



COMUNICADO No. 17
 Mayo 29 y 30 de 2019

LA CORTE CONSTITUCIONAL SE INHIBIÓ DE EMITIR UNA DECISIÓN DE FONDO, HABIDA CUENTA DE QUE EN LA DEMANDA NO SE SUSTENTARON LAS RAZONES POR LAS CUALES SE CONFIGURARÍA UNA OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA, BASADA EN LA NO INCLUSIÓN DE LOS RECURSOS DESTINADOS A LOS BEPS, DENTRO DE LAS DEDUCCIONES Y EXENCIONES AL IMPUESTO DE LA RENTA POR CONCEPTO DE APORTES A LOS FONDOS DE PENSIONES, CESANTÍAS, SEGUROS PRIVADOS DE PENSIONES Y PENSIONES VOLUNTARIAS

I. EXPEDIENTE D-12738 - SENTENCIA C-232/19 (mayo 29)
 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Norma acusada

LEY 1819 DE 2016
 (diciembre 29)

Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones

[...]

PARTE I
IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE PERSONAS NATURALES

ARTÍCULO 15. Modifíquese el artículo 126-1 del estatuto Tributario, el cual quedara así:

Artículo 126-1. Deducción de contribuciones a fondos de pensiones de jubilación e invalidez y fondos de cesantías. Para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, son deducibles las contribuciones que efectúen las entidades patrocinadoras o empleadoras, a los fondos de pensiones de jubilación e invalidez y de cesantías. Los aportes del empleador a dichos fondos serán deducibles en la misma vigencia fiscal en que se realicen. Los aportes del empleador a los seguros privados de pensiones y a los fondos de pensiones voluntarias, serán deducibles hasta por tres mil ochocientas (3.800) UVT por empleado.

Los aportes voluntarios que haga el trabajador, el empleador, o los aportes del partícipe independiente a los seguros privados de pensiones, a los fondos de pensiones voluntarias y obligatorias, administrados por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, no harán parte de la base para aplicar la retención en la fuente y serán considerados como una renta exenta, hasta una suma que adicionada al valor de los aportes a las Cuentas de Ahorro para el Fomento de la Construcción (AFC) de que trata el artículo 126-4 de este Estatuto, no exceda del treinta por ciento (30%) del ingreso laboral o ingreso tributario del año, según el caso, y hasta un monto máximo de tres mil ochocientas (3.800) UVT por año.

Los retiros de aportes voluntarios, provenientes de ingresos que se excluyeron de retención en la fuente, que se efectúen a los seguros privados de pensiones y

a los fondos de pensiones voluntarias, administrados por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, o el pago de rendimientos o pensiones con cargo a tales fondos, implica que el trabajador pierda el beneficio y que se efectúe por parte del respectivo fondo o seguro, la retención inicialmente no realizada en el año de percepción del ingreso y realización del aporte según las normas vigentes en dicho momento, si el retiro del aporte o rendimiento, o el pago de la pensión, se produce sin el cumplimiento de las siguientes condiciones:

Que los aportes, rendimientos o pensiones, sean pagados con cargo a aportes que hayan permanecido por un período mínimo de diez (10) años, en los seguros privados de pensiones y los fondos de pensiones voluntarias, administrados por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, salvo en el caso del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación y en el caso de muerte o incapacidad que dé derecho a pensión, debidamente certificada de acuerdo con el régimen legal de la seguridad social.

Tampoco estarán sometidos a imposición los retiros de aportes voluntarios que se destinen a la adquisición de vivienda sea o no financiada por entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de créditos hipotecarios o leasing habitacional. En el evento en que la adquisición de vivienda se realice sin financiación, previamente al retiro, deberá acreditarse ante la entidad financiera, con copia de la escritura de compraventa, que los recursos se destinaron a dicha adquisición.

Se causa retención en la fuente sobre los rendimientos que generen los ahorros en los fondos o seguros de que trata este artículo, de acuerdo con las normas generales de retención en la fuente sobre rendimientos financieros, en el evento de que estos sean retirados sin el cumplimiento de las condiciones antes señaladas. Los aportes a título de cesantía, realizados por los partícipes independientes, serán deducibles de la renta hasta la suma de dos mil quinientas (2.500) UVT, sin que excedan de un doceavo del ingreso gravable del respectivo año.

PARÁGRAFO 1o. Las pensiones que se paguen habiendo cumplido con las condiciones señaladas en el

presente artículo y los retiros, parciales o totales, de aportes y rendimientos, que cumplan dichas condiciones, mantienen la condición de rentas exentas y no deben ser incluidas en la declaración de renta del periodo en que se efectuó el retiro.

PARÁGRAFO 2o. Constituye renta líquida para el empleador, la recuperación de las cantidades concedidas en uno o varios años o períodos gravables, como deducción de la renta bruta por aportes voluntarios de este a los fondos o seguros de que trata el presente artículo, así como los rendimientos que se hayan obtenido, cuando no haya lugar al pago de pensiones a cargo de dichos fondos y se restituyan los recursos al empleador.

PARÁGRAFO 3o. Los aportes voluntarios que a 31 de diciembre de 2012 haya efectuado el trabajador, el empleador, o los aportes del partícipe independiente a los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, a los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987, a los seguros privados de pensiones y a los fondos privados de pensiones en general, no harán parte de la base para aplicar la retención en la fuente y serán considerados como un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, hasta una suma que adicionada al valor de los aportes a las Cuentas de Ahorro para el Fomento de la Construcción (AFC) de que trata el artículo 126-4 de este Estatuto y al valor de los aportes obligatorios del trabajador, de que trata el inciso segundo del presente artículo, no exceda del treinta por ciento (30%) del ingreso laboral o ingreso tributario del año, según el caso. El retiro de los aportes de que trata este parágrafo, antes del período mínimo de cinco (5) años de permanencia, contados a partir de su fecha de consignación en los fondos o seguros enumerados en este parágrafo, implica que el trabajador pierda el beneficio y se efectúe por parte del respectivo fondo o seguro la retención inicialmente no realizada en el año en que se percibió el ingreso y se realizó el aporte, salvo en el caso de muerte o incapacidad que dé derecho a pensión, debidamente certificada de acuerdo con el régimen legal de la

seguridad social; o salvo cuando dichos recursos se destinen a la adquisición de vivienda sea o no financiada por entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de créditos hipotecarios o leasing habitacional. En el evento en que la adquisición de vivienda se realice sin financiación, previamente al retiro, deberá acreditarse ante la entidad financiera, con copia de la escritura de compraventa, que los recursos se destinaron a dicha adquisición.

Se causa retención en la fuente sobre los rendimientos que generen los ahorros en los fondos o seguros de que trata este parágrafo, de acuerdo con las normas generales de retención en la fuente sobre rendimientos financieros, en el evento de que estos sean retirados sin el cumplimiento de los requisitos señalados en el presente parágrafo.

Los retiros, parciales o totales, de aportes y rendimientos, que cumplan con el periodo de permanencia mínimo exigido o que se destinen para los fines autorizados en el presente artículo, mantienen la condición de rentas exentas y no deben ser incluidos en la declaración de renta del periodo en que se efectuó el retiro.

PARÁGRAFO 4o. Los retiros parciales o totales de los aportes voluntarios que incumplan con las condiciones previstas en los incisos 4o y 5o y el parágrafo 3o de este artículo, que no provinieron de recursos que se excluyeron de retención en la fuente al momento de efectuar el aporte y que se hayan utilizado para obtener beneficios o hayan sido declarados como renta exenta en la declaración del impuesto de renta y complementario del año del aporte, constituirán renta gravada en el año en que sean retirados. La respectiva sociedad administradora efectuará la retención en la fuente al momento del retiro a la tarifa del 7%. Lo previsto en este parágrafo solo será aplicable respecto de los aportes efectuados a partir del 1o de enero de 2017.

2. Decisión

INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo acerca de artículo 126-1 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 15 de la Ley 1819 de 2016, por ineptitud sustancial de la demanda.

3. Síntesis de la providencia

La Sala Plena se abstuvo de emitir una decisión de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 126-1 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 15 de la Ley 1819 de 2016, al haber constatado que la demanda carecía de aptitud sustancial.

La demanda pretendía equiparar las situaciones reguladas en los dos primeros incisos del artículo 126-1 del Estatuto Tributario, reformado por el artículo 15 de la Ley 1819 de 2016, con la de los BEPS.

Las situaciones aludidas son: 1) la de las deducciones al impuesto a la renta, según la cual las "entidades patrocinadoras o empleadoras", pueden deducir a) la de las contribuciones que hagan a fondos de pensiones de jubilación e invalidez y de cesantías y b) los aportes a seguros privados de pensiones y a fondos de pensiones voluntarias, hasta por una suma de 3.8000 UVT por empleado; y 2) la de la retención a la fuente del impuesto de renta y la de la renta exenta, según la cual los aportes hechos por los trabajadores a los seguros privados de pensiones o a los fondos de pensiones voluntarias y obligatorias, no hacen parte de la base para calcular la retención y se consideran renta exenta, siempre y cuando estos aportes, sumados a los aportes a cuentas AFC, no superen el 30% del ingreso laboral y no excedan las 3.800 UVT por año.

Para proponer la equiparación, la demanda argumenta que los antedichos aportes y los recursos de las BEPS tienen el mismo origen, que es el artículo 48 de la Constitución, reformado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Este tribunal advirtió que, de la circunstancia objetiva de que los dos referentes en comento se funden en el mismo artículo de la Constitución, no se sigue, de manera necesaria que sean iguales o semejantes. Más aún cuando el primero es regulado directamente por la propia Constitución, mientras que el segundo, que se enuncia como mera potestad de la ley, se deja por entero en su desarrollo a ésta, con el único límite explícito de que éste está destinado "*a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión*".

Para satisfacer los requisitos exigibles a una demanda por omisión legislativa relativa, en el contexto de este caso, se debería mostrar que: 1) el legislador no tiene un amplio margen de configuración para regular los BEPS, a pesar de la competencia atribuida por la Constitución; 2) existe en el artículo 48 de la Constitución, o en otra norma constitucional, un deber constitucional explícito de dar a los BEPS el mismo trato que se da a los fondos de pensiones, de cesantías y a los seguros privados de pensiones; y 3) es posible equiparar ambos referentes, pese a que entre ellos hay una diferencia relevante: la de cumplir o no las con las antedichas condiciones para tener derecho a una pensión.

La Sala Plena pudo constatar, al analizar la argumentación de la demanda, que no se satisfacían dichos presupuestos. En particular, en lo relativo a la equiparación propuesta, encontró que había claras diferencias tanto respecto del beneficiario de los aportes como de quien hace los aportes.

En cuanto a lo primero, puso de presente que: 1) la afiliación a la seguridad social es obligatoria y la vinculación a los BEPS es voluntaria; 2) la afiliación a la seguridad social suele existir una relación laboral o al menos la generación de ingresos, derivados de rentas laborales o del trabajo, por valor superior al salario mínimo legal mensual, lo que no ocurre en los BEPS; 3) el beneficiario de los aportes a la seguridad social tiene capacidad contributiva, lo que lo puede hacer responsable del impuesto a la renta, lo que no ocurre con el beneficiario de los BEPS.

En cuanto a lo segundo, destacó que: 1) los aportes de los empleadores a la seguridad social son obligatorios, mientras que los aportes a los BEPS son voluntarios; 2) de no hacerse los aportes a la seguridad social se compromete la responsabilidad patrimonial del empleador, lo que no ocurre con los BEPS; 3) la obligación de hacer los aportes a la seguridad social se deriva de la existencia de una relación laboral, lo cual no existe en los BEPS.

De otra parte, si bien podría ser viable una equiparación respecto de los aportes a fondos de pensiones voluntarios o a seguros privados de pensiones, dado que al igual que en los BEPS, en ambos casos el aporte es voluntario, no tiene una cuantía fijada por la ley y de no hacerse no se sigue ninguna consecuencia para la persona, esto no elimina la circunstancia objetiva de que tanto los aportes a seguros privados de pensiones como a fondos de pensiones voluntarias, hechos por terceros distintos a quienes se beneficiarán de ellos, tienen como presupuesto necesario la existencia de una relación laboral, lo cual no ocurre en el caso de los aportes a los BEPS.

Por último, se destacó que en el sistema de los BEPS, el artículo 87 de la Ley 1328 de 2009 prevé la posibilidad de establecer incentivos, con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional, que no podrán ser superiores al 50% de lo que se haya ahorrado. Estos estímulos no están previstos respecto de los fondos de pensiones, de cesantías y de los seguros voluntarios, lo que pone de presente que los dos supuestos no son asimilables del modo en que lo pretende la demanda.

LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE ELECCIÓN ILÍCITA DE CANDIDATOS NO DESCONOCE EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA Y EXCEPCIONAL DEL LEGISLADOR, Y RESULTA SER UNA MEDIDA NECESARIA PARA IMPEDIR QUE SEAN ELEGIDOS CANDIDATOS INHABILITADOS QUE SE INSCRIBIERON A SABIENDAS DE LA INHABILIDAD, CONTRA PROHIBICIONES PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN O LA LEY, CON AFECTACIÓN GRAVE DEL SISTEMA ELECTORAL Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

II. EXPEDIENTE D-12960 - SENTENCIA C-233/19 (mayo 29)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Norma acusada

LEY 599 DE 2000 (agosto 31)

Por la cual se expide el Código Penal

ARTÍCULO 389A. ELECCIÓN ILÍCITA DE CANDIDATOS. [Artículo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1864 de 2017]. El que sea elegido para un cargo de elección popular estando inhabilitado para desempeñarlo por decisión judicial, disciplinaria o fiscal incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de doscientos (200) a ochocientos (800) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Decisión

Declarar la **EXEQUIBILIDAD** del artículo 389A del Código Penal, por los cargos analizados.

3. Síntesis de la providencia

En esta oportunidad, le correspondió a la Corte resolver (i) si el delito de elección ilícita de candidatos desconoce el principio de mínima intervención del derecho penal y su utilización como instrumento de *última ratio*, en tanto el sistema jurídico contempla otros dispositivos para la prevención y sanción de este mismo fenómeno; y (ii) si la circunstancia de que el tipo penal de elección ilícita de candidato se estructure en función de la elección del sujeto activo y no en función de su inscripción como candidato, infringe la prohibición de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva.

La Corte desestimó el primer cuestionamiento de la demanda, toda vez que, aunque comparte la tesis de que el Estado cuenta con diferentes instrumentos para evitar que personas inhabilitadas para ocupar cargos de elección popular se inscriban como candidatos, adelanten la campaña política, participen en los comicios y resulten elegidas, discrepa de las consecuencias que de esta premisa extrae la accionante. A su juicio, el tipo penal de elección ilícita de candidatos responde a un fenómeno creciente y de difícil control que provoca una afectación grave a uno de los bienes jurídicos más importantes dentro del ordenamiento constitucional, como es el sistema electoral a través del cual se materializa el principio democrático, frente al cual, el esquema ordinario de control ha resultado insuficiente. De esta forma, el tipo penal contenido en el artículo 389A del Código Penal atiende a la necesidad de blindar el sistema electoral y en general, los mecanismos de participación democrática, mediante la prevención y castigo de la corrupción electoral y así, salvaguardar uno de los bienes esenciales del ordenamiento constitucional.

Para este tribunal, la conducta sancionada en la disposición demandada envuelve una afectación grave al sistema electoral y en general al sistema democrático, porque:

(i) La elección de los candidatos envuelve una defraudación a las expectativas del electorado, ya que en la hipótesis que se sanciona, una persona inhabilitada, avalada por un partido o un movimiento político y de la organización electoral como tal, inscribe su candidatura, adelanta la correspondiente campaña y participa en el certamen electoral, a pesar de que tiene vedada la posibilidad de desempeñar cargos de elección popular por recaer en cabeza suya una inhabilitación objetiva, decretada previamente por una condena penal, por una sanción disciplinaria o por una decisión de las instancias fiscales. De este modo, el electorado que toma sus decisiones basado en un principio de confianza hacia la organización electoral, hacia los partidos y sus candidatos, encuentra defraudada su confianza al descubrir, luego del proceso de elección, que alguno de los candidatos no podía ejercer cargos públicos.

(ii) Una elección viciada por la inhabilitación de un candidato genera traumatismos graves en el funcionamiento del sistema electoral. Como en la hipótesis del tipo penal en cuestión, una persona incurso en una inhabilitación logra ser elegida, pero no puede ocupar y desempeñar el cargo, el ciudadano que finalmente lo asume no resulta ser el mismo que fue elegido originalmente en las urnas, lo cual, por sí mismo, tiene un alto costo en términos del principio democrático. Además, en el caso de los cargos uninominales, la elección de un candidato inhabilitado puede dar lugar a la necesidad de realizar elecciones atípicas, fuera del tiempo ordinario, con todo el desgaste en términos económicos, sociales y políticos que ello implica, como lo demuestran las cifras aportadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, respecto del número de elecciones atípicas efectuadas entre 1999 y 2018 y los inmensos costos de cada una de esas elecciones (vgr. 2.400 millones de pesos para la alcaldía de Tumaco).

(iii) La participación de un candidato inhabilitado, la consecución de votos y su eventual elección, también provoca diversas distorsiones en el sistema electoral, independientemente de su elección

efectiva. Entre ellas, la distorsión de los resultados del umbral y la cifra repartidora, puesto que los votos de una persona inhabilitada pueden ser capitalizados por el partido o movimiento al que pertenece para obtener el umbral y mayor número de curules. Así mismo, la participación de un candidato inhabilitado, la consecución de votos y su eventual elección, provoca graves afectaciones en el esquema de financiación de los partidos y movimientos y de las campañas políticas, cuyo monto depende, entre otras cosas, de los votos obtenidos por los candidatos avalados por el respectivo partido o movimiento. La Corte advirtió que el mismo esquema electoral genera una serie de incentivos para otorgar el aval a candidatos que pueden estar inhabilitados, pero con buen respaldo electoral.

A lo anterior se agrega, que los mecanismos para prevenir que candidatos inhabilitados para ejercer cargos de elección popular sean elegidos, han tenido hasta ahora una eficacia limitada. Si bien es cierto que la ley les asigna a los partidos y movimientos políticos el deber de verificar que los candidatos que avalan cumplan los requisitos para su postulación y que no se encuentren inhabilitados, como también, sanciones para los directivos de tales movimientos y partidos y las mismas asociaciones políticas, este filtro ha tenido un impacto débil pues no se ha realizado un control eficaz, como lo demuestran los altos índices de candidatos inhabilitados que son reportados por la Procuraduría General de la Nación a partir del Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad (SIRI) y las revocatorias de inscripción de candidatos que con frecuencia decide el Consejo Nacional Electoral a partir de esos reportes. De igual modo, el deber de la Registraduría Nacional del Estado Civil de verificar el cumplimiento de los requisitos formales para la inscripción y reportar a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República ha resultado insuficiente de cara a la protección del sistema electoral. Así mismo, aunque el Consejo Nacional Electoral tiene la potestad para revocar la inscripción y para no declarar elegidos a los candidatos inhabilitados, el mecanismo no es infalible. En primer lugar, porque la intervención prevista en la Ley 1475 de 2011 no está contemplada de manera automática y e integral para las candidaturas de todas las personas inscritas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, sino que solo se revisan los casos por solicitud del propio partido o movimiento, de un ciudadano o los reportes del SIRI. Por último, pese a que las instancias jurisdiccionales pueden anular las elecciones contrarias al régimen e inhabilidades e incompatibilidades y aunque la violación de este régimen es una causal de pérdida de investidura, operan con posterioridad a la elección del candidato, tienen un carácter subsidiario y por su naturaleza judicial revisten mayor complejidad y tiempo.

En ese orden, la Corte concluyó que la tipificación del delito de elección ilícita de candidatos no genera el desbordamiento en las facultades punitivas del Estado que alega la demandante, ni desconoce el carácter excepcional y de *ultima ratio* del derecho penal.

Con respecto a las acusaciones por la creación de una nueva modalidad de responsabilidad objetiva, la Corte consideró que este señalamiento era infundado. Por un lado, la configuración del tipo penal en función de la elección del candidato y no en función de inscripción de la candidatura en la Registraduría Nacional del Estado Civil, no solo es consistente con la estructura general de los delitos de resultado, en los que el efecto previsto en el precepto penal se encuentra separado espacial y temporalmente del comportamiento del sujeto activo, sino que además atiende a la necesidad de sancionar únicamente los casos en que los daños provocados al sistema electoral tienen mayor entidad y en los que han logrado sortear los mecanismos ordinarios de control. Además, aunque el efecto previsto en el tipo penal depende de los resultados de las votaciones, no configura una forma de responsabilidad objetiva, primero, porque desde el punto de vista causal dicho efecto atribuible al comportamiento del candidato que activa y desencadena el curso de acontecimientos que resultan en su elección, implica la realización de la campaña política, el no retiro de la candidatura y la participación en los comicios y segundo, porque estos comportamientos sostenidos a lo largo del tiempo se ejecutan de manera dolosa, a sabiendas de la existencia de la inhabilidad y en contravía de prohibiciones expresas del ordenamiento jurídico. En consecuencia, procedió a declarar la exequibilidad del artículo 389 A del Código Penal, frente a los cargos examinados.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

Los Magistrados **José Fernando Reyes Cuartas** y **Alberto Rojas Ríos** salvaron el voto en relación con la declaración de exequibilidad del artículo 389 A del Código Penal. En su concepto, esta disposición legal ha debido ser declarada inexecutable por desconocer los límites a la potestad

punitiva del legislador, en particular, el principio de mínima intervención del derecho penal y su utilización como *última ratio* para proteger bienes jurídicos esenciales para la democracia.

A su juicio, este es un caso más de abuso punitivo del legislador, contrario a los preceptos constitucionales, toda vez que pese a existir otros instrumentos menos lesivos de la libertad, para prevenir y sancionar conductas que atentan contra la corrección del sistema electoral, se acudió al expediente de tipificar un nuevo delito. Advirtieron que en el ordenamiento jurídico existen una serie de controles previos eficaces para evitar que quienes estén inhabilitados para ser elegidos y desempeñar cargos públicos no accedan ni permanezcan en el ejercicio de los mismos. Consideraron que esta era una oportunidad para que la Corte avanzara en contener ese exceso punitivo que caracteriza actualmente el sistema penal colombiano, en la misma dirección establecida en la sentencia T-762 de 2015, en donde se pone de presente que la política criminal en Colombia ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad, como consecuencia de lo cual, ha contribuido a crear un estado de cosas inconstitucional en el sistema carcelario que no garantiza derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad e impide en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena. Consideraron que la norma demandada era una muestra evidente de la exacerbación de la potestad del legislador en la adopción de medidas penales, que se ejerce de manera irracional y desproporcionada, lo cual se demuestra en la adopción de más de 50 reformas al Código Penal en 19 años de vigencia.

Aunque en la sentencia se reconoce el carácter subsidiario y de *última ratio* del derecho penal y enumera los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para prevenir y combatir la conducta tipificada como delito en la norma demandada, observaron que la decisión adoptada por la mayoría aduce su ineficacia a partir de los casos en que se ha elegido a candidatos inhabilitados, sin tener en cuenta que obedece más a la deficiencia en la información disponible y la falta de instrumentos para detectar estas situaciones, tales como, la inexistencia de una información centralizada, actualizada y confiable a la que puedan acceder los órganos electorales, los órganos de control y los ciudadanos. En criterio de los Magistrados **Reyes Cuartas** y **Rojas Ríos**, la Corte debía valorar la necesidad y pertinencia de la medida para impedir la inscripción y elección de candidatos incurso en una inhabilitación en fraude al electorado y desde esta perspectiva, determinar si era compatible con el principio de la mínima intervención del legislador penal. Observaron que la deficiencia de los controles a cargo del Estado no debe solucionarse con la criminalización de conductas que pueden ser invalidadas por medio de otra clase de medidas.

Los Magistrados **Alejandro Linares Cantillo** y **Antonio José Lizarazo Ocampo** aclararon el voto, pues a pesar de estar de acuerdo con la decisión de exequibilidad frente a los cargos analizados en esta ocasión, consideraron que la Corte ha debido avanzar de manera más contundente, en delimitar la potestad punitiva del Legislador a situaciones excepcionales para las cuales no existan medidas alternativas de prevención, control o invalidación.

El Magistrado **Linares Cantillo** expuso que, no obstante compartir la decisión, al considerar que la comisión de este delito afecta de manera importante el principio democrático, no concuerda con las consideraciones que afirman que la tipificación de la elección ilícita de candidatos responde y se encuentra justificada por tratarse de un fenómeno masivo. Tampoco existe suficiente evidencia para concluir que los mecanismos ordinarios han sido insuficientes.

Por el contrario, al tratarse de una decisión del legislador que admitía matices, la decisión de la Sala Plena debió sustentarse en el amplio margen de configuración de éste. En virtud del principio del derecho penal como *última ratio*, las demás razones expuestas en el proyecto para fundamentar la decisión, de extenderse a otros casos, podrían justificar la existencia de un populismo punitivo que exagera la criminalización de múltiples conductas, las cuales pueden tener otro tipo de tratamientos extrapenales.

En el mismo sentido, el Magistrado **Lizarazo Ocampo** estimó que en el ordenamiento jurídico colombiano existen numerosos y diversos mecanismos de control idóneos para prevenir, revocar o invalidar la inscripción y elección de candidatos incurso en inhabilitación. La circunstancia de que no hayan tenido un efecto óptimo no obedece a su falta de idoneidad sino a deficiencias en la aplicación de los controles como las que se advierten en la misma sentencia.

La Magistrada **Diana Fajardo Rivera** se reservó la presentación eventual de una aclaración de voto relativa a algunas de las consideraciones fundamento de la exequibilidad declarada.

LA CORTE ORDENÓ AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CONTINUAR CON EL TRÁMITE DE SANCIÓN Y PROMULGACIÓN DEL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NO. 08 DE 2017 SENADO – 016 DE 2017 CÁMARA "ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ", DESPUÉS DE CONSTATAR QUE HABÍA SIDO AJUSTADO Y FIRMADO POR LOS PRESIDENTES DE AMBAS CÁMARAS LEGISLATIVAS, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 167 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA SENTENCIA C-080 DE 2018

III. EXPEDIENTE RPZ-010 - AUTO 282/19 (mayo 29)
M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

1. Síntesis de la providencia

Le correspondía a la Corte Constitucional, en ejercicio del control de constitucionalidad automático, previo y único del proyecto de ley "*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*", realizar el control tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, antes de su sanción y promulgación por el Presidente de la República, de las modificaciones, adiciones o supresiones -incluido el archivo total o parcial- que hubieren alterado el texto del mencionado proyecto de ley, como consecuencia del trámite legislativo de las objeciones gubernamentales formuladas con posterioridad al control de constitucionalidad que sobre el mismo ya había llevado a cabo la Corte mediante sentencia C-080 de 2018.

Examinado el trámite legislativo y la votación en cada cámara sobre las objeciones presidenciales formuladas el 11 de marzo del año en curso, la Corte determinó que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 134 y 167 de la Constitución, las objeciones gubernamentales fueron rechazadas por la mayoría absoluta de en las plenarias de ambas cámaras, las cuales insistieron en el Proyecto de Ley *Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial de Paz*, cuyo texto fue ajustado de acuerdo con lo ordenado en la sentencia C-080 de 2018 y lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 167 de la Carta Política.

La Corte hizo una serie de precisiones en torno de lo que según el artículo 134 de la Constitución, debe ser considerado como quórum decisorio en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes, así como el número de votos que en cada caso conforma la mayoría absoluta. En esencia, para la integración del quórum se tiene como número de miembros la totalidad de los integrantes de la corporación, con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas, al igual que en el caso de impedimentos o recusaciones aceptadas. Entre los eventos que no dan lugar al reemplazo está la condena por delitos comunes dolosos contra la administración pública y contra los mecanismos de participación democrática, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos.

De acuerdo con lo anterior, la Corte constató que la Cámara de Representantes, al aprobar el informe de objeciones presentado por los Representantes Carlos Ardila Espinosa, John Jairo Cárdenas Morán, Juanita Goebertus Estrada, José Daniel López Jiménez y David Racero Mayorca, con el voto favorable de 110 de sus miembros, rechazó las objeciones gubernamentales e insistió en el Proyecto de Ley Estatutaria "en los términos aprobados por la Corte Constitucional", conforme a la proposición con que concluía dicho informe.

En el Senado, se votó en dos ocasiones los días 30 de abril y 2 de mayo de 2019 sobre la proposición de los senadores Iván Marulanda Gómez y Jesús Alberto Castilla Salazar de rechazar tales objeciones e insistir en el proyecto de ley estatutaria objetado "en los términos aprobados por la Corte Constitucional". El resultado de la votación el 30 de abril fue de 47 votos por el sí y 34 por el no. La Mesa Directiva del Senado consideró que "**no hubo decisión**", como consta en el informe del Presidente del Senado remitido a esta Corporación. El 2 de mayo siguiente se volvió a someter a votación la misma proposición de rechazo de las objeciones con un resultado de 2 votos por el sí y 33 votos por el no. En la misma sesión se votó sobre una ponencia mayoritaria de la Senadora Paloma Valencia y los Senadores Jhon Milton Rodríguez, David Barguil, Jonathan Tamayo y Julián Bedoya Pulgarín que proponía "acoger el articulado propuesto que recoge las objeciones presidenciales por inconveniencia" al proyecto de ley estatutaria en cuestión. En una primera votación, el resultado fue de 30 votos por el sí y 1 por el no; en una segunda votación, dicha proposición obtuvo 29 votos por el sí y 1 voto por el no. El Presidente del Senado manifestó que "**no hubo decisión**". Al mismo tiempo, en el informe enviado a la Corte por el Presidente

del Senado, se señala que “para que se configure la ‘insistencia’ del Congreso, se requiere que el rechazo a las objeciones del gobierno sea adoptado por las dos cámaras legislativas, pues si una sola de las cámaras no las rechaza, se tiene como consecuencia el archivo de las disposiciones objetadas por no insistencia”.

Remitido a la Corte el mencionado Proyecto de Ley Estatutaria junto con el respectivo expediente legislativo, incluido el trámite de las objeciones gubernamentales, se encontró que no procedía efectuar el control que le compete a este tribunal en virtud de los artículos 153 y 241-8 de la Constitución toda vez que, como se precisó en el Auto 123 de 2019, dicho control solo se activaría en caso de que el mencionado proyecto presentase modificaciones, adiciones o supresiones - incluido el archivo total o parcial-, respecto del texto revisado por la Corte mediante la Sentencia C-080 de 2018. Esto, por cuanto, (i) existe cosa juzgada constitucional sobre el Proyecto de Ley aprobado por el Congreso, en virtud de la Sentencia C-080 de 2018; y (ii) el texto del Proyecto de Ley no fue modificado, por lo que las objeciones no tuvieron la virtualidad de producir efectos jurídicos, razón por la cual carece de objeto abordar el examen de los problemas jurídicos advertidos por la Corte en el Auto 123 de 2019.

La Corte precisó que de ninguna manera se estaba convalidando el trámite legislativo surtido con posterioridad a la expedición de la Sentencia. Por ello, procedió a ordenar dar continuidad al trámite constitucional, cumpliendo el objetivo de “*agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto*” (art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2016).

2. Decisión

Primero. REMITIR al Presidente de la República, para que continúe el trámite de sanción y promulgación del Proyecto de Ley Estatutaria No. 08 de 2017 Senado – 016 de 2017 Cámara “*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*”, cuyo texto se encuentra ajustado y firmado por los presidentes de ambas cámaras, de conformidad con los dispuesto en el numeral quincuagésimo de la parte resolutive de la Sentencia C-080 de 2018.

Segundo. COMUNICAR la presente providencia, por conducto de la Secretaría de esta Corporación, a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, al Presidente de la República, a la Ministra del Interior, a la Ministra de Justicia y del Derecho, al Ministro de Defensa y al Procurador General de la Nación.

3. Salvamento de voto

El Magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** salvó el voto porque, en su criterio, la Corte debió haberse pronunciado de fondo sobre el proyecto de ley tal como quedó luego del trámite en el Congreso de la República. Para el Magistrado Guerrero Pérez, el artículo 167 de la Constitución contiene una garantía democrática de la mayor relevancia, por cuanto prescribe que en caso de que sobre un proyecto de ley aprobado por el Congreso, surgiera una discrepancia entre el órgano legislativo y el Presidente de la República, que lo objeta, debe repetirse el segundo debate, para que el Congreso decida si acoge las objeciones, y modifica en ese sentido el proyecto, o insiste, mediante una mayoría calificada de la mitad más uno de los miembros de cada cámara, en la aprobación del proyecto tal como fue inicialmente aprobado, caso en el cual el Presidente de la República debe sancionarlo. Prosiguió señalando el Magistrado Guerrero que el Congreso de la República remitió a la Corte el proyecto, con la advertencia de que no hubo mayoría en el Senado para insistir en su aprobación, razón por la cual los artículos objetados debían entenderse archivados. En concepto del Magistrado Guerrero, la Corte forzó una interpretación del artículo 134 de la Constitución, para concluir que para determinar la composición del Senado y por consiguiente el número de sus integrantes que configuraban el quorum para decidir, debía sustraerse las curules de aquellos senadores que no habían tomado posesión del cargo. En su opinión esa interpretación no surge de una lectura del artículo 134, sino de una aproximación *ad hoc*, que desconoce el presupuesto sustantivo que la norma del artículo 167 busca proteger.

Por otra parte, para el Magistrado **Guerrero Pérez**, el Congreso, tanto en Senado como en Cámara se abstuvo de considerar nuevamente en segundo debate el proyecto objetado, porque en los informes sometidos a consideración y votación se propuso el rechazo de las objeciones, por considerar, contra expresa manifestación del Presidente de la República, que se trataba de

reparos de constitucionalidad, no de conveniencia, y sin que, por consiguiente se hubiesen sometido a consideración en segundo debate los puntos planteados en el escrito de objeciones. No puede pasarse por alto que una cuestión puede ser declarada conforme a la Constitución y considerarse, sin embargo, inconveniente, por una multiplicidad de razones. Así, el Congreso, después de considerar las objeciones, como habría ocurrido si el asunto se hubiese abordado con un ánimo constructivo, habría podido insistir en la aprobación del proyecto original, o haber aceptado modificaciones totales o parciales. Lo que no podía hacer era negarse a dar nuevo debate a los artículos objetados. Al no haberse surtido ese segundo debate, es claro que el proyecto, en lo objetado no fue insistido.

Aun en el evento de aceptarse la tesis mayoritaria, finalmente, para el Magistrado Guerrero, lo procedente habría sido devolver el proyecto al Congreso para que complete el trámite y se remita, el proyecto aprobado en segundo debate, para sanción presidencial, sin que sea posible remitir el que fue inicialmente aprobado, así su texto no hay sufrido modificaciones. Faltan las firmas de los dignatarios de las cámaras que darían fe de que el segundo debate en efecto se cumplió nuevamente, con el resultado que, equivocadamente, ha declarado la Corte.

4. Aclaraciones de voto

Las Magistradas **Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado** y los Magistrados **Alejandro Linares Ocampo, Antonio José Lizarazo Ocampo, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos** anunciaron la presentación de sendas aclaraciones de voto, sobre diversos aspectos analizados en esta providencia y otros que, en criterio de algunos, han debido ser abordados por la Corte en esta oportunidad.

La Magistrada **Gloria Stella Ortiz Delgado** aclaró su voto al considerar que, si bien está de acuerdo con la decisión mayoritaria, la cual concluyó en que las cámaras legislativas insistieron, mediante la votación requerida para el efecto, en la sanción y promulgación del proyecto de ley estatutaria, ello no se opone a la competencia del legislador estatutario para que, en el futuro, introduzca modificaciones al articulado del proyecto de ley ahora estudiado y conforme a las reglas constitucionales que regulan la materia dentro de una sociedad democrática.

La Magistrada **Ortiz Delgado** puso de presente que formuló salvamento parcial de voto a la sentencia C-080 de 2018 y respecto de algunos asuntos que coinciden con el contenido de las objeciones formuladas por el Presidente de la República. Al respecto, la magistrada considera que la potencial incorporación de esas materias en el orden jurídico debe hacerse a través de las instancias que la Constitución prevé para el efecto, que para el presente caso excluyen a las objeciones gubernamentales posteriores al control de constitucionalidad adelantado por la Corte. Esto en virtud de los efectos de la cosa juzgada constitucional, cuya preservación es imperativa dentro de un Estado democrático, fundado en la separación e independencia de los poderes públicos.

Por su parte, el Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** compartió la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, basada en el inciso segundo del artículo 167 de la Constitución. Sin embargo, consideró necesario aclarar su voto para expresar que, si bien el Presidente de la República tenía la competencia para formular objeciones por inconveniencia, la forma como éstas fueron planteadas no permitía a la Corte hacer un análisis jurídico riguroso e integral de los artículos objetados. En este contexto, las objeciones planteadas por el Gobierno, en la eventualidad de que hubieran prosperado, implicarían sacar del ordenamiento jurídico artículos del proyecto de Ley Estatutaria que romperían la integralidad del SIJVRNR, vulnerarían la cosa juzgada constitucional y generarían vacíos normativos en detrimento de la seguridad jurídica. Así mismo, llama la atención el Magistrado **Linares Cantillo** acerca de que esta decisión no conlleva a la intangibilidad de las normas objetadas. Por el contrario, a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, gozando de un amplio debate democrático y buscando los más amplios consensos, podrán ser modificadas en virtud de lo dispuesto en la sentencia C-630 de 2017, la cual declaró la exequibilidad del Acto Legislativo 02 de 2017.

De otro lado, el Magistrado **Alberto Rojas Ríos** aclaró su voto al considerar que, si bien comparte la decisión adoptada por la Corte de ordenar que se remita al Presidente de la República para sanción el proyecto de Ley Estatutaria No. 08 de 2017 Senado - 016 de 2017 Cámara "Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz", se separa de los fundamentos acogidos por la mayoría, en cuanto carecen de rigor constitucional. A juicio del Magistrado **Rojas Ríos**, la Corte debió pronunciarse, inicialmente como presupuesto de competencia, sobre si la naturaleza de las

objeciones formuladas por el Presidente de la República a la Ley Estatutaria de la JEP, eran realmente de inconstitucionalidad o de inconveniencia, a saber: (i) reparación de las víctimas, (ii) falta de determinación de la suspensión de los procesos, (iii) máximos responsables, (iv) extradición, (v) limitación de la competencia del alto comisionado para la paz, y (vi) no extradición de tercero. Resaltó que sobre esas materias la Corte Constitucional se había pronunciado en la Sentencia C-080 de 2008, por tanto, ese debate no se podía reabrir, dado que se irrumpe en el principio de separación de poderes. No obstante, la Corte guardó silencio en un tema de inequívoca relevancia constitucional para la definición de esta materia, cuyo análisis hubiera llevado a la conclusión de que el Gobierno Nacional no tenía competencia para promover objeciones por inconstitucionalidad, como en efecto ocurrió, ni el Congreso de la República para tramitarlo en los términos del artículo 167 de la Constitución Política. De esta suerte quedó implícitamente aceptada la procedibilidad constitucional de las referidas objeciones gubernamentales.

El ejercicio de esta competencia por parte de la Corte Constitucional la hubiera relevado del análisis en torno a las mayorías para la aprobación del informe de objeciones. Así el problema constitucional quedó reducido a un tema de cálculo de mayorías, que determinó el rechazo de las objeciones por la mitad más uno de los miembros del Senado de la República, sin fuerza doctrinaria que lo sustente.

Estas reflexiones se suman a sus reparos en relación con la manera en que se efectuó la contabilización de las mayorías del Congreso que votaron negativamente las objeciones y el respectivo examen de irremplazabilidad de los congresistas de las FARC. Censuró que ese estudio se hubiese realizado con base, exclusivamente, en lo previsto en el artículo 134 Superior, sin atender que el marco jurídico aplicable en esa materia se encuentra en el Acto Legislativo 03 de 2017 ("Por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera"), puntualmente sus artículos 1 y 2. La mencionada enmienda constitucional establece las reglas para la transición política de la antigua guerrilla de las FARC-EP a un partido político legal. Dichas previsiones especiales indican que el partido o movimiento político que surja de la transición, siempre tendrá derecho a 5 curules en el senado en los periodos constitucionales de 2018 a 2022 y 2022 a 2026. En este caso, la figura de la irremplazabilidad no operaba para ese partido político, al punto que quedaba incólume la curul del senador Luciano Marín Arango.

Finalmente, el Magistrado **Rojas Ríos** enfatizó que la figura usada por el pleno de la Corporación para contabilizar el quorum tiene graves consecuencias en el sistema político, dado que, en general, afecta el principio democrático, y en particular, la reconciliación social, al impedir la representación de una fuerza política que dejó las armas y se reincorporó a la vida civil. Las razones de la Corte carecen de fundamento doctrinario y no dan cuenta de todas las premisas normativas que debió examinar para generar la confianza de sus destinatarios.

El Magistrado Carlos Bernal Pulido no participó en este proceso, por haberse aceptado el impedimento que manifestara desde un comienzo a la Sala Plena de la corporación.

LA IMPROCEDENCIA DE CONCEDER UNA PATENTE PARA INVENCIONES CONTRARIAS A LAS BUENAS COSTUMBRES CONSTITUYE UNA MEDIDA CON UN FIN CONSTITUCIONALMENTE NO PROHIBIDO E IMPORTANTE, A LA VEZ QUE UN INSTRUMENTO LEGÍTIMO, ADECUADO Y EFECTIVAMENTE CONDUCTENTE PARA SU CONSECUCIÓN

IV. EXPEDIENTE D-11932 - SENTENCIA C-234/19 (mayo 29)

M.P. Diana Fajardo Rivera

1. Norma acusada

DECRETO 410 DE 1971

(marzo 27)

Por el cual se expide el Código de Comercio

ARTÍCULO 538. CASOS EN QUE NO SE PUEDE CONCEDER PATENTE DE INVENCION. No se podrá conceder patente de invención: (...)

3o. Para las invenciones cuya aplicación o explotación sea contraria al orden público **o a las buenas costumbres**. No se considera que una invención es contraria al orden público **o a las buenas costumbres** por el solo hecho de que su explotación esté prohibida a los particulares por una disposición legal.

2. Decisión

Primero. Levantar la suspensión de términos decretada dentro del presente proceso mediante el Auto 305 de 21 de junio de 2017.

Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** el enunciado "o a *las buenas costumbres*" del artículo 538, numeral 3, del Código de Comercio, bajo el entendido de que se remite al criterio de "*moral social*" o "*moral pública*".

3. Síntesis de la providencia

La Corporación asumió el conocimiento de la demanda presentada contra el enunciado "o a *las buenas costumbres*" previsto en el numeral 3 del artículo 538 del Código de Comercio, por la violación a los artículos 1, 2, 7, 13, 15 y 16 de la Constitución Política.

Teniendo en cuenta el debate planteado, la Sala afirmó que en esta materia la Decisión 486 de 2000, proferida por la Comisión de la Comunidad Andina para fijar el Régimen Común de Propiedad Industrial, tenía efectos directos y prevalentes, no derogatorios; razón por la cual, el enunciado demandado estaba vigente, con sus efectos suspendidos, y, en consecuencia, se imponía efectuar un pronunciamiento de fondo sobre el problema planteado.

Superado lo anterior, la Sala procedió a analizar si la expresión "o a *las buenas costumbres*", prevista en el numeral 3 del artículo 538 del Código de Comercio, estaba dotada de una *indeterminación constitucionalmente admisible*, como criterio de restricción a la concesión de patentes de invención, concluyéndose que sí, en la medida en que por "*buenas costumbres*" se comprendiera "*moral social*" o "*moral pública*".

Para ello, luego de reiterar la línea jurisprudencial sobre este último criterio, realizó un juicio intermedio de proporcionalidad, evaluando que la medida del Legislador tenía un fin constitucionalmente no prohibido e importante, y que el medio era legítimo, adecuado y efectivamente conducente. En concreto, sostuvo que el concepto de *moral social* o *moral pública* implica la remisión a un código valorativo que no es personal o particular, sino que debe ser confrontado con los principios y valores de orden constitucional que el constituyente consideró necesarios para la existencia de un Estado pluralista y respetuoso de la dignidad humana; y que tal apreciación en este escenario de patentes involucra el estudio de las circunstancias existentes al momento en que se solicita su concesión, con el ánimo de garantizar las condiciones de posibilidad para una evaluación que en tiempo real y actual estime el estado de la técnica y de la ciencia, en una sociedad que promueve el conocimiento y el progreso responsable.

4. Aclaraciones de voto

Los Magistrados **Luis Guillermo Guerrero Pérez** y **Antonio Lizarazo Ocampo** se reservaron la presentación eventual de aclaraciones de voto sobre algunas de las consideraciones contenidas en la sentencia anterior.

LA EXENCIÓN AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PARA SERVICIOS HOTELEROS ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 18 DE LA LEY 788 DE 2002 SE MANTIENE POR EL TIEMPO FIJADO EN LA LEY PARA LOS CONTRIBUYENTES QUE HUBIEREN CUMPLIDO LAS CONDICIONES PREVISTAS POR EL LEGISLADOR

V. EXPEDIENTE D-12173 - SENTENCIA C-235/19 (mayo 29)
M.P. José Fernando Reyes Cuartas

1. Norma acusada

LEY 1819 DE 2016

(diciembre 29)

Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones.

ARTÍCULO 100. Modifíquese el artículo 240 del Estatuto Tributario el cual quedará así:

Artículo 240. Tarifa general para personas jurídicas. La tarifa general del impuesto sobre la renta aplicable a las sociedades nacionales y sus asimiladas, los establecimientos permanentes de entidades del exterior y las personas jurídicas extranjeras o sin residencia obligadas a presentar la declaración anual del impuesto sobre la renta y complementarios, será del 33%.

PARÁGRAFO 1o. A partir de 2017 las rentas a las que se referían los numerales 3, 4, 5 y 7 del artículo 207-2 del Estatuto Tributario y la señalada en el artículo 1o de la Ley 939 de 2004 estarán gravadas con el impuesto sobre la renta y complementarios a la tarifa del 9% por el término durante el que se concedió la renta exenta inicialmente, siempre que se haya cumplido con las condiciones previstas en su momento para acceder a ellas. (...)

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** el parágrafo 1º del artículo 100 de la Ley 1819 de 2016, en el entendido que los contribuyentes que hubieren cumplido las condiciones para acceder a la exención de renta prevista en el artículo 18 de la Ley 788 de 2002 -que adicionó el artículo 207-2 del Estatuto Tributario-, podrán disfrutar de dicho beneficio durante la totalidad del término otorgado en esa disposición.

3. Síntesis de los fundamentos

Al decidir la demanda bajo examen, esta Corporación reiteró que la libertad de configuración normativa del Congreso en materia tributaria permite adoptar decisiones como la norma cuestionada de la Ley 1819 de 2016. No obstante, ello no es óbice para que el legislativo desconozca los principios de buena fe y confianza legítima, por consiguiente, las modificaciones legales deben ser cuidadosas frente a las condiciones de los contribuyentes y, en especial, de aquellos que hayan efectuado inversiones significativas para acceder a beneficios tributarios, como es el caso de los prestadores hoteleros de que trata la norma acusada.

Puntualmente, la Sala consideró que el parágrafo 1º del artículo 100 de la Ley 1819 de 2016 efectuó la supresión de la exención del impuesto sobre la renta y complementarios -creada en el artículo 18 de la Ley 788 de 2002-, gravando a los prestadores de servicios hoteleros bajo una tarifa del 9 %, sin observar los presupuestos objetivos para considerarlo ajustado plenamente a la Constitución.

En efecto, la disposición examinada desconoce los principios de buena fe y confianza legítima de los contribuyentes que hubieren concretado su derecho con anterioridad a la promulgación de la Ley 1819 de 2016, quienes ostentaban una situación jurídica consolidada sobre la referida renta exenta al haber cumplido con los requisitos para acceder a la misma. En tal contexto, para la Corte se deben proteger tales situaciones consolidadas en la medida en que la modificación suscitada desconoció los efectos que estaba produciendo la norma al momento de su derogatoria, no existía una razonable perspectiva para su cambio y, en todo caso, se trató de un cambio abrupto, imprevisible e inesperado sobre las condiciones para gozar de tal estímulo.

No ocurre lo mismo con las personas que no habían acreditado los presupuestos para acceder al beneficio con anterioridad a la expedición de la preceptiva examinada, pues no contaban con situaciones efectivamente concretadas, sino con meras expectativas legítimas frente a la obtención de la exención. En este caso, el legislador tenía la posibilidad de modificar las condiciones de cobro del tributo sin afectar sus garantías superiores, pues aun estando en curso el periodo cubierto por la Ley 788 de 2002, aquellos no tenían un derecho cierto y exigible. Así, este Tribunal consideró que en relación con este grupo de beneficiarios, *prima facie*, no se advierte infringido el ordenamiento constitucional, sin perjuicio de lo cual quienes se consideren afectados pueden eventualmente acudir a la acción de amparo.

De conformidad con lo expuesto, se advirtió que el parágrafo 1º del artículo 100 de la Ley 1819 de 2016 admite dos supuestos de hecho para su aplicación, uno de los cuales es abiertamente contradictorio del texto constitucional, por consiguiente corresponde a la Corte Constitucional retirar dicha interpretación del ordenamiento jurídico, de forma que la preceptiva estudiada, se declaró exequible siempre que no se menoscaben las situaciones jurídicas consolidadas durante

la vigencia del artículo 18 de la Ley 788 de 2002 y durante el tiempo que fueron concedidos los beneficios tributarios.

2. Salvamento y aclaración de voto

El Magistrado **Carlos Bernal Pulido** salvó voto en la presente decisión, amparado en las siguientes consideraciones:

1. El fundamento constitucional de la prohibición de retroactividad de la ley tributaria consagrada en el artículo 363 de la Constitución, es la protección de los principios de *seguridad jurídica* y *confianza legítima* de los contribuyentes. Esta precisión es fundamental, toda vez que el principio de favorabilidad no es aplicable como parámetro de decisión en el derecho tributario. Los tributos no satisfacen la imposición de una pena, en términos de castigo o agravio. Por el contrario, obedecen al deber de solidaridad de los ciudadanos para coadyuvar al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

2. De otro lado, aunque es cierto que los efectos producidos por la ley tributaria en el pasado debe respetarlos la ley nueva, también es cierto que el legislador siempre conserva su competencia para modificar las leyes tributarias. La prohibición de retroactividad de las leyes tributarias no es una regla absoluta.

3. A juicio del Magistrado **Bernal Pulido**, la tensión que suscita la cuestión se debe analizar a partir de un juicio de ponderación entre el principio de seguridad jurídica, y la competencia del legislador para configurar las leyes tributarias.

4. De esa manera es plausible concluir: (i) La protección de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no implica *per se* la prohibición de aplicación retroactiva de la ley tributaria; (ii) La prohibición absoluta de aplicación retroactiva de la ley tributaria implica una limitación irrazonable de la libertad de configuración legislativa, más aun si se tiene en cuenta el contexto económico, de suyo variable, en el que están inmersas las disposiciones tributarias; (iii) La disposición acusada afectaría irrazonablemente la seguridad jurídica de los contribuyentes si, y solo si, prevé, como así lo hace, de manera abrupta e intempestiva un cambio en la aplicación de los beneficios consagrados.

5. En este contexto, estimó que una decisión razonable y ponderada sería la exequibilidad de la norma acusada pero condicionada a que las autoridades políticas prevean un *régimen de transición* para la aplicación de la exención.

Por su parte, el Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** aclaró su voto con el fin de enfatizar que debe hacerse una ponderación entre situaciones jurídicas consolidadas y la amplia facultad de configuración del legislador en materia tributaria. Lo anterior, sin embargo, no significa que a través de la ley se puedan desconocer las expectativas legítimas desarrolladas por los contribuyentes, especialmente en casos en los que el ordenamiento les exija el cumplimiento de ciertas cargas para el acceso a beneficios tributarios. En este caso en concreto, quienes realizaron inversiones en materia hotelera¹, cumplieron con las cargas impuestas por el legislador para acceder a un beneficio tributario y generaron con ello una expectativa razonable de gozar de una exención en materia de renta, situación que cambió cuando la norma demandada estableció un gravamen del 9% sobre las mismas. Por esto, resulta necesario condicionar el entendimiento de la norma, para excluir los efectos de la misma, que desconozcan esta situación. El Magistrado **Linares Cantillo** también señaló que la creación de impuestos distintos, como el CREE², que gravan las rentas por la prestación de servicios hoteleros, no afectan la consolidación de las expectativas legítimas, porque el objeto y hecho gravable son distintos en cada tributo, así como tampoco la presente decisión afecta la validez de la recaudación efectuada en virtud de dicho gravamen.

La Magistrada **Diana Fajardo Rivera** se reservó la posibilidad de presentar una aclaración de voto respecto de algunas de las consideraciones de la presente sentencia.

¹ Estatuto Tributario, Art. 207-2, numerales 3 y 4.

² Establecido por la Ley 1607/2012, desarrollado en su Capítulo II.

La Magistrada **Gloria Stella Ortiz Delgado** no participó en este proceso, por haberse aceptado el impedimento que manifestara desde un comienzo a la Sala Plena de la corporación.

LA CORTE CONSTITUCIONAL, AL REVISAR LOS FALLOS DE TUTELA QUE NEGARON Y DECLARARON IMPROCEDENTES LAS SOLICITUDES DE AMPARO DE UN MAYOR Y UN TENIENTE CORONEL LLAMADOS A CALIFICAR SERVICIOS, RESPECTIVAMENTE, REITERÓ SU PRECEDENTE EN CUANTO A QUE DICHS ACTOS ADMINISTRATIVOS NO REQUIEREN DE UNA MOTIVACIÓN COMO SI SE TRATARA DE UN ACTO DE DESVINCULACIÓN, POR CUANTO LA NECESIDAD DEL SERVICIO CONSTITUYE EL FUNDAMENTO DEL MISMO

VI. EXPEDIENTE T 6530835 AC - SENTENCIA SU-237/19 (mayo 30)
M.P. Carlos Bernal Pulido

1. Hechos

La Corte Constitucional revisó las sentencias proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado, del 25 de octubre de 2017, dentro de la acción de tutela interpuesta por el Mayor Henry Alfonso Cepeda (T-6.530.835), y por la Sección Segunda, Subsección "A", de esa misma corporación, del 18 de enero de 2017, dentro de la acción de tutela interpuesta por el Teniente Coronel William Triana Moreno (T-6.695.687).

En ambos casos los accionantes pretendían que se les ampararan sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por la providencia judicial del Consejo de Estado que resolvió las pretensiones de reintegro y ascenso en el proceso contencioso iniciado para cuestionar el acto por medio del cual se dispuso el retiro por llamamiento a calificar servicios (expediente T-6.530.835); y la decisión de la Policía Nacional de no conceder el ascenso del accionante al grado de Coronel (expediente T-6.695.687).

2. Decisión

Primero. CONFIRMAR, en el expediente T-6.530.835, la sentencia proferida el 25 de octubre de 2017 por el Consejo de Estado, Sección Quinta, que, a su vez, confirmó el fallo del 6 de septiembre de 2017, adoptado por la Sección Cuarta de dicha Corporación, mediante el cual se negaron las pretensiones de la acción de tutela.

Segundo. CONFIRMAR, en el expediente T-6.695.687, la sentencia proferida el 18 de enero de 2018 por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", que confirmó el fallo del 3 de noviembre de 2017, adoptado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", que declaró improcedente la acción de tutela.

3. Síntesis de la providencia

La Corte verificó en el primer caso que, la sentencia acusada no incurrió en el defecto por desconocimiento del precedente constitucional alegado, toda vez que los argumentos del accionante se fundaron en consideraciones que no constituyen precedente. Igualmente, constató que, por el contrario, dicho fallo sí cumplió con las reglas jurisprudenciales de motivación en los actos de llamamiento a calificar servicios, establecidas en las sentencias de unificación SU-091 y SU-217 ambas de 2016.

En consecuencia, reiteró que: (i) el llamamiento a calificar servicios no debe contener necesariamente una motivación expresa porque su fundamentación deriva de la ley, constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional; (ii) el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro; y (iii) los actos administrativos que deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial ante el juez de lo contencioso. Sin embargo, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de

demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta. Estas reglas armonizan el criterio del mérito en el ascenso con las necesidades del servicio y las exigencias de renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública.

En el segundo caso, la Corte constató la improcedencia de la tutela por cuanto, el entonces demandante fue reintegrado al cargo de Teniente Coronel y, la situación fáctica descrita en la presente acción, esto es, la negativa en el ascenso, podía ser cuestionada ante el juez de lo contencioso administrativo, pues el actor tenía a su disposición la acción de nulidad y restablecimiento en contra del acta por medio de la cual la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional negó su petición de ascenso y el Oficio del 27 de julio de 2017, mediante el cual le comunicaron tal determinación.

4. Salvamentos de voto

La Magistrada **Cristina Pardo Schlesinger** se apartó de la sentencia anterior, toda vez que, en su concepto, contrario a lo decidido por la mayoría de la Sala Plena, frente al derecho a la igualdad, el acto de retiro del servicio activo de oficiales de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios, debe ser motivado de manera expresa, en respeto del debido proceso. A su juicio, el argumento esgrimido para justificar el retiro discrecional de un oficial de la Fuerza Pública, basado en la existencia de una estructura piramidal y jerarquizada que tienen las Fuerzas Militares y la Policía Nacional que obliga al retiro de los oficiales que no ascienden al siguiente grado superior, no es una justificación suficiente para quien es retirado de la carrera policial, sin conocer las razones que motivaron el retiro. El señalamiento expreso de esos motivos, da claridad y objetividad a la decisión, así como, la oportunidad de defensa a quien es llamado a calificar servicios para controvertir la validez del acto administrativo de retiro.

De igual modo, los magistrados **José Fernando Reyes Cuartas** y **Alberto Rojas Ríos** salvaron el voto en la presente decisión. Manifestaron su disenso debido a que la posición mayoritaria avaló que no se exigiere motivación alguna en el acto de retiro del servicio activo de oficiales de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios conforme a lo señalado en la sentencia SU-091 de 2016.

1. En su criterio, el precedente fijado en la SU-091 de 2016 no se efectuó una "precisión jurisprudencial" como fue enunciado, sino que se incorporó un verdadero cambio a la línea de la Corte, sin haber agotado el rigor argumentativo requerido para tal efecto. De tal forma, consideraron que lo consagrado en el referido fallo de unificación excedió a todas luces el alcance una precisión pues eliminó la obligación de motivación del acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios, concluyendo que en esos casos no se requiere contar con una justificación, por cuanto la misma se deriva de la ley. Además, señalaron que el pronunciamiento en cita no se efectuaron referencias a la garantía de los derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia que aquella perseguía hacer efectivos; por el contrario se centró en otros derechos como el mínimo vital, seguridad social y salud del oficial retirado, con ocasión de la asignación de retiro.

A juicio de los magistrados **Reyes Cuartas** y **Rojas Ríos** la exigencia de motivación del acto de retiro lejos de restringir el uso de la figura de llamamiento a calificar servicios, otorga parámetros para su ejercicio de manera ponderada y razonable. En ese sentido, aclararon que ello no pretende que todos los oficiales asciendan hasta las máximas posiciones, sino que a los más altos rangos en la carrera policial se promuevan los uniformados con mejores aptitudes profesionales y personales, capaces de laborar en pro del buen servicio.

Adicionalmente, manifestaron que conforme a la decisión de unificación en vigor se impone una carga excesiva al oficial retirado, quien pese a desconocer las razones que llevaron a su desvinculación el servicio activo, debe acreditar ante la jurisdicción contenciosa que tal actuación obedeció a móviles diferentes a la mejora del servicio. En efecto, tal posición restringe la aplicación del principio de carga dinámica de la prueba que es una garantía derivada del debido proceso y el derecho de contradicción, generando una imposición desproporcionada hacia el afectado, quien no se encuentra en la posición más favorable para demostrar el hecho, situación que naturalmente se le facilita a la institución; máxime cuando las evaluaciones y los documentos que soportan la decisión se encuentran bajo su poder.

Bajo las anteriores premisas, afirmaron que la aplicación del precedente fijado en la SU-091 de 2016 desconoce directamente los derechos al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia de los miembros de la Fuerza Pública retirados mediante la causal de llamamiento a calificar servicios. Por ello, estimaron necesario efectuar un cambio jurisprudencial en concordancia con los pronunciamientos reiterados y uniformes de las Salas de Revisión que disponían la necesidad de motivar siquiera mínimamente este tipo de determinaciones.

2. Agregaron que en un Estado social de derecho es inadmisibles que a los afectados se les restrinja el acceso a la información en la que reposan los motivos que originaron la adopción de una decisión que le incumbe, pues de tal forma el poder de los funcionarios se torna omnímodo.

Por consiguiente, los Magistrados **Reyes Cuartas** y **Rojas Ríos** consideraron que la potestad de llamamiento a calificar servicios debe ejercerse en correspondencia el fin normativo y los hechos que le sirven de causa, dentro del marco de una decisión que, aunque discrecional, no puede ser arbitraria. A su juicio, no se advierte ajustado al orden superior que los esfuerzos durante toda la carrera de un uniformado, se vean truncados por cuestiones propias de la Junta Asesora, y pese a tener un desempeño superior no pudiera acceder a los ascensos por motivos subjetivos independientes a sus condiciones personales y laborales.

3. En relación con el expediente T-6.530.835, estimaron procedente la tutela contra providencia judicial. Tratándose de los requisitos específicos encontraron acreditado el defecto por violación directa de la Constitución, en tanto al accionante se le desconoció su derecho a la igualdad, debido a que la determinación de no recomendar su ascenso fue carente de fundamento mientras que a otros oficiales del mismo rango se les expresaron las razones que soportaron tal decisión.

Aunado a ello y en consonancia con las apreciaciones frente a la SU-091 de 2016, también advirtieron el desconocimiento de los derechos al debido proceso, a la defensa y a la administración de justicia, toda vez que el accionante no tuvo la posibilidad de conocer los móviles que produjeron su retiro de la institución, lo cual genera una barrera frente al goce efectivo de las referidas garantías. De igual forma, hallaron que por una parte la autoridad judicial contenciosa de primera instancia no analizó el vicio de desviación de poder alegado en la acción de nulidad y restablecimiento; y por otra, la segunda instancia descartó de plano el único medio probatorio por él aportado -el testimonio de un compañero- estableciendo una carga desproporcionada en contra del oficial retirado, pues se limitó la aplicación del principio de carga dinámica de la prueba y, por consiguiente, se desconocieron sus derechos fundamentales. En atención a lo expuesto, contrario a lo decidido por la posición mayoritaria estimaron que debió haberse concedido la protección invocada por la parte actora.

4. Finalmente, respecto del expediente T-6.695.687 consideraron que debía negarse el amparo deprecado en la medida en que la entidad accionada actuó conforme al fallo contencioso administrativo que dispuso el reintegro del actor en el mismo rango en el que fue desvinculado y que debería cumplir los requisitos legales y reglamentarios para acceder a ascensos. En esos términos, con posterioridad a su reincorporación a la institución, el oficial fue evaluado nuevamente, por ende, la decisión de no convocarlo a curso de ascenso en el año 2018 se fundamentó en los análisis efectuados al interior de la institución, conforme las normas vigentes para tal efecto y a partir de las cuales se coligió que el oficial era calificado como incompetente dada la baja puntuación obtenida en la evaluación de desempeño.

LA CORTE REITERÓ LOS REQUISITOS GENERALES Y MATERIALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS, QUE EN EL CASO CONCRETO CONDUJERON A NEGAR EL AMPARO CONSTITUCIONAL SOLICITADO POR LA EMPRESA ACCIONANTE

VII. EXPEDIENTE T 7163048 - SENTENCIA SU-238/19 (mayo 30)
M.P. Diana Fajardo Rivera

La Sala Plena de la Corte Constitucional revisó los fallos proferidos por la Sección Quinta y la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en relación con la acción de tutela instaurada por Comertex

S.A.S en contra de la decisión de la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, mediante la cual se inhibió por causa de la ineptitud sustantiva de la demanda basada en la indebida escogencia de la acción, toda vez que consideró que la acción de reparación directa no era el medio procesal idóneo para la solución de la controversia originada en la demora en el trámite administrativo de suscripción de un contrato de estabilidad jurídica, durante el cual fueron derogadas las normas tributarias y modificadas por la Ley 1111 de 2006, que se pretendía estabilizar. La empresa accionante aduce la vulneración de sus derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia en que habría incurrido la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado debido a un error procedimental por exceso ritual manifiesto.

Aunque la Corte encontró que en el presente caso se cumplían los presupuestos formales de procedencia de la acción de tutela contra una providencia judicial, en particular, la subsidiariedad de la acción constitucional al no existir un mecanismo judicial ordinario e idóneo (el recurso extraordinario de revisión contra decisiones inhibitorias no se ha admitido en todos los casos), para controvertir el fallo cuestionado y proteger los derechos fundamentales que la accionante invoca como vulnerados, lo cierto es que no se reunían los presupuestos materiales para conceder el amparo constitucional que se solicitaba en el caso concreto.

Para este tribunal, al declararse probada por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado de la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, no se incurrió en un defecto sustantivo o en exceso ritual manifiesto, en razón a que se realizó un análisis razonable de la situación fáctica y jurídica integral, por lo cual no se advierte que el Consejo de Estado haya adoptado una decisión arbitraria o caprichosa. La Sala Plena observó que en realidad lo que pretende la empresa accionante por vía de la acción de tutela, es abrir una nueva etapa procesal en la que se invalide una decisión judicial que se emitió por el juez natural dentro del ámbito de su competencia sin que haya tenido lugar defecto sustantivo o procedimental alguno, de modo que, no se ha producido la violación de los derechos fundamentales invocados por la accionante en relación con un controversia que además carece de relevancia constitucional, por tratarse de cuestiones netamente económicas de interés para un empresa comercial.

En consecuencia, la Corte Constitucional revocó la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2018 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que a su vez revocó el fallo de 26 de septiembre de 2018 emitido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que había el amparo solicitado. En su lugar, se negó la acción de tutela presentada por Comertex S.A., por las razones indicadas.

- **Salvamento de voto**

El Magistrado **Carlos Bernal Pulido** salvó el voto respecto de la anterior decisión. En su concepto, la acción de tutela debió ser declarada improcedente, por cuanto no cumple con el requisito de subsidiariedad. No declarar la improcedencia en el asunto analizado, a mi juicio, implicó que la Sala Plena se apartara del reiterado y consolidado precedente constitucional sobre tutela en contra de providencias judiciales.

*La acción de tutela no cumplía con el requisito de subsidiariedad, porque la sociedad accionante no agotó todos los medios judiciales idóneos y eficaces en contra de la decisión cuestionada. Desde la Sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional ha exigido, como presupuesto que justifica la procedibilidad excepcional de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, que el accionante haya "agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial"³ a su alcance. Así, en el caso *sub examine*, Comertex debió interponer el recurso extraordinario de revisión previsto por el artículo 250.5 del CPACA. Esto, en atención a dos razones: (i) la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la procedencia de este recurso para cuestionar sentencias inhibitorias proferidas por sus secciones o subsecciones; y (ii) este recurso extraordinario es el medio judicial idóneo y eficaz para dejar sin efectos la providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.*

Primero, el Consejo de Estado ha admitido la procedencia del recurso extraordinario de revisión para cuestionar decisiones inhibitorias proferidas por sus secciones o subsecciones. Al respecto, a partir de 2006, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que, por medio del recurso de revisión y especialmente en el marco de la causal prevista por el artículo 250.5 del CPACA, las partes pueden cuestionar las sentencias proferidas por sus secciones o subsecciones que generen

³ Sentencia C-590 de 2005.

una violación al debido proceso⁴, supuesto que en 2013 fue expresamente ampliado a las decisiones inhibitorias, en los casos en los que se demostrase que el juez “*tenía, dentro del ordenamiento jurídico, una oportunidad clara y objetiva de proferir sentencia de fondo*”⁵.

Es más, el 8 de mayo de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en desarrollo de esta línea jurisprudencial, decidió “*unificar sus criterios sobre (...): En qué casos una sentencia inhibitoria puede dar origen a la procedencia del recurso extraordinario de revisión por la causal originada en la sentencia por violación al debido proceso*”⁶, esto es, la prevista por los artículos 188 del CCA y 250 del CPACA. En esta oportunidad, determinó que esta causal se configura “*(i) cuando se presenta alguno de los hechos enlistados en el artículo 140 del C. P. C, vigente para la época en que se dictó el fallo de segunda instancia, objeto del recurso de revisión y (ii) por desconocimiento del artículo 29 de la Carta Política*”⁷. Así, luego de reiterar la jurisprudencia constitucional acerca de la relación entre los fallos inhibitorios y los derechos al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva, concluyó que “*es un deber del juez del juez fallar de fondo cuando cuenta con las herramientas para hacerlo, sin que les (sic) sea dable esgrimir motivos falsos para justificar inhibiciones, cuando no los hay. Lo expuesto permite concluir que los derechos al acceso a la administración de justicia y a una tutela judicial efectiva generan la configuración de la causal de revisión por violación del artículo 29 constitucional por haberse visto comprometidos ante la existencia de una decisión inhibitoria fundada en motivos contraevidentes*”⁸. Estas consideraciones no difieren, de manera alguna, con la jurisprudencia constitucional en materia de fallos inhibitorios. En tales términos, es claro que el recurso de revisión constituía un mecanismo procesal idóneo para que la sociedad accionante controvirtiera la providencia proferida por la Sección Tercera.

Segundo, el recurso extraordinario de revisión es el medio judicial idóneo y eficaz para dejar sin efectos la providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. En efecto, este hubiese surtido los mismos efectos que la eventual orden del juez de tutela. La sociedad accionante solicitó, en el marco de este proceso constitucional, que se dejara sin efectos la providencia cuestionada y se ordenara a la Sección Tercera, Subsección B, que profiriera una nueva decisión dentro del proceso. Estas pretensiones pudieron –y debieron– ser planteadas ante el juez de lo contencioso administrativo, quien, en ejercicio de sus competencias, y en caso de proceder el recurso, podía proferir los mismos remedios judiciales solicitados por Comertex en la solicitud de tutela.

Por lo demás, no existe factor alguno que justificase flexibilizar el estudio de subsidiariedad en el caso concreto. La sociedad accionante no es un sujeto de especial protección constitucional ni presenta condición alguna de vulnerabilidad, que justifique que la Sala Plena haya flexibilizado el análisis de subsidiariedad. Todo lo contrario, la Sala Plena contaba con elementos de juicio suficientes que daban cuenta de la necesidad de analizar este requisito con mayor rigor. En efecto, a diferencia de los otros casos resueltos previamente por la jurisprudencia constitucional⁹, Comertex es una sociedad comercial, que no una persona natural, cuya controversia ordinaria se encuentra circunscrita a un asunto meramente económico, en el que no se compromete derecho fundamental alguno. En todo caso, lo cierto es que la decisión inhibitoria no impidió que pudiese ejercer su derecho de acceso a la administración de justicia, por cuanto, previamente, esta sociedad había interpuesto una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que discute situaciones similares a las planteadas por medio de la acción de reparación directa, y en la cual aún no se ha proferido decisión de segunda instancia. Todas estas razones, a su vez, permitían descartar, sin más, la eventual configuración de un perjuicio irremediable en el caso concreto.

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 7 de febrero de 2006, ref. REV. 11001-03-15-000-1997-00150-00.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 28 de febrero de 2013, ref. REV. 54001-31-000-2000-01331-01 (1216-09).

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 8 de mayo de 2018, ref. REV. 11001-03-15-000-1998-00153-01.

⁷ Id.

⁸ Id.

⁹ Ver sentencias T-1017 de 1999, T-794 de 2011, T-809 de 2012, T-1045 de 2012, T-713 de 2013, T-416 de 2016 y T-031 de 2018.

Por último, el Magistrado **Bernal Pulido** señaló que el debido análisis del requisito de subsidiariedad resultaba especialmente imperioso en el asunto de la referencia, por dos razones. Primero, porque su análisis es la única manera de asegurar que la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales sea, en efecto, excepcional. Segundo, porque este requisito garantiza que la tutela no se utilice para controvertir cualquier decisión judicial, en desmedro de los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial y seguridad jurídica. No haberse tomado en serio la subsidiariedad en el caso *sub examine* implica dos riesgos: (i) reconocer que la tutela es el medio general y principal para resolver este tipo de controversias y (ii) vaciar el contenido especial del recurso extraordinario de revisión, expresamente adscrito por la jurisprudencia del Consejo de Estado al artículo 250.5 del CPACA.

El Magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** se reservó la posibilidad de presentar eventualmente, una aclaración voto.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta