con suficiencia por qué, a pesar de tratarse de una actividad privada, trasciende a lo público. En este sentido, se condicionó la exequibilidad de la norma.

Sin embargo, conscientes de que se trata de una exigencia nueva y que actualmente los horarios de funcionamiento de las actividades que trascienden a lo público pueden estar establecidas en abstracto, mediante actos administrativos de contenido general, que no individualizan el establecimiento ni la actividad que trasciende a lo público y, por lo tanto, atribuyen a los agentes de policía la determinación concreta del establecimiento que realiza actividades que trascienden a lo público, la Corte Constitucional difirió los efectos del condicionamiento a un año, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia. En este plazo, los alcaldes, con el apoyo de la policía nacional, deberán iniciar los procedimientos para expedir los actos administrativos donde se individualicen los establecimientos y las actividades privadas, que trascienden a lo público. Por lo tanto, aclara la sentencia que, al vencimiento de este plazo, perderán fuerza ejecutoria las determinaciones de horarios para este tipo de establecimientos privados, que se encuentren incluidas en actos generales y, por consiguiente, no será posible, con base en ellos, ejercer ni la función, ni la actividad de policía. Igualmente, aclaró la Corte que el acto administrativo que determine que cierta actividad privada trasciende a lo público, debe responder a las exigencias de razonabilidad, proporcionalidad y no discriminación, asuntos que deberán analizarse, en el eventual control judicial realizado, caso a caso, por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

(iv) La facultad de las autoridades de Policía para ingresar en estos establecimientos, con el fin de verificar el cumplimiento de los horarios, persigue la finalidad constitucionalmente legítima de garantizar con efectividad el orden público, a través de un medio idóneo para tal fin, por lo que concluyó la Corte que no se desconocieron los derechos a la inviolabilidad del domicilio, ni a la intimidad. Sin embargo, encontró la Corte que la amplitud de la atribución otorgada por el párrafo podría permitir arbitrariedades. Por consiguiente, para evitar la declaratoria de inexequibilidad de la norma, se condicionó su interpretación al entendido según el cual la facultad para ingresar en los establecimientos mencionados e imponer las medidas correctivas correspondientes, (i) sólo puede ejercerse respecto de las actividades que trascienden a lo público, declaradas previamente mediante acto administrativo de contenido particular, como se deriva del condicionamiento incluido al párrafo 1; (ii) con la única finalidad de verificar y

hacer cumplir el horario de las actividades en cuestión; y (iii) dentro de los horarios considerados de cierre.

4. Salvamentos de voto

En atención a la decisión adoptada, de forma mayoritaria, por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en el expediente de la referencia, el Magistrado **Carlos Bernal Pulido** presentó salvamento de voto, por las siguientes razones:

4.1. A su juicio, la Sala Plena debió proferir un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda. Los cargos formulados carecían de los requisitos mínimos de *certeza, especificidad y suficiencia*, razón por la cual no era posible advertir una oposición objetiva y verificable entre los contenidos acusados y los artículos 15, 16, 28, 38, 39 y 103 de la Constitución. Aunque la Sala Plena concluyó que sí existía un cargo de inconstitucionalidad, lo cierto es que la demanda se fundamentó: (i) en una valoración abstracta y subjetiva de la posible aplicación de la disposición que es objeto de control, y (ii) en la presunta vulneración de algunos derechos fundamentales cuya titularidad se predica, únicamente, de personas naturales.

4.2. En gracia de que se admitiera como razonable la tesis mayoritaria, en el sentido de considerar que sí se configuraba un cargo de inconstitucionalidad, a partir de este no era posible declarar la exequibilidad condicionada de la disposición demandada pues, a diferencia de la tesis propuesta por la Sala, no adolecía de un contenido general, indiscriminado o indeterminado.

1. El ejercicio de las facultades que reconoce la disposición, a favor de los alcaldes (parágrafo 1º)⁹, y de las autoridades de policía (parágrafo 2º)¹⁰, se encuentra limitado por el deber de verificación que impone la disposición para determinar que las actividades "trasciendan lo público" y, además, por la constatación de que tales actividades "afecten el orden público". Ambos son presupuestos necesarios del ejercicio de la competencia que les atribuye la disposición a las autoridades citadas.

2. En ese sentido, el ejercicio de tales competencias se supedita a valorar que la actividad de los establecimientos que ofrezcan servicios o actividades de recreación, diversión expendio o consumo de licor, sala de baile, discoteca, grill, bar, taberna, whiskería, cantina, rockola, "trasciendan a lo público", lo cual, no necesariamente exige una verificación individual y particular; y a la verificación de la manera como se ejerce la actividad, esto es, que se trate de una "afectación del orden público". Por tanto, la disposición sí limita el ejercicio del poder de policía, proscribiendo algún tipo de arbitrariedad en su actuar, sin que sea necesario condicionar en extremo a una verificación *ex ante* y particular de aquellos dos aspectos en el ejercicio de la actividad económica de cada uno de los tipos de establecimientos indicados.

3. Como consecuencia del anterior razonamiento, la exequibilidad condicionada limita, irrazonablemente, la función de policía de los alcaldes.

4. A juicio del Magistrado **Bernal Pulido**, la conclusión a la que llegó la Sala Plena se fundamentó en un entendimiento equivocado de la disposición objeto de control, principalmente porque se circunscribió a determinar los posibles efectos de su aplicación material mediante valoraciones y/o hipótesis.

5. Consideró que no es cierto que el resultado de la generalidad del acto administrativo que eventualmente llegare a ser proferido por un alcalde condujera a que todos los clubes sociales, casas culturales, centros sociales privados o similares, resultaran afectados por la medida de fijación de horarios, ya que para ello sería indispensable que las actividades (i) trascendieran de lo privado a lo público de manera que afectaran el orden público y, (ii) correspondieran a

⁹ Consistente en la facultad para establecer horarios de funcionamiento para los establecimientos mencionados en la disposición, y determinar las medidas correctivas por su incumplimiento.

¹⁰ consistente en la facultad para ingresar a los establecimientos enunciados en la disposición a efectos de verificar, únicamente, el cumplimiento de los horarios establecidos por los alcaldes distritales y municipales y para imponer las medidas correctivas que correspondan.

alguna de las actividades arriba enunciadas. Esto, conviene destacar, reafirma el carácter excepcional de la intervención de la policía en los espacios privados o semiprivados en los términos anotados por la Corte.

El Magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** salvó el voto en relación con las declaraciones de exequibilidad condicionada de los parágrafos 1 y 2 del artículo 86 del Código Nacional de Policía, adoptadas por la mayoría. En su concepto, la norma demandada ha debido ser declarada exequible en su integridad, sin condicionamiento alguno, por no desconocer ninguna de las normas constitucionales invocadas en la demanda. A su juicio, la Constitución no prevé que la facultad de los alcaldes para establecer un horario de funcionamiento de los establecimientos enunciados en el artículo 86, cuando su actividad pueda afectar la convivencia y el orden público, tenga que ser ejercida mediante la expedición de un acto administrativo de contenido particular. Señaló, que dicha facultad puede ser desarrollada mediante la expedición de un acto administrativo de carácter general que, en un caso concreto, puede ser controvertido ante los jueces por un particular cuyos derechos estén siendo desconocidos en la aplicación de dicho acto, como lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado. Observó, que la naturaleza del acto no está predefinida en la ley, sino que es la índole de la actuación misma, la que le imprime al acto administrativo determinada naturaleza, bien sea de contenido general o particular.

De igual manera, el Magistrado **Lizarazo Ocampo** consideró que el condicionamiento del parágrafo 2 del artículo 86 no era necesario, ya que no se advierte una inconstitucionalidad en la atribución de las autoridades de policía para ingresar a los establecimientos mencionados, que se limita a la verificación del cumplimiento del horario establecido, la cual corresponde a la función propia de garantizar la convivencia y salvaguardar el interés público, en los supuestos regulados por la norma, cuales son los de tratarse de actividades que trasciendan a lo público y afecten esa convivencia y orden público. El condicionamiento parte de supuestos de aplicación de la norma, que no se desprenden de su contenido y que en todo caso, son objeto de control en caso de presentarse exceso o abuso de autoridad.

LAS RESTITUCIONES QUE PROCEDEN EN CASO DE NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO QUE DESARROLLE PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA (APP), ESTARÁN DIRIGIDAS AL PAGO DEL PASIVO EXTERNO DEL PROYECTO CON TERCEROS DE BUENA FE. CON EL REMANENTE SE PUEDE RECONOCER RESTITUCIONES AL CONTRATISTA, EN LOS CASOS EN QUE NO ESTÉ PROBADO QUE ACTUÓ MEDIANTE UNA CONDUCTA DOLOSA EN LA COMISIÓN DE UN DELITO O DE UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA, DANDO LUGAR A LA NULIDAD DEL CONTRATO POR OBJETO O CAUSA ILÍCITOS, O QUE PARTICIPÓ EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO A SABIENDAS DE TAL ILICITUD

VI. EXPEDIENTE D-12877 - SENTENCIA C-207/19 (mayo 16)
M.P. Cristina Pardo Schlesinger

1. Norma revisada

LEY 1882 DE 2018
(enero 15)

Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.

Artículo 20. Modifíquese el Artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así: Artículo 32. Terminación anticipada. En los contratos que desarrollen Proyectos de Asociación Público Privada, se incluirá una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral.

Parágrafo 1. En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el índice de precios al consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación.

Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto:

1. Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer e interés público.
2. Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.
3. Correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual.
4. No correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales, salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto.

El concesionario no podrá recibir como remanente, luego del pago de las acreencias, una suma superior a los aportes de capital de sus socios menos los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones, lo anterior actualizado por el IPC. El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá así:

- (i) Con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato.
- (ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación. Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor.

Lo dispuesto en el presente párrafo también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad la vigencia de la Ley 1508 de 2012.

Parágrafo 2. El concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o los integrantes del mismo que hayan dado lugar a la causal de nulidad o la declaratoria de la misma por la existencia de una conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa relacionada con la celebración o ejecución del contrato objeto de terminación o declaratoria de nulidad, según corresponda, deberán pagar a la entidad el equivalente a la cláusula penal pecuniaria pactada, o en caso de que no se haya convenido, dicha suma será el cinco por ciento (5%) del valor del contrato.

Esta suma se descontará de los remanentes de la liquidación a favor del concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o de los integrantes del concesionario responsables de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad, según corresponda, una vez se haya pagado a los terceros cuya prestación se haya reconocido de conformidad con el párrafo 1°. De no ser suficientes los remanentes para el pago, la entidad hará efectivo el saldo de la penalidad contra las personas naturales o jurídicas responsables.

Para el caso señalado en el inciso anterior, los remanentes de la liquidación a favor del concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o de, integrante o integrantes del concesionario que dieron lugar a la causal de nulidad, después del pago de acreencias a la totalidad de los terceros, quedarán como garantía de pago para atender las posibles reclamaciones por el término de cinco (5) años. La forma como quedarán a disposición estos recursos será definida por el Gobierno Nacional.

La autoridad judicial o administrativa competente podrá decretar como medida preventiva la aplicación de los incisos anteriores a investigaciones en curso. En este supuesto, la penalidad mencionada en el presente párrafo, descontada de los remanentes de la liquidación en los términos del mismo, se mantendrá a disposición dicha autoridad administrativa o judicial en tanto se resuelva de manera definitiva la investigación. Al momento de decretar la medida preventiva, la autoridad administrativa o judicial deberá individualizar las personas afectas a la ilicitud o infracción administrativa, a quienes se les aplicarán las sanciones y efectos señalados en los incisos anteriores.

Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las responsabilidades fiscales, disciplinarias o penales a que haya lugar.

2. Decisión

Primero. - Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados en la presente sentencia, el párrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, salvo:

- a) El inciso primero, que se declara **EXEQUIBLE**, en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.

b) La expresión "*salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto*" contenida en el numeral 4 del inciso segundo, que se declara **INEXEQUIBLE**.

Segundo. - Declarar **INEXEQUIBLES** los incisos segundo, tercero y cuarto de del párrafo 2º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

2. Síntesis de la providencia

El demandante acusa distintas expresiones de la disposición por considerar que la norma que establece que se deben reconocer en la liquidación el valor de los costos, inversiones y gastos en que incurrió el contratista en un contrato viciado de nulidad absoluta resultante de una causa u objeto ilícito, es contraria a los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Carta Política, en tanto "*reconocer derechos de contenido patrimonial de un contrato que contraviene el interés público vulnera la prevalencia del interés general y el respeto al ordenamiento jurídico consagrado en nuestra constitución.*"

Para la Corte Constitucional, los principios constitucionales de moral pública, buena fe y prevalencia del interés público, impiden obtener provecho de las actuaciones ilícitas y de mala fe, y por otro lado la regla general aplicable a todos los contratistas, tanto en la legislación civil, comercial como administrativa, implica que, en caso de actuar a sabiendas de la ilicitud que genera la nulidad absoluta de un contrato, no se puede ser beneficiario de restituciones.

En ese sentido, la Corte Constitucional consideró que, dadas las características propias de los contratos de APP en que la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se declare la nulidad absoluta de un contrato de APP o de concesión de infraestructura para el transporte se regirán bajo la regla de la protección de la buena fe, y por lo tanto, deben dirigirse primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe. A contrario sensu, cuando esté demostrado que el contratista, así como sus miembros y socios, o terceros aparentes (para lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones.

La Corte Constitucional encontró que no era necesario realizar condicionamientos respecto de las expresiones "*el valor actualizado*" o "*los intereses*" incluidas en el inciso primero de la disposición demandada, por cuanto de una lectura sistemática y comprensiva del texto, resulta claro que la norma no establece una doble indexación del capital de los costos, gastos e inversiones ejecutados por el contratista.

En cuanto al segundo inciso del párrafo 1º y los numerales que lo siguen, la Corte Constitucional encontró que los requisitos allí dispuestos están dirigidos a garantizar que el reconocimiento de restituciones sobre los costos, gastos e inversiones de las ejecuciones contractuales responda al criterio de satisfacción del interés público. Sin embargo, puntualmente respecto del numeral 4. del párrafo demandado, la Corte Constitucional consideró que la expresión que establecía el pago de cláusulas penales o sanciones por la terminación anticipada del contrato, que el contratista haya pactado o no con el sector financiero, no tiene ninguna justificación frente a la protección del interés público y por lo tanto debía ser declarada inexecutable.

Respecto del literal (ii) que establece un plazo de cinco pagos anuales para el pago de las restituciones, la Corte encontró que dicha fórmula constituye como una norma especial la cual resulta razonable teniendo en cuenta las características especiales de financiación de este tipo de proyectos.

La Corte Constitucional decidió declarar executable el último inciso del párrafo demandado, por el cual el Parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 tendría efectos retroactivos.

La Corte encontró que, luego del condicionamiento que la Corporación hace en la decisión respecto de la exequibilidad del primer inciso, por el cual quienes hayan actuado de forma dolosa o con conocimiento de la ilicitud que da lugar a la nulidad no serán objeto de restituciones, la retroactividad de la norma se adecua a la Constitución, y la intención del legislador de proteger a los terceros de buena fe que financian mayoritariamente los proyectos de concesiones de infraestructura y APP resulta ser una justificación suficiente, a la luz de la Carta Política.

Finalmente, la Corte Constitucional encontró necesario integrar al examen los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2º del artículo y encontró que dichos incisos parten del supuesto según el cual en los casos en que el contratista hubiese actuado de forma dolosa en la comisión del ilícito que da lugar a la nulidad del contrato, debía ser objeto de restituciones, de las cuales se descontaría la cláusula penal prevista o la sanción del 5% del valor del contrato. La Corte Constitucional decidió declarar la inexecutable de los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2º porque encontró que resultaban contrarios a los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Carta Política y generaban una contradicción con el condicionamiento que se hace en la sentencia al primer inciso del Párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 a fin de adecuarlo a la Constitución. Adicionalmente, consideró la Corte que, frente a la nulidad de un contrato de APP desencadenada por la actuación dolosa en la comisión de un delito por parte de los contratistas, el Estado tiene la potestad para adelantar todas las acciones fiscales, penales y disciplinarias a que haya lugar.

4. Salvamentos y aclaración de voto

En atención a las decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional el 16 de mayo de 2019 en este asunto, el Magistrado **Carlos Bernal Pulido** presentó salvamento parcial de voto, por las siguientes razones:

En cuanto a las restituciones *–literal a) del resolutivo primero–*, el condicionamiento que impuso la Sala a la exequibilidad del inciso primero del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 carecía de fundamento constitucional. A pesar de que la Sala invocó los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Constitución como fundamento de esta decisión, en realidad confrontó el contenido material de la disposición demandada con lo previsto por el artículo 1525 del Código Civil, y con el alcance que a este le ha otorgado la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de liquidación de contratos de obra pública. Por lo tanto, lo que hizo la Sala fue otorgar valor constitucional a una norma legal para, de este modo, suplir la ausencia de un parámetro de control constitucional concreto.

Manifestó que esas mismas razones le impiden suscribir la declaratoria de inexecutable de los incisos segundo, tercero y cuarto del párrafo 2º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 *–resolutivo segundo–*, pues tal decisión se fundó en el condicionamiento impuesto al inciso primero del párrafo 1º. A esto se suman las siguientes razones:

(i) La Sala encontró necesario integrar al examen de constitucionalidad los incisos segundo, tercero y cuarto del párrafo 2º, aduciendo una contradicción con lo dispuesto en el inciso primero del párrafo 1º. Lo cierto es que estos incisos del párrafo 2º no generaban ninguna contradicción con el primer inciso del párrafo 1º porque regulaban aspectos distintos. De allí que, como se dijo, esta integración surgió del condicionamiento que se haría al inciso primero del párrafo 1º y no del hecho de existir una verdadera unidad normativa, exigencia jurisprudencial para no incurrir en un control de constitucionalidad oficioso.

(ii) Pese a esta integración normativa, la Sala no efectuó un control constitucional material y concreto respecto de cada uno de los contenidos normativos de estos incisos, exigencia insoslayable del control constitucional y del deber de motivar las decisiones judiciales.

(iii) Una interpretación sistemática de los contenidos normativos de estos dos párrafos habría sido suficiente para lograr la coherencia que se pretendió alcanzar con la declaratoria de inexecutable de los mencionados incisos del párrafo 2º. Esta hubiese sido una alternativa

más idónea y menos gravosa para garantizar el principio de conservación del derecho, la libertad de configuración del legislador y la seguridad jurídica.

El Magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** se apartó de la decisión mayoritaria, porque, en su criterio, la norma demandada contenía una refinación de un mecanismo ya previsto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, que tiene como propósito impulsar la ejecución de obras públicas y de proyectos de gran calado, que comprometen ingentes cantidades de recursos en medio de complejas estructuras organizativas. En esa dirección la disposición demandada permitía el reconocimiento de todos aquellos valores que efectivamente se hubiesen invertido en desarrollo del objeto del contrato y con el propósito de contribuir a satisfacer el interés público, excluyendo la remuneración y los pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Puso de presente el magistrado Guerrero Pérez, que la disposición demandada contemplaba los mecanismos orientados a sancionar pecuniariamente al concesionario responsable de manera dolosa de la causal de nulidad, sanción que operaba sin perjuicio de las responsabilidades fiscales, disciplinarias a que hubiere lugar. Destacó así mismo, que la disposición acusada contemplaba que los eventuales reintegros a favor del concesionario quedarían como garantía de las reclamaciones que pudieren surgir, por un periodo de cinco años. En esos términos, la intervención de la Corte no solo no era necesaria, dado que la norma acusada no afectaba ni el patrimonio público ni la moralidad administrativa, sino que interfiere con un mecanismo desarrollado por el legislador en claro ejercicio de su potestad de configuración y con el propósito de satisfacer un interés público.

El Magistrado **Alejandro Linares Cantillo**, respetuosamente, se apartó de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, así como de los principales fundamentos de la parte motiva de la sentencia por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, señaló que la sentencia adolece de ciertas falencias de técnica constitucional, a saber: (i) la demanda no reunía los requisitos para declarar su aptitud, por cuanto, la misma carecía de certeza; (ii) llamó la atención al hecho de que la decisión de la Corte no se fundamenta en estricto sentido en un *control abstracto* de constitucionalidad, sino por el contrario en un análisis de conveniencia y legalidad de cara a situaciones particulares; (iii) no se evidencia el cumplimiento de los criterios adoptados por la jurisprudencia constitucional, para efectos de proceder con la integración normativa del párrafo segundo del art. 20 de la Ley 1882 de 2018. Además, resulta extraño que la inconstitucionalidad de ciertos incisos del párrafo 2° del artículo 20 de la Ley 1882, no demandados, se derive de una interpretación de la Corte del párrafo 1° de la misma norma.

En segundo lugar, el Magistrado **Linares Cantillo** cuestionó la manera en que se analizaron ciertos temas técnicos de la teoría general de las obligaciones, lo cual pone en evidencia una actuación de la Corte más como juez del contrato que como juez constitucional, en el siguiente sentido: (i) la nulidad absoluta de un contrato de ejecución sucesiva, como es el caso de los contratos de concesión de infraestructura, no tiene efectos retroactivos (*ex tunc*) sino que opera hacia el futuro (*ex nunc*), dejando intactas las relaciones jurídicas anteriores del concesionario, y por esa razón, la aplicación del artículo 1525 del Código Civil sería incompatible con la naturaleza de estos contratos, los cuales por demás tienen un régimen especial establecido por el legislador. En este sentido, los contratos de tracto sucesivo no se resuelven sino que se terminan, dado que no es posible, jurídica ni fácticamente, retrotraer prestaciones de ejecución sucesiva. Así mismo, resaltó que la jurisprudencia del Consejo de Estado a la que hace referencia la decisión de la mayoría se basa más que todo en contratos de ejecución instantánea, sin tener en cuenta que la misma no ha sido pacífica, ni específica para contratos de tracto sucesivo y menos aún para contratos de asociación público privada, para los cuales la mayor parte de la jurisprudencia es arbitral; y (ii) cuando un contrato de concesión deja de surtir efectos por la declaración judicial de nulidad absoluta, o la declaratoria de terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en aplicación del principio de que nadie puede enriquecerse sin justa causa a expensas de otro, procede el reconocimiento y pago de lo ejecutado, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público en desarrollo del objeto del contrato. No reconocerlo implicaría que el Estado, al llegar a ser titular de los bienes afectos a la prestación del servicio público o a la ejecución del proyecto, se enriquezca a costa de los terceros distintos del concesionario, que participaron en el proyecto (acreedores

laborales, proveedores, entidades públicas, acreedores financieros nacionales y extranjeros y los demás acreedores externos).

En tercer lugar, manifestó en cuanto al condicionamiento del párrafo 1° *“en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud”*, que dicho condicionamiento aprobado por la decisión de la mayoría parece confundir tres instituciones jurídicas que, si bien son similares, técnicamente son diferentes en cuanto a su definición, condiciones, prueba y efectos, como lo son (i) la noción de terceros de buena fe, (ii) las conductas dolosas en la comisión de un delito o de una infracción administrativa (art. 20 de la Ley 1882 de 2018), y (iii) las actuaciones “a sabiendas” (art. 1525 del Código Civil). Lo cual, de nuevo evidencia que esta decisión invade esferas propias del legislador y del juez natural del contrato, y conlleva a estándares probatorios que no están al alcance del juez del contrato ni de la entidad estatal, quienes no tienen competencia para juzgar la ilicitud de la conducta.

En cuarto lugar, en lo que corresponde a la decisión de la mayoría de declarar la inexecutable del numeral 4° del inciso segundo del párrafo 1°, referente al pago de los costos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto, en opinión del Magistrado Linares no se evidencia una clara tensión constitucional, en la medida que no se responde a la premisa que como parte del interés general de la población estaría el de una banca estable, más aún si actuaron de buena fe en el marco de su autonomía de la voluntad. Esto último bajo el entendido de que estos son costos usuales en una financiación de largo plazo y que permiten la financiación privada de largo plazo con menores costos. De igual forma, no existe mandato constitucional alguno que conlleve a impedir o limitar la distribución de riesgos en estas estructuras contractuales o que le indiquen al legislador la forma en la que debe regular los mismos. En la práctica, no incluir estos costos en la fórmula matemática, podría conllevar al encarecimiento del proyecto para sus usuarios.

Finalmente, en quinto lugar, en cuanto al párrafo 2° y la declaratoria de inexecutable de los incisos segundo, tercero y cuarto, el Magistrado Linares consideró que se declararon inconstitucionales sin el análisis que demanda un juicio de constitucionalidad; además, estas normas no fueron demandadas. Como resultado de lo cual se excluyó del ordenamiento jurídico, sin mayores consideraciones de naturaleza constitucional, la garantía de pago de 5 años de los remanentes de la liquidación a favor del concesionario, la posibilidad de ir directamente contra las personas naturales o jurídicas responsables por el saldo de la cláusula penal, y la posibilidad de decretar medidas preventivas, individualizando a las personas responsables de la ilicitud. En esta materia, era de esperarse de parte del juez constitucional una mayor deferencia con las competencias del legislador, dado que la finalidad del órgano democrático era dar certeza a los terceros (acreedores externos e internos) sobre la fórmula para la terminación anticipada de contratos de concesión en casos de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita.

El Magistrado **Alberto Rojas Ríos** salvó parcialmente su voto al considerar que la Corte debió declarar inexecutable el último inciso del párrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882¹¹ de 2018, por vulnerar los artículos 58 y 209 de la Carta Política, los principios axiales de la contratación pública y, particularmente, la seguridad jurídica de los contratos estatales.

Señaló que dicha norma establece una regla de aplicación retroactiva que atenta contra la seguridad jurídica en materia contractual para el Estado y la protección de los derechos adquiridos en vigencia de normas anteriores, que genera a la vez un privilegio injustificado respecto de los contratistas a quienes se les aplicaría una normatividad más favorable en forma

¹¹ “Lo dispuesto en el presente párrafo también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012”.

retroactiva, en detrimento de otros contratistas del Estado que en condiciones similares serían tratados con el régimen común de contratación pública.

Explicó que la regla general en materia de efectos de las leyes en el tiempo es que proyectan sus efectos hacia el futuro¹², y solo excepcionalmente se pueden aplicar para el pasado, bien sea para el caso de la retroactividad en materia penal, disciplinaria o laboral de la norma más favorable, o bien cuando se trate de situaciones jurídicas no consolidadas. En ese sentido, explicó que no se trata de una norma de naturaleza sancionatoria, cuya favorabilidad pudiese justificar la retroactividad de la misma, y, por ende, constituye una extraña disposición que atenta contra la seguridad jurídica de las partes en el contrato, pues implica que se le aplique una normatividad que surge con posterioridad a su celebración y que establece nuevas reglas sobre los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta, sin que exista razón alguna que justifique una supuesta cláusula de igualdad, que ojalá se aplicara con la misma significación e intensidad frente a sujetos de acreditada vulnerabilidad.

Enfatizó que la ley debe ser general y abstracta y, contrario a ello, en este caso, la fórmula de retroactividad tiene destinatarios específicos. Por tal razón, concluyó que la creación de normas cuyo único fin está dado por crear un trato privilegiado a quienes han celebrado contratos de infraestructura para el transporte y cuya liquidación se realice a partir de la vigencia de la Ley, en detrimento de los demás contratistas, contraviene los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución, en claro detrimento del interés general y del patrimonio público. Los contratos celebrados con arreglo a las leyes civiles vigentes al momento de su celebración no pueden ser ni desconocidos ni modificados por contenidos normativos posteriores (art. 58 C.P.).

La Magistrada **Diana Fajardo Rivera** se reservó la posibilidad de presentar una aclaración de voto respecto de las consideraciones contenidas en la sentencia C-207 de 2019.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Presidenta

¹² Ley 153 de 1887, artículo 38.