



# FACETA JURÍDICA

Campus Universitario  
**UNIACADEMIA**



Nº 89 Mayo-Junio de 2018

E-mail: [contacto@edileyer.com](mailto:contacto@edileyer.com)

Valor \$ 8.000

ISSN 1900-0421



## La impugnación

*Un instrumento para materializar la doble instancia y la doble conformidad judicial\**

La Carta Política en Colombia establece en el artículo 29 el derecho del condenado a impugnar la condena, con alusión inequívoca a la necesidad que en tal evento más de una única autoridad judicial debe revisar el fallo que declara la responsabilidad penal de un procesado.

Quien sea sindicado tiene derecho; (...) a impugnar la sentencia condenatoria, (...)."

El Artículo 31 de la C.P. otorga la facultad de apelar la sentencia proferida por los Jueces, admitiendo el establecimiento de excepciones por la ley. Así dice el texto:

Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

*Recursos ordinarios y extraordinarios:* "Los conceptos que se expresan en este acápite en relación con la impugnación y la doble instancia tienen aplicación en todas las jurisdicciones, penal, civil, comercial, laboral administrativo. No así la casación que no está prevista para la jurisdicción administrativa.

Los recursos ordinarios corresponden a la reposición y apelación, en tanto que el extraordinario es la casación de conocimiento de la Sala de Casación Penal, Civil o Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los recursos tienen por objeto la revocatoria o modificación de una decisión judicial, en tales casos tiene el recurrente la carga de demostrar el yerro trascendente cometido en la providencia.

Los recursos son de naturaleza rogada. El de reposición se tramita y resuelve horizontalmente, por el mismo funcionario que profirió el auto. La apelación (admisible contra determinados autos y la sentencia de primera instancia) y la casación (contra sentencias de segunda instancia) se resuelven por el superior funcional, el primero por el Tribunal y el segundo por la Sala de Casación que por naturaleza del asunto corresponda (civil, penal, laboral).

Los recursos ordinarios y el extraordinario son limitados, la competencia de quien debe resolverlos se circunscribe estrictamente a los asuntos propuestos por el censor o que tengan una conexidad necesaria con los temas propuestos; excepcionalmente pueden pronunciarse oficiosamente en los asuntos en los que esté acreditada la vulneración de una garantía fundamental. Pero, además, la técnica del recurso de casación como expresión del debido proceso casacional es otra limitante más de la competencia del superior funcional, en este caso, de la Corte Suprema de Justicia para resolver la casación.

Los recursos ordinarios y el extraordinario son una expresión de la impugnación.

La apelación satisface la garantía de la doble instancia, pero con las limitaciones que se han precisado.

*La impugnación o doble conformidad como recurso excepcional. Finalidades y trámite:* La garantía de la doble conformidad judicial está consagrada en el Pacto de San José de Costa Rica (1969) o Convención Americana de Derechos, que fue ratificada por Colombia con la Ley 16 de 1972 (diciembre 30), con base en el artículo 2º de la Convención Americana, los Estados Parte deben adecuar el ordenamiento jurídico interno a la legislación internacional que establezcan garantías como la que se examina en esta oportunidad.

Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, inciso 5), establece para los condenados el derecho a que las sentencias se sometan a un Tribunal Superior, conforme a la Ley.

El artículo 29 y 31 de la C.P., se refieren a medios de impugnación distintos, el primero corresponde a la doble conformidad judicial de la sentencia condenatoria y la segunda de las disposiciones en mención a la apelación y garantía de doble instancia.

La doble conformidad judicial, en términos de la sentencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos en el caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, fallo de 30 de enero de 2014 y de los fallos C-972 de 2014 de la Corte Constitucional, se caracteriza por ser:

a. Una garantía fundada en el artículo 8.2 (h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, para que las decisiones judiciales no sea arbitrarias, ni la manifestación de una simple voluntad del poder punitivo del Estado, para que tengan legitimación y se caractericen por la imparcialidad y la posibilidad de acierto, deben contar con la confrontación de otra autoridad diferente a la que declaró la responsabilidad, para que le haga un juicio al fallo condenatorio en la búsqueda de verdad, certeza y justicia.

b. Procede contra la primera sentencia condenatoria, a favor del procesado. No tienen derecho a la doble conformidad el fiscal, el Ministerio Público ni la víctima, ni procede contra la sentencia absolutoria ni las decisiones que precluyan la investigación.

c. Se debe facilitar el examen integral de la sentencia, de lo revisable por su trascendencia en el caso a través de exigencias mínimas para que sea accesible y eficaz, "no debe requerir mayores complejidades que tomen ilusorio este derecho.

d. La doble conformidad Judicial es una manifestación del debido proceso.

No resulta incompatible con la garantía la naturaleza rogada de la impugnación y que se presente sus-

tentación, pero es de la esencia en este último evento, de todas formas, que a pesar de la motivación se debe admitir "un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria" por parte del funcionario judicial que debe resolverlo. No se trata de ejercer una simple facultad oficiosa sino de un verdadero deber funcional de revisión integral de la condena, independientemente de la motivación.

La garantía de hacer necesaria la conformidad por otra autoridad judicial en los casos de la primera sentencia condenatoria lo participa de idéntico objeto y fines de la especie de los recursos ordinarios, de ahí que la doble conformidad no sea un recurso ordinario ni extraordinario, sino excepcional en el régimen penal colombiano.

La doble conformidad no procede respecto de sentencias absolutorias, éstas sí admiten apelación y casación.

La apelación únicamente está instituida para sentencias de primera instancia y la casación para sentencias de segunda instancia, la impugnación por vía de la doble conformidad tiene como objeto la primera sentencia condenatoria sin importar la autoridad judicial que la profiera juez municipal, de circuito, Sala Penal de tribunal o Sala de Casación Penal de la Corte Suprema).

Las premisas anteriores hacen imposible que la apelación o la casación satisfagan el objeto de la doble conformidad judicial.

En la apelación o casación el recurrente debe demostrar un error trascendente y se hará pronunciamiento sobre los errores denunciados por el censor. En la doble conformidad el funcionario debe examinar la sentencia condenatoria y resolver los ataques propuestos por el impugnante, pero, además, sobre lo que no cuestione expresamente de manera oficiosa debe hacer un examen integral de lo revisable para ajustar la decisión a las garantías fundamentales,

\* Dr. Eugenio Fernández Carlier, Magistrado, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Salvamento de voto, sentencia SP-722 del 14 de marzo de 2018, Rad. 46361.



7 70 73496 24689 6

la legalidad y lo demostrado, para que la sentencia corresponda a la justicia mater al que el caso demande. Sobre estos supuestos el fallo que resuelva la impugnación puede confirmar o revocar la primera sentencia condenatoria.

En apoyo de lo dicho puede citarse el siguiente aparte de la sentencia C-792 de 2014: “Para la Corte, este derecho a impugnar la sentencia condenatoria no es equivalente a la garantía de la doble instancia, puesto que si bien en ciertos supuestos puede haber coincidencia entre ambas figuras, como cuando en un proceso de doble instancia, la decisión de condena se producen la primera de ellas, en otros escenarios, la previsión constitucional sobre la doble instancia no resulta suficiente, bien porque se trata de un proceso penal de única instancia, circunstancia permitida por la Constitución, que admite excepciones a la garantía de la doble instancia, o bien porque siendo el proceso de doble instancia, la condena se produce en la segunda de ellas, hipótesis éstas en las que, al no contemplarse el derecho a controvertir el fallo condenatorio, se desconoce uno de los elementos constitutivos del debido proceso. Estimó la Corte que la previsión de recursos extraordinarios, como ocurre con los recursos extraordinarios de casación o de revisión, o de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, no satisface las exigencias del referido derecho, habida cuenta de que la procedencia de estos medios de impugnación tiene claros límites materiales establecidos en la propia legislación, por lo que no es posible hacer uso de los mismos para controvertir toda sentencia condenatoria en los eventos planteados, y porque, además, las facultades de los operadores jurídicos en esos eventos se orientan, no a revisar integralmente el caso, sino a evaluar la decisión judicial a la luz de cierto repertorio cerrado de falencias o déficits del mismo, o de la aparición de nuevos elementos que no fueron tenidos en cuenta en la decisión judicial objeto de revisión”.

e. La impugnación excepcional, dada la estructura constitucional que estableció el constituyente primero en la Carta Política de 1991, en Colombia debe resolverse por el superior funcional en las decisiones adoptadas por los jueces municipales, de circuito y tribunales, en cambio, cuando los fallos condenatorios los profiere por primera vez la Corte Suprema de Justicia, debe hacerse por subsalas, dividiéndose la Sala plena penal, civil o laboral de la Corte Suprema de Justicia, porque como se ha dicho, la doble conformidad judicial debe aplicarse en todas las ramas del derecho, que la pérdida de un derecho esencial como la libertad, el trabajo, la vivienda, o los derivados de las obligaciones familiares o con el Estado, jamás pueden perderse con la opinión y la decisión de una sola o única autoridad judicial.

La doble conformidad judicial no debe ser patrimonio exclusivo del derecho penal, las jurisdicciones civiles, laborales, administrativas, comerciales de familia, también deciden sobre asuntos y derechos fundamentales para la realización y dignidad de las personas.

La fórmula de competencia para resolver la impugnación cuando la Corte Suprema profiera la primera sentencia de condena esta dada por la competencia otorga a esta institución de resolver con exclusión el recurso de casación y el juzgamiento de los aforados constitucionales, lo que es propio de la libertad de configuración que le reconoce la Carta Política al legislador colombiano.

f. La impugnación busca un reexamen de la primera decisión de condena, pero para que opere se requiere su interposición expresa, de lo contrario opera el consentimiento tácito por no recurrir.

Quien impugna debe estar legitimado y hacerlo oportunamente, contra providencia que admita la doble conformidad, tener interés para reclamar, no puede ejercer doble recurso contra la misma providencia, puede desistir pero con posterioridad al proferimiento de la decisión impugnada y no antes (principio dispositivo), sus efectos pueden hacerse extensivos a quien no haya impugnado siempre que tenga derecho a ello y favorezca su situación jurídica.

*Las excepciones constitucionales a las que se refiere el artículo 31 de la Constitución Política:* La impugnación está reglada en el artículo 29 de la C.P. y el 31 *idem* tiene por objeto el recurso de apelación. Estos textos constitucionales solamente admiten excepciones para la doble instancia (la apelación), pero no para la impugnación en la modalidad de la doble conformidad judicial.

*La cosa juzgada:* La sentencia hace tránsito a cosa juzgada cuando se han decidido por las autoridades judiciales los recursos, los ordinarios, extraordinarios y excepcionales.

La cosa juzgada es presupuesto de la firmeza y cumplimiento del fallo, en materia penal esa es condición *sine quom* para que constituya antecedente judicial.

La Corte Constitucional en lo que tiene que ver con la impugnación o doble conformidad judicial, en la sentencia C-792 de 2014 conminó al Congreso de la República para que legislara en un año sobre dicha garantía, haciendo la advertencia que de no hacerlo, “se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior de quien impuso la condena”.

*Recursos contra la sentencia que resuelva la doble conformidad y límites de esta:* “La cadena de revisión de una decisión judicial no puede generar actuaciones posteriores que lleven al infinito y al absurdo la facultad de expresar inconformidades. Por ello la decisión que resuelva el doble confor-

me no debe tener recursos. Al fin y al cabo estos son limitados y aquella, la impugnación, permite una revisión integral por el funcionario que resuelve.

La sentencia que resuelva la impugnación para verificar la garantía de la doble conformidad debe tener como límite que la autoridad judicial ha de resolver sin desmejorar la situación jurídica del recurrente opera la no *reformatio in peius*.

*Recurso de queja:* “El recurso de queja, contemplado en los artículos 1798 y siguientes de la Ley 906 de 2004, se interpone contra aquellas decisiones que niegan la admisión del recurso de apelación, su finalidad no solo se limita a que el superior del juzgador que negó la apelación la conceda, sino también busca garantizar el acceso a la doble instancia y el goce efectivo del principio constitucional del debido proceso.

En ese orden, si lo pretendido por el recurrente era que se declarara la procedencia del recurso de impugnación excepcional y para ello presentó los recursos de ley, resueltos por el a quo de manera adversa a sus pretensiones, solo podía acudir al de queja.

“De manera pacífica, con criterio uniforme, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que si la decisión admite un recurso, éste no puede negarse porque el peticionario se haya equivocado en el nombre del mismo. Si en este asunto se manifestó el querer apelar pero se invocó como sustento la sentencia C-792 de 2014, era obvio que el censor reclamaba el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria proferida por el Tribunal de Medellín.

De allí, mal podrían calificarse de inadecuados los argumentos que con ese mismo fin presentó en su libelo a manera de sustento de dicho recurso, pues como se indicó anteriormente, el objeto de la queja no solo sería el de corregir los posibles yerros en que incurre el a quo al negar una apelación, sino también la impugnación excepcional de que trata la Sentencia C-792 de 2014. Donde hay la misma razón de hecho (equivocada negación de un recurso) cabe idéntica solución en derecho (recurso de queja contra la providencia que negó la impugnación para la doble conformidad judicial de la primera condena).

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta lo dicho por la Sala de Casación Penal (CSJ A P5853-2016, 31 ago. 2016. Rad. 48667) en el sentido que no se puede desconocer la posibilidad que tiene un procesado en relación con que otra autoridad judicial estudie su caso (impugnación especial o recurso extraordinario de casación). Expectativa que se vio truncada en este caso, por lo que en garantía del debido proceso y dado que interpusieron, a través de su apoderado, un recurso contra una sentencia condenatoria proferida por primera vez por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, expresando su inconformidad con la misma, la Corte debió conceder la impugnación, dar trámite y resolver la impugnación excepcional”.

*La doble conformidad judicial en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018:* El artículo 235 de la Carta Política fue modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018 al disponer en su numeral 7° como atribución de la Corte Suprema de Justicia:

“Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares”.

El texto constitucional, en lo que tiene que ver con los fallos de la Corte que tengan la categoría de primera sentencia condenatoria establece que esta última decisión bien sea que se adopte a través de un fallo de casación, de uno de segunda instancia o de uno de primera contra el que no se interponga apelación, procede a petición de parte la impugnación especial o doble conformidad judicial. Aquellas son las únicas situaciones procesales en las que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia puede dictar una providencia que tenga la categoría de primera sentencia condenatoria, pues contra las demás que no correspondan a este concepto no procede la doble conformidad judicial.

El mandato constitucional acoge en su integridad el estándar internacional en la materia y las órdenes impartidas por la corte constitucional C-762 de 2014, al instituirse como una interposición sencilla, con la sola manifestación, sin exigirse motivaciones o sustentaciones de ninguna índole y solo en favor del condenado, lo que no obsta para que antes de la resolución las demás partes e intervinientes si así lo consideran expresen su punto de vista, lo que no constituye un presupuesto de la susodicha garantía fundamental.

Proferida la primera sentencia condenatoria por la Sala, se estableció por el Acto Legislativo que de los 9 Magistrados tres no debían participar en la decisión de primera condena, lo cual significa por las reglas de lógica que deben hacer Sala de Decisión solamente de 6 Magistrados, el ponente y los 5 magistrados que siguen en orden alfabético, y los restantes 3 magistrados integrarán la Sala que debe resolver la impugnación especial si se interpone. [14]



## Recurso extraordinario de revisión

*Naturaleza y fines. En lo contencioso administrativo*

Este recurso constituye una verdadera acción impugnatoria con efectos rescisorios y se dirige a reexaminar circunstancias fácticas o probatorias que ameritan que se adopte una nueva decisión, contraria a aquella objeto de revisión. Para que prospere se requiere como antecedente, una sentencia ejecutoriada, bien sea de los Tribunales Administrativos o del Consejo de Estado, en única, primera o segunda instancia, creadora de la cosa juzgada material, la cual, una vez censurada, solo puede ser desconocida luego de la comprobación de una de las causales contenidas en el artículo 250 del CPCA y con la concurrente y necesaria definición de que el fallo reprochado es erróneo o injusto por esa causa, es decir, que hay lugar a otra decisión distinta.

La Corte Suprema de Justicia, Corporación que también conoce del mismo dentro de su ámbito de competencia, ha precisado la naturaleza y fines de este medio impugnatorio, y al respecto ha destacado lo siguiente:

“(…) no franquea la puerta para tornar al replanteamiento de temas ya litigados y decididos en proceso anterior, ni es la vía normal para corregir los yerros jurídicos o probatorios que hayan cometido las partes en litigio precedente, ni es camino para mejorar la prueba mal aducida o dejada de aportar, ni sirve para encontrar una nueva oportunidad para proponer excepciones o para alegar hechos no expuestos en la causa petendi. Como ya se dijo por la Corte, el recurso de revisión no se instituyó para que los litigantes vencidos remedien los errores cometidos en el proceso en el que se dictó la sentencia que se impugna. El recurso de revisión tiende derechamente a la entronización de la garantía de la justicia, al derecho de defensa claramente conculcado y al imperio de la cosa juzgada material (…).” (Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 3 de septiembre de 1996, exp. 5231).

Es pertinente aclarar que la cosa juzgada es uno de los principios esenciales del proceso, pues en virtud de ella se impide que un debate judicial se prolongue de tal modo que por su indeterminación llegue hasta negar la seguridad que el ordenamiento jurídico debe proveer, poniendo fin a la incertidumbre que sobre los derechos exista, cuando estos han sido puestos en peligro.

Así las cosas, ha de entenderse que el referido recurso tiene una naturaleza netamente excepcional, hecho por el cual el legislador al momento de su creación previó que para su admisión, trámite y posterior resolución, era necesario acreditar la estricta, rigurosa y ajustada configuración de las causales que expresamente se consagraron como fundamento del mismo, con el fin de limitar el alcance de dicha figura, para así de forma paralela prever la protección del ya antedicho principio de la cosa juzgada.

En este orden de ideas, se reitera que tal medio de impugnación no constituye una tercera instancia dentro del proceso, en la que se puede intentar una nueva valoración de la prueba o provocar una interpretación adicional de las normas aplicables al caso. Por el contrario, los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el Tribunal, son extraños al recurso de revisión, pues este no es una instancia adicional en la que pueda replantearse el litigio.

Lo anterior tiene fundamento en la necesidad de evitar que el vencido en un proceso pueda a su capricho reanudar el debate concluido, so pretexto de volver la mirada a la prueba para pretender que se haga un nuevo y supuesto mejor juicio respecto de ella, o para reclamar una más aguda interpretación de la ley. (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de enero de 2018, Rad. 05001-23-31-000-2002-01079-01(0380-12), C.S. Dr. Gabriel Valbuena Hernández).<sup>[14]</sup>

## Superintendencia de Sociedades

*Facultades de inspección, vigilancia y control*

La Ley 222 establece en su artículo 82:

“[...] Artículo 82. *Competencia de la Superintendencia de Sociedades.* El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de Sociedades, la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, en los términos establecidos en las normas vigentes.

También ejercerá inspección y vigilancia sobre otras entidades que determine la ley. De la misma manera ejercerá las funciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo. [...]”

La norma es clara al determinar que la Superintendencia tiene a su cargo funciones de inspección, vigilancia y control respecto de las sociedades comerciales. Es importante delimitar el alcance de cada una de estas facultades, así:

“[...] Artículo 83. *Inspección.* La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades [...]”

“[...] Artículo 84. *Vigilancia.* La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.

Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:

a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias;

b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad;

c. No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados;

d. Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social.

Respecto de estas sociedades vigiladas, la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior, tendrá las siguientes:

1. Practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado durante la práctica de éstas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia.

2. Autorizar la emisión de bonos de acuerdo con lo establecido en la ley y verificar que se realice de acuerdo con la misma.

3. Enviar delegados a las reuniones de la asamblea general o junta de socios cuando lo considere necesario.

4. Verificar que las actividades que desarrolle estén dentro del objeto social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo.

5. Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.

6. Designar al liquidador en los casos previstos por la ley.

7. Autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión.

8. Convocar a reuniones extraordinarias del máximo órgano social en los casos previstos por la ley.

9. Autorizar la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas.

10. Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley.

11. Ordenar la inscripción de acciones en el Libro de Registro correspondiente, cuando la sociedad se niegue a efectuarla sin fundamento legal [...]”

En cuanto a las facultades específicas de control, dispone el artículo 85:

“[...] Artículo 85. *Control.* El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.

En ejercicio del control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:

1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos.

2. Autorizar la solemnización de toda reforma estatutaria.

3. Autorizar la colocación de acciones y verificar que la misma se efectúe conforme a la ley y al reglamento correspondiente.

4. Ordenar la remoción de administradores, revisor fiscal y empleados, cuando se presenten irregularidades que así lo ameriten.

5. Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisiones del máximo órgano social o junta directiva, o que deterioren la prenda común de los acreedores u ordenar la suspensión de los mismos.

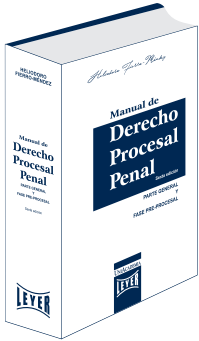
6. Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen en ellas.

7. Convocar a la sociedad al trámite de un proceso concursal.

8. Aprobar el avalúo de los aportes en especie.

*Parágrafo.* Las sociedades sujetas a la vigilancia o control por determinación del Superintendente de Sociedades, podrán quedar exonerados de tales vigilancia o control, cuando así lo disponga dicho funcionario [...]”

De conformidad con estas normas, para la Sala es claro que la Superintendencia tiene dentro de sus funciones la inspección, control y vigilancia permanente de las sociedades comerciales, y en el artículo 84 de la mencionada ley, se establece la atribución de velar porque estas se ajusten a la ley y a los estatutos, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social. (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 8 de marzo de 2018, Rad. 25000-23-24-000-2007-00249-01, C.S. Dra. María Elizabeth García González).<sup>[15]</sup>



**MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL  
PARTE GENERAL Y FASE PRE-PROCESAL**  
Heliodoro Fierro-Méndez

6 ed., 2018, 17x24cms, pasta dura  
ISBN 978-958-769-774-2, \$230.000

Inicia la obra mostrando los sistemas procesales o modelos de gestión judicial penal, la evolución, caracterización y estructura del proceso penal ordinario, sus principios rectores y garantías procesales para luego adentrarse en el estudio de la jurisdicción y competencia, las acciones originadas en la conducta punible, las partes e intervinientes en el proceso penal y los medios cognoscitivos en la indagación y la investigación, entre otras temáticas.

**LA FAMILIA  
REDIMENSIONAMIENTO DEL CONTENIDO ESENCIAL  
DE SU CONCEPTO**

Caridad Rosa Jiménez Morales

1 ed., 2018, 14x21cms., pasta dura,  
ISBN 978-958-769-762-9, \$35.000

Considerar a la Familia, con su naturaleza sencillamente humana, permanente en el tiempo, pero no inmutable, fue la inspiración principal para desarrollar el estudio desde el prisma de un derecho humano, a sabiendas de que, como un derecho de segunda generación, su valoración constituyó una atractiva indagación.

En el presente libro, se propone el perfeccionamiento de la dogmática constitucional de la Familia, a partir de su redimensionamiento a la altura de los nuevos tiempos, de manera que garantice protección efectiva de la diversidad familiar, y a su vez que a pesar de la diversidad, todas aporten por igual al objetivo común del desarrollo, formación y sostenibilidad de la sociedad.

La incursión en los disímiles criterios doctrinales permitió fijar un marco conceptual al respecto, de modo que, atender esta problemática, tal y como se esbozó, sirvió de referente para el propósito de protección jurídica del derecho familiar, y a su vez, de seguridad jurídica para los ciudadanos.

**LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO  
UNA MANIFESTACIÓN DE LA COMPLEJIDAD  
DEL FENÓMENO JURÍDICO**

Alejandro González Monzón

1 ed., 2018, 17x24cms., pasta dura;  
ISBN 978-958-769-758-2, \$ 95.000

El objetivo general del presente estudio monográfico consiste en realizar una sistematización de los fundamentos históricos, teóricos e iusfilosóficos de los principios generales del Derecho, asumidos como categorías jurídicas que reflejan, de forma diáfana, la complejidad que le es inherente al fenómeno jurídico como realidad social. Respondiendo a las exigencias metodológicas que interesan a las investigaciones de este tipo y a la lógica más elemental del discurso científico, el trabajo fue dividido en dos capítulos. El primero de ellos se propone rastrear los orígenes históricos del principialismo, así como sus manifestaciones fundamentales en el tracto evolutivo de la doctrina jurídica y la legislación codificada. El segundo, muestra un panorama definitorio general de la mano de los autores más representativos en la materia, presentándose y sometiéndose a crítica las tendencias más relevantes que han marcado el debate teórico y filosófico al respecto; espacio propicio para reflexionar sobre las diferencias entre los principios, las reglas y los valores, puntualizándose los criterios clasificatorios y la funcionalidad real que los primeros pueden (y deben) asumir en los predios de la práctica jurídica.

**EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS  
BIEN JURÍDICO Y CONDUCTAS TÍPICAS**

Cuestiones dogmáticas y de política criminal al hilo de los estándares internacionales

Dayan Gabriel López Rojas

1 ed., 2018, 14x21cms., pasta dura,  
ISBN 978-958-769-757-5, \$45.000

El objetivo de este trabajo se concreta en analizar aquellos aspectos de los comportamientos blanqueadores que, delineados por la normativa internacional, plantean ciertas dudas y preocupaciones desde la óptica del respeto a los principios y garantías penales propios de un Estado de Derecho; y ello con la finalidad última de sugerir criterios de interpretación razonables, que restrinjan el ámbito de una figura penal que reproduce los rasgos del punitivismo expansionista constituido en santo y seña de la política criminal instaurada por las iniciativas que se orientan a su combate.

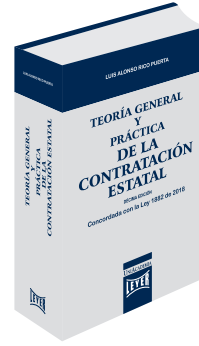
**LA ORALIDAD  
COMO EJE CENTRAL EN UNA CORRECTA  
Y EFICAZ ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA  
Desde una perspectiva práctica en el derecho comparado**

Adriana Coromoto Hernández Ramírez

1 ed., 2018, 17x24cms., pasta dura  
ISBN 978-958-769-760-5, \$55.000

Para esta obra que se ocupa del tema referente a la oralidad como eje central en la correcta y eficaz administración de justicia se darán a conocer las características de este sistema en contraposición con la escritura, sin dejar de lado la importancia de este último elemento dentro del proceso.

Dentro de esta obra también se observará el desarrollo de la oralidad en países como Colombia, Venezuela, Ecuador, España, Chile, Perú, Guatemala, entre otros y, cómo la adopción de la oralidad en algunos de ellos no ha tenido los resultados que esperaban los legisladores, así mismo, se dará a conocer, cómo a pesar de que el sistema oral es de vieja data la gran mayoría de estos países no han podido adaptar un sistema que del todo entre a resolver al menos en una considerable proporción la problemática que vive su justicia.



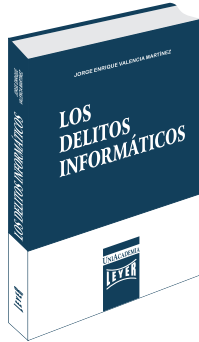
**TEORÍA GENERAL Y PRÁCTICA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

Luis Alonso Rico Puerta

10 ed., 2018, 17x24cms., pasta dura,  
ISBN: 978-958-769-753-7, \$250.000

Esta obra trata la contratación estatal desde un punto de vista teórico y práctico, acorde con la normatividad en la materia y puesta en vigencia con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se desarrolla el contrato estatal y su relación con el acto jurídico general, sus características, principios rectores, requisitos, perfeccionamiento y ejecución, así como el estudio de las distintas modalidades (obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, fiducia, telecomunicaciones, radiodifusión sonora, operaciones de crédito público, empréstito, crédito de proveedores, titularización de activos e inversiones, exploración y explotación de recursos naturales, leasing, entre otros).

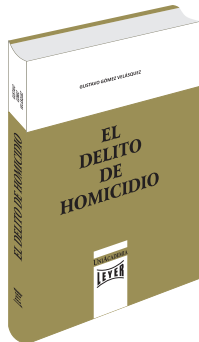


**LOS DELITOS INFORMÁTICOS**

Jorge Enrique Valencia Martínez

1 ed., 2018, 14x21cms., pasta dura,  
ISBN: 978-958-769-777-3, precio: \$50.000

Trata esta obra los delitos informáticos desde un punto de vista estrictamente dogmático. En su orden, estudia: el acceso abusivo a un sistema informático, la obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación, la interceptación de datos informáticos, el daño informático, el uso de software malicioso, la violación de datos personales, la suplantación de sitios web para capturar datos personales, el hurto por medios informáticos y semejantes y la transferencia no consentida de activos.

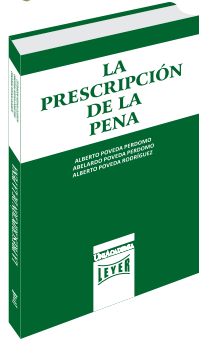


**EL DELITO DE HOMICIDIO**

Gustavo Gómez Velásquez

1 ed., 2018, 14x21cms., pasta dura,  
ISBN 978-958-769-776-6, \$60.000

Trata esta obra el homicidio, tanto en su forma simple como en sus expresiones o circunstancias agravadas. Seguidamente se dedica al estudio de las modalidades especiales, como son el homicidio preterintencional, por piedad, la inducción o ayuda al suicidio, la muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, y el homicidio culposo. Igualmente trata el autor el delito de feminicidio, simple y agravado.



**LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA**

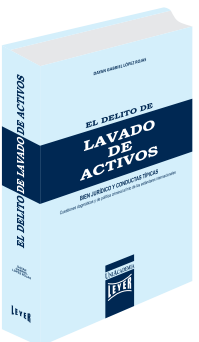
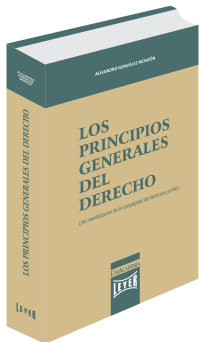
Alberto Poveda Perdomo - Abelardo Poveda Perdomo

Alberto Poveda Rodríguez

2 ed., 2018, 14x21cms., pasta dura  
ISBN: 978-958-769-783-4, precio: \$45.000

La pretensión de los autores es presentar una propuesta sobre la forma como debe operar la prescripción de la pena, a partir de criterios constitucionales que se apliquen como barreras de contención frente al poder del Estado, pero sin impunidad ni menosprecio de los derechos de las víctimas.

Para tal efecto se abordan temas como la naturaleza jurídica de la prescripción de la pena, su fundamentación, el inicio del término prescriptivo y su aplicación en los diferentes estatutos penales.



**LEYER**

**Faceta Jurídica**  
Cupón de Suscripción - 12 números

Nombre: \_\_\_\_\_  
Apellidos: \_\_\_\_\_  
C.C. \_\_\_\_\_  
Dirección envío: \_\_\_\_\_  
Teléfono: \_\_\_\_\_ Fecha: \_\_\_\_\_  
Ciudad: \_\_\_\_\_  
Departamento: \_\_\_\_\_

Mediante consignación en la cuenta corriente número 21002154645 del Banco Caja Social, a favor de Leyer Editores Ltda., en el formato indicado para tal fin que se encuentra disponible en el banco mencionado; o a través de nuestra tienda virtual ingresando al portal [www.edileyer.com](http://www.edileyer.com).

Suscripción nueva      Renovación  
Si  No       Si  No

Valor suscripción (12 números):      Suscripción nueva \$190.000 (incluye envío)  
Renovación \$170.000 (incluye envío)

**Suscripción**

En caso de consignación, favor remitir copia por correo electrónico adjuntando este cupón. Para mayor información dirigirse a Leyer Editores: Cra. 4 N° 16-51 de Bogotá, o comunicarse con nuestra línea de Servicio al Cliente 3158006316 Correo electrónico [contacto@edileyer.com](mailto:contacto@edileyer.com)



## Reforma de equilibrio de poderes Exequibilidad de algunas disposiciones

Por sentencia C-029 del 2 de mayo de 2018 (M.S. Dr. Alberto Rojas Ríos), examinado el procedimiento de aprobación en primera vuelta por las plenarias del senado y cámara de representantes, del informe de conciliación del Acto Legislativo 2 de 2015, por medio del cual se adoptó una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional, la Corte Constitucional concluyó que era válido al haberse efectuado la votación nominal y pública y cumplido con la mayoría exigida por el art. 375 de la Constitución. La declaración de exequibilidad se circunscribe a las disposiciones que no fueron declaradas inexecutable en las sentencias C-285 y C-373 de 2016.

Con el fin de precisar los alcances de la cosa juzgada respecto de los cargos formulados por los accionantes contra el Acto Legislativo 02 de 2015, la Corte examinó las sentencias C-053 de 2016, C-230 de 2016, C-285 de 2016, C-373 de 2016, C-094 de 2017, C-112 de 2017 y C-290 de 2017, concluyendo que no existe cosa juzgada relativa ni absoluta respecto de los planteamientos presentados. Por esta razón, se procedió al estudio de fondo de todo el Acto Legislativo, exceptuando las normas declaradas inexecutable en virtud de decisiones anteriores, sobre las cuales se predica la cosa juzgada absoluta.

La Sala examinó minuciosamente lo ocurrido durante la sesión plenaria del Senado de la República en la cual fue aprobado el Informe de Conciliación en primera vuelta, llegando a determinar que tres (3) senadores cuyos impedimentos habían sido aprobados el 8 de octubre de 2014, votaron favorablemente el informe de conciliación. La Corte también revisó cuidadosamente lo acaecido durante la sesión plenaria de la Cámara de Representantes en la cual fue aprobado el Informe de Conciliación en primera vuelta, sin encontrar vicios que afectaran la validez de este procedimiento.

La Sala recordó el principio de instrumentalidad de las formas aplicable al trámite de formación de las leyes y los Actos Legislativos, estableciendo que la declaratoria de inexecutable de una norma con fundamento en el desconocimiento del trámite reglamentario para su formación, tiene que demostrar que el procedimiento no fue atendido, que el legislador obró de manera distinta a la prevista en el Reglamento del Congreso, siendo menester comprobar que el vicio ocurrido tuvo la implicación de desviar, deformar, pretermitir o impedir dilucidar con claridad que la voluntad democrática se expresó adecuadamente.

En concordancia con el principio de instrumentalidad de las formas la Corte aplicó el principio *in dubio pro legislatore*, según el cual en caso de duda razonable sobre la ocurrencia de un vicio de procedimiento aquella será resuelta en favor de la decisión mayoritaria adoptada por el Congreso de la República. La Sala Plena reiteró que cuando no exista certeza acerca de la existencia de un vicio de procedimiento, la duda debe ser resuelta en favor del legislador como salvaguarda de la decisión mayoritaria.

3.4.1. Respecto de la participación de tres (3) Senadores que se habían declarado impedidos, cuyos impedimentos fueron aceptados, en la votación del Informe de Conciliación en primera vuelta, la Corte explicó que esta circunstancia priva al congresista de participar limitando para el caso específico su voz y el voto. Recordó la Corporación que el voto del congresista impedido es inválido, por tanto, no debe ser computado; además, para efectos de determinar el quórum decisorio debe asumirse que el impedido no estaba

presente en la sesión.

La Corte estableció que el Informe de Conciliación fue aprobado con 51 votos a favor y 6 votos en contra; de los 51 Senadores que votaron a favor 3 habían declarado sus impedimentos habiéndoles sido aceptados. Al no aparecer prueba sobre el quórum al momento de la votación, la Sala determinó que el día de la votación registraron su asistencia 99 senadores y 3 se excusaron de asistir; de los 99 asistentes 5 se retiraron del recinto al momento de la votación, es decir, el número de Senadores en el recinto era de 94, concluyendo que había *quórum* deliberatorio y decisorio al momento de la votación.

Siendo 94 Senadores los presentes, la mayoría necesaria para la aprobación del Informe de Conciliación era de 48 votos, correspondientes a la mitad (47 votos) más un voto. Al sustraerse los votos de los 3 Senadores afectados por los impedimentos aceptados el número total de votos válidos en favor del informe de conciliación es de 48, es decir, el número exacto de votos requeridos para lograr la aprobación del informe. El vicio presentado por la participación de 3 Senadores que estaban impedidos carece de la entidad suficiente para imponer una declaratoria de inexecutable, debido a que se emitió un voto afirmativo por la mayoría de los presentes y se contaba con un *quórum* decisorio al momento de la respectiva votación.

3.4.2. Respecto del segundo cargo formulado la Corte encontró que la votación del Informe de Conciliación se llevó a cabo con la presencia del número mínimo de Senadores exigido, por cuanto la Secretaría de la Corporación certificó que 51 Senadores votaron por el Sí, mientras 6 lo hicieron por el No, para un total de 57 votos. Si se descuentan los 3 votos de los Senadores que estaban impedidos resulta claro que al menos votaron 54 congresistas; es decir, estaban presentes más de 52 Senadores con los cuales se integró el *quórum* decisorio para la plenaria del Senado, teniendo en cuenta que esta Corporación está integrada con 102 miembros. Además, la Corte estableció que la votación del Informe de Conciliación en las plenarias del Senado de la República y de la Cámara de Representantes fue nominal y pública.

3.4.3. El tercer cargo contra el Acto Legislativo 02 de 2015, relacionado con la supuesta renuencia de votar de algunos miembros de la Cámara de Representantes y del Senado de la República, quienes estando presentes violaron el Reglamento del Congreso al omitir votar a favor o en contra de una iniciativa, luego de examinar las pruebas que obran en el expediente, la Sala no encontró probado un vicio de constitucionalidad que implique la declaratoria de inexecutable. Existe una presunción de corrección de los reportes oficiales y de las actas en virtud de las cuales se determina lo ocurrido en el transcurso de una sesión parlamentaria.

La Corte concluyó que se debe atender a los principios *in dubio pro legislatore* y de instrumentalidad de las formas, teniendo en cuenta que las pruebas que obran en el expediente no permiten establecer claramente lo ocurrido en las sesiones plenarias de la Cámara de Representantes (15 de diciembre de 2014) y del Senado de la República (11 de diciembre de 2014); además, ninguno de los congresistas solicitó la verificación del *quorum* al momento de la votación. <sup>[14]</sup>

## Control de legalidad de las diligencias de policía judicial

*El plazo de 24 horas se cuenta a partir del recibo del informe correspondiente por parte del fiscal*

Correspondió a la Corte determinar si la regla impugnada, al prever que las veinticuatro (24) horas para el control judicial de las diligencias enunciadas en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, empiezan a transcurrir cuando el Fiscal reciba el informe sobre lo actuado, infringe el plazo constitucional de las treinta y seis (36) horas para la aplicación de esa garantía judicial según lo establece el numeral 2 del artículo 250 de la Carta Política.

Para tal efecto, el tribunal constitucional reiteró su jurisprudencia en relación con las tres cláusulas constitucionales que sujetan las medidas dirigidas a la restricción de derechos en la investigación penal y el alcance del artículo 250.2 de la Constitución. Así, señaló que (i) en materia del derecho a la libertad personal, en general sus restricciones deben ser autorizadas privativamente por el Juez de Garantías; (ii) en el ámbito de las intervenciones al domicilio, a la intimidad y a la privacidad, opera el control judicial posterior sobre lo actuado; y (iii) para todos los demás procedimientos restrictivos de los derechos fundamentales, se requiere autorización judicial previa. De otra parte, (iv) cuando el Fiscal dispone la realización de los procedimientos que afectan la intimidad, el control judicial posterior tiene por objeto examinar la legalidad, tanto de la orden emitida como de la práctica y los resultados de las diligencias; y (v) el término constitucional de 36 horas para llevar a cabo dicho control comienzan a contarse una vez finalizada la ejecución de los procedimientos ordenados.

Así mismo, la Corte precisó que conforme al Código de Procedimiento Penal (i) los informes sobre registros y allanamientos practicados deben ser remitidos a la Fiscalía dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las doce (12) horas siguientes (art. 228 C.P.P.); (ii) los relacionados con retención

de correspondencia, han de ser entregados al ente acusador dentro del mismo término (inciso segundo del artículo 233 C.P.P.); (iii) los relativos a recuperación de información producto de la transmisión de datos, a través de las redes de comunicaciones, deben ser allegados a la Fiscalía en igual tiempo (inciso segundo del artículo 236 C.P.P.); y (iv) los informes sobre interceptación de comunicaciones están cubiertos, junto con las otras tres clases de diligencias, por el artículo 237 C.P.P. que se analiza y, por lo tanto, a ellos es también aplicable el plazo máximo de doce (12) horas para que los órganos de investigación remitan al Fiscal el respectivo informe, como se indicó en la Sentencia C-131 de 2009.

Con base en lo anterior, determinó que al prever que las veinticuatro (24) horas para el control judicial de las diligencias a las que hace referencia la norma acusada empiezan a transcurrir cuando el Fiscal reciba el informe sobre lo actuado, la norma juzgada es compatible con la Carta. En la medida en que ejecutadas aquellas podrán transcurrir solo doce (12) horas para que el informe de Policía Judicial sea rendido y, luego, veinticuatro (24) horas para la celebración de la audiencia de legalidad sobre lo actuado, la norma contempla precisamente un plazo máximo de treinta y seis (36) horas para la realización del control judicial una vez finalizadas las diligencias, en estricta coincidencia con el mandato constitucional. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad del inciso primero, artículo 68, de la Ley 1453 de 2011, por el cargo analizado. (Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-014 del 14 de marzo de 2018, Exp. 11876, M.S. Dra. Diana Fajardo Rivera). <sup>[15]</sup>

## Deducciones tributarias provenientes de conductas típicas

*Desconocimiento por parte de la administración tributaria. Alcance*

Le corresponde a la Corte establecer si la potestad que se otorga a la administración tributaria para desconocer los deducibles de expensas provenientes de conductas típicas fijadas como delito sancionable a título de dolo vulnera las garantías de presunción de inocencia y debido proceso, de que trata el artículo 29 de la Constitución.

Para resolver el problema jurídico, la Corte debe examinar si el procedimiento administrativo que establece el Estatuto Tributario para que la DIAN ejerza la competencia que se le atribuye en el artículo demandado, se ajusta o no a la Constitución, de tal forma que pueda servir de fundamento para valorar la constitucionalidad de la disposición demandada.

En todo caso, de manera previa, es importante resaltar que la disposición objeto de demanda no es una incorporación novísima, proveniente de la Ley 1819 de 2016. La prohibición de llevar como deducción los gastos que pudiesen provenir de una conducta típica se encontraba prescrita en el artículo 158 de la Ley 1607 de 2012 “*Por la cual se dictan normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones*”, y su texto era el siguiente:

*“En ningún caso serán deducibles las expensas provenientes de conductas típicas consagradas en la ley como delito sancionable a título de dolo. La administración tributaria podrá, sin perjuicio de las sanciones correspondientes, desconocer cualquier deducción que incumpla con esta prohibición. La administración tributaria compulsará copias de dicha determinación a las autoridades que deban conocer de la comisión de la conducta típica. En el evento que las autoridades competentes determinen que la conducta que llevó a la administración tributaria a desconocer la deducción no es punible, los contribuyentes respecto de los cuales se ha desconocido la deducción podrán solicitar la correspondiente devolución o solicitar una compensación, de conformidad con las reglas contenidas en este Estatuto y según los términos establecidos, los cuales correrán a partir de la ejecutoria de la providencia o acto mediante el cual se determine que la conducta no es punible”.*

El artículo 62 de la Ley 1819 de 2016 reprodujo, de manera parcial, la disposición contenida en el artículo 158 de la Ley 1607 de 2012 pues, de una parte, mantuvo la potestad de la Administración Tributaria para desconocer las deducciones provenientes de conductas típicas, y de otra, señala la obligación que tiene la DIAN de remitir copias a las autoridades competentes para conocer de la comisión de la conducta punible. Sin embargo, el nuevo texto realiza un cambio relevante en la manera en que los deducibles que fueron desconocidos al contribuyente, en caso de demostrarse que la conducta no hubiese sido punible, puedan retornar al patrimonio de este. De conformidad con lo prescrito por el artículo 158 de la Ley 1607 de 2012, la forma en la que el contribuyente podía recuperar los deducibles de conductas no punibles era por medio de la solicitud de devolución o en virtud de la figura de la compensación, y de acuerdo con las disposiciones del Estatuto Tributario. La nueva normativa establece un procedimiento diferente, toda vez que el contribuyente puede imputar los deducibles en el año o período gravable en que se determine que la conducta no fue punible por la autoridad judicial-penal competente.

Esta variación tiene efectos positivos para el contribuyente, pues además de reconocer el derecho que tiene sobre los deducibles no provenientes de conductas punibles, facilita el procedimiento para su recuperación. La nueva redacción implica que, en lugar de someterse a las reglas propias del procedimiento de devolución y/o compensación de saldos, que además solo puede surtirse dentro de los 2 años siguientes al término de firmeza de las declaraciones (los artículos 816 y 854 del E.T., respectivamente, señalan el término en que se puede solicitar la compensación o devolución de saldos a favor, que en ambos casos es de 2 años), el contribuyente puede realizarlo de manera directa, al incluir estos conceptos en su declaración, correspondiente al período gravable en que se determinó por la autoridad competente que la conducta no era punible.

En la exposición de motivos del proyecto de Ley 178/2016 Cámara, en lo que respecta a la modificación del inciso 3° del artículo 107 del E.T., se contempló que el propósito de la nueva disposición era, “*facilitar la operatividad de la prohibición de llevar como deducción los gastos constitutivos de un ilícito. [...] El problema de esta redacción es que en la práctica esa hipótesis en ningún caso podría aplicarse pues, en caso de que el término de firmeza de las declaraciones hubiere pasado, el contribuyente no dispondría del mecanismo para solicitar la devolución o compensación*” (Exposición de motivos. Proyecto de Ley 178/2016 Cámara. Tomado de: [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=178&p\\_consec=46216](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=178&p_consec=46216)).

Una vez expuesto el contexto en que se introdujo al ordenamiento jurídico el artículo 62 de la Ley 1819 de 2016, la Sala Plena procede a verificar si la disposición demandada se ajusta o no al texto constitucional. La facultad de desconocer los deducibles de expensas provenientes de conductas típicas no se aplica de manera automática. Por el contrario, se debe adelantar el procedimiento de determinación del impuesto señalado en el E.T., como pasa a explicarse. El artículo 684 de dicho Estatuto otorga “*amplias facultades de fiscalización e investigación*” a la Administración Tributaria, entre las que se incluye la de “*verificar la exactitud de las*

*declaraciones u otros informes, cuando lo considere necesario*”. Una vez se ejerce esta facultad de investigación, y ante posibles indicios de inexactitud en la declaración, la DIAN puede enviar un *emplazamiento para corregir* al contribuyente, para que, si este lo considera pertinente, corrija su declaración dentro del mes siguiente (artículo 685 E.T.). Esta actuación no desconoce garantía constitucional alguna del contribuyente, pues la corrección a esas posibles inexactitudes, en caso de presentarse, la debe realizar el declarante del impuesto.

Ahora bien, en caso de que no se envíe el emplazamiento para corregir, la Administración Tributaria debe dar estricto cumplimiento al procedimiento de *Liquidación de Revisión*, que se estipula en los artículos 702 a 714 del E.T. La Liquidación Oficial de Revisión, según dispone el artículo 702 de esta normativa, es producto de la facultad de la DIAN para modificar “*por una sola vez*” las liquidaciones privadas de los sujetos pasivos del tributo, y para ello se deben surtir unas etapas, que *prima facie*, garantizan la presunción de inocencia, el derecho de defensa, contradicción y debido proceso de los contribuyentes. De conformidad con el Estatuto Tributario, las actuaciones que se deben seguir dentro del proceso de Liquidación de Revisión son las siguientes: (i) Requerimiento Especial, como requisito previo a la liquidación (el artículo 703 del E.T., establece que antes de la modificación a la liquidación privada del contribuyente, la Administración Tributaria debe enviar el requerimiento especial que contenga todos los puntos objeto de modificación, así como las razones en que se sustenta); (ii) notificación del Requerimiento Especial (de acuerdo con el artículo 705 del E.T., para que la DIAN pueda modificar la declaración privada del contribuyente (Liquidación de Revisión) debe notificarle el requerimiento especial dentro de los 3 años siguientes al vencimiento para declarar); (iii) respuesta al Requerimiento Especial (según el artículo 707 del E.T., el contribuyente cuenta con 3 meses para dar repuesta al requerimiento especial en la que puede: solicitar pruebas, subsanar omisiones permitidas por la ley, e incluso pedir la práctica de inspecciones tributarias); (iv) ampliación del Requerimiento Especial (el artículo 708 del E.T., establece la posibilidad para que la Administración Tributaria, una vez tenga conocimiento de la respuesta del contribuyente, ordene su ampliación. Para tales efectos puede solicitar pruebas y proponer una nueva determinación oficial de los impuestos); (v) corrección provocada por el Requerimiento Especial (de conformidad con el artículo 709 del E.T., se otorga la posibilidad para que el contribuyente que acepte total o parcialmente los hechos planteados en el requerimiento, tenga una disminución equivalente a la cuarta parte de la sanción por inexactitud planteada por la Administración), y; finalmente, (vi) notificación de la Liquidación Oficial de Revisión (el artículo 710 del E.T., prevé que la liquidación de revisión debe ser notificada dentro de los 6 meses siguientes al vencimiento del término para dar respuesta al requerimiento especial). Adicionalmente, existe un deber de correspondencia entre la declaración del contribuyente, el requerimiento especial y la liquidación de revisión (Artículo 711 del E.T.). De otra parte, y una vez concluye el procedimiento de determinación del impuesto, el contribuyente inconforme con la liquidación oficial puede interponer, dentro de los dos meses

FACET  
JURÍDICA LEYER

No. 89 Mayo-Junio de 2018 Director: Dr. Hildebrando Leal Pérez

Investigación, diseño y corrección:

María Lucía Cañón Otálora, Eliana Sánchez Velásquez, Lina María Fernández Reyes  
Nohemy Cárdenas Hincapié, Jhoemis Vergara Ramos

Una producción

LEYER

Cra. 4ª No. 16-51

Tels. 3158006316-2821903-7458093-7458095

[www.edileyer.com](http://www.edileyer.com)

[contacto@edileyer.com](mailto:contacto@edileyer.com)

Bogotá, D.C. - Colombia

Propiedad Registrada®

Las características, denominación comercial, marca y propiedad intelectual son exclusivas de Leyer Editores. Queda prohibida la reproducción total o fragmentaria, por cualquier medio, sin autorización expresa y escrita de la misma.



siguientes a su notificación, el recurso de reconsideración ante la Administración Tributaria (Artículo 720 del E.T.).

En virtud de lo anterior, la potestad que otorga el artículo 62 de la Ley 1819 de 2016 a la Administración Tributaria no puede considerarse de manera aislada y desprovista de las garantías propias del debido proceso. Su ejercicio supone el agotamiento de las diferentes etapas de un procedimiento administrativo con plenas garantías, de tal manera que el contribuyente puede controvertir, presentar y solicitar pruebas, e incluso recurrir la decisión de la Administración. Así las cosas, no se infiere, tal y como lo señala la parte demandante, que la potestad sea incompatible con el postulado del debido proceso que estatuye la Constitución Política.

La atribución que se otorga a la DIAN no desconoce la presunción de inocencia que ampara al contribuyente en el procedimiento administrativo de Liquidación de Revisión, pues su objeto se circunscribe a la determinación real del tributo a cargo de este. En todo caso, es de advertir, que la calificación de una conducta como punible no es un asunto que corresponda a la Autoridad Tributaria, debido a que su actuación, sobre este asunto, se limita a remitir el caso a las autoridades competentes en caso de que considere que se ha presentado una conducta punible.

La disposición no restringe la competencia de la autoridad penal, pues

la actuación que realiza la Administración Tributaria es eminentemente de carácter administrativo y no de carácter *judicial-penal*. De ello se sigue que la decisión que adopta la DIAN, luego de finalizar el procedimiento administrativo de determinación del tributo, no tiene ningún efecto sobre la calificación de la conducta en el proceso penal. El demandante otorga un alcance interpretativo a la disposición que no es posible derivar de su texto, puesto que la única consecuencia que se puede extraer es que el contribuyente sufra un incremento en la base gravable para calcular su impuesto. Tal situación ratifica que de la competencia que se otorga a la Administración Tributaria, no se deriva una potestad *judicial-penal*.

En consecuencia, dado que la facultad para desconocer las expensas deducibles que provienen de conductas típicas descritas en la ley como delitos sancionables a título de dolo, que se contiene en el artículo 62 de la Ley 1819 de 2016, debe ser producto del agotamiento del procedimiento administrativo de Liquidación de Revisión, no puede inferirse que su mero otorgamiento desconozca los principios de debido proceso y presunción de inocencia, dispuestos en el artículo 29 de la Constitución Política, por lo que es procedente declarar su exequibilidad. (Cfr. *Corte Constitucional, sentencia C-002 del 31 de enero de 2018, Exp. 11908, M.S. Dr. Carlos Bernal Pulido*). <sup>[14]</sup>

## Rebaja de pena

*Aplicable a quienes realizan en concurso con el autor la conducta punible*

La demanda se dirige contra la norma que surge de la interpretación de la disposición acusada que desde el año 2008 realiza la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual excluye del concepto de interviniente, a las partícipes *extraenus* de los delitos con sujeto activo calificado.

Como cuestión previa, la Corte estableció que la demanda cumplía con los requisitos para su admisión y remarcó su relevancia por cuanto los cargos se fundamentan en la posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad frente a la restricción de la libertad personal, como producto de una norma creada por la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia. Determinó además, que no se configuraba cosa juzgada constitucional frente a la decisión adoptada en la sentencia C-1122 de 2008, por cuanto en dicha oportunidad, el cargo de igualdad se planteaba entre sujetos distintos (particulares y servidores públicos) a los propuestos en la presente demanda.

El problema jurídico a resolver, consistió en determinar, si la norma que surge de la interpretación judicial por la cual, la disminución punitiva para el interviniente solo es aplicable a quienes realizan en concurso con el autor la conducta, sin cumplir con las cualidades exigidas por los tipos penales con sujeto activo calificado, constituye una vulneración al derecho fundamental a la igualdad de los determinadores y cómplices no cualificados.

Para dar respuesta, en primer lugar, la Corte efectuó una recapitulación de su jurisprudencia sobre el denominado “derecho viviente”, para concluir que el control de constitucionalidad que ejerce este tribunal puede hacerse no solo sobre el tenor literal de una disposición legal, sino sobre la norma que surge de la interpretación consistente, consolidada y relevante que para definir el contenido de una disposición hayan hecho la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, siempre que dicha interpretación tenga alguna relevancia desde el punto de vista constitucional, puesto que, como toda norma jurídica en Colombia, debe someterse al respeto por las disposiciones y principios de la Carta Política. La Corte Constitucional, como guardiana de la Constitución, es la competente para adelantar ese examen, con el límite implícito que conlleva el respeto a la potestad inherente a las altas Cortes de interpretar y aplicar la ley.

En segundo lugar, en la decisión se hace un recuento de la jurisprudencia en relación con la igualdad, en concreto, sobre el juicio integrado de igualdad que la Corte ha realizado sobre normas penales, para concluir que (i) el legislador tiene un ámbito de configuración legislativa en materia penal que le permite determinar, en el marco de la política criminal del Estado, los bienes jurídicos protegidos y en consecuencia, configurar los tipos penales, sus elementos, sus sanciones y las figuras propias de la responsabilidad penal, así como los subrogados penales y los beneficios. (ii) El ámbito de configuración en materia penal está limitado por el respeto de los principios constitucionales (incluido el bloque de constitucionalidad) y de los derechos fundamentales, particularmente, por los principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad, de los cuales surge el principio de prohibición de exceso para el legislador, por el cual, el diseño de los tipos penales y la dosificación punitiva atienden una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en

el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros. (iii) No resulta contrario al principio de igualdad un trato diferenciado fundado en características relevantes de los sujetos frente a la conducta delictiva, el cual, en el marco de cada medida concreta resulta razonable y justificado, como sucede con la responsabilidad de los servidores públicos en los delitos especiales o con el trámite especial para los aforados constitucionales.

A partir de dichas conclusiones, la corporación examinó las diferencias entre autoría y participación en los delitos con sujeto activo calificado, y luego de un detallado análisis concluyó que entre los sujetos “extraños” al tipo penal especial, sobre quienes se plantea el cargo de igualdad, existen diferencias en cuanto a la forma en que participan en la comisión del hecho punible. Estas diferencias constituyen una de las cuestiones de mayor importancia en los estudios de derecho penal, puesto que de la calificación de dicha participación (o autoría) se deriva una serie de consecuencias penales que pueden afectar la graduación punitiva.

Enseguida, la Corte desarrolló un test de igualdad con una comparación entre los sujetos, del cual concluye que existen diferencias relevantes entre partícipes y autores en lo que respecta a la función que cumplen las condiciones exigidas por un tipo penal especial. Explicó que la importancia de dichas diferencias depende de la posición dogmática a partir de la cual se aborde la cuestión, a lo cual la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia le ha dado una importancia manifiesta. Ante esto, el tribunal constitucional recordó que es la Corte Suprema de Justicia la encargada de establecer una postura frente a las distintas y complejas posiciones doctrinales del derecho penal. La importancia fundamental de esta tarea, no solo para el derecho penal, sino para el cumplimiento de la justicia como valor constitucional, implica que las interpretaciones jurisprudenciales del derecho penal que la Corte Suprema de Justicia desarrolla en sus providencias, no pueden ser objeto de intromisiones por parte de esta Corporación sino en aquellos casos en los que resulte palmaria la transgresión a la Carta Política y al bloque de constitucionalidad. Sostuvo que, de otra forma, esta corporación estaría limitando el amplio margen de configuración interpretativa y la autoridad hermenéutica, que en virtud de los fines perseguidos por su función unificadora de la jurisprudencia, le fue otorgada al alto tribunal por el constituyente primario.

En este orden, la Corte Constitucional concluyó que la norma que surge de la interpretación jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, el concepto de interviniente contenido en la Ley 599 de 2000, artículo 30, inciso cuarto, se refiere exclusivamente a los “coautores” *extraenus* de un delito especial, se ajusta a los postulados constitucionales del principio y derecho a la igualdad, en tanto genera un trato desigual, entre desiguales, de forma justificada y razonable.

Finalmente, afirmó que el hecho de que en esta ocasión la Corte Constitucional se pronuncie sobre esta interpretación en concreto, de ninguna forma puede entenderse como una limitación a la potestad de la Corte Suprema de Justicia de interpretar el derecho penal colombiano, incluida la disposición en comento, de una forma diferente, dentro de los límites del respeto a los principios constitucionales y aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. (Cfr. *Corte Constitucional, sentencia C-015 del 14 de marzo de 2018, exp. 11917, M.S. Dra. Cristina Pardo Schlesinger*). <sup>[15]</sup>

## Laudos arbitrales

### *Procedencia excepcional de la acción de tutela*

La Corte Constitucional (sentencia SU-033 del 3 de mayo de 2018, M.S. Dr. Alberto Rojas Ríos), reiteró la procedencia excepcional de la acción de tutela contra un laudo arbitral. En el caso concreto, encontró que la acción de tutela no satisfacía los presupuestos genéricos de procedencia de la misma, en particular, la subsidiariedad del amparo constitucional en el caso concreto y la relevancia constitucional de las infracciones alegadas, distintas de las causales establecidas para fundar el recurso de anulación.

Correspondió a la Sala Plena verificar, en primer término, si la acción instaurada cumple las condiciones genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Y, a partir de ello, determinar si el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias surgidas incurrió en: (i) *un defecto fáctico*, al valorar el material probatorio obrante en el expediente (peritazgos) y, determinar que la cuantificación económica del riesgo de variación impositiva está a cargo de la entidad contratante y, (ii) *un defecto sustantivo*, al disponer la asignación del riesgo por cambio en la legislación tributaria como una circunstancia imprevisible.

La Sala Plena, siguiendo las reglas jurisprudenciales contenidas en las sentencias de unificación SU-837 de 2002, SU-174 de 2007 y SU-500 de 2015, señaló que la equivalencia entre los laudos arbitrales y las providencias judiciales para efectos de la procedencia de la acción de tutela contra providencias no es absoluta, toda vez que el carácter especial de la justicia arbitral implica que deba hacerse un examen de procedibilidad -tanto de los requisitos generales como especiales- más estricto, dado que se trata de un escenario en el cual se ha expresado en forma inequívoca la voluntad de las partes de separarse de la jurisdicción ordinaria y someterse libremente a la decisión que adopte el tribunal de arbitramento, constituido para dichos efectos con fundamento en el artículo 116 de la Constitución Política.

A la luz de una comprensión como esta, en materia arbitral, la competencia del fallador está circunscrita por dos aspectos centrales, a saber: (i) la voluntariedad y, (ii) el principio de kompetenz kompetenz, cuestión que se concreta en el caso bajo estudio en la voluntad de las partes expresada en la cláusula compromisoria que suscribieron dentro del Contrato para el suministro de ener-

gía y de disponibilidad de potencia. Al verificar los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Corte encontró que la acción interpuesta no acreditó suficientemente los presupuestos de relevancia constitucional y subsidiariedad.

En materia de laudos arbitrales, el presupuesto de relevancia constitucional exige una sólida carga argumentativa, en orden a acreditar que las transgresiones alegadas son constitucionalmente trascendentes y diversas de las causales reguladas para fundar el recurso de anulación. Es decir, que deben existir las vulneraciones ius fundamentales, cuyo amparo sea una necesaria protección contra el ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional, por lo cual, la actuación del juez de tutela debe limitarse a las afectaciones graves, decretadas y evidentes de los derechos fundamentales en el proceso arbitral. Se trata de argumentos tendientes a demostrar el quebrantamiento del debido proceso constitucional en su dimensión in procedendo, y no razonamientos, como en este caso, que recaigan sobre aspectos meramente legales y contractuales de la controversia sometida al juicio arbitral.

Por lo que respecta a la subsidiariedad, la Corte encontró que la sociedad accionante instauró el recurso extraordinario de anulación el día 19 de julio de 2012, esto es, dos meses antes a la interposición de la acción de tutela, la cual fue presentada el 12 de septiembre de 2012. En ese sentido, la Sala Plena sostuvo que el recurso extraordinario de anulación era el mecanismo idóneo y eficaz para cuestionar la supuesta vulneración al debido proceso, teniendo en cuenta que las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico permiten al accionante solicitar la protección de los errores in procedendo, presuntamente conculcados con la actuación del Tribunal de Arbitramento.

A partir de lo anterior y luego de reiterar las marcadas diferencias entre el debido proceso legal y el constitucional (sentencia C-314 de 2014), conforme a lo cual, la vulneración del debido proceso con relevancia constitucional exige, como se ha indicado, la carga argumentativa que demuestre claramente el quebrantamiento del contenido normativo del artículo 29 de la Constitución Política, la Corte señaló que la acción de tutela no se puede emplear para sustituir al juez que debía resolver el recurso extraordinario de anulación, cuestión que hace improcedente el amparo, cuando el meca-

nismo de control ante la jurisdicción contencioso administrativa se constituye en medio idóneo y eficaz para verificar los supuestos yerros *in procedendo* endilgados al laudo arbitral.

Adicionalmente, la Corte advirtió que la pretensión de la accionante tiene un claro contenido patrimonial, al punto que solicita subsidiariamente, -en caso de no acceder a la revocatoria del laudo arbitral-, que se reduzca una suma considerable de la condena impuesta a través del laudo atacado. En este aspecto, la Sala Plena señaló que aunque no existe una enumeración taxativa de los derechos fundamentales, existe una categórica distinción entre los derechos fundamentales y los derechos de contenido patrimonial. Los primeros se caracterizan, entre otras cosas, por no ser negociables, mientras que los segundos establecen “relaciones de dominio y de sujeción, es decir, de poder”. Esta cualidad identitaria de los derechos fundamentales en relación con aquellos que tienen un claro contenido patrimonial, en los términos de la jurisprudencia constitucional (sentencias SU-837 de 2002, SU-174 de 2007 y SU-500 de 2015), hace propicio reiterar que la función del juez constitucional no consiste en suplantar al juez ordinario (en este caso arbitral), sino en proteger a quien, después de someterse a un proceso jurisdiccional, le han sido desconocidos o vulnerados sus derechos fundamentales por un tribunal de arbitramento.

Al no satisfacerse las condiciones genéricas de procedibilidad, no hubo lugar a examinar los defectos alegados, a saber: fáctico y sustantivo, los cuales, además, fueron previamente estudiados y desestimados paralelamente por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sede extraordinaria de anulación (el recurso extraordinario de anulación fue decidido por la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado el 3 de mayo de 2013).

Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmó, pero por las razones expuestas, el fallo de tutela de segunda instancia proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del 11 de diciembre de 2013, que modificó la sentencia de primera instancia del 1 de noviembre de 2012, emitida por la Sección Cuarta de la misma Corporación, en el sentido de declarar improcedente la acción de tutela interpuesta. <sup>[1]</sup>

## Cambio de radicación del proceso penal

### *Solicitud por parte de la víctima*

La Corte Constitucional (Sentencia C-031 del 2 de mayo de 2018, M.S. Dra. Diana Fajardo Rivera), determinó que la víctima debe tener facultad para solicitar directamente antes de iniciarse la audiencia del juicio oral, el cambio de radicación del proceso, al igual que las partes y el Ministerio Público.

De manera preliminar, la Corte advirtió que el cargo formulado no contenía un argumento orientado a mostrar concretamente por qué la víctima debía tener las mismas específicas facultades del “Gobierno nacional” en el contexto de la norma, lo que en cambio no ocurría en relación con “las partes y el Ministerio Público”, sobre las cuales versaba la argumentación principal de la demanda. Como consecuencia, determinó que la impugnación quedaba circunscrita a estos últimos vocablos. Así, correspondió a la Corporación, determinar si dicha expresión, al conferir a las partes y al Ministerio Público, pero no a las víctimas, la posibilidad de solicitar directamente el cambio de radicación del proceso, incurría en una omisión legislativa relativa que infringía los derechos de aquellas a la igualdad y al acceso a la justicia. Con ese propósito, la Corte reiteró su jurisprudencia sobre la participación directa de las víctimas en el proceso penal, en garantía de sus derechos a un recurso judicial efectivo y a la verdad, la justicia, la reparación y a las garantías de no repetición.

La corporación enfatizó particularmente dos reglas. De un lado, que el Constituyente concibió la audiencia del juicio oral, público y contradictorio como el centro de gravedad de toda la actuación, acentuó su carácter acusatorio y el principio de igualdad de armas, de modo que la participación

directa de las víctimas en este momento procesal se encuentra restringida y, correlativamente, su intervención es mayor en las audiencias y fases procesales previas y posteriores a este escenario. De otro lado, en que las víctimas tienen derecho a promover la celebración de diligencias para la imposición de medidas cautelares y otros mecanismos de protección de los que dependa la eficacia de sus derechos.

De este modo, concluyó que la disposición impugnada contenía una omisión legislativa relativa, en la medida en que (i) excluía a las víctimas de la posibilidad de solicitar directamente el cambio de radicación del proceso, pese a encontrarse en la misma situación de las partes y el Ministerio Público en el plano de la facultad discutida; (ii) esta exclusión no contaba con una justificación constitucional suficiente, pues el trámite no interesa solamente a alguna de las partes o al Ministerio Público y, antes bien, concierne en especial a la víctima, en procura de la protección de su seguridad e integridad. Así mismo, la solicitud tiene lugar antes del inicio de la audiencia del juicio oral, de modo que no se afecta el principio de igualdad de armas. Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia constitucional, las víctimas tienen derecho a promover directamente medidas de protección a su favor; (iii) se ponía a los afectados con el delito en una evidente situación de desamparo e indefensión frente a circunstancias de riesgo, además de restringirse su derecho a un recurso judicial efectivo; y (iv) lo anterior implicaba un incumplimiento de la obligación constitucional del Legislador, de garantizar el acceso directo de las víctimas a la justicia para obtener una protección adecuada de sus derechos. <sup>[2]</sup>



## Zonas ZIDRES

*Política pública dirigida a favorecer la focalización de estímulos a proyectos productivos*

Mediante sentencia C-028 del 2 de mayo de 2018 (M.S. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez), la Corte Constitucional determinó que la política pública dirigida a favorecer la focalización de estímulos a proyectos productivos en las zonas ZIDRES no vulnera el principio de progresividad de los derechos sociales de los campesinos, en la medida en que se inscribe en el propósito de mejorar las condiciones de vida de esta población. La reglamentación por parte del gobierno nacional de las condiciones de entrega de bienes inmuebles de la nación sin título translaticio de dominio y las condiciones para la inscripción, aprobación y seguimiento de los proyectos productivos, no desconoce la reserva de ley en materia de régimen de bienes baldíos. De igual modo, la corte encontró que la Ley 1776 de 2016 no infringió el principio de cosa juzgada constitucional frente a lo decidido en la sentencia C-644/12.

Le correspondió a la Corte estudiar la demanda formulada contra distintas disposiciones de la Ley 1776 de 2016. Concretamente, respecto de las diferentes acusaciones presentadas contra los artículos 1° (incisos primero y tercero), 2° (inciso primero), 3° (literal d) del inciso primero, literales a) y b) del inciso segundo y párrafos 3°, 4° y 5°), 4° (inciso cuarto), 6° (inciso primero), 7° (literal e) del inciso primero y párrafos 1° y 2°), 8° (incisos primero y segundo), 13 (incisos primero y segundo y párrafo 1°), 14 (inciso primero), 17, 20 (inciso primero) y 21 (incisos segundo y tercero).

En razón a que esta Corporación, a través de la sentencia C-077 de 2017, ya se había pronunciado sobre la constitucionalidad de varios contenidos normativos de la Ley 1776 de 2016, inició por analizar si operaba el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Comparando las acusaciones que fueron evaluadas en esa oportunidad con las ahora formuladas, la Sala Plena concluyó que como efecto de las decisiones adoptadas en la sentencia C-077 de 2017, existía cosa juzgada constitucional, solo en lo relativo a los cargos estudiados en la referida providencia, con respecto a los artículos 3° (literales a) y b) del inciso segundo y párrafos 3° y 4°), 7° (párrafos 1° y 2°), 13, 14, 17, 20 (inciso primero) y 21 (incisos segundo y tercero) de la Ley 1776 de 2016.

Posteriormente, atendiendo a la solicitud de inhibición presentada por algunos intervinientes, la Corte entró a evaluar la aptitud de los cargos presentados, respecto de los cuales le correspondía pronunciarse. Sobre este particular, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 241-4 de la Carta Política y 2° del Decreto 2067 de 1991, la Corporación encontró que no se estructuró un verdadero cargo de inconstitucionalidad y, por tanto, no había lugar a proferir decisión de fondo respecto de las siguientes disposiciones de la Ley 1776 de 2016: (i) por el cargo de violación a la seguridad y soberanía alimentaria, los artículos 1° (inciso tercero), 3° (párrafo 5°), 6° (inciso primero), 8° (incisos primero y segundo) y 13 (inciso primero); (ii) por el cargo de violación del derecho a la igualdad en materia de asociatividad, el artículo 3° (inciso primero y párrafo 4°); y (iii) por el cargo de violación a la autonomía territorial, los artículos 2° (inciso primero) y 4° (inciso cuarto).

Tras evaluar los cargos que cumplían con los requisitos legales exigidos para un pronunciamiento de fondo, y que no fueron cobijados por el fenómeno de la cosa juzgada, la Corte Constitucional consideró que el juicio de inconstitucionalidad de las disposiciones demandadas de la Ley 1776 de 2016, debía concentrarse en establecer: (i) si los artículos 3° (párrafo 3°), 7° (párrafo 1°), 13 y 14 de la Ley 1776 de 2016, desconocían el principio de cosa juzgada constitucional previsto en el artículo 243 Superior, al reproducir el contenido material de los artículos 60, 61 y 62 de la Ley del Plan

Nacional de Desarrollo 2010-2014, los cuales fueron declarados inexecutable en la sentencia C-644 de 2012; (ii) si el artículo 6° de la Ley 1776 de 2016, al permitirle al Gobierno Nacional -a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural- orientar y focalizar estímulos e instrumentos de política a los proyectos productivos que se suscriban a las ZIDRES, vulneraba el principio de progresividad respecto de la satisfacción de los derechos sociales de los campesinos; y, (iii) si los artículos 3° (parcial), 13° (parcial), y 14° de la Ley 1776 de 2016, desconocían el principio de reserva de ley en materia de baldíos contenido en el artículo 150 de la Constitución, al hacer delegaciones excesivas al poder reglamentario, omitiendo definir los elementos esenciales del régimen de bienes baldíos.

Con respecto al desconocimiento de la cosa juzgada constitucional, a partir de un análisis comparativo, la Corte concluyó que no existía identidad entre las disposiciones declaradas inexecutable en la sentencia C-644 de 2012 y las que son objeto de análisis en esta providencia. Concretamente, por cuanto las normas del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y las contenidas en la Ley 1776 de 2016, que son objeto de comparación en la demanda, no tienen un mismo campo de acción ni persiguen el mismo propósito y finalidad. Lo anterior, teniendo en cuenta que, aun cuando el PND trata aspectos relacionados con los territorios baldíos de la Nación, las medidas allí contempladas no se proyectan directamente sobre las zonas ZIDRES porque las mismas son materia de una regulación específica en la ley acusada.

En cuanto a la presunta violación del principio de progresividad, la Corte encontró que este no se vulnera con la posibilidad de que el Gobierno oriente y focalice estímulos para favorecer los proyectos productivos en las zonas ZIDRES, pues se trata de una medida de política pública de desarrollo rural que se inscribe en el propósito perseguido por la Ley 1776 de 2016, de propender por mejorar las condiciones de vida de los grupos poblacionales campesinos. En consecuencia, a juicio de la Sala, tal habilitación no comporta, por sí misma, una medida regresiva de la cual pueda derivarse una afectación de los derechos de quienes hacen parte del sector rural.

Finalmente, tratándose del principio de reserva de ley frente a la regulación de los bienes baldíos, la Corte no advirtió que el mismo fuera desconocido por las normas acusadas. Ello, en cuanto que los elementos esenciales y estructurales de las materias relacionadas con la ejecución de proyectos productivos, los mecanismos de entrega de los bienes de la Nación y la retribución por el uso y goce de bienes inmuebles del Estado, se encuentran contenidos en la misma ley, estableciendo esta, además, los parámetros dentro de los cuales debe llevarse a cabo la actividad reglamentaria en esos aspectos. Por tanto, en el caso de las preceptivas demandadas, no puede hablarse de una delegación absoluta de competencia en el ejecutivo, pues este actúa en el ámbito del ejercicio de las funciones propias del Estado regulador, en relación con aspectos que no pueden ser objeto de determinación exhaustiva por el legislador y que corresponden más a la ejecución y desarrollo de la política pública que en materia agraria promueve la Ley 1776 de 2016.

En relación con esto último, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el principio de reserva de ley no busca vaciar la competencia del reglamento para desarrollar aspectos puntuales de políticas públicas fijadas por el legislador, cuando aquella se circunscriba a reglas específicas, intrínsecamente relacionadas con la debida ejecución de la ley, que es precisamente la situación que se presenta en el caso de las medidas impugnadas. <sup>[14]</sup>



Principal

Carrera 4 No. 16-51 Tels: 3158006316-2821903-7458093-7458095

www.edileyer.com

contacto@edileyer.com

Bogotá, Colombia

Librerías

BOGOTÁ: Cra. 7ª No. 12-15 Tel. 3429097 -MEDELLÍN: Av. La Playa No. 45-50 Edificio Los Búcaros Local 5 Tels. 5112926 -PEREIRA: Cra. 10 No. 19-52 Local 41 Complejo Diario del Otún Tel. 3401389 -CALI: Calle 11 No. 6-18 Tel. 4898455 -BARRANQUILLA: Calle 40 No. 44-69 Local 2 Tel. 3853310 -BUCARAMANGA: Cra. 13 No. 35-22 Edificio el Plaza Tel. 6978154 -CARTAGENA: Calle del Porvenir No. 35-76 Tel. 6642062 -MANIZALES: Calle 23 No. 23-46 Tel. 8831370

## Indebida valoración probatoria

*Afectación de derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia*

La Sala Plena de la Corte Constitucional (sentencia SU-035 del 3 de mayo de 2018, M.S. Dr. José Fernando Reyes Cuartas), revisó la acción de tutela formulada contra la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad, al decidir en segunda instancia la demanda de reparación directa interpuesta contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, por la muerte un ciudadano a manos de militares, quien era un campesino, pero fue presentado como dado de baja en combate y con una subametralladora.

De acuerdo con la demandante, la muerte de su padre no fue en el contexto de un enfrentamiento armado, sino que se trató de un homicidio en persona protegida, también conocido como “*falsos positivos*”, por lo que junto a su hermana, acudió ante la jurisdicción contencioso administrativa en sede de reparación directa. En primera instancia, se declaró responsable a la Nación por la falla en el servicio y se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda, excluyendo de la indemnización del daño a la actora, por no haber acreditado el parentesco con la víctima. Contra esa decisión, las partes presentaron el recurso de apelación desatado por el Consejo de Estado, que revocó y negó lo pedido.

Según el escrito de tutela, la decisión de la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado -decisión impugnada- incurrió en (i) un defecto procedimental, porque al resolver el recurso de apelación se apartó de los argumentos esbozados por las partes en la alzada y entró a estudiar la totalidad del caso, olvidando que el marco de su competencia estaba limitado por los argumentos de la apelación; (ii) un defecto fáctico, dado que la sentencia censurada no fue clara al determinar el valor probatorio otorgado a las pruebas documentales trasladadas, ni precisó si fueron o no apreciadas, dando lugar a una sentencia ambigua, contradictoria y confusa; y (iii) desconoció el precedente, por cuanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, en materia de responsabilidad civil extracontractual del Estado por hechos causados con armas de fuego de dotación oficial, ha establecido que el título de imputación es el objetivo por riesgo excepcional.

En primera instancia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado concedió el amparo invocando dejando sin efectos la decisión acusada y ordenándole a la Subsección C de la Sección Tercera de esa misma corporación proferir una nueva sentencia. La anterior providencia fue impugnada por el Ministerio de Defensa Nacional y decidida por la Sección Quinta de la misma institución, que revocó el fallo de primer grado y, en su lugar, negó el amparo solicitado.

La Sala Plena estimó que la acción de tutela contra la providencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado es procedente dado que el asunto guarda relevancia constitucional, satisface el requisito de inmediatez, la parte actora agotó todos los medios judiciales de defensa que tenía a su alcance, identificó los hechos que generaron la vulneración y los derechos presuntamente trasgredidos con la decisión censurada, y verificó que no se instauró contra una decisión de tutela, ni se trató de una sentencia de constitucionalidad proferida por el Consejo de Estado o por la Corte Constitucional, sino una adoptada en el marco de una acción de reparación directa.

Ahora bien, sobre la configuración de los yerros endilgados al fallo en cuestión, el pleno encontró que no se configuró el defecto procedimental absoluto, en razón a que el juez de segunda instancia podía resolver todos los cuestionamientos planteados por los apelantes e, incluso, de oficio adoptar las decisiones en los casos que permita la ley.

De otra parte, la Corte encontró que el Consejo de Estado incurrió en un desconocimiento del precedente, toda vez que en materia de homicidios en persona protegida -denominados comúnmente falsos positivos- existe una nutrida línea jurisprudencial por parte de ese tribunal y también de esta corporación sobre la flexibilización de los estándares probatorios en materia de graves violaciones a los derechos humanos, admitiendo que demostrar tal hecho mediante una prueba directa es casi imposible dada la vulnerabilidad de las víctimas y la posición dominante que ejercen las Fuerzas Militares, por lo que se ha establecido que los indicios son los medios probatorios que por excelencia permiten llevar al juez a determinar la responsabilidad de la Nación, aplicando un rasero menor que el que podría aplicarse en materia penal.

En ese contexto, halló la Sala Plena que, en el asunto bajo estudio, el Consejo de Estado también incurrió en un defecto sustantivo por un error en la interpretación de los principios *pro homine* y de equidad, al no haber aplicado la ya mencionada flexibilización de los estándares probatorios a efecto de privilegiar la justicia material, utilizando medios de prueba indirectos como los indicios o morigerando la carga de la prueba para demostrar el perjuicio material objeto de la reclamación. En suma, la Corte Constitucional concluyó que la Sección Tercera desconoció su precedente y el de esta corporación, e incurrió en un defecto sustantivo al no valorar los indicios que obraban en el proceso, flexibilizando los estándares probatorios, al tratarse de un presunto falso positivo. Con ello, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la demandante. <sup>[14]</sup>

## Incidente de desacato a fallo de tutela

*Factores a tener en cuenta al momento de resolverlo*

La Corte Constitucional (sentencia SU-034 del 3 de mayo de 2018, M.S. Dr. Alberto Rojas Ríos), estableció que al momento de resolver el incidente de desacato a un fallo de tutela, la autoridad judicial debe establecer si concurren factores objetivos y/o subjetivos determinantes para valorar el cumplimiento de una orden de tutela por parte de su destinatario y modular las condiciones del amparo concedido. La Corte subrayó que no puede admitirse ni promoverse el uso estratégico de dicho incidente, para convertirlo en un mecanismo que dilate el cumplimiento de las órdenes de tutela.

La Sala Plena estimó necesario reiterar la doctrina constitucional en torno a la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, específicamente, los requisitos para enervar providencias que ponen fin a incidentes de desacato mediante esta vía excepcional de protección.

Tras verificar que se encontraban debidamente reunidos los requisitos generales de procedencia fijados en la sentencia C-590 de 2005 y aquellos que habilitan la impugnación mediante recurso de amparo de las decisiones dictadas al interior del trámite de desacato, la Sala Plena evidenció que las providencias acusadas incurrieron en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, en la medida en que hicieron caso omiso de que, a raíz de la complejidad que implicaba la ejecución inmediata de las órdenes de tutela -por estar relacionadas con un asunto sobre el que se declaró un estado de cosas inconstitucional-, era preciso atender la jurisprudencia conforme a la cual en el incidente de desacato el juez está revestido de singulares atribuciones para modular las órdenes impartidas en la sentencia - en este caso, de las órdenes de pago de la indemnización administrativa-, considerando los elementos del contexto y los informes allegados por la entidad obligada.

Específicamente, se advirtió que en el marco de lo que esta Corte ha denominado órdenes complejas, el precedente habilitaba al juez para que modulara la orden de pago en uno de sus aspectos accidentales (tiempo, modo y lugar) con el propósito de hacer posible el cumplimiento, dado el allanamiento a los fallos por parte de la obligada, contrastado con los

problemas estructurales asociados al estado de cosas inconstitucional en materia de víctimas de desplazamiento forzado.

Así mismo, la Corte constató que la pretermisión del estudio sobre la responsabilidad subjetiva de la accionante al resolver el incidente de desacato, el cual es imprescindible en la evaluación del cumplimiento de órdenes de tutela, implicó un desconocimiento del precedente jurisprudencial sobre la finalidad del mismo. Se pasó por alto que el no pago inmediato de las medidas de reparación reconocidas a los solicitantes no era imputable a la negligencia de las funcionarias sino a la situación coyuntural ocasionada por la violación masiva de derechos en el marco del conflicto, y dicha omisión condujo a una desnaturalización de las sanciones de arresto y multa como mecanismos para propiciar la efectividad de la salvaguarda dispensada en los fallos de tutela.

En ese orden, se estableció que al momento de resolver un incidente de desacato, la autoridad judicial debe tomar en consideración si concurren factores objetivos y/o subjetivos determinantes para valorar el cumplimiento de una orden de tutela por parte de su destinatario. Entre los factores objetivos, pueden tomarse en cuenta variables como: (i) la imposibilidad fáctica o jurídica de cumplimiento, (ii) el contexto que rodea la ejecución de la orden impartida, (iii) la presencia de un estado de cosas inconstitucional, (iv) la complejidad de las órdenes, (v) la capacidad funcional de la persona o institucional del órgano obligado para hacer efectivo lo dispuesto en el fallo, (vi) la competencia funcional directa para la ejecución de las órdenes de amparo, y (vii) el plazo otorgado para su cumplimiento. Por otro lado, entre los factores subjetivos el juez debe verificar circunstancias como: (i) la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) del obligado, (ii) si existió allanamiento a las órdenes, y (iii) si el obligado demostró acciones positivas orientadas al cumplimiento. Vale anotar que los factores señalados son enunciativos, pues, en el ejercicio de la función de verificación del cumplimiento, el juez puede apreciar otras circunstancias que le permitan evaluar la conducta del obligado en relación con las medidas protectoras dispuestas en el fallo de tutela. <sup>[15]</sup>



## Contrato realidad de naturaleza laboral

*Conlleva el pago de prestaciones sociales*

La Sala Plena de la Corte Constitucional (sentencia SU-040 del 10 de mayo de 2018, M.S. Dra. Cristina Pardo Schlesinger) reiteró la línea jurisprudencial trazada en materia de protección de los derechos laborales de personas que hayan trabajado en condiciones que, independientemente del modelo de vinculación, configuran en realidad un contrato de trabajo. De igual modo, reafirmó los lineamientos de protección reforzada de personas en una situación de vulnerabilidad por causa de una incapacidad laboral permanente.

En el caso examinado, la Corporación verificó que la accionante sufre de polineuropatía diabética funcional para la marcha, trastorno depresivo, entre otras afecciones, que requiere de tratamiento médico permanente y le generó una pérdida de capacidad laboral del 62.30%. Después de superar las etapas de selección establecidas por la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía, la peticionaria fue seleccionada para iniciar a laborar con dicha entidad mediante “contrato de vinculación para trabajadores con discapacidad” desempeñando la labor de operadora de recepción en la línea de emergencias 1, 2, 3. Tras un (1) año de labor, la nueva administración decidió terminar este contrato, con lo cual la peticionaria quedó en una grave situación, en razón de su precaria situación económica y de salud.

La Corte constató que en el caso concreto se configuró un verdadero contrato de trabajo, dadas las condiciones en que la peticionaria debía desarrollar su labor, cumpliendo turnos, acorde con instrucciones impartidas y subordinación de la entidad empleadora, en ejecución de una labor misional. A pesar de las múltiples solicitudes verbales de la accionante, la entidad distrital se ha negado a volver a vincularla, aduciendo que no tiene

obligación alguna y por estar percibiendo una pensión de invalidez reconocida por Colpensiones. En esta oportunidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional determinó que la estabilidad laboral reforzada no opera en aquellos eventos en los que la vinculación se produce en el marco de una política pública específica de inclusión social y en consecuencia, la situación de discapacidad de la persona es determinante en la suscripción del contrato, en la medida en que no existe un componente de discriminación negativa en el desarrollo o terminación de la relación laboral.

Así, en el caso de la accionante su vinculación se realizó con pleno conocimiento de su situación y por virtud de una política específica de inclusión de la población en condición de discapacidad adoptada en el Plan de Desarrollo vigente para la época. Consecuentemente, la terminación del contrato, no vulnera sus derechos fundamentales, al no gozar 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 por parte de la oficina de Trabajo.

No obstante, se aclara que la relación laboral entre las partes se desarrolló a través de un contrato realidad y no de uno de prestación de servicios, al existir los elementos de prestación personal, remuneración y subordinación. Por este motivo, durante el término de ejecución del mismo, la accionante debía haber percibido las prestaciones sociales que por ley le correspondía. En el caso concreto, no había lugar a la reincorporación laboral, por tratarse de un programa específico de inclusión de personas en condición de discapacidad de la Alcaldía que actualmente no está en funcionamiento, pero si al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que le correspondían a la peticionaria. <sup>[10]</sup>

## Control judicial de la captura del condenado

*Debe realizarse por el juez de control de garantías ante la ausencia del juez de conocimiento*

Mediante sentencia C-042 del 16 de mayo de 2018 (M.S. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado), la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “*Lo aquí dispuesto no se aplicará en los casos en que el capturado es aprehendido para el cumplimiento de la sentencia, caso en el cual será dispuesto a disposición del juez de conocimiento que profirió la sentencia*”, contenida en el parágrafo 1º del artículo 298 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 56 de la Ley 1453 de 2011, en el entendido de que el capturado deberá ponerse a disposición del juez de conocimiento o en su ausencia ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la privación de la libertad. En caso de que el control judicial de la aprehensión se surta ante el juez de control de garantías, ese funcionario resolverá sobre la situación de la captura del condenado, adoptará las medidas provisionales de protección a las que haya lugar y ordenará la presentación de la persona junto con las diligencias adelantadas ante el juez de conocimiento que profirió la sentencia, al día hábil siguiente, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de contradicción del detenido, así como el principio de juez natural.

La Corte, en este caso, verificó el cumplimiento de los requisitos de aptitud de la demanda y delimitó su pronunciamiento únicamente al cargo por desconocimiento del artículo 28 de la Constitución, especialmente por vulnerar el derecho a la libertad personal, porque desconoce el término dispuesto expresamente en el artículo 28 Constitucional para legalizar cualquier tipo de captura (36 horas).

El problema jurídico que abordó esta Corporación fue el siguiente ¿El artículo 56 (parcial) de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 298 de la Ley 906 de 2004, que consagra el control judicial de la captura con ocasión del cumplimiento de una sentencia, por parte del juez de cono-

cimiento, desconoce el artículo 28 de la Constitución porque, i) permite un entendimiento según el cual esta modalidad de captura no exige el cumplimiento del término de las treinta y seis (36) horas para que el detenido se ponga a disposición del mencionado funcionario judicial para que realice el examen de legalidad y de constitucionalidad de la aprehensión o; ii) porque, a pesar de que tal excepción pudiera referirse únicamente al juzgador que debe efectuar la revisión judicial de la detención y no a la inaplicación del plazo, la garantía se torna nugatoria debido a que el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales no es continua y se ve afectada por la organización del servicio de la administración judicial?

La Corte encontró que el aparte demandado contenido en el parágrafo 1º del artículo 56 de la Ley 1453 de 2011, contenía dos interpretaciones que resultaban inconstitucionales porque de una de ellas, excluía el término de las treinta y seis (36) horas para realizar el examen de legalidad de la aprehensión; y la otra, tornaba nugatorio el instrumento de protección, debido a que las actuaciones ante los jueces de conocimiento se realizan únicamente en días y en horas hábiles.

Sin embargo, la Sala identificó una tercera interpretación de la norma acusada que sí se adecua a la Constitución y es aquella en la que ante la ausencia del juez de conocimiento, el control judicial de la captura debe realizarse por el juez de control de garantías, el cual resolverá sobre la situación de la captura del condenado, adoptará las medidas provisionales de protección a las que haya lugar y ordenará la presentación de la persona junto con las diligencias adelantadas ante el juez de conocimiento que profirió la sentencia, al día hábil siguiente, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de contradicción del detenido, así como el principio de juez natural. <sup>[11]</sup>

## Mandamiento de pago

*En la resolución de recurso de apelación. Defecto orgánico y procedimental*

La Corte Constitucional (sentencia SU-041 del 16 de mayo de 2018, M.S. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado), concedió tutela contra decisión del Consejo de Estado de librar mandamiento de pago de manera directa, por considerar que se vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la empresa accionante, en el marco de un proceso ejecutivo

La Corte concedió el amparo solicitado por la accionante porque encontró acreditado que el modelo de decisión adoptado por el Consejo de Estado, en el sentido de librar mandamiento de pago en forma directa en la resolución

del recurso de apelación, configuró los defectos orgánico y procedimental absoluto, porque desconoció los márgenes de decisión del juez de primera instancia relacionados con el conocimiento de los aspectos no resueltos por el superior sobre requisitos formales del título ejecutivo, las excepciones previas y el beneficio de excusión y además, pretermitió la oportunidad que tenía la empresa para formular el recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo y ejercer de esta manera sus derechos de defensa y de contradicción como expresión del postulado superior del debido proceso. <sup>[12]</sup>

## El delito político

Fuentes y fundamentos

De acuerdo con Luigi Ferrajoli (Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta: Madrid, pp. 809 y ss.), el delito político surge de dos fuentes contrapuestas, cuyas consecuencias son, a su vez, incompatibles. Estas se encuentran, de una parte, en la tradición del derecho de resistencia, que el autor remonta hasta la Grecia clásica y las leyes no escritas de Antígona, pero que está presente en las teorías contractualistas modernas. La segunda, la de la *razón de Estado*, de corte moderno y asociada a la expansión de los poderes de policía y al uso del estado de excepción, como modo de control del orden público, en sacrificio de todas las garantías del derecho. Es decir, como razón de Estado en contraposición de la razón del derecho.

En virtud de sus fundamentos filosóficos, de cada una de estas tendencias se desprenden consecuencias jurídicas relevantes. Desde el punto de vista de la tradición de resistencia, el delito político recibe un tratamiento penal “suave” y se hace acreedor de beneficios, como las amnistías, los indultos o la prohibición de extradición (sobre esto se volverá), en tanto que la tradición de la razón de Estado da surgimiento a medidas de restricción de la libertad carentes de garantías, a la expansión del poder de policía, al uso simbólico del derecho penal, a los delitos de traición a la patria o a otras medidas similares que adoptan los Estados bajo el lema de la lucha contra el terrorismo. Como se verá, en el recuento jurisprudencial que sigue, es la primera vertiente la relevante para este caso.

En la jurisprudencia nacional (de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional) el delito político se caracteriza, desde el punto de vista objetivo, como una conducta dirigida contra el régimen constitucional y legal, entendido como el bien jurídico lesionado. Y, desde el punto de vista subjetivo, por el móvil altruista de la conducta (Sentencia C-009 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. “*El delito político es aquel que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes proscritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que se persigue. Si bien es cierto el fin no justifica los medios, no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promueven el*

*desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas. Debe, pues, hacerse una distinción legal con fundamento en el acto de justicia, que otorga a cada cual lo que merece, según su acto y su intención.*”).

En la Sentencia C-577 de 2014 (M.P. (e) Martha Victoria SÁCHICA Méndez), esta Corte señaló la utilidad de la categorización del delito político en el marco de los procesos de paz, indicando que, al diferenciarlo del acto criminal ordinario, el orden jurídico reconoce al grupo en rebelión la connotación armada y política, de donde surge la posibilidad de avanzar en una negociación igualmente política (al respecto, la Corte señaló que “*la fuerza simbólica del reconocimiento moral y político del enemigo alzado en armas, que implica para el Estado que un grupo armado, a pesar de haber cometido en el contexto del conflicto graves conductas criminales, mantiene una dignidad moral que justifica que el gobierno pueda adelantar con ellos una negociación política*”). Estos delitos políticos, al igual que sus “conexos”, gozan de un trato privilegiado (en este sentido se pueden consultar las sentencias C-695 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-928 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería; y C-370 de 2006. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández), que se concreta en tres aspectos. Primero, la posibilidad de recibir amnistías o indultos, en el marco de la ley; segundo, la prohibición de extradición (el inciso 3 del artículo 35 establece que “*La extradición no procederá por delitos políticos*”). Sobre la prohibición de extraditar a los delincuentes políticos pueden consultarse las sentencias C-740 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-780 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-460 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-243 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y C-011 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez) y tercero, la posibilidad de participar en política (la Constitución establece que las personas que sean condenadas por delitos políticos pueden ser congresistas (Art. 179.1), magistrados las altas Cortes (Art. 232.3), diputado (Art. 299) y gobernador (Art. 18 transitorio). Sobre la participación política de quienes han cometido delitos políticos se pueden consultar las sentencias C-194 de 1995. M.P.

José Gregorio Hernández Galindo; C-952 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis; y C-968 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), todo en virtud de “*los fines altruistas de mejoramiento social que subyacen a él*” (Sentencia C-695 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Si bien los delitos políticos no han sido definidos de manera más precisa en los textos legales (la Corte Constitucional ha afirmado que “*ni la Constitución ni la ley definen o enumeran los delitos políticos*”). Sentencia C-456 de 1997. MM.PP. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz), el Código Penal brinda una orientación clara, al establecer un capítulo específico sobre delitos contra el régimen constitucional y legal vigente. Sin embargo, la definición de los delitos conexos, es decir, aquellos en principio comunes, pero que guardan relación de necesidad con los primeros, resulta más difícil de establecer.

Así, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que estos “*aisladamente serían delitos comunes, pero que por su relación adquieren la condición de delitos conexos, y reciben, o pueden recibir, el trato favorable reservado a los delitos políticos*” (Sentencia C-456 de 1997. MM.PP. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz).

Tanto los delitos políticos como sus conexos están enmarcados en contextos históricos, políticos y sociales complejos, lo que explica que, una definición más precisa de su alcance haga parte de la potestad general de configuración del derecho, en cabeza del Legislador, siempre que cumpla “*con condiciones de razonabilidad y proporcionalidad*” (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014. M.P. (e) Martha Victoria SÁCHICA Méndez); y garantice el cumplimiento del deber estatal de juzgar, investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al DIH.

Actualmente, el Código Penal incluye entre los delitos contra el régimen constitucional la rebelión, la sedición, la asonada, la conspiración y la seducción, usurpación y retención ilegal de mando (Ley 599 de 2000, artículos 467 a 473). Los delitos políticos pueden, además, producirse en concurso con delitos comunes (en palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: “*si los miembros de un grupo subversivo realizan acciones contra algún sector*

*de la población en desarrollo de directrices erróneas, censurables o distorsionadas, impartidas por sus líderes, los actos atroces que realicen no podrán desdibujar el delito de rebelión, sino que habrán de concurrir con este en la medida en que tipifiquen ilícitos que, entonces, serán catalogados como delitos comunes*” (Radicado N° 21639 de 26 de nov. 2003. Citada en la sentencia con radicado N° 45143 de 16 de diciembre de 2015). En esta última providencia, la Sala de Casación Penal afirmó: “*Siempre que la agrupación alzada en armas contra el régimen constitucional tenga como objetivo instaurar un nuevo orden, sus integrantes serán delincuentes políticos en la medida en que las conductas que realicen tengan relación con su pertenencia al grupo, sin que sea admisible que respecto de una especie de ellas, por estar aparentemente distantes de los fines altruistas que se persiguen, se predique el concierto para delinquir, y con relación a las otras, que se cumplen dentro del cometido propuesto, se afirme la existencia del delito político*”. La misma Corporación ha afirmado que las conductas desplegadas por los integrantes de los grupos paramilitares no pueden calificarse como delitos políticos, dado que “*su actuar ilegal no estuvo dirigido a impedir que los poderes públicos cumplieran con su función constitucional*”. (Radicado N° 45143 de 16 de diciembre de 2015)).

De igual forma, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que no son delitos políticos aquellos que atenten contra el Estado, cuando estén guiadas por pretensiones “*no políticas, con el ánimo de lucro y el exclusivo beneficio personal*”, entre otras finalidades ajenas a la política, así como aquellas conductas definidas por el DIDH, el DIH o el DPI como las más lesivas de la dignidad humana (la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que, tal como ha sido definido internacionalmente, no tienen el carácter de delitos políticos “*Los crímenes de guerra, esto es, violaciones al derecho de la guerra (ius in bellum), de las que hacen parte tanto las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el marco de un conflicto armado internacional, como las violaciones graves al derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario con*



ocasión de un conflicto armado interno, (ii) Los crímenes de lesa humanidad, es decir, conductas de asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o desplazamiento forzoso, encarcelación, tortura, violación sexual, prostitución forzada, esterilización forzada, persecución por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos u otros motivos definidos, desaparición forzada, apartheid u otros actos inhumanos que causen graves sufrimientos o atenten contra la salud mental o física, no cometidos necesariamente en el curso de un conflicto armado, suponen la existencia de un ataque generalizado o sistemático, o (iii) En general, conductas que hayan vulnerado gravemente los derechos humanos o el derecho internacional humanitario". (Radicados N° 34482 de 24 de noviembre 2010 y 47965 de 10 de agosto de 2016).

La jurisprudencia nacional (en este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en las sentencias C-127 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-171 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-214 de 1993. MM.PP José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara; C-415 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; y C-069 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Al respecto se afirmó: “[l]os hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carobombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos” Sentencia C-171 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) también ha excluido de la consideración de “delitos conexos” a conductas tales como actos de terrorismo (así se expresó esta Corporación en la sentencia C-537 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño, en la que afirmó que “Las conductas constitutivas de actos de terrorismo configuran un delito atroz, que afecta gravemente bienes constitucionales que conforman los pilares del modelo de Estado adoptado por la Carta Política, en especial la vida, la integridad personal, la dignidad humana y la búsqueda de la paz y un orden justo. En consecuencia, las decisiones que adopte el legislador dirigidas a implementar medidas para la prevención, represión y sanción del terrorismo son prima facie armónicas con el Estatuto Superior; asimismo, se ajustan a la Carta aquellas previsiones que impiden que el terrorismo sea comprendido como delito político y, por ende, susceptible de que los responsables del mismo sean cobijados por amnistías o indultos [...]”. En el mismo sentido, se había pronunciado esta Corporación en la sentencia C-1055 de 2003. M.P. Marco Gerardo

Monroy Cabra), los homicidios cometidos fuera de combate o aprovechando la situación de indefensión de la víctima (el artículo 30 transitorio de la Constitución Política excluyó de la posibilidad de indultos o amnistías: delitos atroces, homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima), o el concierto para delinquir con fines terroristas (ver sentencia C-127 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que se declaró la exequibilidad del Decreto Ley 2266 de 1991, el cual excluía de los beneficios de los delitos políticos los actos de terrorismo o atroces, en particular, los homicidios cometidos fuera de combate o aprovechando la situación de indefensión de la víctima). Más allá de la identificación taxativa de conductas, al momento de determinar aquellas excluidas de la categoría de “conexos”, la Corporación ha verificado si el delito se relaciona con la lesión de bienes jurídicos asociados al régimen legal y constitucional vigente, y si su móvil es político-altruista (sentencia C-577 de 2014. M.P. (e) Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Cfr. Providencia del 11 de julio de 2007. Rad. 26945. Sobre la exclusión del concierto para delinquir con fines terroristas, en tanto conducta que (i) atenta contra el bien jurídico y (ii) ataca de manera sistemática e indiscriminada a la población, ver Cfr. Providencias del 18 de julio de 2001 y 23 de septiembre de 2003. Rad. 17089. Reiterado en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, SP 17548-2015, Radicado N° 45143, 16 de diciembre de 2015).

El delito político, así como sus conexos, son importantes en esta providencia, pues han condicionado históricamente la concesión de amnistías e indultos. Como se ha indicado, (i) la definición del delito político tiene una fuente objetiva en el Capítulo XVIII del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000) que define las conductas que atentan contra el régimen constitucional y legal vigente; y (ii) los delitos conexos son materia en la que el Legislador goza de una amplia potestad de configuración, siempre excluyendo de ella los crímenes definidos como no amnistiables desde el DIDH, el DIH y el DPI, y que no supongan restricciones irrazonables y desproporcionadas a los derechos de las víctimas (Sentencia C-695 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Ahora bien, la Corte Constitucional también ha anunciado que la consideración acerca de qué son los delitos políticos y sus conexos es dinámica, y que admite la existencia de importantes márgenes de acción en cabeza de los órganos políticos, para superar situaciones de conflicto y para conjurar graves situaciones de orden público. (Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-007 del 1° de marzo de 2018, exp. RPZ-001, M.S. Dra. Diana Fajardo Rivera). [14]

## Inhabilidad para ser elegido alcalde

Por condena a pena privativa de la libertad

La Corte Constitucional (sentencia C-037 del 9 de mayo de 2018, M.S. Dra. Cristina Pardo Schlesinger), declaró la exequibilidad de la expresión “cualquier época” del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, relativa a la inhabilidad para ser elegido alcalde, por haber sido condenado a pena privativa de la libertad, salvo por delitos culposos o políticos, en razón de no ser violatoria de los principios de legalidad, ni de igualdad y no discriminación.

En el presente caso, la Corte debía resolver si la expresión “en cualquier época” contenida en el numeral 1 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 -norma que reformó el numeral 1 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 que reguló una inhabilidad para ser candidato, elegido o designado alcalde municipal- resultaba contraria a los principios de legalidad y de igualdad y no discriminación. El concepto de la violación del principio de legalidad se apoyó en que la inhabilidad que surge del aparte legal demandado -esto es, la inhabilidad derivada de haber sido una persona condenada a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, en cualquier época- permitía que las condenas penales que la configurarían pudieran ser anteriores a la vigencia de la ley que consagró la inhabilidad. Por otra parte, mediante el cargo de violación del principio de igualdad y no discriminación, el demandante reprochó un supuesto tratamiento diferenciado pues en otro escenario de inhabilidad aplicable a diputados y concejales, solo se tenían en cuenta decisiones de pérdida de investidura posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 617 de 2000, mientras que para la causal relacionada con el aparte demandado, la inhabilidad se activaría incluso por condenas penales anteriores a la misma.

Respecto del primer cargo, relativo a la violación del principio de legalidad, la Corte consideró que el aparte legal demandado no incurría en tal violación. Para fundamentar tal decisión, la Corte comenzó por explicar que inhabilidades como la que surge del aparte legal demandado no buscan imponer una sanción sino, más bien, propenden por el fin imperioso de

impedir que a la Administración Pública accedan personas cuyo comportamiento pudiera poner en riesgo el ejercicio adecuado y probo de la función pública; todo ello en protección del interés general. Por tal razón, la Corte concluyó además, que la inhabilidad que surge del aparte legal acusado no forma parte del derecho sancionatorio. Adicionalmente, y para el mismo propósito, el Tribunal sostuvo que la naturaleza intemporal de la inhabilidad acusada ya había sido defendida por la jurisprudencia en diversas sentencias y que, de hecho, la misma Constitución Política preveía inhabilidades virtualmente idénticas para acceder a los cargos de congresista y presidente de la República (CP, arts. 179 num.1 y 197, respectivamente).

De otro lado, para desestimar la violación del principio de igualdad y no discriminación, antes de entrar a desarrollar el juicio de igualdad que procedería en tratándose de tal cargo, la Corte verificó que entre quienes hubieran sido condenados a pena privativa de la libertad salvo por delitos políticos o culposos, y aquellos diputados y/o concejales que hubiesen perdido su investidura, no existía un parámetro de comparación susceptible de ubicarlos en un mismo plano de igualdad. La Corporación consideró que la gravedad de los hechos que daban lugar a la referida pena privativa de la libertad no podía compararse con las causales de la correspondiente pérdida de la investidura, sin perjuicio de que, en algunos casos, las conductas que daban lugar a la mentada pérdida de la investidura pudieran constituir delitos; situación esta última que configuraría la inhabilidad del caso, no por la pérdida de la investidura, sino por la condena privativa de la libertad como consecuencia jurídica de incurrir en el delito correspondiente. Por tal razón, ante el fracaso del paso previo a efectuar el juicio de igualdad, este Tribunal concluyó que este cargo de inconstitucionalidad tampoco estaba llamado a prosperar y en consecuencia, procedió a declarar la exequibilidad de la expresión demandada del artículo 37 de la Ley 617 de 2000. [15]

## La amnistía

*En el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional y la Constitución Política de Colombia*

El título de este acápite es ambicioso. Su contenido, en realidad es sucinto. Los derechos humanos están consagrados en distintos ámbitos y encuentran mecanismos de protección diversos en cada uno de ellos. Específicamente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIH) condensa la posición de la comunidad internacional sobre su alcance y contenido, en todo tiempo, y de forma universal; estos, según una afortunada metáfora, emigran desde los tratados hacia las constituciones de la segunda postguerra, convirtiéndose en derecho positivo constitucional dentro de cada Estado; y reciben una protección de mínimos en confrontaciones bélicas, gracias al Derecho Internacional Humanitario (DIH). Finalmente, el Derecho Penal Internacional, o DPI, basado en los principios de jurisdicción universal y complementariedad, castiga -de forma individual- a los mayores responsables de las lesiones más graves a estos bienes.

Una comprensión adecuada de las amnistías y otros beneficios similares en el marco de una negociación de paz exige tomar en consideración las lógicas, en parte similares, en parte diversas, de cada uno de estos grandes ámbitos, y buscar su armonización adecuada. Esta tarea ya ha sido iniciada por la jurisprudencia de tribunales internacionales, como la Corte IDH y, en menor medida, por esta Corporación. Por ello, la explicación que sigue recoge tales estándares, así como ese esfuerzo de armonización.

El Derecho Internacional Humanitario (esta rama del derecho internacional público tiene sus orígenes en los instrumentos internacionales que se han adoptado desde 1864, encaminados a la regulación de medios y métodos de combate (lo que comúnmente se conoce como “derecho de La Haya”) y a la determinación de personas y bienes protegidos (“derecho de Ginebra”). Un análisis detallado al respecto puede encontrarse en las sentencias C-574 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón; C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero; y C-291 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) encuentra un desarrollo particularmente amplio en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (“Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, son la piedra angular del derecho internacional humanitario, es decir, del conjunto de normas jurídicas que regulan las formas en que pueden librar los conflictos armados y que intentan limitar los efectos que se producen en estos”. Ver, entre otros: Werle, Gerhard, op. Cit., el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia). El Protocolo Facultativo II de 1977 a los citados Convenios, establece obligaciones y otras reglas para los conflictos armados de carácter no internacional. Este instrumento hace parte del bloque de constitucionalidad (el derecho internacional humanitario hace parte del bloque de constitucionalidad y las normas que lo integran constituyen parámetro de control constitucional. En ese sentido, pueden consultarse las sentencias C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-040 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell; y C-467 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. De manera general, sobre el concepto de bloque de constitucionalidad, pueden verse las sentencias C-582 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y C-040 de 1997.

M.P. Antonio Barrera Carbonell) y es particularmente relevante para el contexto colombiano, pues se ocupa, precisamente, de los conflictos de carácter no internacional.

El artículo 6° del referido instrumento (“diligencias penales”), establece en su numeral 5 que: “5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades del poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.”

Las amnistías son, entonces, medidas compatibles, *prima facie*, con el DIH, específicamente, en los conflictos no internacionales, pues persiguen que las personas que participaron en la confrontación no sean castigadas por el solo hecho de portar las armas, lo que haría muy difícil el proceso de reconciliación. De acuerdo con el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), esta norma también cobija los indultos (perdón de la condena), aunque, para efectos de simplificar la redacción, el Protocolo II solo se refiera a amnistías (en el Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), se indicó al respecto que: “Párrafo 5 - La amnistía 4617. La amnistía es competencia de las autoridades. Se trata de un acto del poder legislativo que borra un hecho punible, detiene las diligencias y anula las condenas. Jurídicamente, se hace una distinción entre amnistía y gracia, que concede el jefe del Estado y suprime la ejecución de la pena, pero deja subsistir los efectos de la condena. En este párrafo solo se considera la amnistía, lo cual no significa que se haya querido excluir la gracia. El proyecto aprobado en Comisión establecía, por una parte, que todo condenado tendría el derecho a pedir la gracia o la conmutación de la pena y, por la otra, que la amnistía, la gracia o la conmutación de la pena de muerte podría concederse en todos los casos. Este apartado no se incluyó finalmente por razones de simplificación del texto. Algunas delegaciones consideraron que esta mención era inútil, puesto que todas las legislaciones nacionales prevén la gracia.”).

En la citada sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corporación, además de aclarar que el DIH en general, y el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 en particular, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, explicó su alcance y desarrolló una interpretación armónica de esta norma con los artículos 150.17 y 202 de la Carta Política, disposiciones que establecen la facultad del Congreso de la República de conceder amnistías e indultos con el voto favorable de dos terceras partes (2/3) de los miembros de cada Cámara; y del Presidente de conceder indultos, de conformidad con la ley.

Sin perjuicio de los cambios que ha tenido en el derecho internacional e interno la concepción de los conflictos armados no internacionales, lo dicho en aquella oportunidad es de especial relevancia para la comprensión de las amnistías en el marco constitucional (en la sentencia se especificó que “si se estudia atentamente el Protocolo I sobre guerras internacionales, en ningún lugar se encuentra una disposición relativa a la concesión

de amnistías e indultos entre las partes enfrentadas, una vez concluidas las hostilidades, a pesar de que ese tratado tiene más de cien artículos (...) Esa omisión tiene una clara justificación, ya que en el caso de las guerras internacionales, los combatientes capturados por el enemigo gozan automáticamente y de pleno derecho del estatuto de prisioneros de guerra, tal y como lo señala el artículo 44 del Protocolo I y el artículo 4° del Convenio de Ginebra III de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (...).” Lo anterior, por cuanto un prisionero de guerra no puede ser juzgado y castigado por el simple hecho de haber participado en las hostilidades. Sin embargo, el artículo 99 del Convenio III establece que “Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado por un acto que no esté expresamente prohibido en la legislación de la Potencia detenedora o en el derecho internacional vigentes cuando se haya cometido dicho acto.”).

“[...] en los conflictos armados internos, en principio los alzados en armas no gozan del estatuto de prisioneros de guerra y están, por consiguiente, sujetos a las sanciones penales impuestas por el Estado respectivo, puesto que jurídicamente no tienen derecho a combatir, ni a empuñar las armas [...Es] claro que el Protocolo II no está obligando al Estado a conceder obligatoriamente amnistías, ya que la norma establece únicamente que las autoridades “procurarán” conceder este tipo de beneficios penales. Además, este artículo del Protocolo II tampoco ordena al Estado a amnistiar todos los delitos cometidos durante la confrontación armada, puesto que simplemente señala que la amnistía será “lo más amplia posible”. Y, finalmente, [...] es obvio que esas amnistías se refieren precisamente a los delitos políticos o conexos, puesto que éstos son los que naturalmente derivan de “motivos relacionados con el conflicto”. [...] el Estado colombiano se reserva el derecho de definir cuáles son los delitos de connotación política que pueden ser amnistiados, si lo considera necesario, para lograr la reconciliación nacional, una vez cesadas las hostilidades [...] Además, la posibilidad de que se concedan amnistías o indultos generales para los delitos políticos y por motivos de conveniencia pública es una tradición consolidada del constitucionalismo colombiano, puesto que ella se encuentra en todas nuestras constituciones de la historia republicana, desde la Carta de 1821 hasta la actual Carta”.

Así pues, de acuerdo con la sentencia citada, (i) la disposición es aplicable, específicamente, en los conflictos armados de naturaleza no internacional (como el colombiano); (ii) esta debe interpretarse armónicamente con las normas constitucionales internas, como el artículo 150.17 Superior, donde se establece un nexo entre la amnistía y el delito político; (iii) el Estado conserva la potestad de definir cuáles son los delitos de esta naturaleza, así como sus conexos; y (iv) la finalidad de la norma es propiciar la reconciliación nacional.

Desde el punto de vista del DIH, entonces, las amnistías tienen validez y, si bien no constituyen una obligación perentoria, sí se perciben como un medio que debe propiciarse al máximo para lograr la reconciliación entre los participantes del conflicto, y de esa forma, alcanzar una paz estable. El protocolo citado no define los límites que deberían respetar las amnistías, aunque la doctrina autorizada ha identificado un conjunto de conductas



que no podrían ser objeto de amnistías e indultos (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto”. Nueva York y Ginebra, 2009), especialmente, a partir de las categorías genocidio, crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad.

Ahora bien, en el sistema regional de protección de los DDHH y, concretamente, en la jurisprudencia de la Corte IDH, las amnistías se han considerado problemáticas, si se traducen en una excepción amplísima e indefinida al deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos. En una decisión reciente, a la que se hará referencia más adelante, la Corte IDH efectuó precisiones de gran importancia para una comprensión armónica de esta obligación con lo dispuesto en el artículo 6.5 del Protocolo II a los Convenios de Ginebra.

El primer caso del Sistema Interamericano en el que se abordó la relación entre las amnistías y el deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos es la sentencia de Barrios Altos vs. Perú, de 2001. Según esa sentencia,

*“Son inadmisibles las disposiciones de amnistías, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (...) Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana” (Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Pár. 41 y 44).*

En esta decisión, la Corte IDH calificó las auto amnistías (al respecto, en el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en el Caso Castillo Páez Vs. Perú (Sentencia de 27 de noviembre de 1998) se indicó: “cabe distinguir entre las llamadas “autoamnistías”, expedidas en favor de quienes ejercen la autoridad y por estos mismos, y las amnistías que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquellos aprueba o reconoce como adecuados. (...) // En los principios propuestos en el anexo al Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos), que preparó el Sr. Louis Joinet, por encargo de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se advierte lo siguiente: “Incluso cuando tengan por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán” dentro de ciertos límites, y entre estos figura: “a) Los autores de delitos graves con-

forme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones” que tiene en el sentido de “investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas(...)” (E/CN/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II, principios 18 y 25). // El propio Sr. Joinet advierte que los principios propuestos no constituyen “un obstáculo a la reconciliación nacional”, sino se proponen “encauzar las consecuencias de ciertas políticas de reconciliación a fin de que, después de la primera etapa, más bien de ‘conciliaciones’ que de ‘reconciliación’, se puedan sentar los cimientos de una ‘reconciliación fuerte y duradera’” (párr. 49)), como una evidente vulneración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Indicó que son medidas de excepción que impiden el acceso a un recurso judicial efectivo para las víctimas de violaciones de derechos humanos, tesis reiterada en los precedentes Almonacid Arellano y otros vs. Chile; la Cantuta vs Perú; Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil; Gelman vs Uruguay, entre otros.

De acuerdo con lo expuesto existe, en general, una “incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados” (Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24 de Febrero de 2011. Párr. 232). Además, de conformidad con tales precedentes, a las víctimas les asiste el derecho a que no exista impunidad, el cual se garantiza, entre otras formas, mediante la prohibición de implementar leyes o normas que impidan el esclarecimiento de graves violaciones a los derechos humanos.

En el año 2012, sin embargo, la Corte IDH precisó el alcance de su jurisprudencia, al evaluar la validez de una amnistía en un escenario distinto, como las negociaciones que llevaron a la suscripción de los acuerdos de paz de Chapultepec el 16 de enero de 1992 para la terminación del conflicto armado interno de El Salvador.

Así, en el caso de las Masacres del Mozote vs. El Salvador, el Tribunal puntualizó que, si bien las auto amnistías (e indultos) están prohibidas por el derecho internacional, en especial si son generales, la validez de otras medidas (amnistías restringidas, condicionales, etc.) debe determinarse en el contexto de cada transición, pues es jurídicamente (y moralmente) distinta la aprobación de auto amnistías o auto indultos a la renuncia de acciones penales en contra de ciertos responsables de violaciones a los derechos humanos, cuando se trata de poner término a la guerra por la vía negociada (al respecto, en el voto concurrente del Juez Diego García-Sayán -al que se adhirió los Jueces y Juezas Leonardo A. Franco, Margarette May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet y Alberto Pérez Pérez- se expresó lo siguiente: “La paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla.” (Pár. 37)). En el segundo evento, el D1H admite, e incluso propicia, su concesión a los participantes del conflicto y el componente de justicia se flexibiliza, aunque no se elimina, al tiempo que los Estados deben potencializar la eficacia de los otros derechos de las víctimas.

Con base en esas premisas, la Corte IDH concluyó que no toda amnistía o beneficio similar es incompatible con los derechos de las víctimas y el

deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, pues, de conformidad con el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, las amnistías pueden funcionar como un mecanismo para superar los estados de guerra, siempre y cuando (i) se excluyan los delitos más graves y; (ii) se garanticen en la mayor medida de lo posible los derechos a la verdad, la justicia y la reparación (en el referido voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, se explicó que, si bien es razonable flexibilizar algunos derechos en procura de garantizar la estabilidad de las transiciones, así como la finalización de la guerra, esta posibilidad solo es válida si la negociación y acuerdo correspondiente satisfacen los componentes de verdad y reparación. Por eso, pese a la condena del Estado de El Salvador, resaltó diversos aspectos relevantes de los acuerdos de México de 1991 (como la creación de una Comisión de la Verdad cuyas recomendaciones las partes se comprometieron a cumplir; o el compromiso de reparar a las víctimas de hechos violentos por causa del conflicto. En el mismo sentido, y aunque se amnistiaron ciertos delitos, se procuró por excluir de este tratamiento penal todo acto considerado como una grave violación de derechos humanos). En su exposición, el Juez destacó la importancia de que el Estado adopte medidas concurrentes que permitan el mayor grado de atención simultánea del conjunto de derechos de las víctimas. Advirtió, además, que todos los escenarios transicionales son diferentes y en cada uno, las partes y la sociedad en general, deben procurar implementar las mejores y más eficaces medidas que se acoplen a sus contextos. En este orden de ideas, los derechos de las víctimas deben ser entendidos de manera interdependiente para evitar un fraccionamiento irrazonable que los sacrifique. Solo la aplicación integrada y complementaria de estos derechos, así como de medidas que los desarrollen, pueden cumplir con los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, “la simple aplicación de sanciones penales, sin que ellas impliquen un serio esfuerzo de encontrar y decir la verdad en su conjunto, podría convertirse en un proceso burocrático que no satisfaga la pretensión válida de las víctimas de llegar a la mayor verdad posible. Por otro lado, el otorgamiento de reparaciones sin que se sepa la verdad de las violaciones ocurridas, y sin sentar condiciones para una paz duradera, solo produciría un aparente alivio en la situación de las víctimas, pero no una transformación de las condiciones que permiten la recurrencia de las violaciones”. (Pár. 23)).

En suma, para la jurisprudencia de la Corte IDH (en el ámbito del DIDH), en principio, las auto amnistías (e indultos) están prohibidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; otro tipo de amnistías resultan ‘sospechosas’, en virtud de su amplitud, como restricciones o limitaciones al deber de los Estados de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos. Y, finalmente, algunas amnistías y medidas similares son admisibles para alcanzar la reconciliación, siempre y cuando su objeto no recaiga en graves violaciones de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario; y, en cualquier caso, cuando los demás derechos de las víctimas (verdad y reparación) reciban un alto nivel de satisfacción, dada la interdependencia entre los derechos de las víctimas.

En Colombia, como se explicó, en virtud de lo dispuesto por el artículo 150.17, las amnistías se han relacionado históricamente con el delito político. (Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-007 del 1º de marzo de 2018, Exp. RPZ-001, M.S. Dra. Diana Fajardo Rivera). ☐

## Paz y justicia transicional

### Fundamentos

*1. La paz es un fin del Estado, un elemento identitario de la Constitución, un deber y un derecho (colectivo e individual)*

En la sentencia C-379 de 2016 (Sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta sentencia se revisó la constitucionalidad del Proyecto de ley estatutaria que regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. En la decisión, la Corte recordó la conocida obra histórica *Cartas de Batalla*, en la que se ilustra la sucesión de conflictos y constituciones del Siglo XIX) la Corte Constitucional recordó, al inicio de su exposición, el famoso ensayo de Immanuel Kant, *La paz perpetua*, para explicar que una Constitución basada en los principios de libertad, igualdad y dependencia a un orden jurídico es un presupuesto necesario para la superación de los conflictos armados y el logro de la paz. Destacó, entonces, la “*apuesta en el Derecho, y en particular [en] el derecho constitucional*”, en el sentido de remplazar la violencia por mecanismos institucionales de solución de las controversias.

Después, contrastó la experiencia histórica del Siglo XIX en Colombia, cuando, en un contexto político bipartidista y polarizado entre pretensiones unitarias y federalistas, las *Constituciones* fueron utilizadas como formas de imponer el punto de vista de los vencedores de cada confrontación, de una parte; con el proceso constituyente de 1991, basado en la aspiración de superar una situación de violencia sistemática, herencia del fenómeno histórico conocido como La Violencia, mediante una Constitución concebida como un pacto de paz, por otra.

El proceso constituyente de 1991 se basó entonces en la apertura democrática, y dio lugar a un escenario incluyente y participativo, orientado a la creación de una institucionalidad estable y basado en la concepción del Derecho como mecanismo pacífico y primordial para la solución de las controversias; así como en el respeto por la dignidad humana, fuente de los derechos humanos y criterio último de legitimidad del Estado.

Como resultado, en la Carta Política de 1991, la paz y la aspiración de un orden justo aparecen, desde el Preámbulo, como propósitos de la organización política; y en el artículo 2º como fines últimos del Estado, indisolubles en tanto supuestos necesarios de la democracia y el Estado constitucional. Los dos acápites siguientes se destinan a explicar el alcance constitucional de estos dos valores (*paz y justicia*).

### *2. La paz en el orden constitucional*

El valor de la paz tiene fundamentos normativos diversos en el orden internacional; está presente en la identidad, los fines del Estado y su estructura, así como entre las condiciones de eficacia de los derechos fundamentales.

En el orden internacional, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos determina que la paz, la justicia y la libertad están basadas en la dignidad intrínseca y en los derechos, iguales e inalienables, de todos los miembros de la familia humana (“*Preámbulo: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”*”); el Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas afirma su sentido en la preservación de las generaciones futuras del flagelo de la guerra, y en la práctica de la tolerancia y la convivencia pacífica entre las naciones. En consecuencia, entre las finalidades de la Organización de Naciones Unidas se encuentra la de mantener la paz y la seguridad internacionales, mediante la adopción de medidas de prevención y eliminación de las amenazas derivadas de agresiones y otros quebrantamientos, al igual que la de propiciar la solución pacífica a las controversias (en el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas pueden leerse las siguientes expresiones del anhelo mundial por la Paz: “*Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, // a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, // a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, // a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y con tales finalidades // a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para*

*el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos, hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios(...)*. Más adelante, el mismo preámbulo establece que el principal fin del órgano internacional es el de “[*m*]antener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”).

En sentido similar, los preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, coinciden en destacar el vínculo entre la libertad, la justicia, la paz y la dignidad humana (Sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), a su vez, fundamento de los derechos humanos (a su turno, la Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos dice, en su Preámbulo, entre otras cosas, que los Estados signatarios “[*c*] onvencidos de que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones; // Conscientes de que esa misión ha inspirado ya numerosos convenios y acuerdos cuya virtud esencial radica en el anhelo de convivir en paz y de propiciar, mediante su mutua comprensión y su respeto por la soberanía de cada uno, el mejoramiento de todos en la independencia, en la igualdad y en el derecho; (...). // Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región; // Convencidos de que la organización jurídica es una condición necesaria para la seguridad y la paz, fundadas en el orden moral y en la justicia, y // De acuerdo con la Resolución IX de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, reunida en la Ciudad de México, Han convenido en suscribir la siguiente Carta de la Organización de los Estados Americanos”).

Así las cosas, desde el orden político internacional de la segunda postguerra, la paz, la democracia y los derechos humanos se conciben como elementos inmersos en una relación de necesidad mutua.

La idea de la paz ligada a la construcción de un orden justo, respetuoso de los derechos y democrático, fue plasmada en la Carta Política de 1991. Así, el Preámbulo (Constitución Política, Preámbulo. “*El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un arco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia*”). -cuyo valor normativo ha sido destacado por esta Corporación- consagra el propósito de fomentar la convivencia pacífica; y el artículo 2º Superior la define como fin del Estado (Constitución Política, artículo 2º. “*Son fines esenciales del Estado [...] mantener la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*”).

Como valor, la paz es fundamento del orden político y jurídico, e irradia todas las normas constitucionales, con manifestaciones concretas en distintos apartes de la Carta Política. En jurisprudencia reiterada, la Corporación ha indicado que, percibida como un mínimo, la paz se entiende como la ausencia de conflictos; mientras que, desde un plano maximalista (u óptimo), se refiere al conjunto de condiciones necesarias para el goce de los derechos humanos (sentencias T-439 de 2002. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-370 de 2006. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández; y C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Esta concepción de la paz como derecho fundamental no constituye una postura jurisprudencial invariable de la Corte, solo una tendencia en tal sentido. En efecto, en algunas sentencias, como en la T-008 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz o en la C-055 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte estimó que la paz no era un dere-



cho fundamental. Por tal razón, en esta última providencia se sostuvo que su regulación no tenía reserva de ley estatutaria) y la construcción de la democracia. En escenarios de conflicto armado, la paz también se manifiesta en la aspiración a la humanización de las confrontaciones por medio de las reglas del derecho internacional humanitario (Sentencias C-370 de 2006. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández y C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

El artículo 22 Superior, además, define la paz como derecho y deber. Desde esta perspectiva, que puede denominarse *iusfundamental* (o de los derechos fundamentales), la paz es un derecho individual, de naturaleza multidimensional; así como un derecho colectivo (en la sentencia C-370 de 2006. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, la Corte señaló que “desde un primer punto de vista la Paz en el Derecho Internacional ha sido entendida como un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad (...)), presupuesto del bienestar social (Constitución Política, artículo 22: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”) y de la construcción de lo público. Como deber, no es un deseo, una declaración o una aspiración política, sino que comporta verdaderas obligaciones para las autoridades, la sociedad y los particulares. Desde esta perspectiva, además, hace parte de los deberes de los ciudadanos, de conformidad con el artículo 95, numeral 6 (Constitución Política, artículo 95.6: “La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. || Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. || [...] 6. Propender por el logro y mantenimiento de la paz”), Superior (Sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

La pluralidad de dimensiones de la paz, concebida como derecho, ha sido explicada de esta manera por la Corte Constitucional:

“Una característica peculiar del derecho a la paz es el de la multiplicidad que asume su forma de ejercicio. Es un derecho de autonomía en cuanto está vedado a la injerencia del poder público y de los particulares, que reclama a su vez un deber jurídico correlativo de abstención; un derecho de participación, en el sentido de que está facultado su titular para intervenir en los asuntos públicos como miembro activo de la comunidad política; un poder de exigencia frente al Estado y los particulares para reclamar el cumplimiento de obligaciones de hacer. Como derecho que pertenece a toda persona, implica para cada miembro de la comunidad, entre otros derechos, el de vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los derechos humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo. La convivencia pacífica es un fin básico del Estado y ha de ser

*el móvil último de las fuerzas del orden constitucional. La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales”* (Sentencia T-102 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Finalmente, la Corporación ha indicado que, como presupuesto del pacto constitucional, condición de eficacia de los derechos y norma con múltiples manifestaciones *iusfundamentales* en el texto constitucional, la paz es un eje identitario de la Constitución (Sentencias C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Consecuente con la importancia constitucional de la paz, la Corte ha expresado que “las medidas dirigidas a la búsqueda de la paz y la superación del conflicto armado, tienen un innegable soporte constitucional” (Sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); y, en atención a su carácter preponderante entre los valores superiores, la Corporación ha indicado también que las soluciones concertadas a los conflictos armados tienen, *prima facie*, un valor prevalente sobre el uso de las armas para alcanzar este propósito.

Con todo, la Corte también ha explicado que la paz no es un valor absoluto y que, en ciertas ocasiones, debe ponderarse con otros valores de rango constitucional, como los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de los hechos violentos. Esta posición ha sido sostenida, entre otras decisiones, en las sentencias C-370 de 2006 (MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández), C-579 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y C-379 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), todas relacionadas con la eventual desmovilización de grupos al margen de la ley o con la aspiración de cesación del conflicto armado interno (en la sentencia C-370 de 2006. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, la Corte manifestó que “El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable; así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado conflictos armados internos. (...) Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado”).

### 3. La justicia en el orden constitucional

Al igual que la paz, la justicia es un fundamento y un fin esencial del Estado. De esta

manera lo expresan el Preámbulo (Constitución Política, “Preámbulo. El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un arco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia”) de la Carta, que prevé como propósito cardinal de la carta la “preservación de la justicia”, y el artículo 2º, al establecer como fin de la organización política la “construcción de un orden justo” (Constitución Política, artículo 2º. “Son fines esenciales del Estado [...] mantener la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”); y, tal como la paz, la justicia se concibe como un derecho fundamental en distintos enunciados de la Carta. Así, es fundamento del artículo 29, que define las reglas y garantías del debido proceso; de los artículos 6º y 121, que establecen el principio de legalidad y la consecuente interdicción de arbitrariedad; de los artículos 228 C.P. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (si bien en este acápite se habla principalmente del texto constitucional, para la Sala es importante señalar el derecho al acceso a la administración de justicia debe leerse en armonía con este instrumento, artículos 8, sobre garantías judiciales; y 25, sobre el derecho a un recurso judicial efectivo), que se refieren al acceso a la administración de justicia y al acceso a un recurso efectivo, respectivamente; del artículo 246 C.P., que reconoce los sistemas normativos de los pueblos indígenas; y del 86 C.P., sobre la acción de tutela, entre otros.

Para el asunto objeto de estudio, la justicia es concebida también como un derecho fundamental de las víctimas, cuyo correlato principal se encuentra en la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario (Sentencias C-370 de 2006. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández y C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Además de lo expuesto, la Constitución incorpora un amplio conjunto de normas en las que se define la estructura de juzgados, tribunales y cortes del país, es decir, en las que se define la dimensión institucional de la justicia (la administración de justicia), que configura entonces una de las ramas que ejercen el poder público, la cual goza de los atributos de independencia y autonomía, pero, además, debe colaborar armónicamente con las demás ramas para alcanzar los fines del Estado (Sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Todo lo expuesto demuestra la importancia de la justicia en la Constitución. Pero, por otra parte, la expresión “justicia” es vaga y ambigua, al tiempo que el concepto o idea de justicia es un asunto ampliamente controvertido desde

diversas aproximaciones. Por esto, antes que un concepto, resulta más adecuado hablar de concepciones de la justicia y percibir así cómo se conjugan en el texto constitucional.

Así, por ejemplo, la justicia retributiva hace referencia al castigo que corresponde a un crimen, o a la consecuencia negativa que el derecho imputa a un hecho que considera lesivo, bajo el supuesto de que el daño y el castigo son equiparables; la justicia distributiva se refiere a la forma en que los bienes son repartidos en el interior de una sociedad; la justicia formal se cifra en la aplicación igual de la ley; la justicia restaurativa en la reconstrucción del tejido social para el goce efectivo de los derechos; y, junto a estas dimensiones, en el orden colombiano, conviven las concepciones diversas de la justicia, construidas desde los pueblos indígenas, las comunidades negras, raizales, palenqueras y *rom*, entre otras.

Como ocurre con la paz, la justicia es una condición de validez y un elemento identitario del ordenamiento constitucional (después de la segunda postguerra podría considerarse que existe un consenso acerca de que la Justicia o la aspiración a la construcción de un orden justo es un elemento necesario de toda Constitución, aunque ello excede el alcance de esta exposición). Sin embargo, desde las diversas dimensiones iusfundamentales del derecho, esta no es absoluta, y debe ser ponderada.

#### 4. Justicia y paz. Una relación de tensión y complementariedad

La justicia y la paz, en tanto fundamentos y fines del Estado; bases de las instituciones; presupuestos de la democracia, del Estado constitucional de derecho y condiciones de eficacia de los derechos fundamentales, son valores inescindibles y señales de identidad de la Carta de 1991. Como derechos, su carácter multifacético se proyecta en múltiples mandatos superiores, de contenido, titulares, obligados y garantías diversas.

Sin embargo, a pesar de la exposición del alcance de ambos valores, efectuada a modo de paralelo para destacar su importancia constitucional, es usual indicar que la “*justicia transicional*” es un escenario donde la justicia y la paz entran en tensiones insalvables y deben ponderarse, o incluso, que el logro de la paz implica el “sacrificio” de la justicia. Si bien la Sala ha defendido en otras oportunidades premisas semejantes y, en efecto, ha admitido la necesidad de ciertos ejercicios de ponderación entre diversas facetas de estos principios (de su dimensión “*iusfundamental*”), en esta ocasión considera necesario matizarla, hacia una visión en la que, en tanto fines y fundamentos de la democracia, de los derechos y de la Constitución misma, la paz y la justicia también se fortalecen mutuamente.

#### 5. Justicia transicional, paz, amnistías y tratamientos penales especiales diferenciados (TPED). Elementos de juicio

En la expresión “*justicia transicional*” se conjugan dos conceptos. El primero, el sustantivo “*justicia*”, es un valor esencial a todo sistema jurídico, una aspiración social ineludible, y un fin y derecho constitucional; el segundo, el adjetivo “*transicional*”, designa aquello que es propio de un momento de *transición*, es decir, del paso de un estado de cosas a otro distinto. En el contexto que interesa a esta decisión, la

expresión es utilizada por el Derecho especialmente en dos hipótesis: (i) el paso de un régimen dictatorial a uno democrático (o, en síntesis, de la dictadura a la democracia); o (ii) el paso de un momento de conflicto armado a uno de paz (Uprimny Yepes, Rodrigo y otros. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Dejusticia. Bogotá, 2006).

En términos generales, en el concepto se encuentra inmersa la paz, especialmente, en la segunda hipótesis (es el estado de cosas al que debería arribar la transición); y, además, esta Corporación ha destacado que la justicia transicional persigue la construcción o la reconstrucción de la democracia (Sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Así, frente al conflicto armado, ha considerado que la reconciliación es condición de subsistencia del Estado y presupuesto para que las partes antes enfrentadas ahora se reconozcan mutuamente como actores válidos en la deliberación democrática y la construcción de la razón pública (Sentencias C-577 de 2014. M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez y C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Ha añadido, en tal dirección, que la democracia solo es viable en el marco de la convivencia pacífica (específicamente, la Corte ha precisado que “[l]a reconciliación, así vista, apunta a vivir en comunidad teniendo la posibilidad de plantear las distintas posturas ideológicas en un contexto de respeto mutuo y concertación, por lo que la misma debe fundarse y desarrollarse sobre la existencia de niveles aceptables -y suficientes, de acuerdo con los requerimientos de cada sociedad- de deliberación pública, lo que implica la necesidad de que en la práctica se realicen concesiones a los actores que se integrarán a la comunidad que decide sobre los asuntos que constituyen la razón pública”. Sentencias C-577 de 2014. M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez y C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), y ha sostenido que la reconciliación es esencial para la reconstrucción de los lazos sociales rotos y para la vigencia de los derechos humanos (al respecto, la Corte ha señalado que “[e]l reconstruir la sociedad lleva consigo que se reconozca que aunque los actos violentos del pasado no pueden ser olvidados y por lo tanto deben ser conocidos, sancionados y sus víctimas reparadas, [...] en el marco de un conflicto interno, las posiciones enfrentadas deben incorporarse a la sociedad que toma las decisiones políticas, para de este modo vincularla al proceso democrático [...] disminuir las posibilidades de que dichos actores, o miembros disidentes de ellos, continúen o posteriormente retomen la confrontación violenta como respuesta a la falta de canales democráticos de expresión para sus ideas.” Sentencia C-577 de 2014. M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez. De igual manera, la Corte ha insistido en que el fortalecimiento de la democracia es una finalidad central de la transición hacia la paz, la cual se logra “mediante la promoción de la participación de todos, restaurando una cultura política democrática y un nivel básico de solidaridad y de confianza sociales para convencer a los ciudadanos de que participen en sus instituciones políticas por razones distintas a la conveniencia personal”. Sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Así, los dos valores citados confluyen; la Justicia transicional hace referencia al modo de concebir ese valor intrínseco a todo Estado de Derecho y, con mayor razón, a los de estirpe constitucional, en unos momentos específicos, a los que la Corte ha calificado como excepcionales y transitorios. Aquellos momentos en los que, con el fin de establecer (o restablecer) la paz, se requieren políticas y normas especiales, distintas a las de la vida cotidiana de las naciones.

En ese orden de ideas, la Corporación ha explicado el contenido de la *justicia transicional* como un conjunto amplio de procesos y mecanismos, judiciales y no judiciales, de carácter excepcional y transitorio, que responden a largos periodos de violencia generalizada, en los que se han cometido constantes violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Los propósitos de la justicia transicional son: (i) responder a la violencia generalizada y, por ende, asegurar el derecho a la paz; (ii) garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de los hechos violentos; (iii) fortalecer al Estado de derecho y a la democracia; y (iv) promover la reconciliación social (ver sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. “*Así por ejemplo, el sistema de Naciones Unidas concibe a la justicia transicional como un amplio espectro de procesos y mecanismos al interior de la sociedad, dirigidos a superar abusos a larga escala sucedidos en el pasado, y con el fin de asegurar la rendición de cuentas, el logro de justicia y la reconciliación. Por ende, la transición para la superación del conflicto armado consiste en procesos y mecanismos tanto judiciales como no judiciales, entre los cuales se incluyen iniciativas de investigación de delitos, búsqueda de la verdad, programas de reparación y reforma institucional, así como la combinación entre estas opciones. Estas medidas, al margen de la combinación que sea elegida por cada Estado, deben realizarse de conformidad con los estándares y obligaciones jurídicas internacionales. Del mismo modo, el sistema internacional en comento advierte que la transición hacia la paz debe tener en consideración las raíces de los conflictos y las violaciones de los derechos derivados de estos, incluyéndose los derechos civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales. De esta manera, a través de una concepción amplia, que incluye los diferentes derechos, comprendidos desde su carácter integrado e interdependiente, las medidas de transición pueden contribuir a la consecución de objetivos más amplios, relativos a la prevención de conflictos futuros, la construcción de la paz y la reconciliación. De allí que desde la doctrina comparada se insista en que dichos instrumentos no solo versan sobre medidas alternativas para la investigación y sanción de los delitos, sino que involucra diversas acciones, muchas de ellas no vinculadas al derecho penal.*” En sentido similar, ver sentencias C-771 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-052 de 2012. M.P. Nelson Pinilla Pinilla; y C-694 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos).

El concepto “*justicia transicional*”, sin embargo, es de cuño reciente, pues su aparición en la doctrina y teoría jurídica (y la ciencia política) suele asociarse a la caída de regímenes dictatoriales en América Latina. No obstante, la



idea de mecanismos que hagan viable una transición se encuentra en distintos periodos históricos, con ciertos *parecidos de familia*, pero también con matices o, incluso, diferencias profundas (Elster, Jon. Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica. Buenos Aires: Katz. Según este autor, es posible rastrear medidas de “justicia transicional” en remotos periodos históricos, aun cuando no se percibieran dentro de esta categoría, ni existieran estándares claramente definidos en torno a su admisibilidad. Desde hace algunos años la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional se refieren al tratamiento jurídico de estas situaciones de paso de la guerra a la paz; o de una dictadura a una democracia, como justicia transicional). Así, instituciones comúnmente asociadas a la justicia transicional como las amnistías, los indultos o los beneficios penales especiales; la purga o lustración de las instituciones públicas (así como su opuesto, la habilitación para el ingreso a los cargos públicos); las comisiones de la verdad y diversas formas de reparación o los tribunales *ad hoc*, son medidas comunes en distintos lugares y momentos históricos.

Los mecanismos de *justicia transicional* se dirigen a restablecer los derechos de las víctimas, alcanzar la reconciliación nacional, fortalecer el Estado de derecho y consolidar el Estado democrático (Sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). De ahí que se materialicen en complejos procesos de transformación social y política profunda (“*La justicia transicional se compone de un grupo de procesos de “transformación social política y profunda”, que comprenden diversos mecanismos dirigidos a lograr la reconciliación y la paz, la vigencia de los derechos de las víctimas y el restablecimiento de la confianza en el Estado, al igual que el fortalecimiento de la democracia. Se trata, entonces, de un conjunto de procesos coordinados que tiene como elemento básico la implementación de cambios políticos que “permitan la transición con un componente público participativo”*”). Sentencias C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-771 de 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla; y, C-694 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos). Como lo indican la doctrina especializada y la experiencia histórica, estos varían en atención a los contextos geográficos e históricos, y a la necesidad de hacerlos adecuados a distintos fenómenos sociales y culturales en que surge la violencia.

A pesar de ello, existe actualmente consenso en torno a la necesidad de encontrar un equilibrio adecuado en la definición de los mecanismos de justicia transicional, entre tres vertientes normativas en tensión. Los mecanismos, primero, deben propender por la reconciliación y la estabilidad, elementos asociados a la preservación de la paz; segundo, deben brindar confianza y seguridad jurídica a los otrora participantes del conflicto, pues, de no ser así, la eficacia de la transición entra en riesgo; y, finalmente, deben asegurar la eficacia de los derechos a la justicia, la verdad y a la reparación de las víctimas.

Alcanzar este equilibrio supone un enorme desafío, y la experiencia histórica y comparada aporta evidencia acerca de falencias insalvables en todo proceso transicional. De estas premisas surge entonces la conclusión según la cual es ineludible ponderar la justicia y la paz; o incluso sacrificar el primero de estos valores para alcanzar el segundo (así lo ha admitido este Tribunal, entre otras, en las sentencias C-370 de 2006. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández; C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-577 de 2014. M.P. (e) Martha Victoria SÁCHICA Méndez; y C-379 de 2006. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Sin embargo, la doctrina autorizada (Secretario General de la ONU, Reporte sobre el Estado de Derecho y la Justicia Transicional, S/2004/616) sugiere el abandono de esta percepción, bajo el presupuesto de que, antes que opuestas, las exigencias de la justicia y la paz son complementarias.

La Sala estima que, si bien las tensiones entre *ciertas facetas* de la justicia y la paz concebidas como derechos son inevitables, es importante acoger y avanzar en su comprensión complementaria, dado que, aparte de derechos, son valores indisolubles y fundamentos de la identidad del Estado.

Con este propósito, es necesario señalar que la aparente tensión irresoluble entre justicia y paz se basa -principal, aunque no exclusivamente- en la asociación de la justicia a la *retribución*, mediante el castigo penal, dejando de lado otras concepciones de justicia, como las mencionadas en el considerando 111, *supra*.

Sin embargo, desde un punto de vista un poco más profundo, el DIDH también alimenta esta perspectiva, gracias al consenso sobre la existencia de una obligación, en cabeza de los Estados, de investigar, sancionar y juzgar las graves violaciones de los derechos humanos; que trasciende las fronteras nacionales y exige una concepción de la soberanía compatible con el carácter universal de los derechos humanos, de donde surge la

posibilidad de que ciertos atentados a la dignidad sean juzgados por otros Estados o por órganos establecidos por la comunidad internacional, cuando en el ámbito interno de un Estado resulta imposible debido a su falta de capacidad o disposición (principio de jurisdicción universal).

Así, en síntesis, la justicia desde el punto de vista de la retribución surge de las normas internas de derecho penal, pero se relaciona también con las obligaciones internacionales en materia de DIDH, DIH y DPI, que permiten el castigo directo a los responsables de las más graves violaciones a los derechos humanos y de las graves infracciones al DIH (el carácter universal que proyectan ciertas lesiones hace que su persecución traspase las fronteras nacionales y atenúe la soberanía. En la historia, ha ocurrido en los Tribunales Militares de Nüremberg y del Lejano Oriente (aunque estos han sido criticados por reflejar una “*justicia de vencedores*”), los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, o los Tribunales Penales híbridos o internacionalizados (como el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya, los Paneles Especiales para Crímenes Graves en Dili (Timor Oriental), la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina o el Tribunal Especial para el Líbano). Actualmente, el Estatuto de Roma prevé la persecución de los crímenes más graves, bajo el principio complementariedad. Ver, entre otros, a Werle, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Tirant lo Blanch: Valencia; y Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Directoras). *Derecho Penal Internacional*. Dykinson: Madrid).

El deber de investigar, juzgar y sancionar las conductas más lesivas para la dignidad humana también ha sido reconocido por este Tribunal como eje definitorio de la Constitución Política, es decir, como uno de los elementos que hace parte de la identidad que, como comunidad política, se adoptó en la Asamblea Constituyente de 1991 (Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Este deber, sin embargo, es percibido en ocasiones como un obstáculo o, al menos, un desafío para la materialización de un acuerdo de paz, dado que los participantes directos en las hostilidades rehusarían una negociación que tenga como único resultado un castigo particularmente severo. En efecto, este desafío es enorme cuando, como ocurre en Colombia, ha existido un conflicto marcado por su gran complejidad, duración y diversidad de actores.

Pero, más allá del rigor de este deber frente a los atentados más graves a los derechos humanos, la jurisprudencia y la doctrina concurren en señalar que la justicia no es sinónimo del castigo, y en destacar la importancia del conjunto de mecanismos de la transición (al respecto, en la sentencia C-694 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, se dijo lo siguiente: “*Si bien en el entendimiento de una parte de la población la justicia es comúnmente ligada con el castigo, la complejidad de los procesos de justicia transicional y su necesidad de responder a violaciones masivas hacen que los mismos no puedan centrarse exclusivamente en medidas penales y que estas tengan un alcance especial para el cumplimiento de las finalidades de la justicia transicional*”). Así, es ineludible la investigación, juzgamiento y sanción de estos hechos, como rechazo a lo intolerable, como un mensaje para los actores armados, como medio para evitar la repetición o la re-aparición de tales conductas y como instrumento para evitar retaliaciones basadas en la idea (ilegítima, pero frecuente) de asumir la *justicia por mano propia*.

Dejando de lado ese mínimo de retribución, el que, en el marco de la justicia transicional se manifiesta en penas menos severas que las del derecho penal ordinario, el castigo no puede considerarse un bien o un fin en sí mismo, pues supone imponer un mal a otra persona. Es, de acuerdo con el párrafo anterior, un instrumento para alcanzar fines relevantes, pero una paz estable exige también la reconciliación, la restauración del tejido social y el reconocimiento del otro en la deliberación democrática. Por eso, una de las características esenciales y definitorias del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición es la creación de un sistema propio de sanciones (propias, alternativas y ordinarias), que aplican a todos quienes, estando dentro del ámbito de competencia de la JEP, reconozcan su responsabilidad o sean hallados responsables de cualquier delito cometido por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

La reconciliación (fin esencial de este tipo de procesos) requiere un proceso de transformación social, el acceso a la verdad y un conjunto de medidas complejas de reparación. Por ese motivo, la jurisprudencia constante de este Tribunal y de la Corte IDH coinciden en señalar el carácter interdependiente e indivisible de estos derechos, y propenden por un enfoque holístico de los mecanismos de justicia transicional. (Cfr. *Corte Constitucional, sentencia C-007 del 1º de marzo de 2018, Exp. RPZ-001, M.S.: Dra. Diana Fajardo Rivera*). <sup>[14]</sup>

## Participación delictiva a título de cómplice

*Determinación de la pena*

El Tribunal concluyó que la procesada actuó en calidad de cómplice del delito atentatorio contra la salud pública. Dijo:

*El asunto se contrae entonces a determinar qué tan significativo y esencial resulta la compañía de la dama de cierta edad para brindar una apariencia de un viaje familiar durante el transporte de los 100 kilos de cocaína, en el plan concreto de ejecución.*

*Juzga la Sala que teniendo en cuenta que no era el único distractor para evitar las requisas, sino que ese aspecto estaba confiado en gran parte a la calidad de autoridad policial del conductor, Jefe de Talento Humano de la Policía, su papel puede estimarse objetivamente de contribución con el transporte del estupefaciente. Esto puede corresponder con la hipótesis más favorable a la acusada desde el punto de vista subjetivo, dado que como familiar pudo actuar dirigida realmente a ayudar a su yerno en la consecución del objetivo. Claro que son probables otras hipótesis, incluso que fuera dueña del alijo; pero ello no está demostrado ni sugerido por prueba alguna.*

*En estas circunstancias, estima la Sala que válidamente puede considerarse que la contribución de la procesada no era tan importante en cuanto solo podía apuntar a disuadir de efectuar las requisas pero si las autoridades decidían realizarla debería operar la calidad de policía demostrable con el carné y el uniforme que se tenía en la parte trasera del vehículo, como aspectos que eventualmente llevarían a que no se efectuara.*

*Por consiguiente el Tribunal considera como cómplice a la acusada, en tanto estima que apenas contribuyó a la realización de la conducta antijurídica (...).*

Sobre la base de esa calificación jurídica, hizo las siguientes consideraciones sobre la tasación de la pena: (i) desestimó la circunstancia de mayor punibilidad asociada a la coparticipación, bajo el entendido de que ese aspecto ya había sido considerado al resolver sobre la complicidad; (ii) el Juzgado aplicó el “*rasero mínimo*”, lo que, por razonable, debe ser acogido por el Tribunal; (iii) el delito por el que se procede tiene asignada pena de prisión que oscila entre 256 y 360 meses; (iv) en virtud de la disminución punitiva consagrada en el artículo 30 para los casos de complicidad, esos límites punitivos deben disminuirse a 42 meses y 20 días y 180 meses de prisión, respectivamente; y (v) por tanto, a la procesada debe imponérsele el mínimo de la pena prevista por el legislador, esto es, 42 meses y 20 días.

Bajo la misma lógica calculó la pena de multa, la que redujo a 444.66 salarios mínimos legales mensuales.

El Tribunal acertó al establecer los extremos punitivos previstos en los artículos 376 y 384 del Código Penal, pues el primero establece la pena de prisión de 128 a 360 meses y el segundo precisa que “*el mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará*”, entre otros eventos, “*cuando la cantidad incautada sea superior a (...) cinco kilos de cocaína...*”.

Sin embargo, es evidente que se equivocó al interpretar el artículo 30 ídem, porque, como bien lo anota el impugnante, asumió que el extremo mínimo de la pena debe reducirse a una sexta parte, cuando la literalidad de la norma indica, sin lugar a dudas, que cuando la participación se hace a título de cómplice la pena debe reducirse “*de una sexta parte a la mitad*”.

El error del Tribunal es ostensible, al punto que basta con acudir al criterio de interpretación semántico para establecer que la voluntad del legislador se dirigió inequívocamente a disminuir la pena para el cómplice de una sexta parte a la mitad. Sin mayor esfuerzo se advierte que la palabra “*de*” indica el mínimo de la rebaja (una de cada seis unidades), y la palabra “*hasta*” hace alusión al máximo descuento posible (la mitad).

Esta norma debe complementarse con lo establecido en el artículo 60, numeral 5°, de la misma codificación, en el sentido de que “*si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica*”.

En consecuencia, los extremos punitivos son los siguientes: (i) el mínimo, 128 meses, equivalente a la mitad de 256; y (ii) el máximo, 300 meses, producto de restarle a 360 una sexta parte.

A la luz del criterio expuesto por los funcionarios de primera y segunda instancias, en virtud del cual debe optarse por el mínimo de la pena, se tiene que la sanción que debe imponerse es de 128 meses. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será por el mismo término, en atención a los parámetros tenidos en cuenta por el Juzgado y el Tribunal.

En síntesis, es evidente que el Tribunal violó directamente la ley sustancial, por la interpretación errada del artículo 30 del Código Penal, lo que dio lugar a que la pena que procedía legalmente fuera reducida en una proporción mucho más amplia que la dispuesta por el legislador.

A partir de la decisión tomada por el Tribunal, el 12 de diciembre de 2014 el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado decidió otorgar la libertad condicional de la procesada, bajo el argumento principal de que el tiempo de detención materializado hasta ese momento (753 días), aunado al tiempo redimido por trabajo (62.25 días), permitía concluir que había cumplido más de las tres quintas partes de la pena, lo que hacía operante el mencionado beneficio.

Una vez corregido el yerro del fallador de segundo grado, se hace evidente que la libertad condicional no procedía, porque el tiempo de detención, sumado al tiempo redimido por trabajo, era superior a las tres quintas partes solo si se tiene como referencia la pena que erradamente impuso el Tribunal (42 meses y 20 días), pero ese requisito objetivo está lejos de cumplirse si se tiene en cuenta la pena procedente según las disposiciones legales aplicables (128 meses).

Así, se tiene que el error del juzgador de segundo grado determinó una decisión abiertamente ilegal en lo que concierne a la libertad de la procesada, razón por la cual la Sala anulará el auto emitido el 12 de diciembre de 2014 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado y, en consecuencia, ordenará la privación de la libertad de la procesada, para lo que se emitirá la respectiva orden de captura.

De otro lado, debe aclararse que en este caso no procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria, por las razones expuestas en la sentencia de primera instancia, porque el extremo mínimo de la pena prevista para el delito por el que se emitió la condena es de 128 meses (según se indicó en párrafos precedentes, la pena prevista para el tipo básico es de 256 meses, que debe rebajarse hasta en la mitad en atención a que la procesada intervino a título de cómplice, tal y como lo declaró el Tribunal), que supera ampliamente el término establecido en los artículos 63 y 38 del Código Penal para la procedencia de los referidos beneficios, bien en atención a la pena prevista en abstracto por el legislador, ora si se considera la que debe aplicarse a la procesada (128 meses), según se indicó en los párrafos precedentes.

Aunque es evidente que el error de interpretación en que incurrió el Tribunal también afectó la pena de multa, lo que se tradujo en que la misma tuviera un monto significativamente inferior al previsto en la ley, la Corte no puede realizar de oficio la respectiva corrección, porque ello no fue alegado en la demanda e implicaría desmejorar la situación de la procesada. Lo anterior en atención al principio de limitación funcional que rige el trámite de impugnación.

En consecuencia, la Sala casará el fallo impugnado, en el sentido de declarar que las penas de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuestas a la procesada tienen un término de 128 meses. En los demás aspectos, el fallo impugnado se mantendrá incólume. Además, anulará el auto a través del cual se ordenó la libertad condicional de la procesada, por lo que ordenará su privación de la libertad y la emisión de la respectiva orden de captura. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP-227 del 14 de febrero de 2018, Rad. 45436, M.S. Dra. Patricia Salazar Cuéllar). <sup>[14]</sup>

## El principio de congruencia

*En la Ley 906 de 2004*

El artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos faculta a “*toda persona inculpada de delito*” a que se le comunique de manera “*previa y detallada*” la acusación. En términos similares lo hace el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Nuestro ordenamiento jurídico interno responde a tales parámetros internacionales al incluir esa garantía en el concepto que del debido proceso se consagra en los artículos 29 y 250 de la Constitución Política de 1991.

El artículo 250 de la Constitución Política prevé que el escrito de acusación debe comprender: (i) la descripción clara y precisa de aquellos hechos o comportamientos que fueron objeto de indagación e investigación (imputa-

ción fáctica) porque revestían las características de un delito, (ii) la calificación jurídica o *nomen iuris* que reciben tales supuestos fácticos (imputación jurídica) y (iii) la enunciación o listado de las evidencias o elementos materiales probatorios en que se fundan las imputaciones fácticas y jurídicas.

Tanto la precitada garantía como el mandato constitucional fueron replicados en los artículos 337 y 448 de la Ley 906 de 2004, a cuyo tenor literal se prevé:

Artículo 337: “*El escrito de acusación deberá contener*

(...)

*una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en*



*un lenguaje claro y comprensible*”

Y en el artículo 448 se consagra:

*“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*

Las transcritas normas consagran tanto la obligación que tiene la Fiscalía de precisar la premisa fáctica de la acusación y su calificación jurídica, como la consecuente imposibilidad que tiene el Juez de Conocimiento para proferir un fallo de condena *por hechos* (Artículo 448 de la Ley 906 de 2004) no incluidos en esta (acusación) y por comportamientos típicos, antijurídicos y culpables *por los cuales no se haya solicitado condena*.

Y de la interpretación sistemática de los artículos 250 de la Constitución Política, 337 y 448 de la Ley 906 de 2004 se puede establecer que el derecho-garantía que posee todo ciudadano a que el Estado le comunique de manera *“previa y detallada”* la acusación, es al tiempo un mandato-obligación dirigido a quienes ostentan la representación de éste en el proceso penal: la Fiscalía General de la Nación y el Juez de Conocimiento. Aquella está obligada acotar o determinar con precisión los límites de los hechos que fueron objeto de investigación por su relevancia jurídico-penal, mientras que éste no podrá soslayar esa frontera al momento de emitir el fallo o sentencia.

De otra forma dicho, los Juzgadores no pueden extralimitar su actuación más allá del marco jurídico y fáctico propuesto por la Fiscalía de manera pormenorizada, específica y definida, so pena de cercenar la correspondencia de los hechos y las normas jurídicas aplicadas a determinado caso (CSJ, SP 15 mayo 2008, radicado 25913).

La especial protección que el ordenamiento jurídico actualmente concede a esa garantía constitucional responde a que en un esquema procesal acusatorio el principio de congruencia se identifica con el derecho a la defensa, pero más aún con la acusación, toda vez que a ésta se la entiende como un acto de comunicación de parte del Estado hacia el ciudadano investigado en el cual se le dan conocer de manera clara, expresa y precisa tanto (i) los hechos que se le atribuyen, como (ii) su calificación jurídica, esto es, la adecuación de esos elementos fácticos a una o algunas determinada(s) modalidad(es) de conducta(s) que el legislador previamente estimó como jurídico-penalmente desaprobada(s) y, por ende, merecedora(s) de una sanción o pena; (iii) aunado a las evidencias o elementos materiales probatorios en los cuales se fundan tales imputaciones.

Y en esa lógica, es con base en el conocimiento que el imputado obtiene del acto complejo de la acusación (escrito de acusación y formulación de acusación en audiencia pública), que éste podrá optar entre: (a) aceptar los cargos que se le han formulado con miras a obtener una sustancial rebaja de la pena o (b) controvertirlos durante la fase de juicio ingresando evidencias en su favor o ejerciendo la contradicción de las que se aducen en su contra (CSJ, SP 25 abril 2007, radicado 26309).

Cualesquiera de esas dos alternativas pone en evidencia la identidad o la estrecha correlación entre el principio de congruencia de la sentencia con la acusación, puesto que si los extremos de la relación jurídico procesal se encuentran cabalmente delimitados (CSJ, SP 28 febrero de 2007, radicación 26087 y CSJ, SP 6 abril de 2006, radicación 24668: *«el principio de congruencia no se cercena cuando en el escrito de acusación los hechos y los delitos atribuidos bajo las distintas categorías dogmáticas establecidas por el legislador, guardan identidad sustancial con el fallo del Tribunal; cuya característica esencial se traduce en la vigencia del principio acusatorio, el cual significa que no puede existir condena sin imputación (fáctica-jurídica) o proceso sin acusación (nemo iudex sine accusatore).»*)

*Se concluye que el postulado de congruencia es de la esencia del debido proceso y un contundente mecanismo para efectivizar el derecho de defensa (técnico y material) al conformar la dupla en la que se hinca el sistema de derecho penal acusatorio: en su estructura y garantía; sin el primero no hay proceso y sin el segundo no hay defensa.*

(...)

*Se ha advertido que el sistema procesal penal colombiano optó por una imputación fáctica y una imputación jurídica, que debe ser latente desde el instante en que se formula la imputación, pues, como lo tiene señalado la ley, los extremos de la relación jurídico procesal deben estar cabalmente delimitados y, por ende, en conocimiento del imputado y su defensor”*) en esta (acusación), expresándose con claridad y precisión tanto la imputación fáctica como jurídica, aquel operará *“como una barrera en contra de la arbitrariedad y límite a las facultades que se otorgan a los administradores de justicia cuando deben resolver un asunto penal, al impedir que una persona pueda ser acusada por [ciertos] hechos y [determinados] delitos, y termine condenada”* por otros diferentes.

En efecto, cuando se hace una interpretación sistemática de los artículos 250 de la Constitución Política y 337 y 448 de la Ley 906 de 2004, se alude a que el ordenamiento jurídico exige verificar la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos) entre la acusación y la

sentencia. Conformidad que, como desde antaño ha dilucidado esta Sala, puede ser desconocida por los jueces de las siguientes formas:

1. Por acción:

a) *Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.*

b) *Cuando se condena por un delito que nunca se hizo mención fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, según el caso.*

c) *Cuando se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, según el caso, pero se deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad.*

2. Por omisión:

a) *Cuando en el fallo se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se hubiese reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso”*

En síntesis, la regla general establecida a nivel constitucional (art. 250) y legal (arts. 337 y 448 Ley 906/2004) impone que los jueces no pueden desconocer los límites señalados por la Fiscalía en la acusación dictando sentencia oficiosamente por fuera de ese marco, so pena de comprometer su imparcialidad al quebrantar el principio de separación categórica de funciones, el que por antonomasia describe el esquema acusatorio, toda vez que este involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas (CSJ, SP 6354-2015, radicación 44287).

Ahora bien, en manera alguna tal regla general pretende desconocer que en un esquema acusatorio como el implementado en Colombia con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, la acusación precede a la práctica de pruebas en el juicio oral y, por tanto, que en más de un evento es con la práctica probatoria que la imputación fáctica y, por ende, la jurídica plasmadas en aquella podrían sobrevenir como inadecuadas respecto a la reconstrucción de los hechos lograda en audiencia pública con la exhibición de elementos materiales probatorios y la práctica de testimonios. Para estos casos es que la jurisprudencia precisó cuáles han de ser las circunstancias excepcionales en que tal mutación o cambio puede operar sin socavar el principio de congruencia, y los derechos a la defensa y el debido proceso, los cuales son:

*“la doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos por el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación”* (En ese sentido CSJ SP, 27 jul. 2007, rad. 26468 de 2007; SP 3 jun. 2009, rad. 28649; AP 7 abr. 2011, rad. 35179; SP 24 jul. 2012, rad. 32879; SP6354-2015, rad. 44287)

Finalmente, huelga señalar que en la sentencia de casación del 25 de mayo de 2015, radicado 44287, a la cual alude el Tribunal y el casacionista, al referirse a la *“congruencia flexible”*, se hace la siguiente precisión:

*“cuando de manera excepcional el juez pretenda apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, es necesario que respete los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de una conducta punible de menor o igual entidad.*

(...)

*Es incuestionable que al mantener el núcleo esencial de la imputación fáctica se garantiza plenamente el ejercicio del derecho de defensa, pues esa es la base de la cual se deriva la calificación jurídica que, realmente, corresponde aplicar, y por ello, en cuanto se conserve el aspecto medular de los hechos, no es factible predicar la violación de la referida garantía, pues el acusado directamente o a través de su defensor ha tenido en tal caso la oportunidad de desvirtuarlos mediante la aportación de pruebas o de controvertir el alcance dado a los mismos a través de argumentaciones de carácter intelectual, comportando su adecuación jurídica una labor que únicamente cobra carácter definitivo en el respectivo fallo”*.

Reliévese del precitado pronunciamiento que aun tratándose de la *“congruencia flexible”* se exige salvaguardar la coherencia que ha de existir entre la imputación fáctica y la jurídica expuestas por la Fiscalía en la acusación respecto a la establecida por el juez en el fallo, pues de otra forma no podría predicarse *“que la defensa tuvo la oportunidad de controvertir”* la hipótesis delictiva que se le dio a conocer durante el curso del juicio oral; sino que habría de aceptarse que se le sorprendió con una nueva, generada en la sentencia. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP-606 del 11 de abril de 2018, Rad. 47680, M.S. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero). <sup>[14]</sup>

## Prescripción de la acción penal

*Procedencia*

1. De entrada, corresponde admitir que operó la prescripción de la acción penal, pero no por las razones que ellos expresan sino por los motivos que adelante se consignarán.

En efecto, en el primer cargo de cada una de las demandas, los libelistas argumentan que dicho fenómeno jurídico sobrevino como consecuencia del transcurso del término prescriptivo máximo previsto en la ley para la fase de juzgamiento de 10 años, y/o debido a que la acreditación de sucesivos errores de hecho en la valoración probatoria demostrarían que la cuantía por la que podrían haber sido condenadas sus representadas no sería superior a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Sin embargo, además que la Corte advierte que, actualmente, en el régimen procesal del 2000 -y en los que le antecedieron-, no es posible predicar, respecto de los delitos en los que el sujeto activo calificado es un servidor público, que la acción penal prescribe máximo en 10 años, ya que desde la sentencia CSJ SP, 21 oct. 2013, rad. 39611 reiterada en CSJ SP7135-2014 (rad. 35.113) (En esa oportunidad se dijo:

Además de las anteriores consideraciones, con la cuales queda claro que la acción penal para el caso objeto de estudio se encuentra vigente, la Corte además quiere resaltar que los términos de prescripción de la potestad punitiva del Estado en este asunto, son diferentes a los de la prescripción ordinaria, no solo por tratarse de una conducta delictiva gravemente atentatoria contra los derechos humanos, sino porque en su ejecución participaron miembros de la fuerza pública, circunstancia que impone el incremento en dicho término de conformidad con lo indicado en el inciso 6° del artículo 83 del Código Penal, ampliación que también se encontraba prevista en el artículo 82 del Código Penal de 1980, vigente para la época de comisión de los hechos, en una proporción de la tercera parte, sin que pudiera superar el término máximo fijado en el derogado artículo 80, el cual era de 20 años, regla que también establece el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

Así lo indicó esta Corporación en reciente decisión, precisando que la proporción de aumento de la tercera parte que estable el artículo 83 de la norma penal sustancial, no solo se aplica al mínimo, sino, una vez interrumpido el término de prescripción de acuerdo con el artículo 86, también se aplica al máximo de 10 años al que se refiere este último precepto. A dicha conclusión llegó la Sala luego de explorar los motivos que años atrás se habían acogido para aumentar el término mínimo de prescripción de la acción penal al servidor público que cometa delito. Veamos:

“Esta postura, no obstante, fue variada por la Corte a partir del fallo del 25 de agosto de 2004, en el cual sostuvo que el tope mínimo para calcular la prescripción de la acción penal en comportamientos cometidos por servidores públicos con ocasión del cargo no podía ser inferior a los seis (6) años y ocho (8) meses, es decir, a los cinco (5) años del inciso 2° del artículo 86 del Código Penal aumentados en una tercera parte en virtud del incremento que para esta clase de situaciones preveía el artículo 83 del Código Penal.

(...)

En el fallo del 25 de agosto de 2004, la Corte guardó silencio acerca de cómo debía interpretarse el tope máximo de diez (10) años de que trata el inciso 2° del artículo 86 de la Ley 600 de 2000. Sin embargo, del estudio de la providencia, la Sala encuentra que las mismas razones que justificaron el aumento del mínimo de los cinco (5) años a seis (6) años y ocho (8) meses en esa clase de comportamientos también sirven para el incremento del máximo de diez (10) años, ya sea a trece (13) años cuatro (4) meses o a quince (15) años”.

Es así que el incremento del término prescriptivo de la acción penal respecto de punibles cometidos por servidores públicos en ejercicio de su cargo o con ocasión del mismo, tiene su razón de ser en el mayor reproche social que merece la ilicitud de un funcionario estatal, de quien se espera un mayor compromiso con el orden jurídico en lugar del indebido aprovechamiento de la posición oficial que le ha sido confiada. Y como quiera que el infractor público puede hacer uso de su poder para evadir la acción de la justicia, al tiempo que la sociedad reclama con pleno vigor la sanción a esta clase de infracciones a la ley penal, se justifica otorgarle al aparato represor un plazo más amplio para la investigación y juzgamiento de tal tipo de conductas cometidas por agentes del Estado, pues la impunidad de las mismas genera severa inconformidad y desconfianza de los ciudadanos frente al sistema judicial.

Así lo consideró el legislador del año 2000, al aprobar el nuevo Código

Penal, Ley 599, acogiendo plenamente lo expuesto por la Corte Constitucional en su sentencia C-395 de 1995.

“La diferencia en el quantum de la pena, bien que se trate de un sujeto activo simple o de uno cualificado por su condición de empleado oficial, obedece, entre otras razones, a que el delito cometido por persona indeterminada reviste la misma gravedad y produce los mismos efectos independientemente de quien lo cometa. El delito perpetrado por un empleado público en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, en cambio, además de vulnerar determinados bienes jurídicos tutelados, lesiona los valores de la credibilidad y de la confianza públicas, lo cual justifica que la pena a imponer sea mayor. La mayor punibilidad para los delitos cometidos por servidores públicos -reflejada en las causales genéricas o específicas de agravación- responde a la necesidad de proteger más eficazmente a la sociedad del efecto corrosivo y demoledor que la delincuencia oficial tiene sobre la legitimidad de las instituciones públicas.

Como ha quedado expuesto anteriormente, la diferencia de trato entre empleados oficiales y particulares, en materia de prescripción de la acción penal, se justifica por la existencia de la potestad estatal para fijar la política criminal frente a determinados delitos, según su gravedad, complejidad, consecuencias y dificultades probatorias, sin que sea posible afirmar la vulneración del derecho a la igualdad”.

Como se observa, fue voluntad del legislador otorgar un trato diferenciado a los términos de prescripción de la acción penal para el servidor público y para el particular y por ese motivo, en esta oportunidad reitera la Sala que el aumento de la tercera parte, al que se refiere el inciso 6° del artículo 83 de la Ley 599, y antes, el artículo 82 del Código Penal de 1980, también debe aplicarse al máximo indicado para la fase del juicio, razón por la que el término de prescripción en esta etapa del proceso para el servidor público que cometa delito, es el extremo de 13 años y 4 meses, frente al de 10 años que es el propio para el punible cometido por un particular y de esa forma se hace palpable el trato diferenciado querido por el legislador, entre los términos de prescripción de la acción penal para el particular y para el servidor público.

El criterio fijado en la sentencia C-395 de 1995 fue reafirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-087 de 1997 en la que decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos del Decreto Ley 100 de 1980, entre ellos el 82, oportunidad en la cual nuevamente se indicó que un régimen de responsabilidad más severo para el servidor público que comete delito, no es contrario a la Carta Política:

“La Corte considera que esta disposición encaja dentro del criterio de exigir una mayor responsabilidad en el ejercicio de sus funciones por parte del empleado oficial, que sustenta el régimen de responsabilidad de todos los servidores oficiales, de conformidad con la preceptiva constitucional (artículos 6°, 89, 95, 209 de la Carta Política. Por tanto se declarará la exequibilidad del aparte acusado del artículo 82”.

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala de Casación Penal es claro que el término prescriptivo de la acción penal, debe incrementarse no solo en su extremo mínimo, sino también en su extremo máximo, cuando se trate de delitos cometidos por servidores públicos. En ese sentido la interpretación correcta de las normas citadas, lleva a la conclusión que el límite máximo de los 10 años previsto en el artículo 86 de la Ley 599 de 2000, solo opera para delitos cometidos por particulares, pues según lo explicado, cuando el infractor sea un servidor público, en ejercicio de su cargo o con ocasión del mismo, necesariamente se debe incrementar el término prescriptivo máximo en la tercera parte, se precisó que dicho lapso es de 13 años y 4 meses, lo que significaría -de acogerse la calificación jurídica del Tribunal- que aquella no habría prescrito desde la fecha en que cobró ejecutoria la decisión (23 de diciembre de 2004), también observa la Sala que, en el caso de la especie, no hay lugar a examinar si los vicios *in iudicando* denunciados por la defensa se estructuraron o no, porque producto de la violación de una garantía fundamental por parte del *ad quem*, concretamente, del principio de congruencia, se consolidó el fenómeno extintivo, como pasa a verse.

3. Por antonomasia la resolución de acusación es la que establece los límites fácticos y jurídicos en los que se desarrollará el juicio. Es por esto, que el principio de congruencia externa se predica entre la acusación y la sentencia.

Esto significa que el juzgador debe emitir fallo dentro de los límites de la acusación. No obstante, está autorizado para condenar por una conduc-



ta punible distinta a la endilgada en el pliego de cargos, siempre que el delito por el que se emite el juicio de reproche sea de menor entidad que el asignado en aquel y se respete el núcleo básico de la imputación fáctica.

Ahora, cuando sea del caso acusar por un *nomen iuris* más gravoso -con todas sus circunstancias- que el deducido en el pliego de cargos, el sistema de procesamiento penal de 2000, en su artículo 404, habilitó para el ente acusador la posibilidad de variar la calificación jurídica provisional, de tal suerte que la consonancia también involucra a dicha mutación realizada conforme a las previsiones de ley en la audiencia pública de juzgamiento, en tanto el fallo puede acoger cualquiera de las dos -acusación o variación- sin quebrantar el aludido postulado.

Pero, tendrá que entenderse vulnerada la debida consonancia entre la acusación y la sentencia cuando se profiere condena excediendo los límites de la acusación, *verbi gratia*, si la conducta se adecua por fuera del tipo básico teniendo en consideración una circunstancia calificante o de agravación no incluida en el pliego de cargos.

Al respecto, en decisión del 31 de enero del año en curso, la Corte razonó de la siguiente manera (CSJ SP044-2018 (50.105)):

(i) *Las circunstancias específicas de agravación en la resolución de acusación*

*El numeral 3° del artículo 398 de la Ley 600 de 2000 prevé que la resolución de acusación debe contener, además, «La calificación jurídica provisional», exigencia que se cumple con la determinación no solo del tipo básico o especial que se imputa, sino de las circunstancias genéricas y/o específicas de agravación. Obviamente, la concreción de los hechos que fundan la adecuación típica es otro presupuesto insoslayable, tal y como lo dispone el numeral 1° de la precitada disposición normativa.*

*Entonces, la omisión de una imputación jurídica y fáctica completa, vulnera el debido proceso de este acto que da inicio y define el objeto del juicio, pero también puede menoscabar el derecho a la defensa porque impide conocer en su exacta dimensión los cargos y los hechos respecto de los cuales habrá de ejercerse. De esa manera, la sentencia no podrá condenar por un delito o por una circunstancia de agravación cuya imputación se haya omitido en su aspecto fáctico o jurídico, so pena de infringir, a más de los anteriores derechos, el principio de congruencia.*

*Al respecto, ha sido abundante el desarrollo jurisprudencial en torno al principio de congruencia, concretamente, respecto de las circunstancias genéricas y específicas de agravación punitiva. El criterio de la Corte es el que sigue:*

*“El principio de congruencia entre la sentencia y resolución de acusación se expresa en la necesaria consonancia que debe existir entre estos dos actos procesales en los aspectos fáctico, jurídico y personal. Es decir, que debe haber identidad entre los hechos investigados objeto de la calificación, la trascendencia jurídica que se le ha dado en la acusación y a aquellos que son objeto de pronunciamiento en la sentencia, sin que se desconozca su núcleo esencial, sin que puedan ser modificados ni desbordados, so pena de que se vulneren las garantías fundamentales*

*de los procesados y de los demás intervinientes en el proceso penal.*

*Temática sobre la cual, la Sala tiene definido que independientemente del acto en que esté contenida la acusación, es decir, que esté representada en el trámite ordinario del proceso con la resolución calificatoria o que corresponda a la formulación de cargos para sentencia anticipada o haya sido adicionada o modificada a través de la variación de la calificación provisional en la etapa de juzgamiento, o incluso, en el sistema acusatorio esté representada por el allanamiento a la imputación, en un acuerdo o en el escrito de acusación, la sentencia que se profiera como conclusión del trámite debe guardar congruencia con la imputación fáctica y jurídica formulada, ya que esta constituye el marco conceptual, fáctico y jurídico que condensa la pretensión punitiva del Estado, y de igual manera, define para el procesado el ámbito de ejercicio del derecho de defensa y de contradicción, limitando de esta manera los aspectos que serán objeto del debate en el juicio y de decisión por parte del juez.*

*Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte ha definido que el procesado solo puede ser juzgado por las conductas definidas fáctica y jurídicamente en la resolución de acusación e incluso, ha reafirmado que para que las circunstancias específicas y genéricas de agravación punitiva puedan ser consideradas en la sentencia es necesario que previamente le hayan sido imputadas al inculpado tanto fáctica como jurídicamente en la acusación.*

*Solo de esta manera podrá cumplirse con la garantía al debido proceso y a un juicio público, expresadas mediante el conocimiento previo e inequívoco que tenga el procesado de los cargos que se formulan en su contra tanto por su contenido fáctico como jurídico. En consecuencia, la certeza sobre su contenido permitirá que correlativamente el acusado ejerza el derecho de defensa y a su vez, que el juez tenga definido el marco fáctico y jurídico dentro del cual podrá emitir el fallo que corresponda” (CSJ SP, rad, 28 jul 2006, rad. 25648).*

*En decisión más reciente, en el mismo sentido esta Sala manifestó:*

*“De cara a la anterior constatación resulta oportuno reiterar la doctrina de esta Corporación según la cual el principio o garantía de congruencia entre sentencia y acusación, constituye base esencial del debido proceso, pues el pliego de cargos se erige en marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre la cual se soportará el juicio y el fallo, garantía que se refleja en el derecho de defensa ya que el procesado no puede ser sorprendido con circunstancias que no haya tenido la oportunidad de conocer y menos de controvertir, amén de que con base en la acusación obtiene la confianza de que, en el peor de los eventos, no recibirá un fallo de responsabilidad por aspectos no previstos en esa resolución.*

*(...)*

*En tratándose de circunstancias específicas de agravación de una determinada conducta punible, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en que es imprescindible que en la actuación se encuentren debidamente demostradas, y que su atribución en el pliego de car-*

*gos esté precedida de la necesaria motivación y valoración jurídico-probatoria, toda vez que como elementos integrantes del tipo básico en particular, requieren de las mismas exigencias de concreción y claridad, con el fin de que el procesado no albergue duda frente al cargo que enfrentará en el juicio o respecto de consecuencias punitivas en los eventos en que decide voluntariamente aceptar responsabilidad con miras a una sentencia anticipada, pues aquellas delimitan en cada caso concreto los extremos mínimo y máximo de la sanción a imponer». (CSJ SP, 18 dic 2013 rad. 41734).*

*En conclusión, la inclusión de una causal de agravación punitiva por parte de los falladores, que no fue enrostrada fáctica y/o jurídicamente al procesado en la resolución de acusación o en la variación que de ella se hiciera una vez finalizado el debate probatorio en la etapa de juzgamiento, atenta contra las garantías del procesado, entre ellas, el derecho de conocer de manera previa el aspecto fáctico y jurídico de lo que se le acusa.*

Ahora, en este punto, se impone recordar que, lo ideal es que la enunciación de la cuestión jurídica esté descrita en el acápite resolutorio de la decisión calificatoria, pero, lo verdaderamente relevante es que todas las circunstancias agravantes o calificantes, que impliquen un incremento de pena, hagan parte de la imputación fáctica y aparezcan jurídicamente identificadas a lo largo de la acusación.

Por eso, en reiteradas oportunidades, la Corte se ha ocupado de reiterar que, ningún vicio relevante comporta que el ente acusador omita plasmar en la parte resolutoria del pliego calificadorio la calificación jurídica completa de la conducta atribuida, siempre que, se insiste, esté claramente delimitada en las consideraciones de la providencia, dado el pleno efecto vinculante de la parte motiva de la acusación, pues, precisamente, lo que se debe garantizar es que el procesado conozca, con claridad, cuáles son los hechos y el cargo que se le imputa, a efecto de que pueda ejercer a plenitud el derecho de defensa (CSJ SP, 17 nov. 2011, rad. 36650, CSJ AP, 10 oct. 2012, rad. 36.311, CSJ SP16951-2016, rad. 49101 (en igual sentido consultar: CSJ AP, 17 oct. 2012, rad. 39.562; CSJ AP, 13 sep. 2011, rad. 37125; CSJ AP6938-2015 (46934)).

4. Descendiendo al caso de la especie, se tiene que, si bien el juez plural adecuó el comportamiento delictivo de las procesadas en el reato de peculado por apropiación, con la circunstancia de agravación descrita en el inciso 2° del artículo 397 del Código Penal, en atención a que el monto de lo apropiado (\$205.317.190) es superior a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2003, es lo cierto que la verificación exhaustiva de la resolución de acusación, en sus partes considerativa y resolutoria, permite evidenciar que, en segmento alguno de la decisión se hizo mención al referido agravante.

En verdad, aunque en varios fragmentos del proveído se afirma que las acusadas incurrieron en el delito de peculado por apropiación a favor propio y de terceros y, con apoyo en el último de los dictámenes periciales contables rendidos, se señaló el monto del presunto apoderamiento -\$726.792.224-, jamás se aludió a la mentada circunstancia de agravación y, por ende, no se

indicó cuál era la consecuencia jurídica de la infracción endilgada, ya que no se consignó ningún acápite que definiera la calificación jurídica provisional, incumpliendo de paso con la obligación descrita en el numeral 3° del artículo 398 de la Ley 600 de 2000. Tampoco se indicó la norma del Código Penal que regulaba la conducta investigada y mucho menos se hizo expreso señalamiento del incremento punitivo que conllevaba la apropiación de la mencionada suma.

Nótese como, además que el segmento resolutivo del pliego de cargos fue del siguiente tenor: “*Primero. Acusar a las procesadas, en calidad de coautoras del delito de Peculado por Apropiación a favor Propio y de Tercero*”, a lo largo de la providencia, más allá de la necesaria valoración del plexo probatorio y de afirmaciones en las que se repetía dicha expresión o se aseguraba probado que las sindicadas no legalizaron o soportaron el mentado faltante, no se esgrimió argumento alguno a partir del cual se pudiera inferir con claridad que la calificación jurídica del delito contra la administración pública involucró un aumento de pena respecto de la conducta base, de hasta en la mitad.

Del mismo modo, al escuchar los registros magnetofónicos de la audiencia de juzgamiento se constata que el ente acusador no hizo uso de la figura de la variación de la calificación jurídica, prevista en el artículo 404 *ejusdem* (Pues, a lo sumo, además de solicitar la condena por el delito de peculado por apropiación a favor propio y de terceros, lo único que agregó fue la petición subsidiaria de declarar responsable a las acusadas por el reato de peculado por aplicación oficial diferente, cuestión esta que fue descartada en el fallo de segunda instancia por considerarla lesiva del principio de congruencia, habida cuenta que no fue endilgada así en el pliego de cargos), e igualmente, la lectura de las indagatorias y de sus ampliaciones, permite establecer que, nunca le fue puesto de presente a las procesadas que la acusación no solo iría a versar frente al delito de peculado por apropiación simple sino en su modalidad agravada por la cuantía -superior a 200 s.m.l.m.v.-

Pese a lo anterior, el Tribunal, al revocar la sentencia absolutoria de primer nivel, luego de referirse a la tipicidad de la conducta de peculado por apropiación, en el acápite de la punibilidad hizo las siguientes reflexiones:

*El delito de peculado por apropiación, consagrado en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, tiene fijadas penas principales de 6 a 15 años de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado, al igual que contempla en el inciso 2° una circunstancia modificadora del tipo básico, en cuanto a la pena que se supedita a la cuantía de lo apropiado e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, estableciendo el legislador lo siguiente: “si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

*Pena de prisión. Para el año 2003 el salario mínimo se fijó en \$332.000, por lo tanto el tope aludido ascendía a \$66.400.000 y la cuantía de lo apropiado en este caso, supera ese límite, siendo así, la pena se aumenta hasta en la mitad en el máximo, conforme al artículo 60-2 del C.P., quedando los extremos punitivos de 6 a 22 años y 6 meses (o sea 72 a 270 meses) de prisión, la multa que no puede exceder de \$50.000 smlmv, sea decir de \$16.600.000.000.*

Enseguida, se situó en el primer cuarto de movilidad -entre 72 y 121.5 meses de prisión y la tasó en 100 meses.

Claramente, para deducir la circunstancia de agravación, consagrada en el inciso 2° del canon 397 del Estatuto Sustantivo, el juez colegiado no acudió, como le correspondía, al referente o límite de la acusación, esto es, a la calificación jurídica demarcada en ese proveído, sino al valor de la cuantía de lo apropiado, que en efecto es superior a 200 s.m.l.m.v., pero que no le podía ser endilgado a las implicadas en el fallo, porque no fue imputado en la acusación.

Como consecuencia de lo anterior, hasta aquí cabe decir que, para restablecer las garantías conculcadas a las personas procesadas se impone reconocer la violación directa de la ley sustancial, en el sentido de aplicación indebida del inciso 2° del artículo 397 de la Ley 599 de 2000 por parte del Tribunal, a efecto de excluir la circunstancia de agravación específica allí consignada del juicio de reproche.

Ahora bien, resultado de esta declaración se debe convenir en que la acusación procedía únicamente por el delito de peculado por apropiación de que trata el primer inciso del aludido canon 397, precepto que establece para el autor, coautor o determinador, una pena principal de prisión de 6 a 15 años.

Según lo prevén los artículos 83 y 86 del Código Penal, la acción penal prescribe en el mismo término que el máximo punitivo establecido para cada delito, eso sí, mínimo en cinco (5) años durante la instrucción, salvo que se haya calificado el mérito del sumario con resolución de acusación, pues a partir del momento en que esta cobra ejecutoria, se interrumpe el término prescriptivo y corre otro, por la mitad del inicial, el cual en todo caso, tampoco puede ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10) años.

Tratándose de servidores públicos que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, sean autores o partícipes, el inciso 6° del artículo 83 *ejusdem* -sin la modificación del canon 14 de la Ley 1474 de 2011 (Que establece un incremento de la mitad) - prevé un incremento en el lapso de prescripción de una tercera parte, lo que implica que, en estos eventos, la figura jurídica opera como mínimo en seis (6) años y ocho (8) meses y máximo en trece (13) años y cuatro (4) meses.

Esto significa, a voces del artículo 86 *ibidem*, que durante la fase de juzgamiento, en principio, el Estado contaba con un término máximo de prescripción de siete (7) años y seis (6) meses, lapso que, sin embargo, debe incrementarse, entonces, en una tercera parte -dos (2) años y seis (6) meses-, dada la calidad de servidoras públicas de las inculpadas, arrojando un período máximo de diez (10) años, que se cumplieron el 23 de diciembre de 2014 -porque la resolución de acusación cobró ejecutoria el 23 de diciembre de 2004-, cuando aún no se había emitido el fallo de segunda instancia.

Corolario de lo anterior, se casará oficiosamente la sentencia impugnada, a efecto de declarar la nulidad de lo actuado a partir del 24 de diciembre de 2014 y, por ende, de la referida decisión.

En consecuencia, igualmente, se dispondrá la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal a favor de las procesadas, respecto del delito de peculado por apropiación, descrito en el inciso 1° del artículo 397 de la Ley 599 de 2000. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP-278 del 14 de febrero de 2018, Rad. 47216, M.S. Dr. Eyder Patiño Cabrera). <sup>[14]</sup>

## Prevaricato por omisión

### Estructura dogmática

El delito de prevaricato por omisión se encuentra tipificado en el artículo 414 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

“El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses”.

La Corte, en la decisión CSJ AP5262-2016, realizó un análisis juicioso de la estructura dogmática de este delito, oportunidad en la que se señaló lo siguiente:

“a) El sujeto activo debe ser un servidor público en cualquiera de sus diversas modalidades (miembro de una corporación pública, empleado o trabajador del Estado y de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, miembro de la fuerza pública, particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, funcionario o trabajador del Banco de la República, integrante de la Comisión Nacional Ciudadana

para la lucha contra la corrupción, o quien administre los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política), ya que se trata de uno de los denominados por la doctrina y la jurisprudencia como delitos especiales, en los cuales sólo puede ser autor de la conducta típica quien cumpla las condiciones especiales previstas en la norma.

b) Es un delito de omisión propia, es decir de mera conducta o actividad, lo cual significa que el comportamiento típico se realiza con la sola acción omisiva, o con la simple infracción del deber de actuar, sin exigir la causación de un resultado específico separable de ella.

El delito de omisión se traduce siempre en la negación de una acción que el sujeto está obligado a realizar, o en el incumplimiento de un deber jurídico que le ha sido impuesto, y en tales condiciones, la omisión no existe per se, sino sólo en la medida que preexista un mandato que obliga a una determinada acción, en otros términos, debe suscitarse dentro de la órbita funcional del sujeto.

c) Se trata de un tipo penal de conducta alternativa susceptible de ejecutar mediante uno de los verbos rectores en él contenidos, esto es, omitir,



retardar, rehusar o negar algún acto comprendido dentro de las funciones que debe realizar el funcionario, bastando, en consecuencia, para que la conducta típica se entienda ejecutada, la constatación material de una cualquiera de ellas, con independencia de las otras.

d) Es un tipo penal en blanco, en el cual el supuesto de hecho que contiene la conducta que la normatividad ordena o prohíbe, aparece consagrado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal, que debe preexistir al momento de la realización de ésta y a la cual se debe acudir para darle contenido al precepto.

Así las cosas, para la realización del juicio de tipicidad en el delito de prevaricato por omisión, es condición necesaria establecer la norma extrapenal que asigna al sujeto activo la función que omitió, rehusó, retardó o denegó, y/o el plazo para hacerlo, al igual que su preexistencia al momento de la realización de la conducta, con el fin de poder constatar el cumplimiento del tipo penal objetivo (“C.S.J., Segunda Instancia 22639, sentencia de 27 de octubre de 2004; Única Instancia 27695, auto de 26 de septiembre de 2007; Segunda Instancia 28428, sentencia de 17 de septiembre de 2008, entre otras.”).

e) El bien jurídico protegido lo constituye la administración pública, ya que cuando el funcionario público incumple un acto propio de sus funciones, no solamente infringe el deber de servicio y el compromiso de lealtad, sino que perturba el correcto funcionamiento de la administración pública y frustra las expectativas que tienen los administrados, afectando su legitimidad y la confianza en sus instituciones.

f) De otra parte, atendiendo a su estructura subjetiva, se clasifica como un tipo penal esencialmente doloso, exigencia que entraña la confluencia de sus dos componentes, el cognitivo, que exige que quien realiza la conducta tenga conciencia de que es objetivamente típica, y el volitivo, que comporta querer realizarla, lo cual implica que el servidor público debe saber que la ley le impone la obligación de actuar, y no obstante ello, decide voluntariamente no hacerlo, o negarse a realizarlo, o tardíamente, con conciencia de que desatiende el deber funcional asignado legalmente y que su conducta es objetivamente típica.»

Interesa en este aparte, el entendimiento que la Corte de tiempo atrás le ha otorgado a sus distintas modalidades (CSJ AP, 19 jun. 1984) (Criterio reiterado en las decisiones CSJ SP, 3 jul. 2013, rad. 38005; CSJ SP 5 oct. 2011, rad. 30592, CSJ SP11235-2015, entre muchas otras):

“La omisión y el retardo no son fenómenos idénticos, aunque todo retardo supone una omisión; cuando ocurre aquélla, el sujeto no hizo lo que podía y debía hacer; cuando esto acontece, el sujeto dejó de hacer lo que

jurídicamente debió realizar en un momento o período dados, aunque lo hizo o pueda válidamente hacerlo con posterioridad, más allá de los límites temporales que le habían sido trazados; en la omisión el actor no cumplió definitivamente con su deber de acción, en el retardo no ejecutó el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realizó más tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente. La omisión propiamente dicha se produce y agota en el momento mismo en que el sujeto incumplió su deber de actuar; el retardo, en cambio, comienza al expirar el término dentro del cual debió actuar y perdura mientras no cumpla con su obligación de realizar la acción esperada”.

Ahora bien, el Tribunal de Casación en la providencia CSJ, AP875-2016, rad. 46664, analizó la tipificación del delito de prevaricato por omisión, frente al vencimiento del término previsto en el artículo 175 de la Ley 906 de 2004, por lo que, por su pertinencia para el caso que ahora se examina, a continuación se transcribirán los apartes pertinentes:

“Pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia tienen decantado que el mencionado tipo penal se configura, cuando se conjuga alguno de los verbos rectores reseñados con el deliberado propósito de apartarse de la ley.

También resulta claro, que los términos procesales hacen parte de la garantía fundamental del debido proceso estipulada por el artículo 29 de la Carta Política, ya que las actuaciones penales deben adelantarse dentro de un plazo razonable que materialice los principios de celeridad y seguridad jurídica debidos a las partes y evite eventuales abusos en el ejercicio del ius puniendi originados en investigaciones cuyos términos se prolongan excesivamente o se convierten de carácter indefinido.

Sin embargo, el simple agotamiento del límite cronológico previsto en la ley para la ejecución de un determinado acto procesal, no constituye el delito de prevaricato por omisión, como parece entenderlo la Directora Seccional de Fiscalías de Pereira al disponer esta indagación penal, ya que lo sancionado por la norma es el “omitir, retardar, rehusar o denegar un acto propio de sus funciones”, sin justificación alguna, es decir, con el deliberado propósito de apartarse de la ley.

En tal sentido, la Corte Constitucional ha señalado cómo “el mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión” (CC C -604/95). (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP-1034 del 11 de abril de 2018, Rad. 52026, M.S. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero). ㉔

## Estructura del juicio de adecuación típica

### Porte de estupefacientes

Partiendo del discurso constitucional sobre el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad general de acción -expresado en el libre desarrollo de la personalidad (art. 16)-, articulado con la función de protección de bienes jurídicos asignada al derecho penal, la jurisprudencia penal (cfr. CSJ SP 15 sep. 2004, rad. 21.064 y CSJ SP 17 ago. 2011, rad. 35.978, entre otras) abordó *inicialmente* la problemática de la punibilidad del porte de estupefacientes para consumo personal, cuando se superaba en mínimas cantidades el tope legal establecido para *dosis personal*, para dar una respuesta desde la perspectiva de la antijuridicidad material (CSJ SP 8 jul. 2009, rad. 31.531).

En esa línea de pensamiento, a la luz del art. 11 del C.P., la necesidad de punición decae, por ausencia de lesividad, cuando la conducta resulta inidónea para afectar la salud pública, en tanto bien jurídico colectivo. Si el comportamiento no trasciende la órbita personal del sujeto activo, habrá de estimarse carente de dañosidad social y, por consiguiente, no puede predicarse su antijuridicidad (Dicha postura, desde la perspectiva dogmática, fue modificada por la Sala para adoptar la solución de ausencia de responsabilidad por *atipicidad* de la conducta. (Cfr. CSJ SP 6 abr. 2016, rad. 43.512).

Sin embargo, a la luz del art. 49 inc. 6° y 7° de

la Constitución -modificado por el Acto Legislativo N° 02 de 2009-, desde la óptica del *tipo de injusto*, se produjo una evolución jurisprudencial en la comprensión del asunto. Hoy en día, es criterio consolidado, lo trascendental para justificar la punición del porte de estupefacientes es su *destinación*, más allá de criterios cuantitativos que inicialmente hicieron parte de la definición del concepto de dosis personal. Así, independiente de la cantidad (art. 2° de la Ley 30 de 1986), si el *propósito específico* del sujeto activo es el de portar o tener drogas para su *propio* consumo, su comportamiento deviene atípico, máxime si se trata de una persona en estado de adicción. Empero, si la intención concreta va más allá de la órbita personal del consumidor -al margen de que sea adicto o no-, y el porte va unido a la intención de comercializar, traficar, suministrar o distribuir los narcóticos, el comportamiento se torna punible por *interferir* en derechos individuales y colectivos que conforman el bien jurídico *supra-individual* salud pública.

Parecería paradójico que, en sede de *tipicidad*, tuviera lugar un análisis atinente al menoscabo del bien jurídico, por ser aquél un examen que, *en línea de principio*, es característico de la antijuridicidad. Empero, cimentándose el injusto típico en el desvalor de resultado y, por ende, en el principio de lesividad, para nada contradictorio

se ofrece que la afectación del interés jurídico protegido por la norma funcione como un criterio de interpretación *anticipado* en el proceso de *adecuación típica*, máxime que, en la temática concernida, el *propósito* del porte de tales sustancias es determinante para valorar la relevancia penal de esa conducta.

Tal constelación es una muestra de que el proceso de adecuación típica comporta una doble valoración: el juicio de correspondencia comparativa (homogeneidad) entre la conducta y el tipo, más un juicio adicional de verificación sobre la idoneidad de esa conducta típica para afectar el bien jurídico tutelado por la norma (Fernández, Gonzalo. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Montevideo: B de F, 2004, p. 160). Hay circunstancias de atribución al *tipo* que, de entrada, hacen decaer la afirmación de la punibilidad, como la *insignificancia* de la conducta o su *adecuación social*. Si un comportamiento es socialmente adecuado, sin más, ha de entenderse atípico (Cfr. *ibidem*, pp. 162-170). Por ejemplo, si el consumo de estupefacientes no puede ser sancionado, por ser manifestación de la libertad general de acción, el porte de drogas destinado para el propio consumo mal podría estimarse tipificado en la ley penal.

En esa dirección, la Sala expresó (CSJ SP3605-2017, rad. 43.725):

Y tras destacar que con anterioridad la Corporación, cuando se superaba la cantidad establecida como de uso personal, había resuelto los asuntos en sede de antijuridicidad en relación con el daño potencial o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos como la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social (CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409; CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 42617, entre otros), se puntualizó que *ahora tales eventos han de ser desarrollados dogmáticamente en los terrenos de la tipicidad*, porque con la modificación hecha a través del Acto Legislativo 02 de 2009, *el ánimo de ingesta de las sustancias se constituye en ingrediente subjetivo o finalidad del tipo, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo ha de considerarse como una conducta atípica*.

Así, se concluyó que:

*...En otras palabras, como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo.*

*Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, mutatis mutandi, cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes sin que dependa de la cantidad de la droga que les sea hallada.*

[...]

*Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.*

En la misma línea, la Corte ha clarificado que incluso tratándose de consumidores o adictos *siempre se debe analizar si la finalidad de la posesión o tenencia del alcaloide era para su consumo personal*, porque puede suceder que la cantidad supere exageradamente la requerida por el consumidor, o la intención sea sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal, casos en los cuales la conducta del consumidor, concurrente con esas otras finalidades, lo convierte en un infractor penal.

En posterior decisión, luego de repasar históricamente el recorrido jurisprudencial en el tratamiento del tema tanto en la jurisprudencia constitucional como especializada, la Sala concretó la evolución dogmática del asunto, para determinar que el referente más adecuado para analizar la problemática penal del consumo personal de drogas y del porte destinado a ese simple propósito, es el de la tipicidad objetiva, en la identificación de un ingrediente subjetivo del tipo. A ese respecto, se lee en la CSJ SP9916-2017, rad. 44.997:

En este sentido, cobra importancia la orientación que frente al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha dado la Sala en las sentencias CSJ SP-2940 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131 6 abr. 2016, rad.

43512 y CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725, en el sentido de considerar el ánimo -de consumo propio o de distribución- del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición.

Con ello, la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como *elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto* (Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal -Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 517; Günter Stratenwerth, *Derecho Penal-Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 171; Edmund Mezger, *Derecho Penal-Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 135), que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

[...]

En todo caso, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.

De esa manera, en relación con el delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector *llevar consigo* remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o *telos* de la norma.

Ahora bien, ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaqueo o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador.

Y ese dolo específico, valga destacar -no obstante tratarse del análisis de un cargo por la vía de la violación directa de la ley sustancial-, ha de ser acreditado por la Fiscalía, como quiera que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible. (Cfr. *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP-732 del 14 de marzo de 2018, Rad. 46.848, M.S. Dra. Patricia Salazar Cuéllar*). ㉔

## Homicidio en persona protegida

*Referencia a la población civil*

El artículo 135 del Código Penal define el delito de *Homicidio en persona protegida*, ubicado dentro del Título II del Libro Primero del Código Penal, dedicado a los Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, de conformidad con el cual incurre en dicha conducta todo aquel que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, de muerte a una persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados con Colombia, agregando que se entiende por personas protegidas, entre otros, los integrantes de la población civil.

El artículo 50.1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra establece que:

*[E]s persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4º, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo.*

Por su parte, el artículo 13 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, en lo que respecta a la protección a la población civil, establece que:

*1.- La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes:*

*2.- No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.*

*3.- Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.*

A su vez, el artículo 51 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, prevé:

*1.- La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, además de las otras normas aplicables de derecho internacional, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.*

*2.- No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.*

*3.- Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.*

En esta perspectiva, bien puede sostenerse que aunque la muerte violenta del menor se produjo en el marco del conflicto armado, puesto que los



soldados hacían parte de una misión militar implementada a efectos de neutralizar acciones extorsivas, es evidente que el menor fallecido hacía parte de la población civil, no pertenecía de manera ocasional o permanente a esa organización criminal y, por lo tanto, gozaba de esa protección dispensada por el Derecho Internacional Humanitario, puesto que además se demostró que no participaba de hostilidad alguna en contra de la tropa militar.

No es posible, entonces, admitir que los procesados hayan incurrido en un error sobre los elementos objetivos del tipo penal, cuando todo su accionar estuvo dirigido a efectuar un ataque injustificado sobre una persona civil, sin que en ese propósito se presentara alguna discordancia entre lo que se representaron y lo realmente ocurrido. Por lo tanto, no se vislumbra la presencia de algún error sobre el objeto de la acción, sobre el nexo de causalidad y el resultado, que permita eliminar el dolo y, con ello, la tipicidad en la conducta realizada por los acusados.

Igualmente, ligado a lo anterior, debe decirse que también resulta impensable que los procesados hayan actuado en ejercicio de una causal de justificación, que pudiera excluir la antijuridicidad de la conducta o, de acuerdo al criterio dogmático que se quiera adoptar, su misma tipicidad.

Desde la versión que entregaron los procesados sobre lo sucedido, se podría plantear la hipótesis de ausencia de responsabilidad de la conducta punible por el estricto cumplimiento de un deber legal (artículo 32-3 del Código Penal), si se entendiera el imperativo preponderante de los miem-

bros del Ejército Nacional de responder a la agresión en el marco de una confrontación armada.

Sin embargo, ese deber jurídico se diluye cuando confrontada con la prueba aducida, la actuación desplegada por los soldados respondió a unos propósitos muy distintos al cumplimiento de un mandato legal o constitucional. El ataque del que, según manifestaron, fueron víctimas, en realidad no existió, como quedó ya precisado, con lo que queda sin sustento alguno la posibilidad de acudir a esta forma de exclusión de la responsabilidad penal, en tanto la respuesta armada careció de fundamentación.

Ahora bien, tampoco podría ser de recibo la presencia de un error indirecto de prohibición sobre la concurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho, que recayera sobre la potencial comprensión de la antijuridicidad de la conducta de los militares enjuiciados (artículo 32 - 11 del Código Penal), referido a que pudieron asumir de manera equivocada que eran objeto de un ataque y que por lo tanto encontraron justificada su reacción con el resultado lesivo conocido.

Ningún elemento de prueba avala una posición en ese sentido y, por el contrario, en las condiciones que se presentaron los hechos no podía ser ni siquiera previsible que los soldados podían ser objeto de un ataque armado que les hiciera creer en la necesidad de una respuesta legítima en cumplimiento de sus deberes legales. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP-1111 del 11 de abril de 2018, Rad. 42589, M.S. Dra. Patricia Salazar Cuéllar). <sup>[14]</sup>

## Acuerdos de condiciones laborales temporales especiales

*Celebrados en virtud de procesos de reestructuración empresarial. Extensión*

Para resolver los cargos que formula el impugnante es suficiente con indicar, que ya la Corte en decisiones anteriores en los que ha fungido como demandada la misma fundación que hoy ostenta esa calidad, y en donde la controversia es igual a la que es objeto de estudio en esta oportunidad, tiene fijado su criterio que ahora reitera, en el sentido de que los convenios temporales en los que se establecen condiciones laborales especiales celebrados en virtud de la Ley 550 de 1999, suscritos en vigencia del Decreto 63 de 2002, con un sindicato mayoritario, obligan únicamente a los afiliados a la organización sindical, a menos que esta obtenga la representación de las otras organizaciones o de los trabajadores no sindicalizados.

Es así como en la sentencia proferida por esta Corporación CSJ SL 4109-2014, en la que se reiteró otras en la misma dirección, entre ellas la CSJ SL 995 - 2014, la CSJ SL810- 2013 y CSJ SL 915- 2013, se dijo lo siguiente:

*En primer lugar, resulta pertinente recordar que la finalidad de la Ley 550 de 1999 fue la de crear mecanismos que evitaran la masiva liquidación de empresas y, por el contrario, permitieran su intervención económica, recuperación y reactivación financiera. En desarrollo de tal propósito, se concibieron los denominados acuerdos de reestructuración, cuya puesta en práctica permitía que las empresas y sus acreedores negociaran las condiciones (prelación, plazos, montos, etc.) en que serían cubiertas las obligaciones pendientes, dentro de estas, las relativas a los derechos laborales.*

*En este sentido, el artículo 42 de la Ley 550 de 1999 reguló lo atinente a la “concertación de condiciones Laborales temporales especiales”, con la posibilidad de que, dentro de los acuerdos de reestructuración, se incluyan convenios temporales que posibilitaran la suspensión de prerrogativas laborales, aunque sin perjuicio de los derechos mínimos contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo.*

*Su tenor literal establece:*

*Artículo 42. Concertación de condiciones laborales temporales especiales. ‘Aparte tachado inexecutable’ Los acuerdos de reestructuración podrán incluir convenios temporales, concertados directamente entre el empresario y el sindicato que legalmente pueda representar a sus*

*trabajadores, que tengan por objeto la suspensión total o parcial de cualquier prerrogativa económica que exceda del mínimo legal correspondiente a las normas del Código Sustantivo del Trabajo. Tales convenios tendrán la duración que se pacte en el acuerdo, sin exceder el plazo del mismo y se aplicarán de preferencia, a las convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos, contratos individuales de trabajo vigentes, o laudos arbitrales.*

*La ejecución de los convenios deberá ser previamente autorizada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyo pronunciamiento deberá producirse dentro del mes siguiente a la fecha de presentación de la respectiva solicitud. En ausencia de sindicato, si se llega a un mismo convenio con un número plural de trabajadores igual o superior a las dos terceras partes del total de los trabajadores de la empresa, sus términos se extenderán también a los demás trabajadores de la misma.*

*El incumplimiento a lo dispuesto en los convenios a que se refiere el presente artículo, podrá dar lugar a la terminación del acuerdo, en la forma y con las consecuencias previstas en esta ley. (Texto tachado fue declarado inexecutable).*

*Al estudiar la exequibilidad del precitado artículo, la H. Corte Constitucional en Sentencia C-1319 de 2000 concluyó que no resultaba contrario a la Carta Política la inclusión de convenios temporales que suspendieran o redujeran temporalmente beneficios laborales aunque los mismos hubiesen sido reconocidos en convenciones colectivas. No obstante, en relación con la representación sindical, afirmó que el convenio de condiciones laborales especiales debía concertarse con el sindicato que legalmente representara los intereses de los trabajadores y atendiendo la normatividad que sobre esa materia se encontraba vigente para el momento.*

*En atención a lo anterior, es necesario entonces, entrar a definir el conjunto de normas relativas a la representación sindical que en el sub examine resultan aplicables. Para ello debe tenerse en cuenta el momento para el cual se celebró el convenio, con el fin de determinar, si se*

*adelantó en vigencia del artículo 357 del C.S.T., -subrogado por el artículo 26 D.L 2351/1965- y antes de que comenzara a regir el D. 63 del 2002 (reglamentario del artículo 42 de la Ley 550 de 1999), o si, por el contrario, se efectuó con posterioridad a dicha reglamentación.*

*Al revisar el plenario, se encontró que no es objeto de discusión y, por el contrario, fue aceptado en la contestación de la demanda inicial que el 18 de diciembre de 2002 se suscribió entre la Fundación y Organización Sindical mayoritaria, el Convenio de Condiciones Laborales Temporales Especiales, aprobado por el Ministerio del Trabajo. Se sigue, por tanto, que el Convenio, cuyo campo de aplicación está en discusión, se celebró en vigencia del Decreto 63 del 2002 (reglamentario del artículo 42 de la Ley 550 de 1999), esto es con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial N° 44.686, el 24 de enero de 2002.*

*Ahora bien, el artículo 6° del Decreto en mención, definió expresamente la representación de los trabajadores para la concertación de condiciones laborales temporales dentro de los acuerdos de reestructuración. A continuación se transcribe su tenor literal:*

*Artículo 6°. Representación de los trabajadores. La representación de los trabajadores sindicalizados corresponderá al sindicato al cual estos pertenezcan.*

*En el evento de que exista más de una organización sindical, la representación de los trabajadores corresponderá a cada uno de los sindicatos, sin perjuicio de que estos, de común acuerdo, decidan que solo uno de ellos los represente.*

*Cuando existan trabajadores no sindicalizados, el convenio laboral temporal especial será sometido a consideración de cada uno de ellos, quienes en forma individual podrán adoptarlo.*

*Se extrae por ende que, en el evento en que coexistan varios sindicatos, al concertar condiciones laborales especiales en desarrollo de un acuerdo de reestructuración, la representación corresponde a cada uno de ellos, con independencia de que exista una organización mayoritaria. Lo anterior, no obstante sin perjuicio que, de común acuerdo, estos decidan que solo una de las organizaciones ejerza su representación.*

*En sentencias CSJ SL810- 2013, CSJ SL 915- 2013, esta Sala estudió y decidió demandas de idénticas condiciones contra la fundación. En la primera de estas indicó:*

*“(..). De conformidad con lo explicado en precedencia, los ‘acuerdos de reestructuración’ que incluyan convenios laborales temporales, se deben celebrar con el sindicato que legalmente represente a los trabajadores sindicalizados, lo cual si acontece en vigencia del CST Art. 357, subrogado por el D.L. 2351/1965 Art. 26-2 y antes de la reglamentación consagrada en el D. 63/2002 Art. 6º, será el sindicato mayoritario; pero si se produce en vigencia de esta última normativa y cuando en la empresa exista más de una organización sindical, cada una representara a sus afiliados, lo cual está acorde con lo decidido en la sentencia de inexecutable C-063 del 30 de enero de 2008 ya reseñada.*

En efecto, a partir de la expedición de la norma especial aplicable para definir la representación de los trabajadores en esta clase de acuerdos de reestructuración que involucran convenios laborales temporales especiales, valga decir, el citado D. 63/2002 Art. 6º que reguló expresamente la situación de la existencia de varios sindicatos, es claro que cada uno de ellos ejerce su propia representación, salvo que estos decidan de común acuerdo que uno solo de ellos lleve la representación de todos. Y ello con independencia de que exista un sindicato mayoritario.

De tal modo que un acuerdo de esta naturaleza celebrado entre un sindicato mayoritario y una empresa en reestructuración económica, en vigencia de dicho precepto legal -que se repite es de carácter especial y plenamente aplicable en estos casos-, obliga únicamente a sus afiliados. Y ese u otro cualquiera de los sindicatos podría celebrar un acuerdo de esa naturaleza, vinculante para trabajadores no afiliados a él, solamente cuando tal organización sindical obtenga la representación de otro u otros sindicatos coexistentes. Igualmente, podría cobijar a los trabajadores no sindicalizados, si ellos individualmente aceptan adoptar tal convenio.

A diferencia de la “negociación colectiva” que se desarrolla de manera ordinaria, en la que una convención colectiva de trabajo celebrada con un sindicato mayoritario se extiende a todos los trabajadores de la empresa sean o no sindicalizados, los denominados “convenios de condiciones laborales temporales y especiales”, a los cuales se llega por una situación extraordinaria de crisis de la empresa, no es posible aplicarlos por extensión a los trabajadores pertenecientes a otras organizaciones sindicales, por cuanto debe primar la regulación especial contenida en el veces mencionado D. 63/2002 Art.6º en materia de representación, máxime que en esos acuerdos o convenios lo que se busca es suspender total o parcialmente prerrogativas laborales que excedan el mínimo legal, lo cual no puede afectar a los minoritarios que no participen en la concertación de esas condiciones temporales o transitorias.

Mucho menos es factible imponer tal convenio a los trabajadores no sindicalizados, ya que es sabido que ellos no pueden estar representados por ningún sindicato, menos aun cuando se están beneficiando de un pacto colectivo. Por ello la Corte Constitucional, como atrás se reseñó, en la sentencia C-1319/2000 al declarar inexecutable algunas expresiones del artículo 42 de la L. 550/1999, dejó claro que para que a estos trabajadores se les aplique el “convenio de condiciones laborales temporales y especiales”, se requerirá que cada uno de ellos lo adopte o acepte.

*De conformidad con lo expuesto y atendiendo que se tiene por cierto y demostrado que los demandantes pertenecían a la organización sindical (A), que a la organización sindical (T) no se le habían otorgado facultades para representar a los demás sindicatos en la concertación del Convenio de Condiciones Laborales celebrado el 18 de diciembre de 2002, y que, por el contrario, (A) y sus afiliados habían expresado su inconformidad en que le fuera aplicado el convenio; se concluye que el Tribunal cometió los yerros endilgados, al no tener en cuenta que, en la celebración del acuerdo de reestructuración empresarial -Ley 550 de 1999-, es preciso atender a lo reglado por el artículo 6º del Decreto Reglamentario en materia de representación sindical. Por el contrario, equivocadamente estimó que al acuerdo cuestionado sí se le podía dar aplicación extensiva a todos los trabajadores de la empresa así no estuvieran afiliados a (T), pues, en realidad no todos los trabajadores se encontraban legalmente representados por el citado sindicato que participó en su negociación.*

*De igual forma, el ad quem erró al confirmar que el convenio concertado con la organización sindical mayoritaria (T), tenía la virtualidad de suspender prerrogativas que los trabajadores afiliados a la organización (A) venían gozando en razón a Convenciones Colectivas y laudos arbitrales suscritos con anterioridad.*

*En consecuencia, le asiste razón a la parte recurrente al pretender el pago de las acreencias legales y extralegales que se le venían reconociendo pero que a fuerza del Convenio en cuestión, le fueron suspendidas.*

Además de los antecedentes jurisprudenciales antes transcritos, la Sala ha mantenido esa misma línea de pensamientos, más recientemente en la sentencia CSJ SL9010-2016, en la que se han reiterado otras anteriores, como es la CSJ SL16268-2014, donde se ha dejado sentado el criterio de que en vigencia del Decreto 63 de 2002, cuando coexistan sindicatos, la concertación de condiciones laborales especiales en el marco de un Acuerdo de Reestructuración, la representación está en cabeza de cada uno de ellos, sin importar el carácter mayoritario de uno en particular. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL-155 del 7 de febrero de 2018, Rad. 49941, M.S. Dr. Gerardo Botero Zuluaga). <sup>[14]</sup>

## Sustitución pensional

### *Trabajador que fallece antes de cumplir la edad requerida para acceder a la pensión*

Los siguientes supuestos fácticos establecidos por el Tribunal, se mantienen incólumes: (i) Que al causante se le había otorgado el derecho a la pensión de invalidez por parte de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a partir del 6 de diciembre de 1967; (ii) que al momento del fallecimiento del pensionado el 9 de noviembre de 1980, hacía vida marital con la demandante, como compañera permanente y habían convivido por espacio de 20 años, en forma ininterrumpida y bajo el mismo techo, relación de la que se procrearon diez hijos; (iii) Que la entidad demandada no sustituyó la pensión a la actora.

El Juez de segunda instancia, para revocar la decisión de primer grado, consideró que, conforme a la nueva doctrina de esta Sala, era dable extender los efectos del artículo 1º de la L. 12/75, y otorgarle a la compañera permanente del pensionado fallecido, la sustitución pensional reclamada.

Por su parte, el recurrente acusa la sentencia proferida por el juez colegiado, por interpretación errónea del conjunto normativo denunciado, por cuanto en su criterio, no hay lugar a que la compañera permanente de un pensionado se le otorgue la sustitución pensional con fundamento en el artículo 1º de la Ley 12 de 1975, que es la llamada a aplicar para el presente caso, por no establecer expresamente esa posibilidad; que ello solo se contempló en la Ley 113 de 1985, que fue posterior al deceso del causante.

Pues bien, para dar respuesta a las recriminaciones que el censor le endilga al fallo de segunda instancia, debe señalar la Sala desde ahora, que el cargo no tiene vocación de prosperidad, toda vez que, en ningún yerro jurídico incurrió el Tribunal en su providencia, en tanto que dicho criterio se muestra acorde con la orientación jurisprudencial que esta Sala ha fijado desde varios años atrás sobre este particular aspecto.

Efectivamente, esta Corporación viene sostenido de manera pacífica desde hace varios años, que si bien el artículo 1º de la L. 12/75, no consagró el derecho a esta pensión expresamente para la compañera del trabajador que

fallece antes de cumplir la edad requerida para acceder a esa prestación, no resulta lógico hacer un trato diferenciado o discriminatorio frente al caso de la compañera del pensionado fallecido negando el derecho a acceder a esta, cuando ya el causante venía disfrutando de la misma, vacío legislativo que se generó por la falta de previsión, pero que ha sido corregido por la Sala a través de su doctrina, haciendo uso de los instrumentos de integración normativa, conforme a las facultades del artículo 19 del CST.

En caso similar al que ahora ocupa nuestra atención, se pronunció de manera reciente la Sala en sentencia CSJ SL2904-2017, rad. 48991, en donde puntualizó:

*Ahora bien, en lo que tiene que ver con el fondo de los ataques, le asiste razón a la censura en los reproches jurídicos endilgados al sentenciador de segundo grado, en cuanto sostuvo que el artículo 1º de la Ley 12 de 1975 solo aplicaba para los eventos en que fallece el trabajador antes de cumplir la edad cronológica para acceder a la pensión de jubilación mas no para cuando ocurre el deceso de un pensionado, pues esta Corporación, de tiempo atrás viene sosteniendo que la sustitución pensional contemplada en dicha disposición se aplica también para el caso de muerte de un pensionado, ya que no resulta lógico, ni razonable, predicar la existencia de este derecho para los beneficiarios de quien solo le faltaba la edad para pensionarse y no para quien ya había consolidado la prestación en su patrimonio.*

En la referida providencia se rememoró la sentencia CSJ SL1970-2015, rad. 43930, que sostuvo:

Para dar respuesta a la inconformidad del recurrente, basta decir que aun cuando esta Sala había sostenido que tanto la Ley 33 de 1975 como el artículo 1º de la Ley 12 de 1975, contenían una limitante para la sustitución pensional a favor de la cónyuge o compañera permanente, en el evento que el trabajador fallecido ya contara con el status de pensionado, dicha postura fue reexaminada, posición que se reitera nuevamente en esta oportunidad,



en la medida que no es lógico negar ese derecho respecto de un pensionado fallecido que había reunido todos los requisitos para el reconocimiento de la prestación. Es así como en sentencia CSJ SL, 655 - 2013, se indicó:

“Estimó el Tribunal esencialmente que para la fecha del fallecimiento del pensionado, 26 de marzo de 1978, no existía norma que reconociera el derecho a la sustitución pensional a la compañera permanente.

“Acerca del tema propuesto, la mayoría de la Sala, en la sentencia del 7 de julio de 2009, radicación 25920, reiterada en las del 22 y 23 de julio, 15 y 29 de septiembre y 15 de octubre de 2009 y 10 de agosto de 2010, radicados 34331, 35915, 35243, 32358, 32339 y 39083, respectivamente, al revisar su posición tradicional respecto de la intelección dada a las normas citadas, expresó:

““Si bien es cierto que la legislación colombiana ha venido estableciendo dos modos diferentes de radicar la pensión en cabeza distinta del trabajador en razón de su muerte, según se trate de pensionado o de persona en vía de llegar a serlo por haber cumplido 20 años de servicio, un reexamen de la situación debatida permite concluir que tal circunstancia no excluye, contrario a lo definido anteriormente, la aplicación analógica del artículo 1º de la Ley 12 de 1975 al caso de la compañera permanente del pensionado fallecido, pues bajo la nueva óptica que ahora se propone es evidente que existe un vacío legislativo que debe ser llenado de acuerdo con los parámetros del artículo 19 del C. S. T.

“Y es que no aparece argumento lógico alguno que indique que el legislador, al expedir el artículo 1º de la Ley 12 de 1975, hubiere pretendido establecer un tratamiento preferente para la compañera permanente del trabajador que fallecía con el tiempo de servicio necesario para adquirir la pensión pero sin cumplir la edad, frente aquella cuyo compañero moría ya pensionado o con derecho a la pensión.

### Pensión de jubilación o vejez

*Para su disfrute se requiere la desvinculación formal del sistema general de pensiones*

Debe dilucidar la Corte si el *ad quem* incurrió en un desatino al reconocer al actor el disfrute de la pensión de jubilación a partir de la desafiliación formal del sistema general de pensiones y no desde el momento en que cumplió los requisitos exigidos en la Ley 33 de 1985.

La Sala advierte inicialmente que el juez plural no cometió ninguno de los errores de hecho que se le endilgan porque no desconoció que el tiempo público se cumplió con anterioridad al 4 de junio de 2008, toda vez que señaló que de la Resolución n.º 12191 de 17 mayo de 2011 se evidenciaba que la “liquidación se hizo con base en 1328.43 semanas, las cuales equivalen a 25.83 años”, período que se verificó antes de la mencionada fecha.

Tampoco ignoró que las cotizaciones al sector privado se hicieron con posterioridad al cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley 33 de 1985, puesto que afirmó que “para acceder a la pensión de vejez se tuvieron en cuenta las semanas cotizadas en el sector público”, y que “las cotizaciones efectuadas en el sector privado no fueron necesarias para el financiamiento de su pensión”. Nótese entonces, que el aspecto central de la decisión del Tribunal radicó en que la pensión de jubilación debía reconocerse desde el momento de la desvinculación formal del régimen pensional porque el demandante extendió sus cotizaciones hasta el 15 de junio de 2010.

Ahora, a pesar de que el órgano colegiado no lo mencionó expresamente porque no abordó el problema jurídico planteado a partir de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, sí usó el contenido o sentido de esas disposiciones como fundamento de su decisión, al considerar que la desafiliación al régimen pensional era un requisito indispensable para el goce de la pensión.

En relación con el disfrute de la prestación de vejez o de jubilación, reiteradamente la jurisprudencia de la Corporación ha establecido que conforme los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 se requiere la desvinculación formal del sistema general de pensiones. A su vez, también ha determinado que, en el caso de los servidores públicos, es necesario el retiro de la entidad oficial porque el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 establece la incompatibilidad de recibir simultáneamente ingresos a título de salario y por concepto de pensión de vejez (CSJ SL16083-2015 y CSJ SL10671-2016).

No obstante, sobre la primera regla general relacionada con la desafiliación de dicho sistema, esta Sala ha acudido a soluciones diferentes y ha otorgado el reconocimiento de la prestación con anterioridad al retiro formal de aquel, ante situaciones particulares y excepcionales, las cuales deben ser verificadas por los jueces en su labor de resolver los asuntos sometidos a su consideración.

Ello, se ha establecido en casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la

...  
“Si como se ha estimado, no existe fundamento lógico para que el legislador discrimine a la compañera del pensionado fallecido, frente a la del trabajador que perece sin cumplir la edad necesaria pero con el tiempo de servicios mínimo, es claro para la Sala que existe un vacío legislativo, pues tal omisión de regulación no obedece a una intención clara y definida, sino a una falta de previsión que, por mandato del artículo 19 del C. S. T., debe ser corregida por el intérprete con los instrumentos de integración normativa que le ofrece esta disposición, y que se supera mediante el razonamiento lógico, según el cual si la compañera permanente tiene derecho a disfrutar de pensión de su compañero, cuando este fallece teniendo el tiempo de servicio mínimo requerido para acceder al derecho pero sin cumplir la edad, con mayor razón tendrá derecho, la compañera permanente de quien fallece no solo con el tiempo de servicios cumplido sino además la edad, pues en este último evento se colman cabalmente, y aún más allá, las exigencias fácticas mínimas requeridas por la norma para acceder al derecho.

“No puede ser un elemento descalificante el cumplimiento de la edad por parte del fallecido, porque lo determinante de la norma en cuestión es el tiempo de servicio, y si además de este se cuenta con aquella, pues con mayor razón habrá de accederse al derecho.

En similar sentido se ha pronunciado esta Corte en las sentencias CSJ SL8133-2017, rad.44194, CSJ SL 9174-2014 y CSJ SL, 25 jul 2012, Rad. 37947, entre otras. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL-139 del 31 de enero de 2018, Rad. 47696, M.S. Dr. Gerardo Botero Zuluaga). <sup>[14]</sup>

prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017). En la sentencia CSJ SL5603-2016, la Corporación indicó lo siguiente:

*Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.*

*En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es “clara” y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.*

*Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala “si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario” (CSJ SL, 1.º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).*

En el *sub lite*, si bien el demandante se retiró del servicio oficial el 1º de diciembre de 2005 y el 4 de junio de 2008 cumplió los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 para obtener el reconocimiento de la jubilación, no aparece demostrada su intención de retirarse del sistema general de pensiones desde una data anterior a su desafiliación formal de dicho régimen, por lo que el disfrute de la prestación debe reconocerse a partir de esta última fecha. Antes bien, los aportes realizados entre el 19 de mayo de 2008 y el 15 de junio de 2010 demuestran su decisión de seguir cotizando al sistema; y tampoco el recurrente indicó que los haya realizado debido a una actitud obstinada de la administradora de pensiones. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL-163 del 7 de febrero de 2018, Rad. 63823, M.S. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo). <sup>[15]</sup>

## Pensión de sobreviviente

Normatividad aplicable. Imprescriptibilidad del derecho

El juzgador de segundo grado entendió que la pensión que reclama la demandante, a través de su hermano, en condición de hija inválida del causante, aunque de manera tardía, es la de sobrevivientes que contempla el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 dada la fecha del óbito del padre; al verificar que se cumple con los requisitos contemplados en la mencionada disposición, procedió a concederla en un 100%, al destacar que si bien, en principio, a aquella le correspondería solamente el 50% de la prestación, la demanda pretendía el pago a partir del deceso de la madre quien había resultado ser titular del restante 50%. Así mismo, observó que había lugar a pronunciarse sobre los intereses de mora, porque no era una pretensión excluyente como de manera errada lo había sostenido su inferior, y que dado el texto del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos procedían.

La censura, por su parte, entiende que la pensión que se está pidiendo es la sustitución de la que disfrutara la cónyuge del pensionado, quien resaltó, fue la única que se presentó a reclamarla; y que los intereses de mora no son pertinentes por cuanto la pensión que le otorgó al señor (M) es de carácter extra legal.

Como bien lo anota el recurrente al desarrollar el primero de los cargos, cuando el ataque se enfoca por la vía de puro derecho, el censor ha de estar totalmente de acuerdo con los soportes de hecho en que se fundó la sentencia acusada, aspecto que aunque dice aceptar, en realidad no lo hace, en la medida que soslaya que uno de los pilares fácticos del juzgador de la alzada es que la demandante, hija del pensionado, ostenta la calidad de inválida, hecho fundamental en el meollo del asunto por resolver.

A pesar de la deficiencia anotada, es de recibo acotar que se equivoca el casacionista cuando considera que la pensión que se reclama no es de aquellas cobijadas por la Ley de Seguridad Social, bajo el argumento de que se busca la sustitución de una prestación que ya había sido sustituida.

El libelo resulta claro en advertir que se incoa la pensión de sobrevivientes del pensionado, no respecto de la que pudo gozar la cónyuge de aquel, y aun cuando se reclama en un 100%, de donde infiere el recurrente que hay error porque ello implicaría la concesión de la pensión a 2 personas distintas del causante, esto es, su cónyuge y ahora la hija, la verdad es que como el juez colectivo lo destacó, la solicitud de que la sustitución se hiciera en la totalidad de su cuantía, se ancló en la fecha a partir de la cual la progenitora de la demandante falleció; así las cosas no se presenta la irregularidad que advierte el censor, pues como aquél lo acepta, al fallecimiento de uno de los varios beneficiarios de la prestación, los restantes acrecientan su mesada.

De otra parte, ha de reiterarse que la inveterada jurisprudencia de la Sala ha señalado que la norma que regula el asunto, tratándose de la pensión de sobrevivientes, es aquella vigente al momento del deceso, así se ha dicho en múltiples ocasiones, por ejemplo en la sentencia SL4279 – 2017, 15 mar. 2017, rad. 54696, en los siguientes términos:

*Para el tribunal, la fecha del fenecimiento del afiliado, resultó definitiva para determinar que la norma aplicable al caso era el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, apreciación de la que no desprende que hubiera incurrido en yerro jurídico alguno.*

*En efecto, habiendo fallecido Carlos Albeiro*

*Gil Osorio el 28 de agosto de 2003, la disposición que regía la pensión de sobrevivientes a esa fecha era el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, cuyos presupuestos, sin discusión, no se cumplieron para dar lugar al derecho reclamado, esto es las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a dicha fecha.*

*Así lo ha sostenido esta Corporación: el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido bajo la disposición que lo consagra y que esté vigente al momento del deceso del pensionado o afiliado.*

Ahora bien, el literal c) del artículo 47 de la Ley de Seguridad Social de manera clara y expresa prevé, como acertadamente lo indicó el sentenciador, que los hijos mayores inválidos también pueden acceder a la pensión de sobrevivientes, si dependían económicamente del pensionado y mientras subsista la invalidez; de manera tal que al estar plenamente demostrado el vínculo de consanguinidad respecto del causante y la minusvalía de la actora, causada esta desde su nacimiento, resultaba pertinente otorgar la pensión reclamada.

Sobre el tema en particular la Sala ha precisado en la sentencia SL8468-2015, 1º jul. 2015, rad. 48120, lo siguiente:

*1.- Habida cuenta que el fallecimiento del causante, quien era pensionado por vejez de la entidad convocada a proceso, ocurrió el 2 de diciembre de 1995, las normas aplicables al sub lite para definir el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original.*

*En lo referente a las exigencias para acceder a dicha pensión, en el caso de los hijos mayores inválidos, prevé el literal b) del artículo 47 citado, que les asiste el derecho “si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez”.*

*Respecto de los supuestos normativos de dependencia económica y la condición de inválida, ha dicho la jurisprudencia de esta Sala de la Corte que en principio deben ser analizados y verificada la existencia del requisito al momento de la muerte del causante, que es el que adquiere relevancia para dichos efectos, porque es cuando ocurre el riesgo protegido y se causa el derecho a la prestación por muerte.*

*En sentencia CSJSL, 10 jun. 2008, rad. 30720, donde reiteró la CSJSL, 24 jul. 2006, rad. 26823, precisó la Sala sobre el tema debatido:*

*‘Al respecto considera la Sala que no es acertada la interpretación que del precepto legal hizo el Tribunal, pues es claro su texto al exigir que la dependencia económica del hijo inválido se da frente al causante, por lo que cabe inferir en sana lógica, que esta se debe dar, para efectos de la pensión de sobrevivientes, en vida de este y hasta su fallecimiento, no anterior a este último acontecimiento, ni, huelga decirlo, con posterioridad a él. Es en el momento del deceso que se deben reunir las dos condiciones para que el hijo adquiera el derecho: ser inválido y depender económicamente del pensionado’.*

*En verdad, la invalidez es la contingencia protegida por la disposición legal. El designio de esta es, pues, evitar el desamparo al que se ve enfrentado el inválido por la muerte del hermano que era su soporte económico.*

*No bastan la calidad de hermano ni la dependencia económica. Se requiere el estado de invalidez, que precisamente comporta que no tiene la capacidad laboral que permita la atención, por*

*sus propios medios, de su congrua subsistencia.*

*Es cierto que recientemente la Corte ha considerado al analizar situaciones particulares, que el surgimiento del estado de invalidez del hijo con posterioridad a la muerte del causante, no le impide mantener el derecho a la pensión de sobrevivientes. Pero ese criterio jurídico se ha expuesto en casos en los que antes de darse la invalidez el hijo tenía otra condición, vigente a la fecha del deceso del causante, que le impedía procurarse por sus propios medios los recursos económicos suficientes para su congrua subsistencia.*

*Pero es claro que allí en esos asuntos se consideró que tiene plena justificación jurídica y social que un hijo al que se le sustituyó la pensión de su padre, en principio, por su minoría de edad, y luego por su incapacidad para trabajar por razón de sus estudios, mantenga el derecho a la sustitución pensional, al sobrevenirle una invalidez estando en disfrute de esa prebenda prestacional, pues se entendió que quien enfrenta esa situación conserva su estado inicial de desamparo, como que siempre ha carecido de la capacidad laboral necesaria para atender las exigencias de su congrua subsistencia, ya que, en realidad, no ha desaparecido su dependencia económica; en momento alguno de su vida ha llegado a ser autosuficiente.*

*Pero esa situación es diferente a la que se presenta en este proceso, pues aquí el estado de invalidez surgió con posterioridad al fallecimiento del causante y estrictamente no puede concluirse que existiera antes de ese suceso, pues fue técnicamente dictaminado que se estructuró en fecha posterior.*

No sobra recordar que, aunque la demandante no formuló la petición inmediatamente falleció su padre, ello por sí solo no genera la pérdida de su derecho, pues de tiempo atrás la Sala ha insistido en que la pensión como tal, por involucrar obligaciones de tracto sucesivo y conformar un derecho mínimo e irrenunciable, no prescribe; así se indicó claramente en la sentencia SL2148-2017, 8 feb. 2017, rad. 46035, de la siguiente manera:

*Para tales efectos conviene recordar que de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable. Esto quiere decir que, en tanto derecho subjetivo, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción y, en cuanto irrenunciable, es un derecho que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades.*

*Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma ajustada al ordenamiento jurídico.*

*En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción completa, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.*

(...)

*Vale la pena agregar que el carácter imprescriptible de la acción de reajuste pensional también se explica en función al hecho de que el valor real de la prestación es un aspecto indisoluble*



del estado jurídico de jubilado, lo cual permite a quienes hubieren cumplido los requisitos de reconocimiento de la pensión, solicitar que se declare ese estatus y se defina su valor correspondiente. Precisamente sobre este tema la Corte en la providencia atrás citada, adoctrino:

La jurisprudencia de la Corte, desde hace muchos años, ha asegurado que la pensión genera un arquetípico estado jurídico en las personas: el de jubilado o pensionado, que da derecho a percibir de por vida, una suma mensual de dinero. En esa línea, no puede ser objeto de prescripción, dado que este fenómeno afecta los derechos, más no los estados jurídicos de los sujetos.

Al respecto, en sentencia CSJ SL, 9 feb. 1996, rad. 8188, se expresó:

De los “hechos” que fundamentan la pretensión que se hace valer en juicio solo cabe predicar su existencia o inexistencia, lo cual sucede también con los “estados jurídicos” cuya declaratoria judicial se demande - como los que emanan del estado civil de las personas, respecto de los cuales adicionalmente se puede afirmar que se han extinguido. La jurisprudencia ha dicho que la pensión de jubilación genera un verdadero estado jurídico, el de jubilado, que le da a la persona el derecho

a disfrutar de por vida de una determinada suma mensual de dinero. Por eso ha declarado la imprescriptibilidad del derecho a la pensión de jubilación y por ello la acción que se dirija a reclamar esa prestación puede intentarse en cualquier tiempo, mientras no se extinga la condición de pensionado, que puede suceder por causa de la muerte de su beneficiario. “Del estado de jubilado se puede predicar su extinción, más no su prescripción”, dijo la Corte (Cas., 18 de diciembre de 1954). También la ley tiene establecido que la prescripción es un medio de extinguir los derechos, con lo cual los efectos de ese medio extintivo de las obligaciones no comprende los estados jurídicos, como el de pensionado.

...La posibilidad de demandar en cualquier tiempo está jurídicamente permitida por ser consustancial al derecho subjetivo público de acción. La prescripción extintiva por tanto, no excluye tal derecho porque dentro de ella, dentro del proceso y presuponiendo su existencia, le permite al juez declarar el derecho y adicionalmente declarar que se ha extinguido -como obligación civil, más no natural- por no haberse ejercido durante cierto tiempo.

Es claro, en consecuencia, que cualquier per-

sona en ejercicio de la acción -entendida como derecho subjetivo público- puede demandar en cualquier tiempo que se declare judicialmente la existencia de un derecho que crea tener en su favor. El derecho público también se manifiesta en el ejercicio del derecho de excepcionar.

En este orden de ideas, las personas tienen derecho a que en todo momento se declare su status de pensionado y se defina el valor real de su pensión, teniendo en cuenta que este último aspecto es una propiedad indisoluble de la calidad que les otorga el ordenamiento jurídico.

De suerte que no hubo error jurídico por parte del Tribunal cuando tomó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original como la reguladora del asunto en debate y otorgó la prestación por reunirse los requisitos allí exigidos.

Ahora bien, como la pensión de sobrevivientes encuentra venero en la Ley 100 de 1993, pues, se repite, el fallecimiento ocurrió el 12 de julio de 1997, no se equivocó el juzgador de segundo grado al condenar al pago de los intereses moratorios allí estatuidos. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL-125 del 7 de febrero de 2018, Rad. 51770, M.S. Dr. Fernando Castillo Cadena). <sup>[14]</sup>

## Mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional

Obligación de las administradoras de pensiones

Sobre el punto jurídico en cuestión, esto es, la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, esta Corporación de forma reiterada ha señalado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitir tal obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la normativa aplicable.

Así lo adujo la Corporación en sentencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384, en los siguientes términos:

Esta Sala de la Corte Suprema de Justicia recientemente en sentencia de 22 de julio de 2008, rad. N° 34270, varió su jurisprudencia sobre los efectos de la mora patronal y estableció el criterio de que cuando se presente omisión por parte del empleador en el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios.

Precisó la Corte para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que antes de trasladar a este las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro.

Los siguientes son los términos de la sentencia referida:

“Las administradoras de pensiones tanto públicas como privadas son elemento estructural del sistema de seguridad social; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones, hoy tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público de la Seguridad Social bajo su “dirección, coordinación y control”, y autoriza su prestación a través de “entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley”.

“Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para funcionar como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, bajo el entendido de que toda su actividad ha de estar ordenada a cumplir con la finalidad de prestar el servicio público de la seguridad social.

“Ciertamente las administradoras de pensiones como prestadoras del servicio público de pensiones, su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no solo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, ubicadas en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de gestoras de la seguridad social, actividad que por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

“Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro.

“El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.

“Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

“Se ha argüido que la atribución de las prestaciones en caso de mora en las cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema; pero es que este no puede obtenerse disminuyendo la cobertura y en perjuicio del trabajador que sí cumplió con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios, sino mediante la acción eficaz de las administradoras de pensiones de gestionar el recaudo de los aportes, pues ese mecanismo no puede

*valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado”.*

Dicha postura ha sido reiterada por esta Sala de forma constante, entre otras, en las sentencias CSJ SL45173, 6 feb. 2013, CSJ SL907-2013, CSJ SL 5429-2014, CSJ SL 4818-2015, CSJ SL 8082-2015, CSJ SL 15718-2015, CSJ SL 16814-2015, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL 6469-2016, CSJ SL13266-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL4892-2017, CSJ SL15699-2017, CSJ SL17518-2017, CSJ SL19891-2017 y CSJ SL20767-2017.

De conformidad con lo expuesto, para efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el aportante a fin de verificar si se cumplen los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, deben tenerse en cuenta las consignadas oportunamente, así como las que se encuentran en mora o, como en este caso, las que se pagaron de manera extemporánea, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que aquel se encuentre afiliado.

### Ingreso base de liquidación de la primera mesada pensional

*Tasación. Para los beneficiarios del régimen de transición*

Encuentra la Sala que la violación de la ley que se predica en los cargos, bajo distintos conceptos, radica y coincide en un mismo planteamiento, como es el alcance que para el censor tiene el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto regula cómo se debe tasar el ingreso base de liquidación de la primera mesada pensional, para los beneficiarios del régimen de transición, el cual no se discute, cobija a la demandante, pues lo que sostiene es que, el Tribunal, se equivocó, cuando al darle aplicación al aludido artículo 36, concluye que para el caso, el IBL debe determinarse con sujeción al artículo 21 de la misma ley, lo que a su juicio no es posible en virtud del principio de inescindibilidad del artículo 21 del CST, por lo que debió aplicar íntegramente los numerales 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en especial en cuanto señala que es con “(...) lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello”.

Fundado en el planteamiento jurídico antes descrito, se arguye que el periodo a tenerse en cuenta para efectos de la liquidación pensional, era el del 1° de abril de 1994 al 31 de mayo de 2001, y no el que estableció el Tribunal, lo que asevera implica una aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, que contraría al artículo 16 del CST.

Ahora bien, en relación con la aludida argumentación, se tiene que la misma no es de recibo, ya que con ella se desconoce que el inciso 3° del artículo 36, solo previó los parámetros para tasar el ingreso base de liquidación de la pensión de los beneficiarios del régimen de transición, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho, situación que no corresponde a la de la demandante, pues no se discute que le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional.

Y fue precisamente ese razonamiento lo que motivó la solución que adoptó el Tribunal, con lo que acogió lo que esta Sala de Casación ha pregonado, como lo expuso en fallo del 1° de febrero de 2017, con radicación 55411, que, en lo pertinente precisó: “(...) En relación con aquellos beneficiarios del régimen de transición, que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones les faltare 10 o más años para consolidar el derecho a la pensión de vejez, la forma de determinar el ingreso base de liquidación es la contemplada en el artículo 21 de la Ley 100, que se refiere “al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión”, o el promedio de los ingresos de toda la vida laboral, cuando el afiliado haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.(...)”.

La anterior hermenéutica, valga anotar, es la que tiene fijada de tiempo atrás la Corporación, pues de los términos del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que, de manera clara, se desprende, se insiste, es que regula el supuesto de hecho de aquellos beneficiarios del régimen de transición, que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, para los que se que consagran dos opciones; y como ese precepto guardó silencio, en esa materia, en relación con los beneficiarios del régimen de transición que les faltaba diez (10) o más años para adquirir el derecho a la pensión, con ello se está indicando, en sana lógica, que para establecer su ingreso base de liquidación, se debe acudir a la regla general que en esa materia contiene el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, no vulneró el Tribunal la ley, como se denuncia en los dos primeros cargos, orientados por la vía directa, cuando concluyó que el ingreso base de liquidación del derecho pensional de la demandante debía cuantificarse de conformidad a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Y en cuanto a los argumentos del recurrente relacionados con una presunta violación al principio de la inescindibilidad e irretroactividad, es pertinente recordar lo que precisó la Sala en sentencia del 17 de octubre

Finalmente, no se trata, como lo sugiere la censura, que la teoría que impera actualmente avale el reconocimiento y pago de pensiones a cargo de las administradoras de pensiones, desconociendo la obligación que tiene los empleadores de efectuar las cotizaciones, pues a la conclusión cuya revisión impetra el recurrente, ha llegado la Corporación por el ejercicio hermenéutico de las normas que armónicamente integran el sistema e imponen obligaciones a unas y otros para garantizar el derecho a la pensión de los trabajadores, así como para afianzar el equilibrio financiero del sistema en el que insoslayablemente tienen interés los fondos de pensiones, con el objetivo de lograr la eficiencia de su funcionamiento en beneficio propio y, además, como valor o principio supremo, para cumplirle a sus afiliados con el pago de las prestaciones a su cargo. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL-069 del 31 de enero de 2018, Rad. 60445, M.S. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo). [14]

de 2008, radicado 33343, reiterado en fallos del 2 de septiembre de 2008 y 24 de febrero de 2009, radicados 33578 y 31711, respectivamente, a saber:

*“Es sabido que con los regímenes de transición especialmente creados para cuando se modifiquen los requisitos para acceder a los derechos pensionales, se ha buscado por el legislador no afectar de manera grave las expectativas legítimas de quienes, al momento de producirse el cambio normativo, se hallaban más o menos próximos a consolidar el derecho.*

*“Desde luego, esos regímenes pueden tener diferentes modalidades respecto de la utilización de la nueva preceptiva y la vigencia de las normas derogadas o modificadas, de ahí que no impliquen necesariamente la aplicación, en su integridad, de estas normas, que, por lo general, consagran beneficios más favorables al trabajador o al afiliado a la seguridad social. Ya la Corte Constitucional ha explicado, al referirse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que goza el legislador de un amplio poder de configuración al momento de definir la protección que le otorgue a las expectativas de los ciudadanos, como las referidas a los derechos prestacionales.*

*“Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3° del artículo 36 citado (...)”*

Así mismo, para el caso que aquí se estudia, en donde la problemática de la base salarial de liquidación de la pensión, no se rige por la disposición legal especial prevista en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino, por lo dicho, por la regla general establecida en el artículo 21 de esa misma Ley, en las precitadas sentencias se lee:

*“(...)Lo anterior significa que fue el propio legislador quien, al diseñar la forma como estarían estructurados los beneficios del régimen de transición que creó para quienes al momento en que entró a regir el sistema de pensiones les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho prestacional, que es el caso de la actora, dispuso que ese régimen estaría gobernado en parte por la normatividad que, antes de entrar en vigor ese sistema, se aplicaba al beneficiario y, en otra parte, por el propio artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero en uno solo de los elementos que conforman el derecho pensional: el ingreso base de liquidación.*

*“De tal suerte que esa mixtura normativa, que no constituye un exabrupto jurídico, pues es característica de los regímenes expedidos para regular transiciones normativas, surge del propio texto de la ley y no es resultado de una caprichosa interpretación de las normas que instituyeron el sistema de seguridad social integral en pensiones”.*

De otra parte, respecto a la controversia que plantea la censura en el cargo primero, con referencia al artículo 53 de la Constitución Nacional, sobre la forma cómo se actualizan o indexan, según el caso, los salarios base de cotización y el ingreso base de liquidación, ya esta Sala de Casación ha estudiado y definido tal tema, lo que hizo en sentencia del 3 de mayo de 2017, radicación 48242, y también en fallo SL 6916-2014, reiterado en pronunciamientos SL11012-2014, SL1723-2016, SL4257-2016 y SL5010-2016, en que se explicó:

*[...] para calcular el ingreso base de liquidación (IBL) deben promediar-*



se los ingresos base de cotización actualizados anualmente de acuerdo a la variación del IPC que certifique el Departamento Nacional de Estadística -DANE; y, resulta que de esas certificaciones que emite tal entidad, sirven para efectos de actualizar los salarios base de cotización las siguientes:

“i) El Índice de Precios al Consumidor (IPC) -Índices -Serie de empalme.

ii) El Índice de Precios al Consumidor (IPC) - (variaciones porcentuales).

“Lo anterior significa que los ingresos base de cotización pueden actualizarse utilizando cualquiera de los dos siguientes métodos:

“a) Con base en la variación porcentual del Índice Nacional de Precios al Consumidor certificado por el dane para el año calendario inmediatamente anterior, es decir, incrementando anualmente los ingresos bases de cotización hasta llegar a la fecha de la última cotización realizada [operación que se realiza con el certificado Índice de Precios al Consumidor (ipc) - (variaciones porcentuales)].

“b) Multiplicando el salario base de cotización por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor del acumulado a

diciembre de la anualidad anterior a la fecha de causación de la pensión entre el índice inicial del acumulado al mismo mes de la anualidad anterior a la fecha de cotización de cada salario base [operación que se realiza con el certificado de Índice de Precios al Consumidor (ipc) -Índices -Serie de empalme)].

“Cabe anotar que independientemente del método que se utilice para actualizar los salarios base de cotización, siempre que sean aplicados correctamente, arrojan el mismo resultado; pues, la diferencia entre uno y otro radica en que el segundo permite la actualización en un solo paso, es decir, no es necesario realizar cálculos de actualización de cotizaciones de cada anualidad, como ocurre con el primer método (...).

En consecuencia, como no existe razón que justifique recoger el aludido criterio jurisprudencial, se tiene que, el Tribunal, no violó el ordenamiento jurídico al acudir al ipc para tasar la indexación pretendida y reconocida. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL-148 del 7 de febrero de 2018, Rad. 52594, M.S. Dr. Gerardo Botero Zuluaga). <sup>[14]</sup>

## Convención colectiva de trabajo

Naturaleza. Aporte al proceso

En esencia, la censura alega en el cargo que el sentenciador de segundo grado se equivocó en su decisión, porque, i) sostuvo que el texto convencional allegado al proceso, contenido del derecho a la pensión de jubilación reclamada, no contaba con la nota de depósito ante el Ministerio de la Protección Social para predicar su validez procesal, y en ese sentido, la copia aportada carecía de las formalidades contempladas en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo; y ii) ignoró que al sustentar la apelación, la empresa convocada a juicio nada reprochó al fallo de primer grado relativo precisamente a la validez o no de la convención por falta de la nota de depósito.

En cuanto al segundo de los argumentos, debe advertirse que el Tribunal no ignoró que la empresa demandada no planteó como motivo de inconformidad la circunstancia de la falta de depósito, pues así lo manifestó en la sentencia, solo que estimó que por ser la convención colectiva la fuente del derecho que estaba en disputa, si era necesario estudiar los requisitos de la misma.

Y sobre el particular, profusamente esta Sala ha analizado el contenido del artículo 35 de la Ley 712 de 2001, y ha considerado que se trata del establecimiento de un límite a la competencia del juzgador de segundo grado para resolver el recurso de apelación, de suerte que este solo puede ocuparse de proveer sobre los puntos materia de inconformidad propuestas por el recurrente, pues de lo contrario, incurriría en un claro desconocimiento del debido proceso y en una directa vulneración de aquel precepto instrumental.

Sin embargo, también ha asentado la Corte que en cuanto a la aplicación de las normas jurídicas que consagran los derechos sustanciales en disputa, el *ad quem* no está sometido a restricción alguna, en la medida en que es al juzgador a quien le corresponde encontrar y aplicar el derecho en el caso concreto (CSJ SL2939-2016).

En la sentencia recurrida, previo a resolver las inconformidades expuestas en el escrito de alzada, el Tribunal procedió a examinar el expediente en busca de la convención colectiva de trabajo invocada como soporte de la pretensión de reconocimiento de la pensión de jubilación. Es decir, antes que incursionar en el análisis de fondo de los cuestionamientos efectuados por el demandante a la decisión del *a quo*, el *ad quem* procedió a indagar sobre la fuente del derecho debatido; en este caso, uno estipulado en un convenio colectivo de trabajo, y en vista de que no encontró incorporada al expediente la constancia de depósito de dicho acuerdo, procedió a revocar la sentencia estimatoria proferida por el sentenciador de primer grado.

Si bien esta Corporación ha reiterado que en casación la convención colectiva solo es una prueba, por manera que no procede la inclusión de sus contenidos normativos en la proposición jurídica, también ha destacado su importancia como fuente generadora de derechos y obligaciones para las partes que quedan cobijadas por sus preceptos. En ese sentido, en la misma forma en que una vez delineado el contexto fáctico del caso, el fallador procede a buscar el precepto legal llamado a producir efectos, cuando de un derecho convencional se trata, ese mismo operador judicial debe buscar la fuente generadora de ese derecho en aras de examinar si se dan los supuestos fácticos que impongan la aplicación del texto convencional, que es ley para las partes.

Así las cosas, ante la ausencia de prueba de la nota de depósito del

acuerdo convencional, es claro que el colegiado de segunda instancia no podía partir de la existencia de la norma sustancial -por su contenido-, sino que, contrario a lo planteado por la censura, hizo bien en indagar por la existencia del derecho a cuyo reconocimiento aspiró el promotor del litigio, entre otras razones, porque requería conocer los supuestos fácticos en perspectiva de definir si reconocía o negaba el derecho deprecado, en tanto, frente a la oposición de la demandada a las pretensiones de la demanda, se alegó la inaplicabilidad para el actor de la cláusula convencional sobre la cual soportó su pretensión pensional. Bien puede decirse, entonces, que el juzgador tiene el deber de verificar si se cumplen o no los requisitos del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual: «La convención colectiva de trabajo debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el departamento nacional de trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto».

De antaño, la jurisprudencia de la Sala ha entendido la exigencia consagrada en la norma legal no solo como una formalidad, sino además, como un requisito asociado estrechamente a la existencia misma del convenio colectivo de trabajo, no tanto por blindar con mayores garantías los derechos de los trabajadores beneficiarios de la convención, como sí por la necesidad de revestir de certeza ante las partes y frente a terceros la existencia del acto y la correlativa generación de efectos del mismo.

Al respecto, vale la pena recordar lo dicho por esta Sala, en sentencia CSJ SL8718-2014:

*En cuanto a la aplicación que reclama la acusación, en este caso de los postulados constitucionales de prevalencia del derecho sustantivo y de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, debe decirse que no es válido invocar estos principios para suplir la falta de una exigencia prevista por la ley como condición imprescindible del acto solemne para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, pues la razón de ser de este medio de prueba es precisamente dar certeza a las partes y a terceros sobre la existencia del acto, y su consecuente generación de efectos, precisamente con el propósito de garantizar sus derechos, de manera que la ausencia de una exigencia requerida para la validez de un acto no puede identificarse como un problema de conflicto de normas, de interpretación de las mismas o simplemente de una formalidad superflua, pues se trata de un asunto de derecho probatorio.*

Y mediante providencia del 16 de mayo de 2001, radicación 15120, fue enfática la Corte al señalar:

*[...] al ser la convención colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, razón por la cual, si se le aduce en el litigio del trabajo como fuente de derechos, su acreditación no puede hacerse sino allegando [...], así como el del acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo”.*

En conclusión, el que no aparezca la nota de depósito oportuno del acuerdo colectivo ante el Ministerio del Trabajo, pues el demandante se limitó a allegar un folleto del texto convencional, circunstancia que no

discute el recurso, impide verificar si el depósito fue hecho o si lo fue de manera oportuna, esto es, “a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma”, para acreditar así la existencia y validez del mismo, aspectos jurídicos que debían ser analizados por el Tribunal, lo que excluye la supuesta transgresión al principio de consonancia.

De otro lado, como también la censura alega que el artículo 54 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en cuanto dispone que la copia simple de la convención colectiva tiene plena validez sin hacer excepción acerca de si la convención va acompañada o no de la nota de depósito, debe igualmente ponerse de presente que no incurrió el tribunal en el yerro que se le imputa.

Así se afirma, porque en primer lugar, el depósito de la convención colectiva es un requisito exigido por el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, para que dicha convención produzca efecto, como ya quedó dicho; y en segundo, porque el artículo 54A del Código Procesal

del Trabajo y de la Seguridad Social, al disponer que deben reputarse auténticas las copias simples, entre otros documentos, de las convenciones colectivas de trabajo, no derogó el citado requisito del depósito. Una cosa es los requisitos que deben tener ciertos instrumentos para que puedan producir efectos probatorios; y otra, muy distinta, es que a dichos instrumentos se les haya quitado la exigencia de la autenticidad o de la originalidad, de manera que copia simple de ellos se reputen auténticos. En otras palabras, la copia simple de un convenio colectivo debe contener la constancia de su depósito, por lo que si el Ministerio del Trabajo, por ejemplo, a través de la oficina correspondiente, expide copia de una convención colectiva con su nota de depósito, las reproducciones fotostáticas de ella se reputarán auténticas, pero sin que pueda obviarse la constancia del depósito. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL-378 del 24 de enero de 2018, Rad. 64611, M.S. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas). <sup>[16]</sup>

## Conflictos referentes al sistema de seguridad social integral

### Competencia

En perspectiva de la vía de ataque escogida por la censura, recuerda la Sala la importancia que en el derecho procesal tiene el principio de preclusión o de oportunidad que manda al juez, y también a las partes, a cumplir con las cargas que a cada uno le corresponden, en el momento en que procesalmente determine la ley adjetiva.

Se dice lo anterior, dado la alegada violación de medio, en atención a que la excepción de falta de jurisdicción y competencia fue resuelta en oportunidad procesal, en los términos del artículo 77 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, de allí que continuó el trámite bajo la asignación a la jurisdicción ordinaria laboral.

En todo caso y frente al reproche jurídico planteado, cabe indicar que aunque para esta Corte y para el Consejo de Estado, la condición de empleado público o trabajador oficial, tuvo importancia en la medida en que determinó el régimen del que parcialmente se benefician en elementos como la edad, el tiempo de servicios o densidad de cotizaciones, y la tasa de reemplazo de la pensión, en las condiciones en que lo prevé el régimen de transición del Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones, lo cierto es que en la actualidad, tal controversia está zanjada en tanto es la jurisdicción ordinaria la que tiene asignado su conocimiento.

Aun cuando es cierto que el conocimiento de los conflictos de todo orden en que se veían involucrados empleados públicos, incluidos los propiamente pensionales y los derivados de la enfermedad, invalidez y muerte, ha correspondido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, regla en la que es indudable la prevalencia de la naturaleza del vínculo como factor de competencia exclusivo y último, pues es la que conoce de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, lo cierto es que con la expedición de la Ley 100 de 1993 que creó el denominado “sistema de seguridad social integral” entendido como el conjunto armónico de instituciones, normas y procedimientos, conformado por los sistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios consagrados en dicha ley, con el propósito, entre otros, de unificar las instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y de esta forma poner punto final o por lo menos atenuar la dispersión de regímenes y de entes administradores, estos fueron asignados a la jurisdicción ordinaria.

A partir de este momento, se avanzó significativamente en el establecimiento de un sistema único sin importar la clase de vínculo que atara al servidor con su empleador, tanto que incluso contempló la posibilidad de afiliación de trabajadores independientes o contratistas autónomos, aunque lógicamente se mantuvieron diversos regímenes (el contributivo y el subsidiado; el de prima media y el de ahorro individual, así como los de transición en materia de pensiones) y algunos sectores, sobre todo de servidores oficiales, quedaron expresamente excluidos del nuevo sistema.

Con este proceso de unificación sustantiva, se implementó un proceso de unidad de jurisdicción con el fin primordial de que el conocimiento de las controversias derivadas de la aplicación sistema se asignara a una sola jurisdicción con base en la materia propiamente dicha y no en la naturaleza del vínculo. Es así como, inicialmente se expidió la Ley 362 de 1997, -que ya no está vigente- cuyo artículo primero dispuso que la jurisdicción del trabajo estaba instituida para conocer “de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de seguridad social integral y sus afiliados”, con lo cual se pretendió materializar el propósito unificador de que antes se habló bajo la idea de que el nuevo sistema iba a operar de manera perfecta, y que las prestaciones siempre iban a estar a cargo de un ente de seguridad social, como lo entendió la jurisprudencia,

de suerte que en las controversias que surgieran siempre iba a estar en uno de los extremos de la disputa un ente de la seguridad social.

Luego la Ley 712 de 2001, profundizó el proceso de unidad jurisdiccional antes referido, en cuyo artículo 2° se previó que la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, conoce de “4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvertan.”, y varió el nombre asignado a la especialidad laboral de la jurisdicción ordinaria y al código de la materia, al determinar que se denominaría “del Trabajo y de la Seguridad Social”, agregado que no puede entenderse como un simple recurso ornamental o retórico sin ninguna incidencia práctica, sino con enorme repercusión en la concepción y contenido de esta rama especializada, ya no circunscrita a los conflictos derivados del contrato de trabajo y materias conexas sino a los que tengan que ver con esa nuevo sector del quehacer jurídico que se ha dado en llamar la seguridad social.

La anterior apreciación es reafirmada por el contenido del numeral 4°, donde se le asigna la competencia para conocer de los conflictos referentes al sistema de la seguridad social integral cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvertan, donde fácilmente se advierte, que el énfasis para la determinación de la competencia ya no se hace en el elemento subjetivo, es decir la calidad de los intervinientes en el proceso (la entidad de seguridad social y sus afiliados), como lo preceptuaba la disposición anterior, sino en la materia objeto de la disputa, cualquiera sea la naturaleza del hecho o acto o los sujetos involucrados, sin que sea determinante el que haya o no afiliación al sistema.

Ahora bien, por sistema de seguridad social integral debe entenderse el comprendido en la Ley 100 de 1993 y normas que la modifiquen o adicionen, por consiguiente cualquier conflicto en que se persigan prestaciones o derechos contemplados en tales disposiciones, corresponde conocerlas sin ninguna duda a la jurisdicción del trabajo y de la seguridad social, sin que importe que la misma deba ser asumida por el empleador oficial directamente, pues el elemento definitivo para determinar la competencia es la prestación pretendida y no el carácter del sujeto obligado, como se deduce no solo del texto literal de la norma que se viene examinando, sino de la teleología de la misma, que no es otra que atribuir a una sola rama de la jurisdicción el conocimiento de las controversias en este campo, con el fin de que se alcance el objetivo de unidad jurisprudencial y no que diversas jurisdicciones puedan pronunciarse sobre unas mismas prestaciones, corriendo el riesgo de que se produzcan doctrinas contrapuestas, situación que el legislador quiso evitar.

Por lo tanto, si el derecho al que aquí se aspira es a la reliquidación de la pensión adquirida, que fue otorgada en régimen de transición, conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es evidente que se trata de un conflicto inherente a la seguridad social integral, cuyo conocimiento por lo mismo corresponde a esta jurisdicción, sin que la situación varíe por el hecho de que la prestación resulte finalmente a cargo del ente estatal, porque tal competencia se adquiere sin que importe la naturaleza de la relación jurídica, de los actos jurídicos que se discutan o del sujeto que quede obligado. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL-288 del 20 de febrero de 2018, Rad. 47429, M.S. Dr. Gerardo Botero Zuluaga). <sup>[17]</sup>



## Sanción moratoria

*Naturaleza jurídica. Procedencia*

Insistentemente la Corte ha precisado que, a efectos de imponer la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T, el operador jurídico debe inmiscuirse en las circunstancias particulares que llevan al empleador a incumplir la obligación de pagar de manera completa, a la finalización del vínculo contractual, salarios y prestaciones sociales, en la medida que no se trata de una sanción automática e inexorable, tal y como lo plantea la censura; así se ha dicho por ejemplo en la sentencia SL16884-2016, del 16 nov. 2016, rad. 40272, en los siguientes términos:

De manera reiterada la Corte ha precisado que, a efectos de imponer la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T, el operador jurídico debe inmiscuirse en las circunstancias particulares que mediaron para que el empleador incumpliera la obligación relativa al pago completo de los salarios y prestaciones sociales, a la fecha de la terminación del vínculo contractual, en la medida que no se trata de una sanción automática e inexorable, tal y como lo plantea la censura; así se ha dicho por ejemplo en la sentencia SL16884-2016 rad. 40272 de nov.16 de 2016, con los siguientes términos:

*Esta sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada y pacífica que las indemnizaciones por mora que se encuentran establecidas en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. En dicha medida, siempre ha sido clara en precisar que «...el recto entendimiento de las normas legales consagratorias de la indemnización moratoria enseña que su aplicación no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación de la conducta del deudor.» (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529; CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41836; CSJ SL4933-2014; CSJ SL13187-2015 y CSJ SL15507-2015, entre muchas otras).*

*En esa misma dirección, la Sala ha dicho que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, pues es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Esto es que, además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho (CSJ SL360-2013). Por virtud de ello, por ejemplo, la Sala ha clarificado que la indemnización moratoria no se puede eludir irreflexiva y automáticamente, por el hecho de que se discuta la naturaleza jurídica de la relación de trabajo (CSJ SL, SL, 2 ag. 2011, rad. 39695; CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 44218; CSJ SL8077-2015 y CSJ SL17195-2015, entre otras), o por el hecho de que la empresa se encuentre en dificultades económicas (CSJ SL, 1 jul. 2007, rad. 28024; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; CSJ SL884-2013 y CSJ SL10551-2015, entre otras), y ha llamado la atención en la necesidad de que siempre se indaguen y analicen suficientemente las condiciones particulares de cada caso.*

De tal suerte que, ante el reparo que exhibió la patronal contra la sentencia de primer grado respecto de la indemnización moratoria a la que fue condenada, el sentenciador de la alzada debió revisar las razones que lo llevaban a confirmarla, pero lejos de ello, procedió de manera inconsciente a respaldarla; vale decir, la fulminó sin analizar si ella era procedente, pues no indagó si había mediado buena fe patronal frente al impago de las comisiones y reajustes prestacionales que prosperaron, por lo que indudablemente se equivocó.

En consecuencia, la sentencia debería casarse en relación con ese puntual aspecto, pero la Sala avizora que en instancia llegaría a la misma conclusión condenatoria a la que arribó el Tribunal, como pasa a explicarse.

Sea lo primero acotar que de acuerdo al contrato de trabajo que suscribieron las partes, la pasiva se comprometió a retribuir la labor con el pago de comisiones, que para el caso de “ventas recaudadas de zapatos” sería “el 3%”.

Ahora bien, a pesar de que la empleadora al responder el libelo argumentó haber pagado los salarios y demás acreencias laborales del demandante, y haber actuado de buena fe, al formular el primer cargo adujo, como uno de los errores del sentenciador, el no tener en cuenta que solo durante los meses de abril, mayo, junio, agosto y septiembre de 1995, pagó comisiones en un porcentaje inferior al 2.5% y, que por tanto, las diferencias eran exiguas, explicación para nada justificativa de su comportamiento; así las cosas, la empresa pone de manifiesto el desconocimiento contractual en que incurrió que, además, fue evidenciado en la prueba pericial.

Es doctrina de esta Sala que, en algunos eventos excepcionales, el ínfimo valor de lo que se haya dejado de pagar al trabajador, frente a lo que se le reconoció efectivamente por salarios y prestaciones sociales a la terminación del vínculo contractual, puede ser demostrativo de que la intención del empleador, no fue la de malintencionadamente y sin razones valederas o atendibles evadir su cancelación. Empero, también constituye línea de pensamiento, invariable aún, que la conducta del empleador debe analizarse en cada caso en particular y que, por ello, de cara a la acreditación de los motivos para no haber sufragado completa una acreencia laboral, no existe una regla general relacionada con la cuantía de lo adeudado, pues el mínimo monto de lo que resulte debiéndosele al trabajador no hace surgir necesariamente la buena fe.

En sentencia CSJ SL, 13 abr. 2005, rad. 24397, reiterada en múltiples ocasiones, se explicó:

*En realidad que bien se puede ser deudor de buena fe de una gran cantidad de dinero como deudor de mala fe frente a una pequeña cantidad, o viceversa. La buena o mala fe del empleador no está o se refleja en el mayor o menor valor de lo que debe, sino en la conducta que asume en su condición de deudor obligado. Por eso la Corte ha dicho que para la recta aplicación de la sanción moratoria “deben los jueces valorar ante todo la conducta asumida por el empleador que no satisface a la extinción del vínculo laboral las obligaciones a su cargo, valoración que debe hacerse desde luego con los medios probatorios específicos del proceso que se examina...” como lo dejó sentado en la sentencia del 15 de julio de 1994, radicación 6658. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL-053 del 31 de enero de 2018, Rad. 40502, M.S. Dr. Fernando Castillo Cadena). ㉔*

## Casación laboral

*Formalidades propias de su naturaleza especial y extraordinaria*

Este es uno de aquellos eventos que obligan a la Corte a reiterar, con ahínco, que el recurso de casación, en materia laboral, está sometido a ciertas formalidades propias de su naturaleza especial y extraordinaria, concebidas para lograr el cumplimiento de los fines de controlar la legalidad de la sentencia recurrida y, por esa vía, preservar la unidad y coherencia de nuestro ordenamiento jurídico, más que instaurar una tercera instancia en los procesos ordinarios. En ese sentido, la Corte considera oportuno insistir en que la formulación del recurso requiere una mínima pericia y diligencia, necesaria para preservar la peculiaridad del recurso y para garantizar la dignidad y seriedad de los debates que se desarrollan ante esta corporación, en este especial escenario.

Es verdad que esta sala de la Corte ha reconocido la necesidad de adaptar las exigencias formales del recurso a la defensa y realización material de los derechos fundamentales en el trabajo y la seguridad social, pero ello no conlleva, en modo alguno, a que el recurso de casación se hubiera transformado en un foro abierto, en el que se pueda desplegar cualquier tipo de argumentación, protesta o lamentación respecto del resultado de un determinado juicio. Como ya se ha dicho en otras oportunidades, existen ciertas formas mínimas que no pueden ser desatendidas, pues, además de que constituyen presupuestos legales vigentes, contribuyen a darle racionalidad al recurso y constituyen su debido proceso.

La Corte llama la atención en lo anterior por cuanto el escrito contentivo del recurso de casación contiene numerosas falencias técnicas, que obligan a su desestimación. Entre los principales desaciertos, se pueden resaltar los siguientes:

1. El memorial contiene una copiosa reflexión sobre los resultados del proceso en las instancias, con elementos jurídicos y fácticos, ambientada con explicaciones innecesarias sobre los requisitos de validez y existencia de los contratos civiles, así como de instituciones básicas del derecho del trabajo, mayormente a través de penosas copias de fragmentos de textos tomados de la internet.

Ello atenta contra el deber de plantear de manera sucinta la demanda (artículo 91 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social), con la exposición de la causal de casación que se alega y los fundamentos básicos que le dan forma, y no adentrarse en consideraciones y alegatos propios de las instancias, que no le corresponde juzgar a la Corte.

2. El recurrente afirma confusamente que su única acusación se fundamenta en las causales primera y segunda de casación, con lo que desconoce la autonomía e independencia conceptual de las dos causales de casación laboral y la imposibilidad de plantearlas en un mismo cargo. La Corte ha explicado con suficiencia al respecto que «...no es dable entreverar en un mismo cargo, las dos únicas causales de casación del trabajo que por prescripción legal tienen identidad propia.» (CSJ SL, 21 may. 2002, rad. 18257).

Si lo anterior se entendiera razonablemente como un lapsus, pues lo que en realidad se denuncia es la violación de la ley sustancial, que configura la causal primera de casación laboral, enseguida se nota que, en un solo cargo, el recurrente mezcla arbitrariamente varios conceptos contradictorios, como la vía directa, la interpretación errónea de las pruebas, los errores de hecho

y la *violación medio*, entre otros, impropiedad que no supera en el desarrollo de la acusación, donde amalgama indiscriminadamente argumentos de índole jurídica y fáctica, como los relacionados con los requisitos de existencia y validez de los contratos y la prueba de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

A lo anterior se suma que el alcance de la impugnación es inadecuado e incompleto, pues además de que se pide a un mismo tiempo la casación y la revocatoria de la decisión del Tribunal, que constituye un imposible lógico, no se le precisa a la Corte el proceder que debe adelantar, en sede de instancia, respecto de la decisión emitida por el juzgador de primer grado.

Todas las anteriores falencias le impiden a la Corte reconocer el verdadero propósito y los alcances de la impugnación planteada.

3. En desarrollo de su discurso, el recurrente denuncia la presunta existencia de vicios meramente procedimentales, como la invalidez de la conformación de salas duales en los Tribunales Superiores y fallas en el decreto y la práctica de las pruebas en el trámite de la primera instancia, que constituyen vicios *in procedendo*, inadmisibles en la casación del trabajo (Ver CSJ SL10634-2014). Adicionalmente, juzga de manera abstracta la calidad y parcialidad de la sentencia, con argumentos *ad hominem*, sin rebatir razonablemente sus componentes y fundamentos, a través de las causales establecidas legalmente.

### Responsabilidad de las entidades de seguridad social

*En el pago de pensiones. Ante supuestos de omisión en la afiliación*

Si bien es cierto que el juzgador de primer grado aludió erróneamente a la jurisprudencia de la Sala relacionada con la “*mora*” en el pago de los aportes, cuando en este caso se trataba de una “*omisión en la afiliación*”, en todo caso, su determinación de adjudicarle el pago de la pensión de vejez al Instituto de Seguros Sociales está acorde con lo previsto en los literales c) y d) del parágrafo 1) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y los desarrollos jurisprudenciales de esta Corporación sobre la materia, como se explicó en sede de casación.

A lo anterior cabe añadir que para la Sala no es admisible una lectura limitada del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que impida la posibilidad de acumular tiempos correspondientes a periodos cuya afiliación es omitida por el empleador, a través de cálculo actuarial, a los beneficiarios del régimen de transición, por pensarse que dicha posibilidad está restringida a pensiones reguladas exclusivamente por esa norma.

Son varias las razones que conducen a entender que el deber de la administradora de pensiones de acumular los tiempos servidos y no cotizados, por falta de afiliación del trabajador, junto con la obligación del empleador de pagarlos a través de cálculo actuarial, resulta plenamente compatible con las pensiones del régimen de transición.

En primer término, porque la garantía del régimen de transición, adecuadamente comprendida, es un beneficio destinado a ciertos afiliados, que les permite obtener una pensión con el *tiempo*, la *edad* y el *monto* concebidos en regímenes pensionales anteriores, pero que, en todo lo demás, debe regirse por las disposiciones de la Ley 100 de 1993. En ese sentido, es sumamente claro el artículo 36 de la referida norma al prevenir que “[*l*as demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

Siendo lo anterior de esa manera, la correcta lectura del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 debe ser sistemática y comprensiva de las reglas especiales definidas en el artículo 36 de la misma ley, de manera que dentro de esas “*demás condiciones y requisitos*”, aplicables a las prestaciones del régimen de transición, debe entenderse incluida la posibilidad de recuperar los tiempos no cotizados, específicamente por alguna omisión en la afiliación del empleador.

Esa orientación no pervierte, en manera alguna, la filosofía de los regímenes anteriores que se pretenden aplicar, como en este caso el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, ni altera las condiciones de *tiempo* o *semanas* que allí se requieren, pues simplemente supone un remedio a una falta de afiliación, que en condiciones normales debió haberse generado, por obligación del empleador, de manera que no se trata de permitir la suma tiempos públicos o servicios no cotizados, que la Sala ha negado consistentemente (CSJ SL2208-2016, CSJ SL16810-2016, CSJ SL8302-2017, entre otros), sino que, por efecto del pago del cálculo actuarial y el restablecimiento de las semanas omitidas, resulta diáfano que lo que se sigue sumando son *semanas sufragadas efectivamente* al Instituto de Seguros Sociales, con pleno respeto de la integridad del respectivo régimen.

De otro lado, para la Sala no es lógico reducir los beneficios de la acumulación de tiempos cuya afiliación omitió el empleador, a las nuevas prestaciones de la Ley 100 de 1993, pues son precisamente los beneficiarios del régimen de transición, por su condición de trabajadores con servicios prestados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes están más expuestos a enfrentar problemas de falta de afiliación, debido a la dispersión de regímenes, de obligaciones y de responsables que existía con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social.

4. Si la Corte adoptara extremas tareas encaminadas a rescatar alguna acusación válida contra la decisión del Tribunal, encontraría que, desde el punto de vista jurídico, no está mínimamente argumentada la interpretación errónea que se denuncia y que, en torno a la aplicación indebida, es el mismo recurrente el que reivindica la aplicación al caso de las normas que tuvo en cuenta el Tribunal para resolver la litis.

Por otra parte, desde el punto de vista fáctico, no se enuncian de manera correcta y técnica los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal, además de que toda la fundamentación del cargo está basada en prueba testimonial, que no es calificada en la casación del trabajo.

5. Resta agregar que el recurrente no cumple con la carga de rebatir clara y completamente los fundamentos de la decisión del Tribunal, pues, como ya se dijo, se remite a vagos conceptos jurídicos, sin controvertir la conclusión nodal de que, por ejemplo, el actor admitió en su interrogatorio haber convenido un tipo de relación jurídica civil, diferente del contrato de trabajo, y que en ejecución de la misma no estaba subordinado, pues tenía plena libertad para administrar y vender los animales y demás utilidades de la finca, además de que contrataba otro personal para desarrollar plenamente las labores correspondientes. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL-048 del 31 de enero de 2018, Rad. 57848, M.S. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno). <sup>[14]</sup>

En la misma dirección, para la Sala, una intelección de tales contornos implica seguirle trasladando al trabajador las consecuencias de las omisiones de su empleador, de manera injustificada, y, tras ello, un retroceso en el entendimiento de los principios de la seguridad social de universalidad, unidad e integralidad, que velan por la protección de las contingencias que afectan a *todos los trabajadores*, en el sentido amplio del término, a través de un sistema único, articulado y coherente, que propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad (Ver CSJ SL14388-2015).

Por todo lo dicho, para la Sala, en este tema no es dable hacer diferencias inoportunas y contrarias al principio de igualdad, de manera que no es admisible concebir que la convalidación de tiempos, por periodos cuya afiliación fue omitida, solo es aplicable a unos afiliados, que se pensionan con la plenitud de condiciones de la Ley 100 de 1993, y no a quienes son beneficiarios del régimen de transición.

Por lo demás, esta sala de la Corte ya había autorizado la aplicación del parágrafo 1) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para recuperar tiempos omitidos por el empleador, a beneficiarios del régimen de transición, como en la sentencia CSJ SL16715-2014, de manera que la lectura que aquí reitera la Sala no es ajena a la orientación de la jurisprudencia que ha desarrollado esta corporación en torno al tema. Igual puede predicarse de la jurisprudencia constitucional, en la que se han adoptado planteamientos similares con respecto a beneficiarios del régimen de transición, a través de las sentencias T 164 de 2013 y T 014 de 2016.

En ese sentido, como el actor reunía los requisitos para obtener la pensión de vejez, teniendo en cuenta el tiempo omitido por el empleador, se confirmará la condena por pensión de vejez en cabeza del Instituto de Seguros Sociales, contenida en el numeral primero de la decisión apelada.

Por otra parte, el único apelante – Instituto de Seguros Sociales – también reclama que, de cualquier manera, “...la responsabilidad no puede trasladarse únicamente a la entidad demandada...”, pues una interpretación como la del juzgado “...resulta a todas luces estricta con la entidad y laxa para el empleador...”, de manera que “...el empleador SOFASA S.A. también asume obligaciones y por lo tanto no puede ser absuelto frente a las pretensiones del demandante...”, so pena de afectarse la estabilidad financiera del sistema. Por ello, entre otras cosas, pide que, en subsidio, se “...ordene al codemandado a cotizar retroactivamente y dentro de un término perentorio los meses que se encuentran en mora con sus respectivos intereses...”

Dicho reclamo es ciertamente fundado, puesto que, como se explicó en sede de casación, la responsabilidad de las entidades de seguridad social en el pago de las pensiones, ante supuestos de omisión en la afiliación, tiene como correlato necesario el deber del empleador de trasladar “...con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional...”, para resguardar la estabilidad financiera del sistema y materializar la responsabilidad que conserva el empleador, por incumplir su obligación de inscripción oportuna.

Por lo mismo, ante el hecho incontrovertible de que la Sociedad incumplió con la afiliación del actor al sistema de pensiones entre el 21 de septiembre de 1982 y el 31 de mayo de 1983, se revocará el numeral segundo de la sentencia apelada, que había absuelto a la referida sociedad de las pretensiones de la demanda, para en su lugar condenarla a trasladar un cálculo actuarial, con destino al Instituto de Seguros Sociales, por el valor de las cotizaciones dejadas de pagar. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL-051 del 31 de enero de 2018, Rad. 43182, M.S. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno). <sup>[15]</sup>



## Pensión gracia

### Contexto normativo

La pensión gracia fue creada por la Ley 114 de 1913 (“Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.”) para los educadores que cumplan 20 años de servicio en establecimientos educativos oficiales del orden territorial o nacionalizado, y 50 años de edad, siempre y cuando demuestren haber ejercido la docencia con honradez, eficacia, consagración, observando buena conducta. Esta prestación es compatible con la pensión de jubilación.

Así, en sentencia de 29 de agosto de 1997, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, con ponencia del Consejero Nicolás Pájaro Peñaranda, se fijaron algunos lineamientos sobre la pensión gracia en los siguientes términos (Expediente No. S-699):

“El numeral 3° del artículo 4° *Ib.* prescribe que para gozar de la gracia de la pensión es preciso que el interesado, entre otras cosas, compruebe “Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional...”. (En este aparte de la providencia se está haciendo referencia a la Ley 114 de 1913).

*Despréndase de la precisión anterior, de manera inequívoca, que la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por lo tanto, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales”.*

De conformidad con la normativa que dio origen a la pensión gracia, y la interpretación jurisprudencial efectuada en la materia por parte de la Sala Plena del Consejo de Estado, con el valor coercitivo que ello implica, es posible concluir que esta prestación se causa únicamente para los docentes que cumplan 20 años de servicio en colegios del orden departamental, distrital, municipal o nacionalizados, sin que sea posible acumular tiempos del orden nacional.

Al respecto, esta Sala en la sentencia de 17 de noviembre de 2016 (Rad. 2114-2016, M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez), mantuvo la misma línea expuesta así:

“Sobre los tiempos nacionales.

(...)

La Ley 114 de 1913 que creó la pensión de los docentes, estableció una serie de requisitos para acceder a la misma, entre los cuales dispuso en el numeral 3° del artículo 4°, que el docente debe demostrar que ni recibe ni ha recibido pensión o recompensa nacional.

“Artículo 4°.- Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe: (...)

3. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento”.

El artículo 1° de la Ley 91 de 1989 (“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”) clasificó a los docentes para efectos de las prestaciones económicas, como territoriales, nacionales y nacionalizados.

“Artículo 1°.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.”

Por ultimo concluyó:

“Queda claro entonces, que no se ha establecido como requisito para acceder a la pensión gracia, que el docente deba estar vinculado el día 31 de diciembre de 1980, es decir, solo es necesario que haya prestado sus servicios como docente antes del año 1981 en instituciones territoriales o nacionalizadas, sin que se puedan computar tiempos de servicio de carácter nacional, pues la finalidad principal de la pensión gracia, es reconocer a aquellos docentes un beneficio económico para equilibrar los ingresos percibidos entre éstos y los docentes nacionales, ante el déficit

fiscal en que se encontraban los entes territoriales para cubrir el pago por la prestación de los servicios al magisterio”.

De otro lado, es preciso tener en cuenta, que la Ley 91 de 1989 (por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), señaló en su artículo 15 que:

“Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubiere desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación”.

De lo anterior, se infiere que el derecho a la pensión gracia lo mantienen los docentes nacionalizados y territoriales que se hubieren vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980, descartándose así para aquellos que siendo nacionales hubieren sido nombrados dentro de dicho límite temporal.

Es claro entonces, que el tiempo de servicio corresponde a 20 años que deben ser prestados exclusivamente en instituciones educativas territoriales o nacionalizadas.

Lo anterior, constituye un referente inequívoco que no cambió al clarificarse la compatibilidad de la pensión gracia con la de jubilación, pues la ley fue diáfana en que los demás requisitos para su reconocimiento debían acreditarse, es decir, la prestación efectiva en la docencia territorial o nacionalizada por espacio de al menos 20 años y 50 años de edad.

El docente, como el profesional dedicado a la enseñanza a cargo del Estado en los diversos niveles de la educación, corresponde a un verdadero empleado público de naturaleza especial, que tiene una relación laboral legal y reglamentaria, que se vincula a través de acto administrativo emitido por la autoridad nominadora competente, y que debe tomar posesión de su cargo, conforme lo disponen los artículos 1° y 4° del Decreto Ley 2400 de 1968 (Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones), en concordancia con el artículo 3° del Decreto Ley 2277 de 1979 (por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente).

En cuanto al tiempo de servicio y al tipo de la vinculación requerida para tener derecho a la pensión gracia, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado respecto de su prueba:

“En principio, para efectos de la pensión de jubilación gracia (docente) se deben analizar los tiempos de servicio que acrediten los educadores teniendo en cuenta varios datos trascendentales, año por año (porque es posible que un tiempo le sirva para la prestación y otro no), a saber: el cargo desempeñado (maestro de primaria, profesor de Normal, inspector de primaria, etc.) la dedicación (tiempo completo, medio tiempo, hora cátedra, etc.), La clase de plantel donde desempeñó su labor (Normal, Industrial, Bachillerato, etc.), así como el nivel de vinculación del centro educativo a las entidades políticas (Nacional, nacionalizado -a partir de cuando- Departamental, Distrital, Municipal, etc.). La época del trabajo realizado (año, con determinación clara y precisa de la iniciación y terminación de la labor) es fundamental de conformidad con las leyes especiales que rigen esta clase de pensión y la Ley 91 de 1989. La sola mención de la fecha de nombramiento no es prueba de la iniciación -desde ese momento- del servicio y la cita de la fecha de un acto de aceptación de renuncia debe ir acompañado del dato desde cuando produjo efectos, para poder tener en cuenta realmente el tiempo de servicio. Los certificados que se expidan para acreditar estos requisitos deben ser precisos en los datos fundamentales que exigen las leyes especiales que regulan esta clase de pensión (Sentencia del 19 de enero de 2006, Expediente 6024-05, Consejero Ponente Tarsicio Cáceres Toro”.

Esta línea, ha sido mantenida por la Sala, destacándose las siguientes consideraciones:

“Es necesario precisar respecto de los certificados docentes para la pensión gracia, como ya se ha dicho por esta Subsección, estos pueden ser expedidos por los mismos directivos de los centros educativos donde trabajaron los educadores y en ellos deben establecerse con claridad el cargo desempeñado, la dedicación, la clase de plantel y el nivel de vinculación del centro educativo a las entidades públicas; dichos certificados servirán de base para expedir otros en forma correcta, tal como se verifica que ocu-

rió en el caso del demandante pues el Secretario General de la Alcaldía municipal certificó el lapso de trabajo incluyendo el periodo comprendido del 19 de enero de 1981 al 13 de julio de 1983 en el que el docente estuvo vinculado como interino en la Escuela Rural”. (sentencia del 14 de noviembre de 2015, exp. 2636-2014, C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

Entonces, lo importante de la prueba del tiempo de servicios y de la vinculación, no es la denominación que se le dé, ni la forma que adopte, sino el contenido de los datos puntuales que ofrezca alrededor del tipo de nombramiento, la autoridad que lo hace, la institución educativa a la que prestará los servicios, su naturaleza, y por supuesto los extremos temporales; a efecto de esclarecer el cumplimiento de los requisitos especiales de que trata la Ley 114 de 1913 en los términos analizados.

De otro lado, resulta muy relevante señalar, que el artículo 6° de la Ley 116 de 1928 (Por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la Ley 102 de 1927), establece que:

“Los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores de instrucción pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquélla la que implica la inspección.”

Conforme a la disposición normativa, para efectos del reconocimiento de la pensión gracia, es viable la sumatoria de los años servidos en cualquier época, en la primaria como la de normalista, inclusive las labores de inspección; por lo que es evidente que la voluntad de legislador fue la establecer el referente del tiempo de servicio, y no la naturaleza en que éste sea prestado, ni el título que tenga. Así mismo, cuando se establece la sumatoria en cualquier tiempo, implica interpretar que no se requiere de la continuidad del servicio, como un todo del periodo, sino la totalización de los 20 años en las condiciones de docencia territorial o nacionalizada.

Sobre el particular, esta Sala alrededor de la modalidad de la vinculación válida para el reconocimiento de una pensión gracia, razonó así:

“Respecto de la vinculación del demandante como docente interino, debe reiterarse que las Leyes 114 de 1913 y 116 de 1928 concibieron la prestación gracia de jubilación como una dádiva o recompensa a favor de quienes ejercieran la actividad docente en el nivel territorial, razón por la cual, y conforme lo disponen las normas en cita y la jurisprudencia de esta Corporación, la única exigencia válida para efectos de reconocer la prestación pensional en cita es haber acreditado 20 años al servicio de la docencia oficial sin importar la modalidad de la vinculación, siempre que esta responda a cualquiera de las previstas en la ley. En efecto, si bien el

ordenamiento jurídico no define expresamente la naturaleza de la interinidad, como una forma de proveer cargos docentes, esta Corporación ha precisado que dicha figura debe entenderse como el mecanismo mediante el cual la administración, ante la imposibilidad de contar con docentes de carrera, designa con carácter transitorio a personas instruidas en el ejercicio de la referida actividad, en atención a la necesidad y urgencia de garantizar la efectiva prestación de los servicios educativos. Lo anterior, en todo caso, constituye una forma de vinculación a la administración, en cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, esto es, a través de la toma de posesión de un cargo docente dando lugar, en consecuencia, a la configuración de una relación legal y reglamentaria con carácter autónomo, tal y como ocurrió en el caso del señor (...) (Sentencia del 14 de noviembre de 2015, exp. 2636-2014, CP Gerardo Arenas Monsalve)”.

Respecto, al tiempo de vinculación, la Sala de Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 22 de enero de 2015, exp. 0775-2014, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón, definió como regla que:

“En el presente caso, para el 29 de diciembre de 1989, fecha de expedición de la Ley 91 de 1989 la señora (S) ya había prestado sus servicios como docente nacionalizado, pues había sido nombrada mediante Decreto No. 00439 de 19 de febrero de 1979, por el periodo comprendido entre el 19 de febrero al 20 de mayo del mismo año.

Lo anterior le permite a la Sala establecer que era posible que la demandada analizara si la actora reunía los requisitos para acceder a la pensión gracia, toda vez que la expresión “*docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980*”, contemplada objeto de análisis, no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, pues lo que cuenta para efectos pensionales es el tiempo servido; por lo tanto, la pérdida de continuidad, no puede constituirse en una causal de pérdida del derecho pensional como lo estimó el Tribunal”.

De esta manera, la línea jurisprudencial actual sobre el reconocimiento de la pensión gracia, es clara y pacífica alrededor de la importancia del tiempo de servicio como su referente, esto sí, dejando claro que debe ser territorial o nacionalizado sin importar si es continuo o discontinuo, ni su modo de vinculación, como también en relación a que no es necesario que al 31 de diciembre de 1980, el docente debe encontrarse en servicio activo, como quiera que el texto normativo, lo que dispone para esa fecha es el límite máximo para que el educador se vincule, siendo viable que haya sido con antelación a la mencionada calenda. (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 31 de enero de 2018, Rad. 17001-23-33-000-2013-00071-01 (0641-14), C.S. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez). <sup>[14]</sup>

## Docentes

### Régimen de cesantías

En reiteradas oportunidades la Sección Segunda de esta Corporación ha estudiado el régimen de cesantías de los docentes; específicamente en sentencia 23001-23-33-000-2012-00099-01(4549-13), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, se expuso lo siguiente:

“A través de La Ley 91 de 1989 (Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG) y determinó sus competencias frente a la Nación y a las entidades territoriales. Dice la norma:

“Artículo 1°. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial,

a partir del 1° de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

*Parágrafo-* Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.”

Establece el marco normativo de competencias en medio del cual el Fondo debe ejercer su tarea principal, esto es, atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes o después de la expedición de la norma y define las competencias de la Nación y de las entidades territoriales de la siguiente manera:

“Artículo 2°. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

1. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia seguirán siendo

pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.

2. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.

3. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieren sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975.

4. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el



período comprendido entre el 1º de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieren sus veces.

5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

*Parágrafo.* Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

Crea el FOMAG, en los siguientes términos:

“Artículo 3º. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad”.

Determinó las fuentes de donde provendrán los recursos para que el Fondo funcione; la prohibición de destinarlos para asuntos diferentes al pago de las prestaciones del Magisterio y lo que tiene que ver con los procedimientos para la realización de convenios con las entidades territoriales para el cumplimiento de sus funciones y objetivos, en los artículos 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 y 14, entre los cuales se destacan los siguientes: (i) efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado; (ii) garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales que contrata con ciertas entidades, de conformidad con las instrucciones que al respecto imparta el Consejo Directivo del Fondo; (iii) velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; y (iv) propender porque todas las entidades deudoras del FOMAG cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

Precisó las normas a aplicar por el FOMAG para el cumplimiento de su misión principal, esto es, el pago de las prestaciones sociales a los docentes oficiales, de la siguiente manera:

“Artículo 15.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley”.

En lo relativo a las cesantías del personal docente, el numeral 3º del

artículo señalado, previó la siguiente disposición:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

De conformidad con el artículo 15, numeral 3 de la Ley 91 de 1989, se establece que para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no se ha modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último mes.

De igual manera, para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Igualmente, la citada ley regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

i) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen retroactivo que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

ii) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por lo que las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

En suma, en materia prestacional los docentes cuentan con régimen especial, gestionado por el FOMAG, creado como un patrimonio autónomo que mediante la celebración de un contrato de fiducia pública, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, con el objeto de recaudar los recursos destinados a dicha finalidad.

Posteriormente, la Ley 812 de 2003 (“Mediante el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, se dispuso que continúan vigentes los artículos 13, 14, 20, 21, 38 reemplazando la expresión “el CNSSS” por “la Comisión de Regulación en Salud”, 43, 51, 59, 61, el parágrafo del artículo 63, 64, 65 para el servicio de gas natural 69, 71, 75, 81, 82, 86, 92, 99, 103, 110, 121 y 131, de la Ley 812 de 2003), previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 18 de enero de 2018, Rad. 19001-33-31-000-2011-00305-01(1733-16), C.S. Dr. Gabriel Valbuena Hernández). <sup>[14]</sup>

## Recurso de apelación

### *Alcance. Carga argumentativa*

En general, los recursos han sido consagrados tanto con el fin de corregir los posibles errores en los que incurra el juez, pues se considera que por ser las providencias obra del hombre, pueden contener defectos derivados de la falibilidad humana; además, por las posibles diferencias en la interpretación jurídica de unos hechos; así mismo, para garantizar la doble instancia.

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco ha señalado:

“Los actos del juez, como toda obra humana, son susceptibles de error, bien por fallas en la aplicación de normas sustanciales o procesales, o por olvidos del funcionario. Puede, inclusive, suceder que la actuación del juez sea correcta, ajustada en un todo a la legalidad, pero que una parte, aun las dos o un tercero autorizado para concurrir al proceso estimen que vulnera sus derechos. Por ello se hace necesario permitir a las personas habilitadas para intervenir dentro de un proceso, el uso de los instrumentos adecuados para restablecer la normalidad jurídica si es que esta realmente fue alterada o para erradicar toda incertidumbre que el presunto afectado pueda albergar cuando es él y no el juez el equivocado.

(...)

Es de la naturaleza jurídica del recurso el ser un acto procesal de parte, pues no se puede concebir su existencia sin que alguien, distinto del juez, lo interponga.

(...)

Juan Carlos Hitters, pone de presente que es en el campo de los recursos en donde conserva influencia grande el principio dispositivo al destacar que “Hemos anticipado que los errores cometidos por el juzgador durante el proceso, ya sean de actividad o de juzgamiento, se purgan si son atacados en tiempo idóneo. Ello demuestra la esencia dispositiva de la figura analizada, ya que en el juicio civil tanto la interposición de estos medios como la fundamentación de los mismos está a cargo exclusivamente de las partes, salvo muy raras excepciones; quedándole prohibido al órgano jurisdiccional actuar de oficio en lo que a dichos menesteres respecta. En este orden de ideas no resulta baladí reiterar que la publicización del proceso civilístico, que le ha conferido al juez la función de director con amplios poderes-deberes, no ha alcanzado singular altura en el área recursiva, donde -como vimos- cabalga lozanamente el modelo dispositivo, el que se agudiza notablemente en el campo de los recursos extraordinarios, pues allí la carga de la fundamentación llega a ser, en algunos casos, desesperadamente formalista”.

Los recursos cumplen un papel importante dentro de la organización sociopolítica de un país, por cuanto permiten a los jueces no hacer efectivas decisiones contrarias a derecho, pues es su característica esencial (salvo en el caso del de apelación cuando se concede en el efecto devolutivo y, en algunos casos, la casación), el impedir que lo ordenado en la providencia impugnada se cumpla, mientras no sean resueltos (C. de P.C. art. 331); todavía más: si la providencia recurrida se hubiere cumplido no significa que esté ejecutoriada y, por ende, es susceptible de ser reformada o revocada, como sucede con una decisión apelada si el recurso se concede en el efecto devolutivo” (Hernán Fabio López Blanco, *Procedimiento Civil*, Tomo I, Parte General, novena edición, Bogotá, Dupré Editores, 2005, págs. 741 y 742).

Como se desprende de lo anterior, en los recursos conserva gran importancia el principio dispositivo, que establece que son las partes las que deben actuar y determinar los puntos a resolver por parte del juez, lo cual conduce a delimitar el alcance de la decisión de quién está encargado de analizar el caso concreto.

Lo anterior, en el caso de la apelación, está en estrecha relación con la máxima latina *tantum devolutum quantum appellatum*, conforme a la cual el juez de segunda instancia resuelve los aspectos sometidos a su consideración en el respectivo recurso de apelación.

Al respecto, la tratadista Susanna Oromí Vall-Llovera sostiene:

“Este es uno de los postulados básicos del recurso de apelación, unánimemente aceptado por nuestra doctrina. Según esta regla, la apelación solo puede conocer de los puntos a que se contraiga, o sea, aquellos que las partes en apelación han sometido expresa o tácitamente al órgano judicial superior en virtud del efecto devolutivo. Se enmarca y predetermina, así, el alcance de su decisión, de manera que quedan firmes los restantes pronunciamientos al ser consentidos por los sujetos intervinientes. En muchas ocasiones esta firmeza resulta de la voluntad presunta de las partes, al silenciar en el recurso alguno de los extremos de la resolución de primera instancia que les afectan.

Dichos extremos consentidos no pueden ser alterados por el órgano *ad quem*. Son los sujetos de la apelación, tanto el apelante como apelado, por tanto los que determinan el ámbito devolutivo de la misma, es decir, lo que el Tribunal superior debe resolver. No obstante, para dicha delimitación ha de tenerse en cuenta no solo la apelación o apelaciones iniciales, sino también la ulterior modificación introducida por una eventual apelación adhesiva de alguno de los apelados, que incrementa el alcance devolutivo del recurso y amplíe, en consecuencia, los poderes de cognición del órgano superior.

En este sentido, el T.C. ha admitido, desde sus primeras resoluciones, la imposibilidad en apelación de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por los litigantes, al no ser objeto de impugnación. Asimismo, el T.S. ha declarado que solo los pronunciamientos apelados por los sujetos de la apelación pueden ser objeto de la misma. La llamada “jurisprudencia menor” también lo ha destacado en numerosas resoluciones.

Todo esto no ha de llevar a confusiones, ya que el objeto del proceso es el mismo tanto en primera como en segunda instancia, aunque en el ámbito de la impugnación puede ser distinto, dando lugar a un objeto del recurso de apelación igual o más reducido, más en ningún caso más amplio del planteado en el primer grado del proceso. El objeto del proceso queda perfectamente delimitado e inalterable con las peticiones de las partes expuestas en sus escritos alegatorios de primera instancia (demanda, contestación; réplica y dúplica, cuando los hubiere), de forma que no pueden modificar sus pedimentos, sino solo limitarlos en apelación” (Susanna Oromí Vall-Llovera, “Partes, Intervinientes y terceros en recurso de apelación civil”, tesis doctoral defendida en la Universitat de Girona el 25 de febrero de 2000, págs. 366 a 368).

Es claro entonces que la sentencia que resuelve el recurso de apelación debe ceñirse a lo argumentado por la parte que solicita que se revise la decisión. Lo anterior ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta corporación, en los siguientes términos:

“Al respecto conviene recordar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial -en este caso la que contiene una sentencia-, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. (...).”

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: *tantum devolutum quantum appellatum*”.

Así pues, cuando la ley lo exija, el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez. La exigencia legal de que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia deba sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, por lo cual su inobservancia acarrea la declaratoria de desierto y, por contera, la ejecutoria de la providencia que se recurre (artículo 212 C.C.A.).

Esta Sala ha delimitado el estudio del recurso de alzada a los motivos de inconformidad expresados por el recurrente, según lo reflejan las siguientes puntualizaciones:

“Ninguna precisión resultaría necesario efectuar en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, ni en cuanto a la concurrencia, en el mismo, de los elementos constitutivos del régimen respectivo, habida cuenta que el recurso de apelación incoado por la entidad demandada no controvierte tales extremos y la parte actora no recurrió la sentencia de primera instancia, de manera que los referidos, son puntos de la litis que han quedado fijados con la decisión proferida por el *a quo*”.

En reciente pronunciamiento efectuado por esta Sala, se precisó:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, solo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”



(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 17.605, magistrado ponente: Mauricio Fajardo Gómez).

De acuerdo con todo lo expuesto, en cabeza de quien interpone el recurso de apelación se encuentra la carga argumentativa que permite delimitar el problema jurídico en la segunda instancia. Así, el apelante deberá manifestar de manera clara y precisa en qué consisten los errores de la providencia dictada por el *a-quo*.

### Agentes de la Policía Nacional Régimen de asignación de retiro

- El Decreto 1213 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional”, respecto a los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro, señaló en el artículo 104 lo siguiente:

“[...] *Asignación de retiro*. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad. [...]”

A su vez, el artículo 106 *ib.* señaló:

“[...] Tres meses de alta. Los Agentes de la Policía Nacional que pasen a la situación de retiro temporal o absoluto y tengan derecho a asignación de retiro o pensión continuarán dados de alta en la respectiva pagaduría por tres (3) meses a partir de la fecha en que se cause la novedad de retiro, para la formación del expediente de prestaciones sociales. Durante dicho lapso y salvo lo dispuesto en el artículo 133 de este Decreto, continuarán percibiendo la totalidad de los haberes devengados en actividad correspondientes a su categoría. El lapso de los tres (3) meses de alta se considerará como de servicio activo, únicamente para efectos de prestaciones sociales. [...]”

- Posteriormente, a través de la Ley Marco 923 de 30 de diciembre de 2004 se señalaron las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, ordinal 19, literal e) de la Constitución Política.

La mencionada ley señaló para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, lo siguiente:

“[...] Artículo 2°. *Objetivos y criterios*. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

“[...]”

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal.

“[...]”

Artículo 3°. *Elementos mínimos*. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando

En el mismo sentido, en el artículo 320 del Código General del Proceso se dispuso que el recurso de apelación tiene “por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”.

(Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 18 de enero de 2018, Rad. 19001-33-31-000-2011-00305-01(1733-16), C.S. Dr. Gabriel Valbuena Hernández). <sup>[14]</sup>

el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal. [...]”

A partir de lo anterior, se colige que la norma transcrita fijó los siguientes aspectos:

- Como tiempo de servicio para el reconocimiento de la asignación de retiro un mínimo de 18 años y un máximo de 25 años de servicios.

- Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y la Policía Nacional, el Gobierno Nacional indicó que a los miembros en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 no se les exigirá un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores, sin que pueda ser superior a 20 años de servicios cuando el retiro se produzca a solicitud propia, ni inferior a los 15 años de servicios cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Lo anterior, en concordancia al tiempo de servicios señalados en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

Por tanto, tal como lo ha señalado esta Corporación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de marzo de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 4295-2013, ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 16 de julio de 2013, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero radicación 25000-23-41-000-2013-00659-01) el único condicionamiento que la Ley 923 de 2004 consagró para ser beneficiario de la transición señalada en su artículo 3.º es que al momento de la entrada en vigencia la persona se encuentre en servicio activo en las Fuerzas Militares, toda vez, que respecto a la exigencia del término señalado a los miembros activos, únicamente se limitó a respetar los mínimos y máximos señalados en el Decreto 1213 de 1990 para el reconocimiento de la asignación de retiro.

- Esta ley, fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4433 de 2004, el cual, en el artículo 24, señaló:

“[...] *Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad*. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así: [...]”

- Se resalta que el artículo transcrito fue declarado nulo por la Sección Segunda de Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 28 de febrero de 2013, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno 1238-2007, por considerar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria al aumentar la edad para acceder a la asignación de retiro de 15 a 18 años y así vulnerar la cláusula de reserva legal.

- En ese sentido, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de septiembre de 2014, Consejera Ponente María Claudia Rojas Lasso, radicación 520012331000200501421 01), en la sentencia de nulidad los efectos se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad, sin que ello afecte las situaciones consolidadas o los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada, esto es, aquellas situaciones particulares que al momento de la ejecutoria del fallo que declaró la nulidad ya se debatieron ante las autoridades administrativas o que la jurisdicción de lo contencioso administrativo decidió sobre la legalidad de los actos proferidos con fundamento en la norma declarada nula.

Por tanto, en los eventos en que los derechos no se encuentren consolidados, la consecuencia lógica de la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, es que se aplique para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990. (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 18 de enero de 2018, Rad. 19000-23-31-000-2013-00507-01 (2985-15), C.S. Dr. William Hernández Gómez). <sup>[15]</sup>

## Costas procesales y agencias en derecho

Condenas

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso (Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib) y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 366 del Código General del Proceso (“[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]”), y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado (Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999) los cuales deberán ser fijados contractualmente entre estos conforme los criterios previstos en el artículo 28 ordinal 8.º de la Ley 1123 de 2007 (Regula la norma como deber de los abogados, el de “...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto”).

En materia, de lo contencioso administrativo,

la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo 1887 de 2003 (modificado por el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016) “vigente al momento de la expedición de la sentencia de primera instancia» fijó las agencias en derecho, de la siguiente manera:

[...] 3.1.2. Primera instancia.

“[...] Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Par.- En los procesos ejecutivos, hasta el quince por ciento (15%) del valor del pago ordenado o negado en la pertinente decisión judicial; si, además, la ejecución comprende el cumplimiento de obligaciones de hacer, se incrementará en un porcentaje igual al que fije el juez.

En los casos en que únicamente se ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta seis (6) salarios mínimos mensuales legales vigentes. [...]”.

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera “automática” u “objetiva”, frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no (ver entre otras, sentencias de 15 de abril de 2015, C.P. Alfonso Vargas Rincón (E), expediente No. 1343-2014, sentencia de 15 de octubre de 2015, Expediente: 4383-2014, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E), sentencia de 20 de enero de 2015, expediente número: 4583-2013, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren).

Sin embargo, a través de la sentencia de 7 de abril de 2016, esta Subsección (Consejero ponente: William Hernández Gómez) dentro del proceso radicado bajo el número 15001-23-33-000-2012-00162-01, número interno 4492 de 2013, varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó

lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “*subjetivo*” -CCA- a uno “*objetivo valorativo*” -CPACA-.

b) Se concluye que es “*objetivo*” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “*valorativo*” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP (“Artículo 366. *Liquidación*. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”), previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. El sustento de este criterio se expresó en forma extensa en aquella decisión, en la cual se analizó la evolución legislativa de la condena en costas en esta jurisdicción. (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 18 de enero de 2018, Rad. 15001-23-33-000-2015-00657-01(2957-16), C.S. Dr. William Hernández Gómez). 144

## Facultad impositiva de los concejos municipales

Falta de competencia

En tiempos de paz, el Congreso de la República es el único autorizado para la creación de las leyes, incluso las de carácter tributario, que deben sujetarse a lo dispuesto por la Constitución y la Ley.

Si bien es cierto, la Carta otorga autonomía fiscal a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, al consagrar que dentro de sus actividades está la de establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, también lo es que no las autorizó para crearlos, pues dicha

potestad recae exclusivamente en el Congreso.

Ahora bien, debe precisarse que cuando la Carta Política consagra la facultad de “[...] establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones [...]”, hace referencia a que los entes territoriales, a través de las Asambleas y los Concejos, tienen la potestad de imponer directamente los elementos esenciales de los tributos locales, siempre y cuando hayan sido creados previamente por el legislador o autorizados por él.



En efecto, en relación con la facultad impositiva de los Concejos Municipales, la Secciones Primera y Cuarta de esta Corporación, en reiterados pronunciamientos (Sección Primera, sentencias de 7 de octubre de 1999, expediente nro. 5487, Consejero ponente Doctor Juan Alberto Polo Figueroa; de 13 de octubre de 2011, radicado nro. 20001-23-31-000-2004-02424-01, Consejera ponente Doctora María Elizabeth García González; y Sección Cuarta, sentencia de 5 de marzo de 2004, expediente nro.13.584, Consejero ponente Doctor Juan Ángel Palacio Hincapié), ha precisado que solo el legislador, ordinario o extraordinario, de conformidad con el artículo 313, numeral 4, de la Constitución Política, en consonancia con el artículo 287, numeral 3 *ibidem*, puede autorizar a los municipios, como entidades territoriales, para cobrar tributos; y que, en todo caso, en tal autorización legal deben aparecer en forma clara y precisa los elementos estructurales del tributo, a saber: sujeto, hechos, bases gravables y tarifas.

Ello, ha sido desarrollado así, además, desde el entendimiento del artículo 338 Constitucional:

*"[...] El criterio con el que esta Corporación se ha pronunciado sobre el punto, ha destacado la autonomía de las entidades municipales, la cual se encuentra constitucionalmente consagrada en el citado artículo 338 Superior. Este texto constitucional es claro en señalar que, en la ley, en las ordenanzas o en los acuerdos, se deben determinar los elementos del tributo, en clara concordancia y desarrollo con los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales (Constitución Política, artículos 1º, 287-3, 300-4 y 313-4).*

*Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia de constitucionalidad C-390 del 22 de agosto de 1996, explicó el alcance del artículo 338 de la Constitución, en lo concerniente a la obligatoria fijación de los elementos esenciales del deber tributario por parte de los órganos colegiados de carácter representativo, así:*

*"[...] el aludido precepto constitucional no tiene el sentido de concentrar en el Congreso la competencia exclusiva y excluyente para establecer los elementos de todo tributo, incluidos los que establezcan las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales, pues ello implicaría, ni más ni menos, el desconocimiento del ámbito propio e inalienable que la Constitución reconoce a las entidades territoriales en cuanto al establecimiento de gravámenes en sus respectivos territorios.*

(...)

*Por eso, el mismo artículo 338 de la Constitución, que el demandante estima violado, dis-*

*pone con claridad que no solamente la ley sino las ordenanzas y los acuerdos son los actos que consagrarán directamente los elementos de los tributos. Tal competencia está deferida, pues, según que el gravamen sea nacional, departamental, distrital o municipal, al Congreso, a las asambleas y a los concejos.*

(...)

*Dentro de ese contexto, la referencia a la obligación de señalar en el acto creador del impuesto los elementos esenciales de la obligación tributaria ha de entenderse hecha, según el tipo de gravamen, por el nivel territorial al que corresponda, de lo cual se infiere que si el legislador (Constitución Política de Colombia. Artículos 295, 300-4 y 313-4), como puede hacerlo, decide regular o establecer normas generales sobre tributos del orden departamental, municipal o distrital, no se le puede exigir, ni debe permitírsele, que en la ley respectiva incluya directamente todos los componentes del tributo (hecho gravable, base gravable, sujetos activos, sujetos pasivos y tarifas) o, en los casos de tasas y contribuciones, el método y el sistema para recuperación de costos o la participación en beneficios -como sí está obligado a hacerlo tratándose de tributos nacionales-, pues su función no es, ni puede ser, según las reglas de la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales, la de sustituir a los órganos de estas en el ejercicio de la competencia que les ha sido asignada por la Constitución.*

*El análisis constitucional, concuerda con el razonamiento esbozado por esta Corporación en el entendido que el artículo 338, inciso primero, de la Constitución Política confiere a las Asambleas y Concejos la atribución de determinar, directamente, los elementos de la obligación tributaria del orden departamental, distrital y municipal, de conformidad con las pautas dadas por el legislador. Esta disposición armoniza con el artículo 278-3 Superior, que faculta a los entes territoriales para establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, atribución que, sin embargo, debe desarrollarse "dentro de los límites de la Constitución y la ley" (Sección Cuarta, sentencia de 26 de enero de 2011, radicado nro. 05001-23-31-000-2009-00498-01(18629), es decir, aun reconociendo que constitucionalmente se les ha concedido a las entidades territoriales tal facultad, esta no es ilimitada, pues su ejercicio debe circunscribirse a lo que la Ley señale (ver también lo explicado por la Sección Primera, sentencia de 11 de junio de 2004, radicado nro. 52001-23-31-000-2001-01127-01(13840), Consejera ponente Doctora Ligia López Díaz: "[...] Interpretando*

*la anterior disposición de una manera armónica junto con los demás preceptos mencionados, le corresponde a la ley, dictada por el Congreso, la creación "ex novo" de los tributos, y a partir de ella, podrán las asambleas o los concejos ejercer su poder de imposición. Las entidades territoriales podrán entonces establecer tributos dentro de su jurisdicción, pero con sujeción a la ley que previamente los haya determinado [...]"*

*Esta atribución constitucional está íntimamente relacionada con todos los principios que integran el sistema tributario, pero se destaca especialmente el principio de reserva legal que se constituye en la principal garantía para todos los asociados.*

*Al respecto, es bien conocida la aseveración según la cual: "[...] El principio más importante del derecho tributario, desde el punto de vista político, es el de reserva de ley, conforme al cual ningún tributo puede ser impuesto sin previa aprobación del órgano de representación popular (Plazas Vega, Mauricio. Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario Vol. II. Segunda Edición. Pág. 471. Editorial Temis S.A., Bogotá, D.C., 2005) [...]" [...]" (Sección Primera, sentencia de 20 de octubre de 2017, radicado nro. 05001-23-31-000-2009-01253-01, Consejera ponente Doctora María Elizabeth García González).*

En el caso concreto, el Concejo Distrital, mediante el acuerdo demandado, creó una sobretasa para las Comunas 1 y 5 de la ciudad, con el fin de destinar los recursos a la seguridad, inversión en obras de interés general, construcción, dotación y mantenimiento del Instituto Tecnológico Comunitario y demás instituciones educativas que benefician a quienes viven en los barrios que las conforman.

Sin embargo, dicho Acuerdo, tal y como lo manifestó el *a quo*, no señaló la ley que previamente autorizó al ente territorial para la implementación y el cobro de la sobretasa, ni fue demostrada o invocada su existencia, lo cual era necesario para adquirir el derecho de su creación, administración, reglamentación y manejo, de acuerdo con sus necesidades de imposición.

Contrario a lo sostenido por el apelante, la Sala concluye que el Concejo Distrital, al crear una sobretasa para las Comunas 1 y 5 de esa ciudad, sin previa concepción y/o autorización del Congreso de la República, lo hizo con una indiscutible falta de competencia. (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Rad. 13001-23-31-000-2002-01674-01, sentencia del 8 de febrero de 2018, C.S. Dr. Alberto Yepes Barreiro). ㉔

## Director general de Corporación Autónoma Regional

### Requisitos. Tarjeta profesional

Se debe recordar que el artículo 2.2.8.4.1.21 del Decreto 1076 de 2015, estableció como requisitos necesarios para ser Director General de una corporación autónoma regional los siguientes:

- a) Título profesional universitario;
- b) Título de formación avanzada o de posgrado, o, tres (3) años de experiencia profesional;
- c) Experiencia profesional de 4 años adicionales a los requisitos establecidos en el literal anterior de los cuales por lo menos uno debe ser en actividades relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables o haber desempeñado el cargo de director general de corporación, y

d) Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la ley.

En este caso no se discute que el demandado cumple con los requisitos relativos a su formación, dado que consta y así se encuentra aceptado por las partes que el demandado es administrador del medio ambiente, así mismo se encuentra acreditada su condición de especialista en alta gerencia.

La controversia se deriva de la no acreditación por parte del accionado de la tarjeta profesional para ejercer su profesión, conforme lo establece el artículo 4º de la Ley 842 de 2003, dado que allí se estipuló que la profesión de administrador del medio ambiente, al ser afín a la ingeniería: "(...) requiere [para el ejercicio de la misma] estar matriculado o inscrito en el Registro Profesional respectivo, que seguirá llevando el Copnia, lo cual se acreditará

con la presentación de la tarjeta o documento adoptado por este para tal fin". (Artículo 6° de la Ley 842 de 2003).

Surge como interrogante para ser resuelto por la Sala, si la Ley 842 de 2003 es la norma rectora en materia de administradores ambientales. Al respecto se debe señalar que esta Sección frente a este cuestionamiento estableció (Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 16 de enero de 2017, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Radicado No. 11001-03-28-000-2016-00083-00):

"...la Sala observa que: (i) para el ejercicio de la profesión de administrador ambiental la ley exige la tarjeta profesional; (ii) en virtud de la Ley 1124 de 2007, ley especial en la materia y posterior a la Ley 842 de 2003, la expedición de la tarjeta profesional para dicha profesión es una función que le corresponde al Consejo Profesional de Administración Ambiental; y, (iii) la reglamentación de dicha ley previó que mientras el Consejo Profesional de Administración Ambiental expidiera las tarjetas profesionales, "se deberá exhibir copia del acta de grado expedida por la respectiva institución de educación superior o del acta de convalidación expedida por el Ministerio de Educación Nacional, según sea el caso".

Por lo tanto, prima facie, se concluye que los administradores ambientales que deseen ser designados como directores de corporaciones autónomas regionales deben cumplir con el requisito de aportar la correspondiente tarjeta profesional."

Quiere decir lo anterior, que en tratándose de administradores ambientales y profesiones afines, la normativa que los rige es la Ley 1124 de 2007, regulación que en su artículo 6° (Ley 1124 de 2007, artículo 6°: Para desempeñar el cargo de Administrador Ambiental, las entidades públicas o privadas deberán exigir al interesado la presentación de la tarjeta profesional) exige para el ejercicio de la profesión de administrador ambiental, contar con tarjeta profesional expedida por el Consejo Profesional de Administradores Ambientales -CPAA-.

No obstante, el Decreto Reglamentario No. 1150 de 2008 (Por el cual se reglamentan los artículos 5° y 7° de la Ley 1124 de 2007), en su artículo 4 estableció los requisitos para la expedición de las tarjetas profesionales de los administradores ambientales y afines, así como también señaló que: i) *Todos los profesionales en Administración Ambiental, que se hayan graduado antes de la expedición de la presente reglamentación, también deberán obtener la tarjeta profesional para el ejercicio de la profesión y,* ii) *El Consejo Profesional de Administración Ambiental contará con un término no superior a seis meses contados desde su constitución para comenzar a expedir las tarjetas profesionales. Mientras se expide la tarjeta profesional para el ejercicio de la profesión, se deberá exhibir copia del acta de grado expedida por la respectiva institución de educación superior o del acta de convalidación expedida por el Ministerio de Educación Nacional, según sea el caso.*

Del recuento normativo forzoso se torna en concluir que si bien la tarjeta profesional es un requisito necesario para el acceso a cargos públicos cuando así lo determine la ley, así como para contabilizar la experiencia profesional, no menos cierto es que el decreto reglamentario estableció un régimen de transición consistente en que quienes ostenten la condición de administradores ambientales aún con anterioridad a la vigencia del Decreto 1150 del 14 de abril de 2008, deberán tramitar la tarjeta profesional y, para ello, mientras estas son expedidas, deberán exhibir copia del acta de grado expedida por la respectiva institución de educación para el ejercicio de la profesión.

Teniendo clara la regulación que rige la profesión de administrador del medio ambiente, corresponde ahora determinar si en el caso en concreto el demandado, al no contar a la fecha de postulación al cargo de Director General con la tarjeta profesional, incumplió el requisito contemplado en el literal d) del artículo 2.2.8.4.1.21 del Decreto 1076 de 2015, que así se lo exige.

Al respecto obra en el expediente que el 7 de octubre de 2015, el demandado presentó los documentos que estimó necesarios para el proceso de elección de Director General, período 2016-2019, en los cuales no anexó la tarjeta profesional que lo acredita como administrador del medio ambiente.

Tal circunstancia, a primera vista sería suficiente para viciar de nulidad el acto electoral enjuiciado por contrariar las normas que regulan el acceso al cargo de Director General, sin embargo, se debe recordar que como se estableció en precedencia, la exigencia de presentar la tarjeta profesional fue diferida en el tiempo por el artículo 4° del Decreto 1150 de 2008, hasta tanto el Consejo Profesional de Administración Ambiental

las expida.

A esta instancia resulta pertinente señalar que obra prueba en el expediente que el Consejo Profesional de Administradores Ambientales mediante oficio CPAA-063-16 del 14 de marzo de 2016, ante la consulta que se le elevara respecto del trámite de expedición de tarjetas profesionales manifestó:

"La Ley 1124 de 2007 (...) mediante artículos 4° y 5°, creó el Consejo Profesional de Administración Ambiental CPAA, cuya conformación fue definida a través del Decreto 1150 de 2008. (...)

Así las cosas, es este Consejo Profesional el órgano competente para expedir las tarjetas profesionales de los Administradores Ambientales, para lo cual el pasado 6 de noviembre de 2015, realizó la convocatoria en el diario El Tiempo, (...) convocatoria que no contó con el quórum requerido para adelantar el mencionado proceso. Posteriormente el CPAA, realizó una segunda convocatoria para el día 19 de diciembre de 2015, convocatoria que lamentablemente no contó que el quórum para llevar a cabo dicha reunión.

Entre tanto, en atención a que el Consejo Profesional respectivo, como único ente competente para definir el procedimiento para la expedición de las Tarjetas Profesionales para los Administradores Ambientales y afines, se encuentra en el proceso de recepción de las primeras solicitudes, no se podrá exigir la misma para el ejercicio de la profesión, debiendo acudir a lo contemplado en el párrafo segundo, del artículo 4° del Decreto 1150 de 2008 (...)"

En el mismo sentido, en correo electrónico del 19 de octubre de 2017, la señora Presidente del Consejo Profesional de Administración Ambiental, manifestó, que al 1° de octubre de 2015, fecha en la cual se expidió la convocatoria para la designación del Director General, aún no se había expedido tarjetas profesionales a los egresados en Administración Ambiental.

Adicionalmente, en sentencia del 27 de julio de 2017 (Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 27 de julio de 2017, C.P. Rocío Araújo Oñate, Radicado No. 76001-23-33-000-2017-00681-01(ACU)), esta Sección ordenó: "(...) al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible -Consejo Profesional de Administración Ambiental que dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia de estricto cumplimiento al párrafo 2° del artículo 4° del Decreto 1150 de 2008 [es decir, expida las tarjetas profesionales]"

A partir de lo expuesto, la Sala pudo determinar con certeza que para la fecha en la cual se realizó la convocatoria para la elección del Director General, y aún, al momento de la entrega de los documentos soportes de la candidatura del demandado (7 de octubre de 2015), el Consejo Profesional de Administración Ambiental no había empezado a expedir las tarjetas profesionales para los administradores ambientales.

Es claro entonces que al momento en que se expidió la Resolución No. 028 del 1° de octubre de 2015 -convocatoria para la designación del Director General-, el Consejo Profesional de Administración Ambiental no había expedido las tarjetas profesionales (de conformidad con el artículo 3° numeral 3.1 del Decreto 1150 de 2008, le corresponde al Consejo Profesional de Administración Ambiental expedir las tarjetas profesionales de los administradores ambientales), razón suficiente para determinar que el señor profesional en administración del medio ambiente se encontraba cobijado por el régimen de transición contemplado en el párrafo segundo del artículo 4° del Decreto 1150 de 2008, que determinó la no exigibilidad de dicho documento mientras se lograba el proceso de expedición.

En conclusión, queda claro que la Ley 842 de 2003 no le es aplicable al demandado en su condición de administrador del medio ambiente, dado que la normativa que rige tal profesión es la Ley 1124 de 2007 y su Decreto Reglamentario 1150 de 2008. Por otra parte, al estar amparado el demandado en régimen de transición consagrado en el artículo 4° de la norma reglamentaria y ante la imposibilidad fáctica de aportar el documento a causa que el Consejo Profesional de Administración Ambiental a esa época no las estaba expidiendo, esta Sala desestimará el cargo estudiado en el presente numeral por no encontrar vulneración del literal d) del artículo 2.2.8.4.1.21 del Decreto 1076 de 2015. (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 1° de febrero de 2018, Rad. 11001-03-28-000-2016-00083-00, C.S. Dra. Rocío Araújo Oñate). <sup>[14]</sup>



## Empresas de servicios públicos domiciliarios

Naturaleza. Normatividad aplicable

Revisada la normativa relativa a los servicios públicos domiciliarios en lo que se refiere a la creación o constitución de las empresas que prestan tal servicio, se hace necesario indicar que el artículo 365 de la Constitución Política autorizó al legislador para que estableciera un régimen especial para su prestación (Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita).

Como consecuencia de lo anterior, el Congreso de la República expidió la Ley 142 de 1994 en la que se consagró, entre otras disposiciones, las siguientes:

“Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.”

A su turno el artículo 17 de la mencionada ley se refirió a la naturaleza de dichas empresas en los siguientes términos:

“Artículo 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

Parágrafo 1°. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado.

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.

Parágrafo 2°. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas”.

Finalmente, en el artículo 32 se definió la aplicación legal del régimen privado para los actos de estas empresas así:

“Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares”.

La Sala considera necesario señalar que a efecto de resolver la situación objeto de estudio se requiere analizar el contenido de las normas arriba transcritas, a la luz de lo dispuesto en los artículos 38, 68 y 69 de la Ley 489 de 1998, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 38.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

a. La Presidencia de la República;

b. La Vicepresidencia de la República;

c. Los Consejos Superiores de la administración;

d. Los ministerios y departamentos administrativos;

e. Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

a. Los establecimientos públicos;

b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e. Los institutos científicos y tecnológicos;

f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Parágrafo 1°. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Parágrafo 2°. Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1 del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de Constitución se indicará al Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.

(...)

Artículo 68.- Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizadas, sujetas a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

Parágrafo 1°. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

Parágrafo 2°. Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

Parágrafo 3°. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993.

Artículo 69.- Creación de las entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley.

El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-736 de 2007 declaró la exequibilidad de estas normas, y con posterioridad la Sección Primera del Consejo de Estado retomó dicho análisis para señalar:

“(…) a. Que por mandato constitucional (artículo 365) las Empresas de Servicios Públicos, tienen un régimen especial, en razón a la actividad que despliegan. Dicho régimen debe ser establecido por el Legislador:

“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

a. *Que las empresas de Servicios Públicos no son sociedades de economía mixta, sino que se trata de entidades de tipología especial.*

b. *Que la enumeración prevista en el artículo 115 de la Constitución en consonancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 no es taxativa, y en consecuencia, el Legislador con fundamento en la facultad entregada por el numeral 7 del artículo 150 Constitucional puede adicionar organismos o entidades a la estructura de la Rama Ejecutiva. Lo propio pueden efectuar Asambleas Departamentales y Concejos Municipales a nivel territorial.*

c. *Que la voluntad del Legislador al expedir la Ley 489 de 1998 (artículo 69) no fue excluir a las Empresas de Servicios Públicos Mixtas o Privadas de la estructura de la Administración Pública, pues a pesar de que el literal d) ibidem se refiera solo a las Oficiales, el literal g) las incluye al señalar que hacen parte de la Rama Ejecutiva “Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.”*

d. *De la lectura del artículo 68 de la Ley 489 de 1998 se infiere que las empresas de Servicios Públicos hacen parte del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Poder Público.*

Ahora bien, como las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios son parte del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Poder Público sea cual fuere la categoría, es decir, oficial o pública, privada o mixta (….)” (Sentencia del 3 de abril de 2014. M.P. Guillermo Vargas Ayala, Radicado: 2010 00348 02).

De lo hasta aquí expuesto se tiene que, con ocasión del artículo 365 de la Constitución Política se facultó al Congreso de la República para que legislara sobre la creación de las empresas de servicios públicos. En virtud de tal facultad se profirió la Ley 142 de 1994, norma que para la prestación del servicio público distinguió tres (3) tipos de sociedades, entre ellas, las empresas de servicios públicos mixtas, las que entendió como aquellas cuyo capital público es igual o superior al 50%, pero que no llega a ser del 100%.

La mencionada ley, en su artículo 17, estableció que la naturaleza de las empresas de servicios públicos corresponde a la de las sociedades por acción, precisando que en caso de no querer tener su capital representado por acciones deberían adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado.

A su turno, el artículo 32 instituyó que todos los actos de este tipo de empresas se regirían por normas de derecho privado, entre ellos el de constitución, salvo que la Constitución Política o esta Ley dispusieran expresamente lo contrario. Para el efecto advirtió que dicha regla se aplicaría sin importar que estén formadas por entidades públicas, ni el porcentaje que las mismas tengan en la sociedad.

De otro lado, la Ley 489 de 1998 señaló que forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público los organismos y entidades a los que hace referencia su artículo 38. Agregó que debían entenderse como entidades descentralizadas del orden nacional las referidas en su artículo 68, y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea, entre otros, la prestación de servicios públicos. A renglón seguido indicó que los organismos y entidades descentralizadas, sujetas a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

Por lo anterior, la Sala concluye que no le son aplicables, ni menos exigibles, las previsiones de

la Ley 489 de 1998 a la creación o constitución de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, como quiera que la prestación del citado servicio tiene una regulación especial, y por ende, en atención a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 68 de la enunciada ley, en el caso se deben observar las disposiciones de la Ley 142 de 1994, que por demás, según su artículo 186 (“Artículo 186. Concordancias y derogaciones. Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta Ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta Ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá esta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando estas identifiquen de modo preciso la norma de esta Ley objeto de excepción, modificación o derogatoria.

Deróganse, en particular, el artículo 61, literal “f”, de la Ley 81 de 1988; el artículo 157 y el literal “c” del artículo 233 del Decreto 1333 de 1986; el inciso segundo del artículo 14; y los artículos 58 y 59 del Decreto 2152 de 1992; el artículo 11 del Decreto 2119 de 1992; y el artículo 10. en los numerales 17, 18, 19, 20 y 21 y los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto 2122 de 1992”), debe ser aplicada de manera prevalente sobre otras anteriores o posteriores.

En tal escenario, se hace necesario recordar que en un caso con identidad de supuestos fácticos y jurídicos el Consejo de Estado aclaró que si bien las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios (en cualquiera de sus categorías) hacen parte de la Rama ejecutiva en el sector descentralizado, para el cumplimiento de su objeto social el régimen que se aplica es el previsto en la Ley 142 de 1994, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 365 Constitucional, de lo previsto en el inciso tercero del artículo 68 de la Ley 489 de 1998 y del artículo 186 (Sección Primera del Consejo de Estado, sentencia del 3 de abril de 2014. M.P.: Guillermo Vargas Ayala. Radicado: 2010 00348 02). (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 15 de febrero de 2018, Rad. 25000-23-24-000-2004-00042-02, C.S. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez). [14]

## Subsidios en servicios públicos domiciliarios

### Finalidad y aplicación

#### 1. Reglamentación general de los subsidios

El artículo 365 de la Constitución Política impone al Estado el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional.

Para hacer posible el cumplimiento de dicho mandato, el Estado tiene que garantizar el acceso de las personas de menores ingresos a los servicios públicos domiciliarios. Para el efecto, la Constitución impone tener en cuenta en el régimen de tarifas, además de los criterios de costos, los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos (art. 367). Y, asimismo, autoriza a la Nación, a las entidades territoriales y a las descentralizadas a conceder subsidios -con sus respectivos presupuestos-, para que dichos usuarios puedan pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas.

En desarrollo del mandato constitucional, la Ley 142 de 1994, en su artículo 14, numeral 29 (“[...] Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.29. *Subsidio.* Diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe [...]), define el subsidio como la diferencia entre lo que se paga por un servicio

y el costo de éste, cuando el costo es superior a lo que se recibe. O, en otros términos, el exceso del costo del servicio sobre el precio pagado por el usuario de menores ingresos. El subsidio se reparte como un descuento en la factura del servicio, según lo establece el artículo 99, numeral 3 ([...] Artículo 99. *Forma de Subsidiar.* Las entidades señaladas en el artículo 368 de la Constitución Política podrán conceder subsidios en sus respectivos presupuestos de acuerdo a las siguientes reglas:

99.1. Deben indicar específicamente el tipo de servicio subsidiado.

99.2. Se señalará la entidad prestadora que repartirá el subsidio.

99.3. El reparto debe hacerse entre los usuarios como un descuento en el valor de la factura que éste debe cancelar (*sic*), conforme a lo dispuesto en esta Ley y en las Ordenanzas y Acuerdos según el caso [...]).

A su vez, el Decreto Reglamentario 3087 de 1997 (“Por el cual se reglamentan las Leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995, 286 de 1996 y 632 de 2000, en relación con la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones de solidaridad y de los subsidios en materia de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física”. Derogado por el Decreto 847/2001, D.O. 44.425, de 17 de abril de 2001), reiteró que



el subsidio se refleja como un descuento en la factura a los usuarios de menores ingresos (artículo 1.5) (Artículo 1º. *Definiciones*. Para efectos de la interpretación y aplicación del presente decreto, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

1.5. *Subsidio*. Es la diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de este, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe, y se refleja como el descuento en el valor de la factura a los usuarios de menores ingresos).

Ahora bien, los principios de solidaridad y redistribución de ingresos se ven materializados en el cobro de una contribución a los usuarios de los estratos altos (5 y 6) y a los usuarios comerciales e industriales, denominada contribución de solidaridad, recaudada y aplicada por las empresas al pago de los subsidios. Si de esa contribución quedare un superávit, este será entregado a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos de las entidades territoriales. Tratándose de empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica, el superávit será entregado al presupuesto de la Nación, en un Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos (FSSRI) administrado por el Ministerio de Minas y Energía.

Sobre el particular, la Ley 142 de 1994, dispuso:

*[...] Artículo 89. Aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos. Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.*

(...)

89.2. *Quienes presten los servicios públicos harán los recaudos de las sumas que resulten al aplicar los factores de que trata este artículo y los aplicarán al pago de subsidios, de acuerdo con las normas pertinentes, de todo lo cual llevarán contabilidad y cuentas detalladas. Al presentarse superávits por este concepto, en empresas de servicios públicos oficiales de orden distrital, municipal o departamental se destinarán a “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos” para empresas de la misma naturaleza y servicio que cumplan sus actividades en la misma entidad territorial al de la empresa aportante. Si los “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos” después de haber atendido los subsidios de orden distrital, municipal o departamental, según sea el caso, presentaren superávits, éstos últimos se destinarán para las empresas de la misma naturaleza y servicio con sede en departamentos, distritos o municipios limítrofes, respectivamente. Los repartos se harán de acuerdo a los mecanismos y criterios que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de agua potable o saneamiento básico y telefonía local fija, se destinarán a los “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos” del municipio o distrito correspondiente y serán transferidos mensualmente, de acuerdo con los mecanismos que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de energía eléctrica y gas combustible irán a los fondos que más adelante se desarrollan en este mismo artículo.*

89.3. *Los recaudos que se obtengan al distinguir, en las facturas de energía eléctrica y gas combustible, el factor o factores arriba dichos, y que den origen a superávits, después de aplicar el factor para subsidios y sólo por este concepto, en empresas oficiales o mixtas de orden nacional, y privadas se incorporarán al presupuesto de la Nación (Ministerio de Minas y Energía), en un “fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos”, donde se separen claramente los recursos y asignaciones de estos dos servicios y que el congreso destinará, como inversión social, a dar subsidios que permitan generar, distribuir y transportar energía eléctrica y gas combustible a usuarios de estratos bajos, y expandir la cobertura en las zonas rurales preferencialmente para incentivar la producción de alimentos y sustituir combustibles derivados del petróleo [...].”*

2. *La obligación del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos de pagar el déficit a la empresa*

El artículo 89 de la Ley 142 de 1994 estableció la posibilidad que luego de que la empresa hubiera aplicado el recaudo de la contribución al pago de subsidios de los estratos 5 y 6, se registre un déficit, y dispuso que este debería cubrirse con recursos de los presupuestos nacional, departamental o municipal.

El texto inicial del artículo 89.8 de la Ley 142 de 1994 (antes de su modificación por el artículo 7º de la Ley 632 /2000) (vigente para la época materia de los hechos), era el siguiente:

*[...] 89.8 En el evento de que los “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos” no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, la diferencia será cubierta con otros recursos de los*

*presupuestos de las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal. Lo anterior no obsta para que la Nación y las entidades territoriales puedan canalizar, en cualquier tiempo, a través de estos fondos, los recursos que deseen asignar a subsidios. En estos casos el aporte de la Nación o de las entidades territoriales al pago de los subsidios no podrá ser inferior al 50% del valor de los mismos [...].”*

De la lectura de la norma, es dable establecer la obligación del Estado de cubrir a las empresas el déficit ocasionado por el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos (después, la Ley 632 de 2000 se refirió expresamente al pago de los déficits validados desde el 1º de enero de 1997: “[...] Artículo 4º. *Utilización de excedentes del fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos -sectores eléctrico y gas natural distribuido por red física*. Los excedentes que se presenten en el Fondo de Solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos del sector eléctrico, luego de cubrir los déficits validados desde el 1º de enero de 1998, se utilizarán para financiación de obras de electrificación rural, incluyendo el costo de conexión y medición del usuario.

Los excedentes que se presenten en el Fondo de Solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos del sector gas natural distribuido por red física, luego de cubrir los déficit validado[s] desde el 1º de enero de 1997, se utilizarán para financiar programas que conduzcan a incrementar su cobertura en estratos 1, 2 y 3 incluyendo la conexión y medición del usuario [...]. No es cierto, como pretende hacerlo ver el Ministerio de Minas y Energía en el Oficio demandado, que, causado el déficit, pueda el Estado dejar de cubrirlo. De hecho, tampoco es cierto que la decisión que tome una empresa de otorgar subsidios sea una decisión eminentemente empresarial y que cada sociedad deba correr con el riesgo de adoptar tal decisión, pues dichos subsidios son concedidos por mandato de la Constitución y de la ley y en aplicación de los principios de solidaridad y de redistribución de ingresos.

En desarrollo de tal obligación, el Ministerio de Minas y Energía, en la Resolución Nro. 8-1960 del 13 de octubre de 1998, reglamentó el pago del déficit a las empresas, estableciendo la posibilidad de que el Fondo diera instrucciones a empresas con superávit para que hicieran giros a las empresas deficitarias. Si bien no fue advertida expresamente por las partes del proceso, la Sección Primera de esta Corporación, en sentencias de 30 de octubre de 2003 (Exp. No. 8867, M.P. Olga Inés Navarrete) y de 22 de marzo de 2007 (Exp. No. 8681, M.P. Camilo Arciniegas Andrade), evidenció que esta Resolución contiene el trámite a seguir por parte de las empresas prestadoras de los servicios públicos para obtener tanto el reconocimiento del déficit como la distribución del superávit originado en el cruce de las contribuciones de los estratos 5 y 6 con los subsidios otorgados a los estratos 1, 2 y 3.

En la sentencia del 22 de marzo de 2007, citada, se consideró:

*[...] No asiste razón al Ministerio de Minas en sostener que, causado el déficit, pueda el Estado dejar de cubrirlo.*

*El propio Ministerio reglamentó en su Resolución 8-1960 de 1998 (13 de octubre) el pago de los déficits a las empresas, contemplando la posibilidad de que el Fondo de instrucciones a empresas con superávit para que hagan giros a las empresas deficitarias. El procedimiento es el siguiente: Al finalizar cada trimestre del año calendario, las empresas cortarán y conciliarán las cuentas de subsidios y contribuciones recaudadas en el mismo período, y deberán presentar al FSSRI el resultado de esta conciliación dentro de los 2 meses siguientes (art. 2º). Las personas que presenten excedentes los girarán a las empresas que el FSSRI determine y que “presenten faltantes en subsidios”, y el giro se hará a más tardar el día hábil siguiente (art. 3º). Si el déficit presentado por la empresa fuere mayor que el estimado por el Ministerio, se girará a la empresa el importe de éste último, sin perjuicio de posteriores justificaciones.*

*En el caso concreto, esta normativa fue aplicada por las partes así: gas natural concilió las cuentas de subsidios y contribuciones por el tercer trimestre de 1998 (1º de julio a 30 de septiembre) y presentó al Ministerio su resultado deficitario el 30 de noviembre de 1998 (dentro de los 2 meses siguientes). El Ministerio (FSSRI) aceptó o validó el déficit mediante Oficio de 22 de diciembre de 1998, en que ordenó un primer pago parcial, y el saldo lo pagó el 15 de enero de 1999 [...].”*

En el mismo sentido se pronunció la Sección Cuarta de esta Corporación, en la sentencia del 1º de marzo de 2012, cuando sostuvo (Exp. No. 17472, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas):

*[...] El citado Decreto 3087/97 dispuso que las transferencias efectivas de dinero que debían hacer las entidades prestadoras de servicios públicos al Fondo por concepto de contribuciones de solidaridad, solo ocurrirían cuando se presentara superávit, después de compensar internamente los recursos necesarios para otorgar subsidios.*

*Luego, el Ministerio de Minas y Energía, en el artículo 2º de la Resolución 8 1006 del 8 de junio de 1998, estableció la obligación, a cargo de las*

empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, de entregar el resultado de la conciliación trimestral a que alude el artículo 5° de la Ley 286 al Ministerio de Minas y Energía -Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos-, dentro de los 20 días calendario siguientes a la fecha de corte de la conciliación. Y para el caso de las conciliaciones correspondientes a los dos primeros trimestres de 1998, debían remitirse a más tardar el día 30 de julio de 1998.

En la misma resolución, el Ministerio contempló la posibilidad de que el Fondo dé instrucciones a empresas con superávit para que hagan giros a las empresas deficitarias. El procedimiento es el siguiente: Al finalizar cada trimestre del año calendario, las empresas cortarán y conciliarán las cuentas de subsidios y contribuciones recaudadas en el mismo período, y deberán presentar al FSSRI el resultado de esta conciliación dentro de los 2 meses siguientes (art. 2°). “[...] Artículo 2°. Conciliación de cuentas. Al finalizar un trimestre del año calendario, cada una de las personas a las que se refiere el artículo 7° del Decreto 3087 de 1997, deberá cortar y conciliar las cuentas correspondientes a los subsidios facturados y las contribuciones recaudadas dentro del respectivo trimestre, de acuerdo con el Plan Único de Cuentas -PUC-. Si la persona en cuestión no aplica subsidios, deberá reportar el total de las contribuciones recaudadas en el correspondiente trimestre.

El resultado de la conciliación trimestral deberá ser entregado al Ministerio de Minas y Energía o a quien este designe como administrador del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, dentro de los dos (2) meses calendario siguientes a la fecha de corte de la conciliación. La conciliación debe ser suscrita por las mismas personas autorizadas por las normas del estatuto tributario o sus reglamentos, para suscribir las declaraciones de retención en la fuente [...].” Las empresas que presenten excedentes los girarán a las empresas que el FSSRI determine y que “presenten faltantes en subsidios”, y el giro se hará a más tardar el día hábil siguiente (art. 3°). Si el déficit presentado por la empresa fuere mayor que el estimado por el Ministerio, se girará a la empresa el importe de éste último, sin perjuicio de posteriores justificaciones. “[...] Artículo 3°. Giro dentro de la zona territorial. Las personas a las que se refiere el artículo 7° del Decreto 3087 de 1997, que presenten en un trimestre excedentes de contribuciones en la conciliación, los girarán

[n] a las empresas que determine el Ministerio de Minas y Energía – Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

1. Atiendan usuarios ubicados en estratos 1, 2 o 3;
2. Presenten faltantes en subsidios; y,
3. Presten su servicio en la misma zona territorial.

(...)  
Si el cálculo del déficit de una empresa es mayor al déficit estimado por el Ministerio de Minas y Energía, se girará a la empresa teniendo en cuenta el déficit estimado por el Ministerio de Minas y Energía. [...] La información que soporte los cálculos de la empresa deberá remitirse al Ministerio de Minas y Energía a más tardar dentro de los dos (2) meses contados desde la fecha en que recibió la comunicación sobre el déficit estimado por parte del Ministerio de Minas y Energía.

De conformidad con el párrafo 1° del artículo 7° del Decreto 3087 de 1997, cada persona deberá hacer el giro correspondiente a las empresas deficitarias ubicadas dentro de la respectiva zona territorial a más tardar al día hábil siguiente a aquel en el cual el Ministerio de Minas y Energía le entregue la instrucción sobre giro de los excedentes del valor de la contribución.

No se podrán tramitar giros a empresas deficitarias si la información proporcionada no es suficiente para que el Ministerio de Minas y Energía pueda validar el déficit [...].”

No obstante lo anterior, lo dispuesto en la Resolución 81006 fue derogado por la Resolución 8-1960 del 13 de octubre de 1998. En la nueva resolución, el Ministerio estableció que las conciliaciones debían hacerse de acuerdo con el Plan Único de Cuentas -PUC- y fijó un término de 2 meses calendario, siguientes a la fecha de corte de la conciliación, para que las empresas prestadoras de servicios públicos entregaran la conciliación al Ministerio. También estableció que la conciliación debía ser suscrita por las personas que autoriza el Estatuto Tributario o sus reglamentos para suscribir las declaraciones de retención en la fuente.

Igualmente, la Resolución 8-1960/98 reguló el giro de los excedentes generados. El artículo 3° señaló que las empresas que presentaran dentro del trimestre excedentes de contribuciones en la conciliación, debían girarlos a las empresas que determinara el Ministerio de Minas-Fondo de Solidaridad, siempre que reunieran determinados requisitos: 1) Que atiendan usuarios ubicados en los estratos 1, 2 o 3; ii) Que pre-

senten faltantes en subsidios y; iii) Que presten su servicio en la misma zona territorial. Si después de efectuar estos giros, quedan excedentes en una empresa, o en el caso en que no se reciban instrucciones del Ministerio-Fondo para el giro de los excedentes dentro de la zona, la empresa recaudadora deberá girar los excedentes al Fondo a más tardar dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la conciliación trimestral de las cuentas (Art. 4°).

(...)  
De acuerdo con el anterior recuento, las normas aplicables a la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones y subsidios en materia de servicio público de energía eléctrica, para cada uno de los períodos discutidos son las siguientes:

Para los años 1998, 1999, 2000 y enero a abril de 2001: Ley 142 de 1994, Ley 286 de 1996, Decreto 3087 del 23 de diciembre de 1997, la Resolución 8 1006 del 29 de mayo de 1998, la Resolución 8 1960 del 13 de octubre de 1998.

Para los años 2001 (a partir del 11 de mayo), 2002, 2003 y 2004: El Decreto 847 del 11 de mayo de 2001, el Decreto 201 de 2004 y el Decreto 4272 del 17 de diciembre de 2004.

(...)  
Para los años 1998, 1999 y 2000, las empresas prestadoras de servicios públicos estaban obligadas, al finalizar cada trimestre del año, a conciliar las cuentas correspondientes a los subsidios facturados y a las contribuciones de solidaridad que recaudó durante el respectivo trimestre. Esta conciliación debía ser entregada al Ministerio de Minas y Energía o a quien este designe como administrador del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos dentro de los 2 meses calendario siguientes a la fecha de corte de la conciliación.

Si en la conciliación de las cuentas resultaba algún excedente o superávit de contribuciones recaudadas por la empresa, éste debía ser girado a las empresas que determinara el Ministerio-Fondo de Solidaridad, para el pago de los subsidios requeridos en las respectivas zonas territoriales. El giro de estos recursos debía hacerse a más tardar el día hábil siguiente a aquel en que el Ministerio de Minas entregara la instrucción sobre el giro de los excedentes del valor de la contribución.

En caso de que el cálculo del excedente que reportara una empresa fuera inferior al excedente que estimara el Ministerio de Minas y Energía, se giraría inicialmente el excedente estimado por la empresa. Y si en caso de que dentro de los 3 meses siguientes a la fecha en que la empresa recibía la instrucción

de giro no justificaba la diferencia, ésta debía girar el monto que resulta de la diferencia entre el primer giro realizado y el valor estimado por el Ministerio [...].”

Es por ello que la Sala, al verificar la trascendencia de la Resolución Nro. 8-1960 del 13 de octubre de 1998 en el análisis de casos como el *sub judice*, pone de relieve el alcance y contenido de sus disposiciones, en lo que respecta al establecimiento del procedimiento administrativo para el cubrimiento del referido déficit, aunado a que habiéndose presentado la reclamación de marras, el día 19 de marzo de 1999, aquella se encontraba vigente (la Resolución Nro. 8-1960 del 13 de octubre de 1998, como fue explicado en la citada sentencia de la Sección Cuarta, permaneció vigente desde esa fecha hasta el día 11 de mayo de 2001, cuando fue expedido el Decreto 847 que derogó, íntegramente, el Decreto 3087 de 23 de diciembre de 1997, con fundamento en el cual aquella había sido expedida) y era la aplicable a la pretensión de reconocimiento de las sumas negativas causadas en los periodos comprendidos entre 1995 y 1998 (al respecto, la Sala precisa que el deber de reportar la contabilidad separada en lo atinente a los subsidios tiene por fuente legal el artículo 89 de la Ley 143 de 1994, así como la facultad regulatoria conferida al Ministerio de Minas y Energía, en este caso para expedir la Resolución 8-19609 del 13 de octubre de 1998, que se deriva de la autorización conferida en el artículo 189 num. 11 de la CP).

El procedimiento para el cubrimiento del déficit, entonces, es el siguiente:

- Al finalizar cada trimestre del año calendario, las empresas cortarán y conciliarán las cuentas de subsidios y contribuciones recaudadas en el mismo período y deberán presentar al fondo de solidaridad el resultado de esta conciliación dentro de los 2 meses siguientes (art. 2°) “[...] Artículo 2°. Conciliación de cuentas. Al finalizar un trimestre del año calendario, cada una de las personas a las que se refiere el artículo 7° del Decreto 3087 de 1997, deberá cortar y conciliar las cuentas correspondientes a los subsidios facturados y las contribuciones recaudadas dentro del respectivo trimestre, de acuerdo con el Plan Único de Cuentas -PUC-. Si la persona en cuestión no aplica subsidios, deberá reportar el total de las contribuciones recaudadas en el correspondiente trimestre.

El resultado de la conciliación trimestral deberá ser entregado al Ministerio de Minas y Energía o a quien este designe como administrador del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de



Ingresos, dentro de los dos (2) meses calendarios siguientes a la fecha de corte de la conciliación. La conciliación debe ser suscrita por las mismas personas autorizadas por las normas del estatuto tributario o sus reglamentos, para suscribir las declaraciones de retención en la fuente [...]”.

• Las empresas que presenten excedentes los girarán a las empresas que el fondo determine y que “presenten faltantes en subsidios”, y el giro se hará a más tardar el día hábil siguiente (art. 3°).

• Si el déficit presentado por la empresa fuere mayor que el estimado por el Ministerio, se girará a la empresa el importe de éste último, sin perjuicio de posteriores justificaciones (Artículo 3°. *Giro dentro de la zona territorial*. Las personas a las que se refiere el artículo 7° del Decreto 3087 de 1997, que presenten en un trimestre excedentes de contribuciones en la conciliación, los girará [n] a las empresas que determine el Ministerio de Minas y Energía – Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

1. Atiendan usuarios ubicados en estratos 1, 2 o 3;
2. Presenten faltantes en subsidios; y,
3. Presten su servicio en la misma zona territorial.

## Empleados de libre nombramiento y remoción

*Declaratoria de insubsistencia. Aplicación del retén social*

1. *Límites constitucionales y legales para el ejercicio de la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción*

La existencia de cargos de libre nombramiento y remoción en la administración pública se ha justificado en la necesidad de admitir el ejercicio de la discrecionalidad en la facultad nominadora como una atribución que reside en ciertos funcionarios para conformar su equipo de trabajo con personal de la más alta confianza, con miras al mejoramiento del servicio. Tal potestad, se traduce en la libre escogencia de sus inmediatos colaboradores, máxime si se trata de seleccionar a aquellos que demandan una mayor confidencialidad y cercanía con las políticas a implementarse por parte del administrador de turno.

Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia (ver entre otros la providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, radicación: 050012333000201200285 01 (3685-2013)), la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera según el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos, ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza.

Por ende, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión, empero, la remoción debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, se han identificado (Sentencia T-372 de 2012) como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza y, c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Por su parte, el artículo 36 del CCA (contenido normativo que corresponde al artículo 44 del CPACA) señala: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”, contenido normativo que supone la existencia de una razón o medida entre el fundamento de hecho y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad».

2. *Aplicación del retén social a los empleados de libre nombramiento y remoción.*

(...)

*Si el cálculo del déficit de una empresa es mayor al déficit estimado por el Ministerio de Minas y Energía, se girará a la empresa teniendo en cuenta el déficit estimado por el Ministerio de Minas y Energía. [...] La información que soporte los cálculos de la empresa deberá remitirse al Ministerio de Minas y Energía a más tardar dentro de los dos (2) meses contados desde la fecha en que recibió la comunicación sobre el déficit estimado por parte del Ministerio de Minas y Energía.*

De conformidad con el parágrafo 1° del artículo 7 del Decreto 3087 de 1997, cada persona deberá hacer el giro correspondiente a las empresas deficitarias ubicadas dentro de la respectiva zona territorial a más tardar al día hábil siguiente a aquel en el cual el Ministerio de Minas y Energía le entregue la instrucción sobre giro de los excedentes del valor de la contribución.

No se podrán tramitar giros a empresas deficitarias si la información proporcionada no es suficiente para que el Ministerio de Minas y Energía pueda validar el déficit). (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 8 de febrero de 2018, Rad. 25000-23-24-000-1999-00450-01, C.S. Dr. Alberto Yepes Barreiro). <sup>[14]</sup>

La Ley 790 de 2002 (Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República) “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República» se expidió con el propósito de renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, en busca de tal propósito, ordenó la liquidación o fusión de algunas entidades públicas, lo que ocasionó la afectación de sus plantas de personal y el retiro de servidores públicos.

Precisamente, con ocasión de la posible afectación de derechos de aquellos que pudieran tener una situación que ameritara un trato especial, se creó el denominado “reten social”. El mismo fue definido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 en los siguientes términos:

“[...] Artículo 12. Reglamentado por el art. 12, Decreto Nacional 190 de 2003 *Protección especial*. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley (texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen)[...]”.

Conforme la ley enunciada, no pueden ser retirados del servicio, entre otros servidores públicos, aquellos que cumplieran con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez dentro de las 3 años siguientes a su promulgación, lo que busca proteger que estos no queden cesantes laboralmente y se afecte su derecho pensional.

Aunque en principio, el retén social fue concebido solo para casos en los que las entidades públicas se encontraban en reestructuración, la jurisprudencia ha manifestado que esta es solo una de las situaciones en las que debe ser aplicado, puesto que no depende de un mandato legal sino que tiene su fundamento en la Constitución Política de 1991. Al respecto se expresó (Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013. Autoridades Departamentales. Ver también sentencia T-186 de 2013):

[...] Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los “*preensionados*” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, “opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público”; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse [...].

La Corte Constitucional afirmó que esta garantía cubre, no solo a los empleados en carrera administrativa o en provisionalidad, sino también a quienes ocupan empleos de libre nombramiento y remoción, lo que se fundamentó en la obligación de brindar un tratamiento igual a quienes conforman un grupo de especial protección como los prepensionados toda vez que por el tipo de vinculación no se pierde esta calidad (Sentencia T-862 de 2009).

La Subsección en providencia del año 2016 fijó las siguientes reglas en cuanto a la aplicación del denominado “reten social” para esta clase de servidores públicos (Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013. Autoridades Departamentales):

[...] De las consideraciones esbozadas, la Sala concluye lo siguiente:

a) La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

b) Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

c) La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requi-

sitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9º, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.

Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento [...].”

Por su parte, la Corte Constitucional ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador de la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primero (T-357 de 2016). (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 18 de enero de 2018, Rad. 15001-23-31-000-2011-00557-01(3889-15), C.S. Dr. William Hernández Gómez). ☐

## Régimen pensional docente

Marco normativo y jurisprudencial

### 1. Régimen pensional aplicable a los docentes

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 (*Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales*). El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

(...), las personas vinculadas al servicio educativo a partir de la entrada en vigencia de esta norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a esta ley se les aplican las disposiciones anteriores. Este mandato fue ratificado por el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, así:

*Parágrafo transitorio 1.* El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán

los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

### 2. De la prohibición de percibir más de una asignación del tesoro público

La Constitución Política de 1991, estableció en el artículo 128 lo siguiente:

Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

La disposición constitucional contiene la prohibición de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Este precepto fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4 del 18 de mayo 1992 (mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política), que dispuso lo siguiente:

Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;

(...)

g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

### 3. Compatibilidad pensional de los docentes

El ordinal 2 literal a) del artículo 14 de la Ley 91 de 1989, dispone:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación [...]

A su turno, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, en su inciso 4 señala:

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.



Por su parte, la Ley 100 de 1993, en su artículo 279, excluyó de su aplicación a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que fue creado por la Ley 91 de 1989 (por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), cuyo artículo 15 establece lo siguiente:

Artículo 15.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(...)

Como se desprende de las anteriores disposiciones, a los docentes nacionales vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les reconocerá una pensión de jubilación bajo el régimen general del sector público. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento se efectuará de conformidad con el régimen prestacional del que han venido gozando en cada entidad territorial.

En tales términos, el régimen de los docentes corresponde al mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional y, por ello, las disposiciones que regulan las pensiones de invalidez y jubilación en el presente asunto son las contenidas en la Ley 33 de 1985 y en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Ahora bien, conforme al artículo 5 del Decreto 224 de 1972 (El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente...) el goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de empleos docentes, es decir, al tenor de esta disposición pueden los educadores percibir la pensión de jubilación y el salario. Por consiguiente, los docentes están exceptuados de la prohibición de recibir doble asignación del tesoro público, en tanto que el artículo 6º de la Ley 60 de 1993 dejó a salvo la compatibilidad entre las prestaciones pensionales y las asignaciones derivadas del ejercicio de la actividad docente. Así mismo, la ley permite la compatibilidad de las pensiones gracia y ordinaria.

4. *Incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la pensión de invalidez*

El régimen pensional de los docentes, en lo concerniente a la pensión de invalidez, es el contenido en el Decreto 3135 de 1968, en cuyo artículo 31 se establece la incompatibilidad entre la pensión de invalidez y la de jubilación, en los siguientes términos:

Artículo 31. Las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez son incompatibles entre sí. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas.

Esta disposición tenía sustento en el artículo 64 de la Constitución Nacional de 1886 y tiene soporte hoy en día en la prohibición consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política, de percibir más de una asignación que provenga del tesoro público. Además, fue incluida de manera expresa en el artículo 88 del Decreto 1848 de 1969, así:

Artículo 88. *Incompatibilidad.* Las pensiones de invalidez, jubilación y retiro por vejez, son incompatibles entre sí. En caso de concurrencia del derecho a ellas, el beneficiario optará por la que más le convenga económicamente.

Teniendo claro que las pensiones de jubilación e invalidez se excluyen entre sí, solo se puede optar por una de ellas. En consecuencia, como lo precisó esta Sección (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 3 de mayo de 2001, número interno 2841 de 2000, ponente doctora Ana Margarita Olaya Forero) resulta improcedente el reconocimiento de dos pensiones ordinarias de jubilación, así las normas aplicables a los docentes les permita percibir simultáneamente pensión de jubilación, pensión gracia y salario, por los servicios docentes que pueden seguir prestando, toda vez que no existe norma alguna que así lo permita. En dicha providencia se señaló:

Reiteradamente esta Corporación ha expresado que es improcedente reconocer dos pensiones ordinarias de jubilación, así la preceptiva jurídica aplicable a los docentes permita a éstos percibir simultáneamente pensión de jubilación y el sueldo por los servicios docentes que pueden seguir prestando. Así, en la sentencia del 10 de abril de 1997, Exp. 12.776, Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas, luego de determinar que la pensión cuyo reconocimiento requería la demandante era la pensión ordinaria de jubilación, puntualizó que la misma podría ser compatible con otras pensiones, por ejemplo con la pensión gracia del orden nacional pero no con otra pensión ordinaria de jubilación. Se tiene entonces, que ni las normas a que se ha hecho referencia ni ninguna otra disposición superior, establece la compatibilidad de la percepción de la pensión gracia con dos pensiones ordinarias de jubilación, o la compatibilidad de percibir dos pensiones ordinarias de jubilación, categoría que se reitera, tendría la pensión cuyo reconocimiento reclama la demandante [...].

Por su parte, la Ley 100 de 1993 al consagrar las características del Sistema General de Pensiones en el artículo 13, literal j) dispuso: «Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez». En las anteriores condiciones, tal como lo ha señalado esta Corporación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 21 de julio de 2016, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, número interno: 1793-2015; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A sentencia de 18 de febrero de 2016, número interno: 2415-2013, Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández), es dable concluir que se presenta incompatibilidad entre las pensiones de jubilación e invalidez, porque el ordenamiento jurídico lo prohíbe y, por tanto, no pueden ser disfrutadas conjuntamente con base en lo siguiente: i) tienen su origen en una misma relación laboral; ii) están condicionadas a los aportes que la demandante haga a la seguridad social; iii) su finalidad es la misma, es decir, mientras la pensión de vejez tiene como finalidad cubrir la pérdida de la capacidad de trabajo por haber llegado la persona a la vejez, la pensión de invalidez también tiene por objeto cubrir la pérdida de la capacidad laboral, en razón de la invalidez. (Cfr. Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 15 de febrero de 2018, Rad. 20001-23-33-000-2015-00364-01 (4884-16), C.S. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas). [14]

En las anteriores condiciones, tal como lo ha señalado esta Corporación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 21 de julio de 2016, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, número interno: 1793-2015; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A sentencia de 18 de febrero de 2016, número interno: 2415-2013, Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández), es dable concluir que se presenta incompatibilidad entre las pensiones de jubilación e invalidez, porque el ordenamiento jurídico lo prohíbe y, por tanto, no pueden ser disfrutadas conjuntamente con base en lo siguiente: i) tienen su origen en una misma relación laboral; ii) están condicionadas a los aportes que la demandante haga a la seguridad social; iii) su finalidad es la misma, es decir, mientras la pensión de vejez tiene como finalidad cubrir la pérdida de la capacidad de trabajo por haber llegado la persona a la vejez, la pensión de invalidez también tiene por objeto cubrir la pérdida de la capacidad laboral, en razón de la invalidez. (Cfr. Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 15 de febrero de 2018, Rad. 20001-23-33-000-2015-00364-01 (4884-16), C.S. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas). [14]

En las anteriores condiciones, tal como lo ha señalado esta Corporación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 21 de julio de 2016, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, número interno: 1793-2015; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A sentencia de 18 de febrero de 2016, número interno: 2415-2013, Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández), es dable concluir que se presenta incompatibilidad entre las pensiones de jubilación e invalidez, porque el ordenamiento jurídico lo prohíbe y, por tanto, no pueden ser disfrutadas conjuntamente con base en lo siguiente: i) tienen su origen en una misma relación laboral; ii) están condicionadas a los aportes que la demandante haga a la seguridad social; iii) su finalidad es la misma, es decir, mientras la pensión de vejez tiene como finalidad cubrir la pérdida de la capacidad de trabajo por haber llegado la persona a la vejez, la pensión de invalidez también tiene por objeto cubrir la pérdida de la capacidad laboral, en razón de la invalidez. (Cfr. Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 15 de febrero de 2018, Rad. 20001-23-33-000-2015-00364-01 (4884-16), C.S. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas). [14]

## Procesos disciplinarios contra contadores

### *Caducidad de la facultad sancionadora*

La Ley 143 de 1990, “por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público, y se dictan otras disposiciones”, fundamento legal de los actos administrativos acusados, en su artículo 28 consagra el proceso sancionatorio para quienes incumplan las normas que rigen dicha profesión y en su artículo 22 dispone que los pronunciamientos de la Junta Central de Contadores -Tribunal Disciplinario de dicha profesión- están sujetos a los recursos establecidos en el Código Contencioso Administrativo.

El tenor de la norma señala lo siguiente:

“Artículo 22. *De las decisiones.* Las decisiones de la Junta Central de Contadores sujetas a los recursos establecidos en el Código Contencioso Administrativo, se adoptarán con el voto

favorable de las ¾ partes de sus miembros. Las demás decisiones se aprobarán por mayoría absoluta de sus miembros”.

Teniendo en cuenta que la Ley 43 de 1990, guardó silencio sobre el término de caducidad para que la Junta Central de Contadores imponga sanciones disciplinarias, indefectiblemente debe acudir a la norma general contenida en el Código Contencioso Administrativo y no en el Código Disciplinario Único, que es un estatuto especial aplicable a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales, a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales, (Artículo 53, modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011)

por ser el régimen más acorde frente a quienes se predica el calificativo de “particulares”.

Y desde un espectro teleológico porque, por regla general, las irregularidades de conducta y su sanción, al afectar a las personas, debe contener predicados que permitan finiquitar la investigación, juzgamiento y sanción, pues dentro del contexto del estado social del derecho, Colombia no ha sido un país con tendencia a las penas irredimibles, salvo en excepcionales casos, como la anterior pérdida de investidura, que incluso fue variado por la ley

De interés trascendental resulta el criterio, por demás vinculante, al tratarse de un pronunciamiento dado dentro del estudio de constitucionalidad de la norma, cogido por la Corte Constitucional en la sentencia C-530 de 2000,

(Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell) en la que sostuvo que los vacíos de la Ley 43 de 1990 se suplen con las normas del Código Contencioso Administrativo o en su defecto, las del Código Único Disciplinario.

En tal sentido, señaló la Corte:

*“La lectura integral de la ley y el examen detenido de la norma cuestionado permite concluir, que aun cuando esta, comparada con las regulaciones de otros estatutos disciplinarios, puede presentar algunas falencias, por la circunstancia de no regular de manera minuciosa los trámites propios del proceso disciplinario que debe seguirse para juzgar las faltas en que incurran los sujetos disciplinados, ello no la hace inconstitucional, porque los vacíos del procedimiento pueden llenarse acudiendo a la integración normativa. Por consiguiente, tratándose de actuaciones administrativas disciplinarias contra sujetos privados aquellos pueden llenarse con las normas del CCA o en su defecto, con las normas del Código Único Disciplinario. Precisamente, se observa que el artículo 22 de la Ley 43 de 1990 dispone la integración normativa, cuando ordena que los pronunciamientos de la Junta de Contadores están sujetas a los recursos establecidos en el CCA”*

Establecido como está que el término de caducidad de la facultad sancionatoria es el contemplado en el artículo 38 del CCA, cuyo tenor establece que *“Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas”*, procede la Sala a resolver el problema jurídico del caso *sub examine*”

Por consiguiente, no cabe duda que el término de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración en los procesos disciplinarios contra los contadores públicos es el contemplado en el artículo 38 del CCA, vale decir, el de tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionar reprocho y la sanción a imponer, como consecuencia de la investigación disciplinaria, debe ser notificada dentro de ese mismo término, a fin de que produzca efectos legales.

De acuerdo con lo anterior, no le asiste razón, en consecuencia, al *a quo* cuando sostiene que el término de los tres (3) años de la caducidad de la facultad sancionatoria se debe contabilizar *“desde cuando la administración tuvo conocimiento del hecho que generó la investigación”*, con fundamento en la sentencia de 15 de noviembre de 2007 de la Sección Primera del Consejo de Estado (expediente núm. 88001-23-31-000-2003-00072-01, Consejera ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón).

Sobre el particular, es del caso aclarar que en manera alguna puede atenderse el derrotero de la sentencia en mención al presente caso, pues la misma se refiere exclusivamente a asuntos aduaneros, (*“El artículo 38 del Código Contencioso Administrativo que invoca el actor como violado, prescribe:*

*“Art. 38.- Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.”*

La correcta interpretación de la norma transcrita sugiere que la fecha oportuna para decidir si se impone o no una sanción, se cuenta a partir del momento en que la Administración tiene conocimiento de la conducta reprochable. Así lo ha sostenido la Sala en asuntos aduaneros, al indicar que el proceso sancionatorio comienza con el requerimiento aduanero, la aprehensión de la mercancía o el acta de liquidación oficial *“pues a partir de ese momento la administración identifica o tiene conocimiento de la conducta constitutiva de la infracción”*). Conforme lo pusieron de presente los apelantes, además de que la queja o el momento en que la autoridad administrativa tuvo conocimiento del hecho no determina la iniciación del término de la caducidad.

Cabe resaltar que, la Sección Primera, en sentencia de 22 de mayo de 2014 (Expediente núm. AC-2013-02392-00, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), luego de hacer una reseña sobre el análisis jurídico efectuado por la Corporación referente al término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, precisó que el fenómeno de caducidad se cuenta frente a faltas permanentes o continuadas a partir del último acto, y cuando se trate de asuntos aduaneros *“se parte de que existe conocimiento de la falta desde que la entidad inicie el trámite administrativo”*.

En efecto, al respecto expresó la mencionada providencia:

*“Dado lo anterior, quedó demostrado que esta Corporación ha realizado un análisis sobre el término de la caducidad de la facultad sancionatoria concerniente a hechos distintos, como las infracciones en materia de energía que fueron en forma continuada donde la ocurrencia del hecho se contó a partir del último acto, o en el caso aduanero que a pesar de tener norma*

*especial que regula el tema, se parte que existe conocimiento de la falta desde que la entidad inicie el trámite administrativo...”*

Ahora, en sentencia de 28 de octubre de 2010 (Expediente núm. 11001-03-24-000-2007-00145-00, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta), sostuvo la Sección Primera:

*“Por lo tanto, no cabe aplicar aquí el criterio del momento en que la autoridad competente tuvo conocimiento de los hechos, para empezar a contar el término de caducidad, puesto que ello es pertinente cuando se trata de hechos o conductas que no han trascendido de la esfera del o de los sujetos activos o autores de esos hechos o conducta, que no han salido a la luz pública dentro del ámbito de interés respectivo.*

De lo contrario se llegaría al absurdo de que en casos como el del sub lite, si la Junta Central de Contadores no llega a conocer de oficio los hechos, el término de caducidad quedaría dependiendo de la voluntad de los interesados o particulares conocedores de los hechos, en la medida en que cuando a bien tengan denunciarlos solo entonces empezaría a correr el término, aunque hubieren transcurrido más de los 3 años que lo conforman.

Por consiguiente, en situaciones como la examinada, la queja no determina el inicio del término de caducidad, sino el tiempo que resta para vencerse, de suerte que si la queja llega a ser presentada después de vencido los 3 años contados a partir de los hechos, cuyo acaecimiento es de conocimiento público en el ámbito de interés social o común sobre los mismos, no puede menos que considerarse que se ha presentado una queja después de caducada la facultad sancionatoria de la autoridad competente”.

Corresponde ahora, luego de definir la posición de la operancia de la facultad sancionatoria, dilucidar a partir de qué momento se contabiliza el término de los tres (3) años, a que hace referencia la citada norma, en el caso concreto.

A este respecto, conviene destacar que la sentencia de la Sección Primera, inicialmente invocada, esto es, la de 29 de septiembre de 2011, también se pronunció sobre la forma de contabilización del término de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, y al efecto razonó así:

*“...Para contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, la Jurisprudencia de esta Sección tiene establecido lo siguiente:*

*“Ante las diferentes posiciones e interpretaciones que se le ha dado al tema de la prescripción de la acción sancionatoria, acerca de cuándo debe entenderse “impuesta la sanción”, la Sala Plena de esta Corporación con el fin de unificar jurisprudencia sostuvo mediante sentencia de 29 de septiembre de 2009, que “la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa”.*

*Asimismo sostuvo que “los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que este incluye la actuación sino permitir a la administración que este sea revisado a instancias del administrado.*

*Es, pues, claro, que en los términos del artículo 38 del CCA, la Administración debe ejercer la acción encaminada a sancionar personalmente al autor de la infracción administrativa, dentro de los tres (3) años contados a partir de la ocurrencia del hecho. En consecuencia, a partir de esa fecha la Administración cuenta con tres (3) años para proferir la resolución sancionatoria y notificarla al sancionado, independientemente de la interposición de los recursos”.*

Tratándose de una falta continuada, el cómputo de la caducidad debe hacerse a partir del último acto que se tuvo conocimiento del ejercicio simultáneo de los cargos de revisor fiscal y contador público de la sociedad (M), habida cuenta del parentesco de afinidad que existe entre quienes los ejercían...”

De tal manera que la contabilización del término de la caducidad para imponer la sanción debe establecerse para las faltas permanentes o continuadas, a partir del último acto del que se tiene noticia en el que se actuó irregularmente, y en los demás casos, vale decir, para las faltas instantáneas, en la forma establecida por el artículo 38 del CCA, esto es, desde que el hecho se produce. (Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 15 de febrero de 2018, Rad. 25000-23-24-000-2005-01423-02 acumulado (25000-23-24-000-2005-01426), C.S. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez). [14]



## Recurso extraordinario de revisión

*Naturaleza y fines. En lo contencioso administrativo*

Este recurso constituye una verdadera acción impugnatoria con efectos rescisorios y se dirige a reexaminar circunstancias fácticas o probatorias que ameritan que se adopte una nueva decisión, contraria a aquella objeto de revisión. Para que prospere se requiere como antecedente, una sentencia ejecutoriada, bien sea de los Tribunales Administrativos o del Consejo de Estado, en única, primera o segunda instancia, creadora de la cosa juzgada material, la cual, una vez censurada, solo puede ser desconocida luego de la comprobación de una de las causales contenidas en el artículo 250 del CPCA y con la concurrente y necesaria definición de que el fallo reprochado es erróneo o injusto por esa causa, es decir, que hay lugar a otra decisión distinta.

La Corte Suprema de Justicia, Corporación que también conoce del mismo dentro de su ámbito de competencia, ha precisado la naturaleza y fines de este medio impugnatorio, y al respecto ha destacado lo siguiente:

“(…) no franquea la puerta para tornar al replanteamiento de temas ya litigados y decididos en proceso anterior, ni es la vía normal para corregir los yerros jurídicos o probatorios que hayan cometido las partes en litigio precedente, ni es camino para mejorar la prueba mal aducida o dejada de aportar, ni sirve para encontrar una nueva oportunidad para proponer excepciones o para alegar hechos no expuestos en la causa petendi. Como ya se dijo por la Corte, el recurso de revisión no se instituyó para que los litigantes vencidos remedien los errores cometidos en el proceso en el que se dictó la sentencia que se impugna. El recurso de revisión tiende derechamente a la entronización de la garantía de la justicia, al derecho de defensa claramente conculcado y al imperio de la cosa juzgada material (…).” (Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 3 de septiembre de 1996, exp. 5231).

Es pertinente aclarar que la cosa juzgada es uno de los principios esenciales del proceso, pues en virtud de ella se impide que un debate judicial se prolongue de tal modo que por su indeterminación llegue hasta negar la seguridad que el ordenamiento jurídico debe proveer, poniendo fin a la incertidumbre que sobre los derechos exista, cuando estos han sido puestos en peligro.

Así las cosas, ha de entenderse que el referido recurso tiene una naturaleza netamente excepcional, hecho por el cual el legislador al momento de su creación previó que para su admisión, trámite y posterior resolución, era necesario acreditar la estricta, rigurosa y ajustada configuración de las causales que expresamente se consagraron como fundamento del mismo, con el fin de limitar el alcance de dicha figura, para así de forma paralela prever la protección del ya antedicho principio de la cosa juzgada.

En este orden de ideas, se reitera que tal medio de impugnación no constituye una tercera instancia dentro del proceso, en la que se puede intentar una nueva valoración de la prueba o provocar una interpretación adicional de las normas aplicables al caso. Por el contrario, los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el Tribunal, son extraños al recurso de revisión, pues este no es una instancia adicional en la que pueda replantearse el litigio.

Lo anterior tiene fundamento en la necesidad de evitar que el vencido en un proceso pueda a su capricho reanudar el debate concluido, so pretexto de volver la mirada a la prueba para pretender que se haga un nuevo y supuesto mejor juicio respecto de ella, o para reclamar una más aguda interpretación de la ley. (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de enero de 2018, Rad. 05001-23-31-000-2002-01079-01(0380-12), C.S. Dr. Gabriel Valbuena Hernández).<sup>[14]</sup>

## Superintendencia de Sociedades

*Facultades de inspección, vigilancia y control*

La Ley 222 establece en su artículo 82:

“[...] Artículo 82. *Competencia de la Superintendencia de Sociedades.* El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de Sociedades, la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, en los términos establecidos en las normas vigentes.

También ejercerá inspección y vigilancia sobre otras entidades que determine la ley. De la misma manera ejercerá las funciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo. [...]”

La norma es clara al determinar que la Superintendencia tiene a su cargo funciones de inspección, vigilancia y control respecto de las sociedades comerciales. Es importante delimitar el alcance de cada una de estas facultades, así:

“[...] Artículo 83. *Inspección.* La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades [...]”

“[...] Artículo 84. *Vigilancia.* La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.

Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:

a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias;

b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad;

c. No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados;

d. Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social.

Respecto de estas sociedades vigiladas, la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior, tendrá las siguientes:

1. Practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado durante la práctica de éstas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia.

2. Autorizar la emisión de bonos de acuerdo con lo establecido en la ley y verificar que se realice de acuerdo con la misma.

3. Enviar delegados a las reuniones de la asamblea general o junta de socios cuando lo considere necesario.

4. Verificar que las actividades que desarrolle estén dentro del objeto social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo.

5. Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.

6. Designar al liquidador en los casos previstos por la ley.

7. Autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión.

8. Convocar a reuniones extraordinarias del máximo órgano social en los casos previstos por la ley.

9. Autorizar la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas.

10. Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley.

11. Ordenar la inscripción de acciones en el Libro de Registro correspondiente, cuando la sociedad se niegue a efectuarla sin fundamento legal [...]”

En cuanto a las facultades específicas de control, dispone el artículo 85:

“[...] Artículo 85. *Control.* El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.

En ejercicio del control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:

1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos.

2. Autorizar la solemnización de toda reforma estatutaria.

3. Autorizar la colocación de acciones y verificar que la misma se efectúe conforme a la ley y al reglamento correspondiente.

4. Ordenar la remoción de administradores, revisor fiscal y empleados, cuando se presenten irregularidades que así lo ameriten.

5. Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisiones del máximo órgano social o junta directiva, o que deterioren la prenda común de los acreedores u ordenar la suspensión de los mismos.

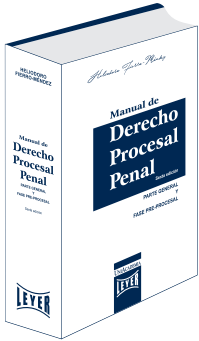
6. Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen en ellas.

7. Convocar a la sociedad al trámite de un proceso concursal.

8. Aprobar el avalúo de los aportes en especie.

*Parágrafo.* Las sociedades sujetas a la vigilancia o control por determinación del Superintendente de Sociedades, podrán quedar exonerados de tales vigilancia o control, cuando así lo disponga dicho funcionario [...]”

De conformidad con estas normas, para la Sala es claro que la Superintendencia tiene dentro de sus funciones la inspección, control y vigilancia permanente de las sociedades comerciales, y en el artículo 84 de la mencionada ley, se establece la atribución de velar porque estas se ajusten a la ley y a los estatutos, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social. (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 8 de marzo de 2018, Rad. 25000-23-24-000-2007-00249-01, C.S. Dra. María Elizabeth García González).<sup>[15]</sup>



**MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL  
PARTE GENERAL Y FASE PRE-PROCESAL**  
Heliodoro Fierro-Méndez

6 ed., 2018, 17x24cms, pasta dura  
ISBN 978-958-769-774-2, \$230.000

Inicia la obra mostrando los sistemas procesales o modelos de gestión judicial penal, la evolución, caracterización y estructura del proceso penal ordinario, sus principios rectores y garantías procesales para luego adentrarse en el estudio de la jurisdicción y competencia, las acciones originadas en la conducta punible, las partes e intervinientes en el proceso penal y los medios cognoscitivos en la indagación y la investigación, entre otras temáticas.

**LA FAMILIA  
REDIMENSIONAMIENTO DEL CONTENIDO ESENCIAL  
DE SU CONCEPTO**

Caridad Rosa Jiménez Morales

1 ed., 2018, 14x21cms., pasta dura,  
ISBN 978-958-769-762-9, \$35.000

Considerar a la Familia, con su naturaleza sencillamente humana, permanente en el tiempo, pero no inmutable, fue la inspiración principal para desarrollar el estudio desde el prisma de un derecho humano, a sabiendas de que, como un derecho de segunda generación, su valoración constituyó una atractiva indagación.

En el presente libro, se propone el perfeccionamiento de la dogmática constitucional de la Familia, a partir de su redimensionamiento a la altura de los nuevos tiempos, de manera que garantice protección efectiva de la diversidad familiar, y a su vez que a pesar de la diversidad, todas aporten por igual al objetivo común del desarrollo, formación y sostenibilidad de la sociedad.

La incursión en los disímiles criterios doctrinales permitió fijar un marco conceptual al respecto, de modo que, atender esta problemática, tal y como se esbozó, sirvió de referente para el propósito de protección jurídica del derecho familiar, y a su vez, de seguridad jurídica para los ciudadanos.

**LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO  
UNA MANIFESTACIÓN DE LA COMPLEJIDAD  
DEL FENÓMENO JURÍDICO**

Alejandro González Monzón

1 ed., 2018, 17x24cms., pasta dura;  
ISBN 978-958-769-758-2, \$ 95.000

El objetivo general del presente estudio monográfico consiste en realizar una sistematización de los fundamentos históricos, teóricos e iusfilosóficos de los principios generales del Derecho, asumidos como categorías jurídicas que reflejan, de forma diáfana, la complejidad que le es inherente al fenómeno jurídico como realidad social. Respondiendo a las exigencias metodológicas que interesan a las investigaciones de este tipo y a la lógica más elemental del discurso científico, el trabajo fue dividido en dos capítulos. El primero de ellos se propone rastrear los orígenes históricos del principialismo, así como sus manifestaciones fundamentales en el tracto evolutivo de la doctrina jurídica y la legislación codificada. El segundo, muestra un panorama definitorio general de la mano de los autores más representativos en la materia, presentándose y sometiéndose a crítica las tendencias más relevantes que han marcado el debate teórico y filosófico al respecto; espacio propicio para reflexionar sobre las diferencias entre los principios, las reglas y los valores, puntualizándose los criterios clasificatorios y la funcionalidad real que los primeros pueden (y deben) asumir en los predios de la práctica jurídica.

**EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS  
BIEN JURÍDICO Y CONDUCTAS TÍPICAS**

Cuestiones dogmáticas y de política criminal al hilo de los estándares internacionales

Dayan Gabriel López Rojas

1 ed., 2018, 14x21cms., pasta dura,  
ISBN 978-958-769-757-5, \$45.000

El objetivo de este trabajo se concreta en analizar aquellos aspectos de los comportamientos blanqueadores que, delineados por la normativa internacional, plantean ciertas dudas y preocupaciones desde la óptica del respeto a los principios y garantías penales propios de un Estado de Derecho; y ello con la finalidad última de sugerir criterios de interpretación razonables, que restrinjan el ámbito de una figura penal que reproduce los rasgos del punitivismo expansionista constituido en santo y seña de la política criminal instaurada por las iniciativas que se orientan a su combate.

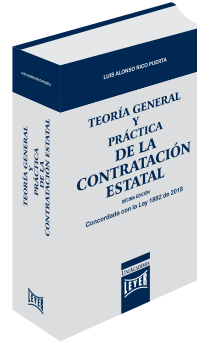
**LA ORALIDAD  
COMO EJE CENTRAL EN UNA CORRECTA  
Y EFICAZ ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA  
Desde una perspectiva práctica en el derecho comparado**

Adriana Coromoto Hernández Ramírez

1 ed., 2018, 17x24cms., pasta dura  
ISBN 978-958-769-760-5, \$55.000

Para esta obra que se ocupa del tema referente a la oralidad como eje central en la correcta y eficaz administración de justicia se darán a conocer las características de este sistema en contraposición con la escritura, sin dejar de lado la importancia de este último elemento dentro del proceso.

Dentro de esta obra también se observará el desarrollo de la oralidad en países como Colombia, Venezuela, Ecuador, España, Chile, Perú, Guatemala, entre otros y, cómo la adopción de la oralidad en algunos de ellos no ha tenido los resultados que esperaban los legisladores, así mismo, se dará a conocer, cómo a pesar de que el sistema oral es de vieja data la gran mayoría de estos países no han podido adaptar un sistema que del todo entre a resolver al menos en una considerable proporción la problemática que vive su justicia.



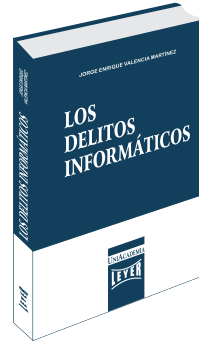
**TEORÍA GENERAL Y PRÁCTICA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

Luis Alonso Rico Puerta

10 ed., 2018, 17x24cms., pasta dura,  
ISBN: 978-958-769-753-7, \$250.000

Esta obra trata la contratación estatal desde un punto de vista teórico y práctico, acorde con la normatividad en la materia y puesta en vigencia con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se desarrolla el contrato estatal y su relación con el acto jurídico general, sus características, principios rectores, requisitos, perfeccionamiento y ejecución, así como el estudio de las distintas modalidades (obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, fiducia, telecomunicaciones, radiodifusión sonora, operaciones de crédito público, empréstito, crédito de proveedores, titularización de activos e inversiones, exploración y explotación de recursos naturales, leasing, entre otros).

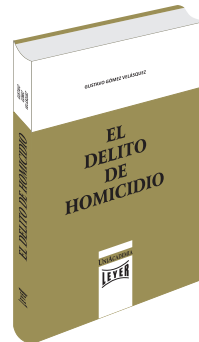


**LOS DELITOS INFORMÁTICOS**

Jorge Enrique Valencia Martínez

1 ed., 2018, 14x21cms., pasta dura,  
ISBN: 978-958-769-777-3, precio: \$50.000

Trata esta obra los delitos informáticos desde un punto de vista estrictamente dogmático. En su orden, estudia: el acceso abusivo a un sistema informático, la obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación, la interceptación de datos informáticos, el daño informático, el uso de software malicioso, la violación de datos personales, la suplantación de sitios web para capturar datos personales, el hurto por medios informáticos y semejantes y la transferencia no consentida de activos.

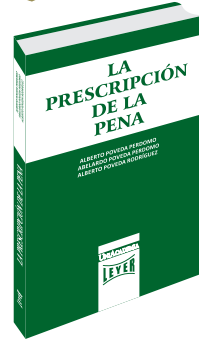


**EL DELITO DE HOMICIDIO**

Gustavo Gómez Velásquez

1 ed., 2018, 14x21cms., pasta dura,  
ISBN 978-958-769-776-6, \$60.000

Trata esta obra el homicidio, tanto en su forma simple como en sus expresiones o circunstancias agravadas. Seguidamente se dedica al estudio de las modalidades especiales, como son el homicidio preterintencional, por piedad, la inducción o ayuda al suicidio, la muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, y el homicidio culposo. Igualmente trata el autor el delito de feminicidio, simple y agravado.



**LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA**

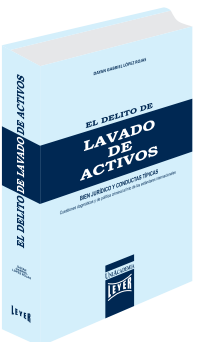
Alberto Poveda Perdomo - Abelardo Poveda Perdomo

Alberto Poveda Rodríguez

2 ed., 2018, 14x21cms., pasta dura  
ISBN: 978-958-769-783-4, precio: \$45.000

La pretensión de los autores es presentar una propuesta sobre la forma como debe operar la prescripción de la pena, a partir de criterios constitucionales que se apliquen como barreras de contención frente al poder del Estado, pero sin impunidad ni menosprecio de los derechos de las víctimas.

Para tal efecto se abordan temas como la naturaleza jurídica de la prescripción de la pena, su fundamentación, el inicio del término prescriptivo y su aplicación en los diferentes estatutos penales.



**LEYER**

**Faceta Jurídica**  
Cupón de Suscripción - 12 números

Nombre: \_\_\_\_\_  
Apellidos: \_\_\_\_\_  
C.C. \_\_\_\_\_  
Dirección envío: \_\_\_\_\_  
Teléfono: \_\_\_\_\_ Fecha: \_\_\_\_\_  
Ciudad: \_\_\_\_\_  
Departamento: \_\_\_\_\_

Mediante consignación en la cuenta corriente número 21002154645 del Banco Caja Social, a favor de Leyer Editores Ltda., en el formato indicado para tal fin que se encuentra disponible en el banco mencionado; o a través de nuestra tienda virtual ingresando al portal [www.edileyer.com](http://www.edileyer.com).

Suscripción nueva      Renovación  
Si  No       Si  No

Valor suscripción (12 números):      Suscripción nueva      \$190.000 (incluye envío)  
Renovación      \$170.000 (incluye envío)

**Suscripción**

En caso de consignación, favor remitir copia por correo electrónico adjuntando este cupón. Para mayor información dirigirse a Leyer Editores: Cra. 4 N° 16-51 de Bogotá, o comunicarse con nuestra línea de Servicio al Cliente 3158006316 Correo electrónico [contacto@edileyer.com](mailto:contacto@edileyer.com)