



CARTILLA

RESUMEN JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE DERECHOS HUMANOS

Cartilla

**RESUMEN JURISPRUDENCIA
DEL CONSEJO DE ESTADO
SOBRE DERECHOS HUMANOS**



Defensoría del pueblo



**Defensoría
del Pueblo**
C O L O M B I A

#NosUnenTusDerechos



#NosUnenTusDerechos

ISBN: 978-958-5117-76-1

© Defensoría del Pueblo.

Obra de distribución gratuita.

El presente texto se puede reproducir, fotocopiar o replicar, total o parcialmente, citando la fuente.

Colombia. Defensoría del Pueblo y Consejo de Estado.

Cartilla Resumen

jurisprudencia del Consejo de Estado sobre derechos humanos.

Páginas: 160

Bogotá, D. C., 2023

Defensoría del Pueblo

<https://www.defensoria.gov.co/>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Carlos Camargo Assis

Defensor del Pueblo

Luis Andrés Fajardo Arturo

Vicedefensor del Pueblo

Nelson Felipe Vives Calle

Secretario Privado

Oscar Julián Valencia Loaiza

Secretario General

CENTRO DE ESTUDIOS
EN DERECHOS HUMANOS
GRUPO DE TRABAJO DE SEGUIMIENTO MISIONAL Y ANÁLISIS ESPECIALES
VICEDEFENSORÍA DEL PUEBLO

CONSEJO DE ESTADO

Jaime Enrique Rodríguez Navas

Presidente

Oscar Darío Amaya Navas

Vicepresidente

Rocío Mercedes Araújo Oñate

Magistrada y editora académica

Nandy Melissa Rozo Cabrera

Enlace de Presidencia

RELATORÍAS CONSEJO DE ESTADO

Liliana Marcela Becerra Gámez

Gloria Cristina Olmos Leguizamón

Antonio José Sánchez David

Jorge Eduardo González Correa

Natalia Yadira Castilla Caro

Guillermo León Gómez Moreno

Nubia Yaneth Pajarito

María Magaly Santos Murillo

Wadith Rodolfo Corredor Villate

Juan Sebastián Solarte Álvarez

Pedro Javier Barrera Varela

Camilo Augusto Bayona Espejo

Juan Alejandro Suárez Salamanca

• • •

EVML

Diseño y diagramación

EVML

Diseño de portada

Sonia Patricia Villalba

Ingrid Tatiana Buitrago

María Alejandra Restrepo

Corrección de estilo

Fotografías

Banco de fotos de la Defensoría del Pueblo

Impresión

Imprenta Nacional de Colombia

COORDINACIÓN Y EDICIÓN GENERAL

Secretaría Técnica del Comité

Editorial:

Gissela Arias González, directora nacional de Promoción y Divulgación de los Derechos Humanos

Este documento debe citarse así:

Consejo de Estado y Defensoría del Pueblo. [2023]. Cartilla Resumen *jurisprudencia del Consejo de Estado sobre derechos humanos.*

Cartilla

**RESUMEN JURISPRUDENCIA
DEL CONSEJO DE ESTADO
SOBRE DERECHOS HUMANOS**



Defensoría del pueblo

Contenido

1 Jurisprudencia relacionada con derechos políticos, derechos de participación y proceso electoral	13
1.1 Providencia Rad. 11001-03-28-000-2022-00011-00 [Curul afro].....	13
1.2 Providencia Rad. 25000-23-41-000-2021-00589-01 [Ministro de Defensa Diego Molano]	21
1.3 Providencia Rad. 11001-03-28-000-2020-00058-00 [Nulidad elección del fiscal Barbosa].....	25
1.4 Providencia Rad. 11001-03-28-000-2019-00024-00 [Senadora Soledad Tamayo]	33
1.5 Providencia Rad. 25000-23-41-000-2019-00903-01 [Nulidad nombramiento embajadores]	41
1.6 Providencia Rad. 11001-03-28-000-2020-00059-00 [Magistrados de la Corte Suprema de Justicia]	45
1.7 Providencia Rad. 44001-23-40-000-2020-00004-01 [Diputados de La Guajira]	50
1.8 Providencia Rad. 11001-03-28-000-2020-00073-00 [TIC en las funciones públicas].....	52
1.9 Providencia Rad. 76001-23-33-000-2019-01203-01 [Trashumancia electoral].....	63
2 Jurisprudencia sobre conflicto armado, DIH y minas anti-personales	70
2.1 Responsabilidad extracontractual del Estado frente a las minas antipersonales sembradas por grupos armados ..	70
3 Jurisprudencia sobre derechos colectivos	78
3.1 Providencia Rad. 11001-33-31-034-2009-00195-01[AP] [Vigilancia y control de bebidas alcohólicas].....	78
3.2 Providencia Rad. 85001-23-33-000-2017-00075-01[AP] [Servicio público de televisión].....	84
3.3 Providencia Rad. 20001-23-31-000-2010-00478-01[AP] [Convenio aporte de lote a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata]	91

3.4	Providencia Rad. 25000-23-41-000-2014-01462-01{AP} [Traslado fábricas – Planta de asfalto]	103
3.5	Providencia Rad. 88001-23-33-000-2016-00066-01{AP} [Aeropuerto El Embrujo].....	107
3.6	Ensayo sobre la responsabilidad del manejo de aguas residuales.....	111
4	Jurisprudencia sobre desplazamiento forzado y afectaciones a la población civil	121
4.1	Providencia Rad. 27001-23-33-003-2014-00046-01{AG} [Desplazamiento forzado de pueblos indígenas].....	121
5	Sala plena y salas especiales de decisión	130
5.1	Providencia Rad. 11001-03-28-000-2020-00004-00{SU} [Gobernador de Boyacá].....	130
5.2	Providencia Rad. 11001-03-25-000-2017-00151-00 [Re-integro empleados en provisionalidad - Descuentos por vinculación al servicio público].....	136
5.3	Providencia Rad. 76001-23-31-000-2002-04584-02{AG}REV-SU [Acción de grupo].....	146

Presentación

Según lo establece el artículo 282 de la Constitución Política, la Defensoría del Pueblo es la entidad del Estado colombiano responsable de velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos. Este propósito lo alcanza a través de diversas actividades que impulsan el conocimiento y la práctica de una cultura basada en el respeto y la garantía de los derechos humanos, que esté acorde con la jurisprudencia de las altas corporaciones de justicia.

Por su parte, el Consejo de Estado, como el más Alto Tribunal de lo contencioso administrativo y cuerpo consultivo del Gobierno Nacional, se expresa a través de sus salas y secciones sobre el ejercicio y garantía de distintos derechos, dentro de los que destacan los derechos políticos y de participación, la responsabilidad del Estado frente al Derecho Internacional Humanitario (DIH), sobre los derechos laborales, colectivos y ambientales, entre los más importantes.

Desde el año 2020, la Defensoría del Pueblo y el Consejo de Estado vienen adelantando la ejecución de un memorando de entendimiento, en el marco del cual se llevan a cabo actividades en materia de investigación académica, capacitación y difusión de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de derechos humanos,

Derecho Internacional Humanitario, responsabilidad extracontractual por falla en el servicio a cargo de la fuerza pública, derechos de los trabajadores en el ámbito administrativo, enfoque de género, derechos colectivos y derechos políticos, entre otros. Este memorando de entendimiento busca fomentar el cumplimiento de los principios de transparencia, acceso a la información pública, participación ciudadana en la gestión pública, celeridad y confianza ciudadana.

Por segundo año, se promueve una estrategia pedagógica enfocada a la divulgación de la jurisprudencia del Consejo de Estado a operadores jurídicos y público en general, que implica llevar a cabo una tarea de amplificación de la labor preventiva de defensa de los derechos humanos, permitiendo el acceso al conocimiento especializado en derechos humanos y DIH.

La metodología utilizada para la escogencia de la jurisprudencia que sería objeto de este documento fue la socialización por parte del equipo conformado por las dos entidades, que en una primera parte recaudó más de cuatro mil decisiones jurisprudenciales y en las reuniones presenciales y virtuales se fueron enlistando los temas que más tuvieran contacto misional con las dos entidades; así mismo, en reuniones sucesivas se contrastó la temática contra las

providencias más recientes y de esa manera se fue depurando el listado. Para ello, se tuvieron en cuenta los temas más atractivos, trascendentes, novedosos y actuales, no solo para los funcionarios de las dos entidades ni para los servidores estatales, sino también para el público general interesado en las decisiones jurídicas del Alto Tribunal de lo contencioso administrativo y de la promoción de la defensa de los derechos humanos.

En este sentido, la jurisprudencia que se presenta a continuación está redactada en forma de cartilla, con preguntas y respuestas que invitan al autoaprendizaje y facilitan la comprensión tanto al operador como a los neófitos en la materia. En cada providencia se presenta: resumen e historia del caso (hechos), problema jurídico, principales consideraciones y fundamentos del Consejo de Estado (ratio decidendi), derechos amparados y reconocidos, personas, poblaciones o grupos sociales a los que cobija la decisión, palabras claves y se concluye con unas preguntas para la reflexión. Todo lo anterior está complementado con un enlace para quienes deseen acceder al documento en su integridad.

Los resúmenes jurisprudenciales aquí presentados también expresan la selección realizada por la Defensoría del Pueblo de una serie de temáticas que considera relevantes

en materia de derechos humanos y DIH. Lo anterior no pretende construir una línea jurisprudencial, sino ofrecer, ante todo, un resumen didáctico del tránsito jurisprudencial de un tema, en los últimos años y hasta la actualidad.

Este documento otorgará a los funcionarios de la Defensoría del Pueblo una actualización jurisprudencial para perfeccionar su actividad, obteniendo el beneficio de la visión ofrecida por el juez de lo contencioso. A su vez, este texto pedagógico permite al Consejo de Estado extender el alcance de sus decisiones para la protección de los derechos humanos.

Confiamos en que este trabajo pedagógico llegue de manera clara, concreta y sencilla a numerosas personas interesadas en conocer algunas de las decisiones más relevantes del Consejo de Estado y su impacto en la dignidad y los derechos de los habitantes del territorio nacional.

Jaime Enrique Rodríguez Navas
Presidente Consejo de Estado

Carlos Camargo Assis
Defensor del Pueblo

1. Jurisprudencia relacionada con derechos políticos, derechos de participación y proceso electoral

1.1. Providencia Rad. 11001-03-28-000-2022-00011-00 (Curul afro)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta

Magistrada ponente: Rocío Araújo Oñate

Fecha: 28 de julio de 2022

Enlace: http://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/257/2_11001-03-28-000-2022-00011-00_20220728.pdf

Referencia: requisitos para la inscripción de candidatos por la Circunscripción Especial de las Comunidades Negras a la Comisión Consultiva de Alto Nivel del que trata el artículo 45 de la Ley 70 de 1993.

Resumen e historia del caso (hechos):

Se trata de una demanda de nulidad contra el numeral 3.º del artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 del 14 de diciembre de 2020, que reza:

ARTÍCULO 2.5.1.6.2. Avalués. Quienes aspiren a ejercer derechos étnicos de participación y representación de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto, serán avalados por un Consejo Comunitario o forma o expresión organizativa de comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, debidamente inscrita y actualizada en el Registro Público de instituciones de representativas, y deberá cumplir con los siguientes requisitos:

[...]

3. Ser o haber integrado alguna de las instituciones de participación de las comunidades negras, afrocolombianas raizales y palenqueras.

Considera el demandante que el presidente de la República excedió su competencia reglamentaria al exigir que los candidatos deban ser o haber integrado alguna de las instituciones de participación de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, para poder aspirar por esa circunscripción. Lo anterior, por cuanto modificó la Ley 649 de 2001, sin tener facultades para ello, ya que únicamente el legislador tiene competencia para derogar o modificar la ley.

Así mismo, estimó que la norma demandada es contraria al derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 superior, porque establece unos requisitos adicionales a los previstos por la Constitución Política para aspirar al Congreso de la República, privilegiando a las personas que han estado de alguna manera vinculadas a ciertos espacios de participación o son miembros consultivos en nombre de las comunidades de negritudes. De igual manera, se discrimina a quienes no lo han estado, lo cual constituye en desventaja o condición de debilidad el hecho de no haber pertenecido a alguna organización de las comunidades negras.

Problema jurídico

¿El Gobierno Nacional excedió su potestad reglamentaria al incluir el requisito previsto en el numeral 3.º del artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 de 2020 (ser o haber integrado alguna de las instituciones de participación de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras) como una exigencia adicional para ser candidato a representante a la Cámara por la circunscripción especial de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras? ¿Dicho numeral fue expedido con desconocimiento del derecho fundamental a la consulta previa del que gozan las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras?

Principales consideraciones y fundamentos del Consejo de Estado (ratio decidendi)

Potestad reglamentaria del presidente de la República y el requisito establecido en el numeral 3.º del artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 de 2020

En efecto, si bien el artículo 150 superior dispone que corresponde al poder legislativo hacer las leyes, lo cierto es que la ley no goza de un alto grado de plenitud, porque no cuenta con el nivel de precisión o detalle requerido para su “cumplida ejecución”. Por esta razón, resulta absolutamente necesario que el presidente de la República, en ejercicio de su potestad reglamentaria y como suprema autoridad administrativa, entre a colaborar con el poder legislativo expidiendo los actos administrativos que se requieran para que las leyes puedan ejecutarse.

Al respecto, lo primero que relievra esta Sala es que la inscripción de candidatos a la Cámara de Representantes por las circunscripciones especiales de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, así como la integración de la Comisión Consultiva de Alto Nivel como instancia de participación y representación de esas mismas comunidades, materializan el derecho a elegir y ser elegido consagrado en el artículo 40 de la Constitución Política.

Lo segundo, que quienes aspiren a representar a las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras en la Comisión Consultiva de Alto Nivel del artículo 45 de la Ley 70 de 1993, como aquellos que procuren representarlas en la Cámara de Representantes, deben ser avalados previamente por el Consejo Comunitario o por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior. [...]

Así las cosas, es claro que esta disposición se ocupa de desarrollar el aval otorgado por el respectivo Consejo Comunitario para el ejercicio de los derechos de participación en el marco de la reglamentación de la Ley 70 de 1993. Por lo tanto, el requisito establecido en el numeral 3.º del artículo al que se viene haciendo referencia no puede hacerse extensivo a quienes aspiran a ser candidatos a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, regulada en el artículo 3 de la Ley 649 de 2001.

e reitera, lo anterior se corrobora al confrontar las dos disposiciones señaladas, pues el artículo 2.5.1.6.2 limita los espacios de participación a aquellos regulados en el propio Decreto 1640 de 2020, esto es, la Comisión Consultiva de Alto Nivel y las departamentales, mientras que el artículo 2.5.1.6.1 se refiere expresamente a estas y a cualquier otra desarrollada en otras normas del ordenamiento. [...]

Si bien la disposición demandada se refiere al aval requerido en el marco del ejercicio del derecho a elegir y ser elegido del cual son titulares los miembros de estas comunidades en virtud de la Ley 70 de 1993 y sus dos primeros requisitos coinciden con aquellos establecidos en el artículo 3 de la Ley 649 de 2001, lo cierto es que, por este solo hecho, no se puede concluir razonablemente que el Gobierno Nacional hubiere derogado tácitamente o modificado la referida norma, máxime si se tiene en cuenta que ni en el encabezado ni en las motivaciones del acto administrativo se hizo mención a esa disposición legal.

En ese sentido, para la Sala es claro que el Gobierno Nacional, conformado en este caso por el presidente de la República y el ministro del Interior, no excedió la potestad reglamentaria y, por ende, no se presenta una violación del artículo 189 numeral 11, de la Constitución Política, como tampoco del artículo 3.º de la Ley 649 de 2001.

La consulta previa en el caso concreto

De las pruebas allegadas al expediente, la Sala observa que, contrario a lo afirmado por la parte actora, en relación con la norma demandada se llevó a cabo el proceso de consulta previa, en garantía de dicho derecho fundamental, como se resume a continuación. [...]

Del recuento, se observa con toda claridad que el texto de la norma que se demanda fue producto de las concertaciones entre el Gobierno Nacional y el Espacio Nacional de Consulta Previa, que fue delegado a la Comisión VI.

En concreto, se advierte el desarrollo genuino de un espacio de negociación para lograr un acuerdo con las comunidades negras, afrodescendientes, palenqueras y raizales sobre las medidas que las afectan directamente, en desarrollo del principio de buena fe que debe guiar la actuación de las partes, y que permitió, efectiva y materialmente, una participación activa e incidente de esas comunidades.

Sobre este tópico, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado que el significado de la participación activa es que no pueda admitirse como tal a la simple notificación de los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, porque para que esa participación sea efectiva, el punto de vista de los pueblos debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas.

Al respecto, la Sala advierte que este elemento se materializó en la consulta previa que se analiza, pues el texto del proyecto de decreto pre-

sentado por el Gobierno Nacional al Espacio Nacional de Consulta Previa fue objeto de modificaciones fruto, precisamente, de esta, tanto así que la introducción del aparte normativo demandado provino de su propio seno y dentro del proceso de la consulta previa. [...]

En relación con la presunta vulneración al principio de igualdad, la Corte Constitucional ha explicado que dicho principio tiene dos facetas: la primera de ellas relativa a una igualdad formal, contemplada en el inciso primero del artículo 13 superior y según el cual, los ciudadanos merecen el mismo trato ante la ley.

La segunda faceta “reconoce las condiciones diferenciales de existencia entre distintos grupos sociales, se manifiesta a través de la denominada ‘igualdad material’. Como lo prescriben los incisos segundo y tercero del artículo 13 Superior, el Estado colombiano debe adoptar medidas promocionales y dar un trato especial —de carácter favorable—, a las personas y grupos vulnerables o a los sujetos en condición de debilidad manifiesta. Esta visión social del Estado refleja una organización política comprometida con la satisfacción de ciertas condiciones y derechos materiales, que reconoce las desigualdades que se presentan en la realidad, y frente a las cuales es necesario adoptar medidas especiales para su superación con el fin de garantizar un punto de partida equitativo entre los ciudadanos”.

Ahora, el numeral tercero del artículo 2.5.1.6.2 no vulnera el principio de igualdad en los términos expuestos por el actor, pues como ya se ha mencionado, dicha disposición no restringe la participación para los miembros ‘consultivos’, como lo afirma el accionante, sino que hace referencia a aquellas personas que han integrado alguna institución de participación, con fin de obtener el aval para conformar la Comisión Consultiva de Alto Nivel establecida en el artículo 45 de la Ley 70 de 1993. [...]

En esa medida, el requisito resulta congruente con la autonomía, la au-

to determinación y el autogobierno de las comunidades negras, raizales y palenqueras, porque es la propia colectividad la que determina, en el marco de su propia organización, quiénes pueden aspirar a representarlos en los distintos escenarios de participación por cumplir con la exigencia de pertenencia a ellas.

Así las cosas, la medida que el actor considera discriminatoria por reducir el espectro de pertenencia a una comunidad negra, afrodescendiente, raizal y palenquera a la condición de 'haber sido consultivo', no lo es. Todo lo contrario, constituye una medida afirmativa y de autonomía dispuesta por el Estado a iniciativa del Espacio Nacional de Consulta Previa, a través de la cual se promueve y garantiza el autorreconocimiento de esas comunidades, a efectos de que sean ellos los que decidan quiénes serán sus representantes en los espacios de participación.

Resuelve:

NEGAR las pretensiones de nulidad del numeral 3 del artículo 2.5.1.6.2 del Decreto 1640 del 14 de diciembre de 2020, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Personas, poblaciones o grupos sociales a los que cobija la decisión
Comunidad negra, raizal y palenquera.

Palabras claves:

Potestad reglamentaria, principio de igualdad, requisitos para ser representante de la comunidad afro, derecho a elegir y ser elegido, consulta previa.

Preguntas para reflexionar:

1. ¿Qué faceta del principio de igualdad reconoce las condiciones diferenciales de existencia entre distintos grupos sociales,

incluida la comunidad afro?

La faceta de igualdad material que pretende que “el Estado colombiano debe adoptar medidas promocionales y dar un trato especial —de carácter favorable—, a las personas y grupos vulnerables o a los sujetos en condición de debilidad manifiesta. Esta visión social del Estado refleja una organización política comprometida con la satisfacción de ciertas condiciones y derechos materiales, que reconoce las desigualdades que se presentan en la realidad y frente a las cuales es necesario adoptar medidas especiales para su superación con el fin de garantizar un punto de partida equitativo entre los ciudadanos”.

2. ¿Por qué se puede decir que sí se cumplió con el derecho fundamental a la consulta previa en el caso concreto?

Por “el desarrollo genuino de un espacio de negociación para lograr un acuerdo con las comunidades negras, afrodescendientes, palenqueras y raizales sobre las medidas que las afectan directamente, en desarrollo del principio de buena fe que debe guiar la actuación de las partes, y que permitió, efectiva y materialmente, una participación activa e incidente de esas comunidades. [...] Además, la participación activa se materializó en la consulta previa que se analiza, pues el texto del proyecto de decreto presentado por el Gobierno Nacional al Espacio Nacional de Consulta Previa fue objeto de modificaciones fruto, precisamente, de esta, tanto así que la introducción del aparte normativo demandado provino de su propio seno y dentro del proceso de la consulta previa”.

3. ¿Qué requisito debe cumplir quien aspira a representar a las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras?

El aval, porque “quienes aspiren a representar a las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras en la Comisión Consultiva de Alto Nivel del artículo 45 de la Ley 70 de 1993, como aquellos que procuren representarlas en la Cámara de Representantes, deben

ser avalados previamente por el Consejo Comunitario o por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio de Interior”.

4. ¿Qué derecho de la comunidad afro se reafirma con el requisito demandado?

“[...] La autonomía, la autodeterminación y el autogobierno de las comunidades negras, raizales y palenqueras, porque es la propia colectividad la que determina, en el marco de su propia organización, quiénes pueden aspirar a representarlos en los distintos escenarios de participación por cumplir con la exigencia de pertenencia a ellas”.

1.2 Providencia Rad. 25000-23-41-000-2021-00589-01 (Ministro de Defensa Diego Molano)

Consejo de Estado, Sección Quinta

Magistrado ponente: Pedro Pablo Vanegas Gil

Fecha: 11 de agosto de 2022

Enlace: https://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/258/25000-23-41-000-2021-00589-01_20220811%20Género.pdf

Referencia: Cuota de género en cargos de máximo nivel decisorio – Art. 4 de la Ley 581 de 2000

Resumen e historia del caso:

El 6 de febrero de 2021, mediante el Decreto 134, el presidente de la República nombró a Diego Andrés Molano Aponte como ministro de Defensa Nacional.

Para la fecha de la referida designación, 5 de los 18 ministerios del gabinete presidencial estaban en cabeza de mujeres, lo que equivale al 27,7 % de la composición de este. La designación del señor Molano Aponte en dicho ministerio mantiene una brecha en la composición por géneros del gabinete e incumple con el mínimo del 30 % exigido por el artículo 4 de la Ley 581 de 2000.

El nombramiento de Diego Andrés Molano Aponte como ministro de Defensa incurre en vicio de nulidad que afecta el Decreto 134 del 6 de febrero de 2021, porque contraviene las normas superiores en las que debe fundarse.

Problema jurídico:

¿Para la fecha en que se expidió el Decreto 134 del 6 de febrero de 2021, a través del cual se nombró a Diego Andrés Molano Aponte como ministro de Defensa Nacional, se tuvo en cuenta el mínimo de 30 % de representación femenina, exigido por el artículo 4 de la Ley 581 de 2000?

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (ratio decidendi)

La Ley 581 de 2000 reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 40, 43 y 93 de la Constitución Política, entre otras normas, de las que se desprende la obligación del Estado de garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, que concreta mediante la protección especial de estas frente a cualquier forma de discriminación, incluso en materia de acceso a cargos y funciones públicas, a través de medidas afirmativas.

Sobre la cuota de género establecida en el artículo 4, la Corte Constitucional al realizar el control previo de constitucionalidad de la Ley 581 de 2000, a través de la sentencia C-371 de 200049, precisó que:

[...] La cuota que se consagra en este artículo es, sin duda, una medida de acción afirmativa —de discriminación inversa—, que pretende beneficiar a las mujeres, como grupo, para remediar la baja participación que hoy en día tienen en los cargos directivos y de decisión del Estado. Esta cuota es de naturaleza “rígida”, pues lejos de constituir una simple meta a alcanzar, es una reserva “imperativa” de determinado porcentaje; aunque entendido éste como un mínimo y no como un máximo. Así mismo, la Corte entiende que es una cuota específica y no global. Es decir que se aplica a cada categoría de cargos y no al conjunto de empleos que conforman el “máximo nivel decisorio” y los “otros niveles decisorios”. A manera de ejemplo, significa que 30 % de los Ministerios, 30 % de los Departamentos Administrativos, 30 % de la Superintendencias, etc. deben estar ocupados por mujeres y no, como algunos de los intervinientes lo sugieren que, sumados todos los cargos, el 30 % de ellos corresponde a la población femenina, independientemente de si se nombran solo ministras, o solo superintendentes, etc. [...]. (Énfasis fuera de texto).

Para la Corte, la Ley de Cuotas tiene como finalidad generar las condiciones adecuadas para contrarrestar el desequilibrio existente frente a la población femenina en la ocupación y el acceso a los puestos de dirección del Estado, en especial aquellos que la norma denomina cargos de máximo nivel decisorio, a través de la implementación de medidas de acción afirmativa o discriminación inversa, tales como la “reserva imperativa” en la que se constituye el porcentaje del 30 % de esas altas posiciones que deben ser ocupados por mujeres.

La Corte destaca la naturaleza rígida de esta reserva, pues no se plantea como una simple meta a alcanzar, sino como la manifestación de un

imperativo para los nominadores de los cargos que no pueden desconocer los mínimos trazados en la ley.

Se debe señalar que, según lo explicado por la Corte Constitucional, la cuota mínima del 30 % se aplica para cada categoría de cargos que componen el respectivo nivel decisorio (ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, etc.) y no a su conjunto (todos los cargos que sean del nivel máximo decisorio o todos los que sean de otros).

Resuelve:

Confirmar la sentencia del 7 de abril de 2022, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, declaró la nulidad del nombramiento de Diego Andrés Molano Aponte, como ministro de Defensa Nacional, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

Derechos amparados y reconocidos:

Derecho a la igualdad de género, acceso a cargos y funciones públicas.

Palabras clave:

Ley de cuotas, igualdad, cuota de género, discriminación, participación activa y discriminación inversa.

Preguntas para reflexionar:**1. ¿Qué ocurrió?**

Se presentó demanda para solicitar la nulidad del nombramiento como ministro de Defensa Nacional del señor Diego Molano, en virtud de que su nombramiento violaba de manera directa la Ley de

Cuotas, pues atenta contra la composición por géneros del gabinete de Gobierno.

2. ¿Qué dijo el Alto Tribunal?

El Consejo de Estado resaltó la obligación del Estado de garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, para así evitar cualquier tipo de discriminación y aumentar la participación de mujeres en los cargos de dirección.

3. ¿Cuál fue la conclusión?

Declarar la nulidad del nombramiento de Diego Andrés Molano Aponte como ministro de Defensa Nacional, toda vez que desconoce lo dispuesto en la Ley de Cuotas.

1.3 Providencia Rad. 11001-03-28-000-2020-00058-00 (Nulidad elección del fiscal Barbosa)

Consejo de Estado, Sección Quinta

Magistrada ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Fecha: 18 de febrero de 2021

Enlace: <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/242/11001-03-28-000-2020-00058-00.pdf>

Referencia: Nulidad contra la elección de Francisco Roberto Barbosa Delgado, fiscal general de la Nación.

Resumen e historia del caso

El 30 de enero de 2020, la Corte Suprema de Justicia designó al señor Francisco Roberto Barbosa Delgado como fiscal general de la nación, por medio del Acuerdo N.º 1383 de 2020. El nombramiento fue confirmado el 6 de febrero del mismo año, fecha hasta la cual Fabio Espitia fungió como fiscal general encargado.

Los demandantes solicitan la nulidad “con fundamento en el presunto desconocimiento (i) del principio de equilibrio de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, consagrados en el artículo 113 de la Constitución Política, y (ii) de la regla general sobre el carácter institucional de los cargos establecida en el artículo 125 de la Carta Política, reparos que conllevarían la revisión del precedente decantado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre la materia, la cosa juzgada constitucional, la confianza legítima y las demás instituciones jurídicas y procesales a que ella (sic) lugar, a partir del concepto de violación reseñado en el vértice inicial del presente auto, junto con las razones de hecho y de derecho presentadas oportunamente por las partes e intervinientes, las cuales también fueron esbozadas en el capítulo de antecedentes de esta misma providencia”.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (ratio decidendi)

Problema jurídico

Determinar si la expresión “[...] de 4 años que se cuentan a partir de su posesión”, referida al periodo constitucional y legal del cargo de fiscal general de la nación, y que está contenida en el

Acuerdo 1383 del 30 de enero de 2020 dictado por la honorable Corte Suprema de Justicia, por medio del cual se designó para ocupar el cargo al ciudadano Francisco Roberto Barbosa Delgado —acto que fue confirmado en sesión de la Sala Plena de esa misma Corporación llevada a cabo el 6 de febrero de 2020— debe ser anulada por materializar el vicio de ilegalidad contenido en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), consistente en haberse expedido el acto con infracción de las normas en que debía fundarse.

Infracción a norma superior

Los motivos por los que se consideran viciados de nulidad los actos electorales, que pueden ser ‘propios’, porque contienen la declaratoria de la voluntad de un determinado electorado (electoral propio), o ‘impropios’ porque contienen la decisión de la administración de designar a un servidor o dignatario, se encuentran contenidos en el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011: “[...] *Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código [...]*”.

Es claro, entonces, que la anulación de los actos de elección, llamamiento y nombramiento puede sustentarse en los supuestos del artículo 137 *ejusdem*, que determina:

Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

*Procederá cuando hayan sido expedidos **con infracción de las normas en que deberían fundarse**, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió [...].*

Periodo institucional vs. periodo personal

En palabras de la Corte Constitucional existen dos tipos de periodos: los objetivos o institucionales y los subjetivos o personales. La diferencia entre ellos radica en que en los periodos personales se elige o designa el reemplazo de quien incurra en causal de falta absoluta antes de la terminación del periodo correspondiente, mientras que en el periodo institucional el reemplazo es elegido o designado por el resto del periodo hasta que se cumpla el lapso que le faltaba a su antecesor.

Como lo dejó sentado el Consejo de Estado, Sección Quinta, en providencia del 12 de agosto de 2013, con el Acto Legislativo N.º 2 de 2002 se estableció el periodo institucional para alcaldes, gobernadores, concejales, diputados y ediles, y **todos los cargos de elección popular** quedaron sujetos a **periodo institucional**, los que se vinieron a sumar al del presidente (artículo 190), el vicepresidente de la República (artículo 202) y de los congresistas para quienes el artículo 132 constitucional señala que su periodo inicia el 20 de julio siguiente a la elección.

En lo referente a la naturaleza del periodo de los cargos de elección diferentes a la popular, se concluyó que la postura de la jurisprudencia, constitucional y contenciosa, resultaba coincidente en señalar que eran **individuales**, salvo que expresamente se hubiera establecido su carácter institucional.

Tesis jurisprudencial vigente respecto del periodo del fiscal general de la Nación

En ese orden, al amparo de las elucubraciones elaboradas por el pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en aquella oportunidad, la Sección Quinta destaca la existencia de los siguientes elementos que, sin duda, permiten resolver el cuestionamiento de infracción a normas superiores propuesto por los demandantes, así:

1. Dentro del sistema de frenos y contrapesos moldeado por el Cons-

tituyente de 1991, la independencia y autonomía en el desarrollo funcional y organizativo de la Fiscalía General de la Nación fue garantizada mediante la institución de un procedimiento eleccionario que involucra, además del presidente de la República, a la Corte Suprema de Justicia, en una manifestación certera del principio de colaboración institucional erigido en el inciso final del artículo 113 superior. De esta manera, la postulación política del fiscal general de la Nación fue menuda por la participación efectiva de un órgano colegiado perteneciente a la Rama Judicial del Poder Público, como estabilizador de los intereses proselitistas que pudieran surgir en su elección.

2. El Constituyente de 1991 no incluyó, en aras de evitar cualquier tipo de injerencia externa en la puesta en marcha de las competencias del ente acusador, la **coincidencia exacta** de los periodos del fiscal general de la Nación y del presidente de la República, sin que la **coincidencia parcial** pudiera ser vista como ilegal, pues, en todo caso, su correcto funcionamiento dentro del engranaje constitucional colombiano es asegurado por un procedimiento de designación que, desde su propio origen, pretende depurar la parcialidad política proveniente de la postulación hecha por parte del titular de la Rama Ejecutiva en el orden nacional.

3. El alcance de la reforma operada por el Acto Legislativo N.º 01 de 2003 al artículo 125 constitucional no se extiende a la designación del fiscal general de la Nación por tratarse de una reforma de origen político y, en ese orden, constituirse en un precepto general, cuya aplicación resulta secundaria frente a la eficacia normativa del artículo 249 superior, prescripción especial que regula la elección de este funcionario.

4. En su Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, la Corte Constitucional estudió la juridicidad del inciso 3.º del artículo 29 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, y determinó que la interrupción absoluta del periodo del fiscal —por ejemplo, por renuncia al cargo— no puede conllevar que la elección de su sucesor se produzca

por el lapso que le faltare a este, sino por un nuevo periodo de 4 años contados a partir de su posesión.

Cosa juzgada constitucional:

En consonancia, la Sección Quinta resalta que, de acuerdo con las enseñanzas reproducidas, el análisis jurisprudencial adelantado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, con base en las facultades atribuidas por el ordinal 8.º del artículo 241 superior, presenta visos de **cosa juzgada absoluta** que, excluye, en principio, cualquier tipo de debate interpretativo en relación con el carácter personal del periodo del fiscal general de la Nación.

Caso concreto:

No podemos dejar a un lado que la Corte Constitucional, en relación con estos mismos aspectos, determinó en la Sentencia C-166 de 2014 que:

*La Corte aceptó ese argumento y **concluyó que de la mencionada norma constitucional se colegía necesariamente que el periodo del fiscal general era de naturaleza individual, sin que tuviera que ser coincidente con el de otras autoridades del Estado, como el presidente de la República. Por lo tanto, dicho periodo resultaba análogo al de los magistrados de las altas cortes, el cual tiene un indiscutible carácter individual. Adicionalmente, la inexequibilidad de una norma de ese carácter se justificaría en que la ausencia de un periodo individual afectaría la autonomía e independencia que la Carta adscribe a la administración de justicia. De otro lado, si bien el artículo 253 C. P. confiere al legislador la determinación de, entre otros asuntos, el régimen de ingreso mediante carrera y retiro del servicio de la Fiscalía General, esta competencia no cobija la definición del periodo del***

fiscal general, pues ese asunto fue regulado directamente por la Constitución. (Negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, en este aspecto se debe insistir en que se trata de una problemática ya expuesta y solucionada por el pleno de esta Corporación e incluso por la Corte Constitucional, sin que del contenido de la demanda se advierta la existencia de nuevas circunstancias que al menos den visos de la necesidad de abordar este reparo ante la presencia de circunstancias fácticas o jurídicas disímiles a las ya referenciadas.

De igual manera, no existen fundamentos novedosos y tampoco contundentes que lleven a este juez de lo contencioso a adentrarse en la posibilidad de modificar la tesis vigente y pacífica respecto del periodo del fiscal general; por el contrario, debe tenerse como conclusión, en palabras de la Corte Constitucional —Sentencia C-166 de 2014—, que “[...] una norma legal que dispusiera para el fiscal general un periodo institucional era contraria a la Constitución”.

Lo anterior equivale a que aceptar la propuesta de los demandantes de acceder a su petición de declarar que el periodo del fiscal general de la Nación es institucional, sería una decisión que vulneraría la Constitución Política.

Por lo tanto, no hay duda de que el acto dictado por la Corte Suprema de Justicia como declaratorio de la elección de Francisco Roberto Barbosa Delgado, fiscal general de la Nación, contenido en el Acuerdo N.º 1383 del 30 de enero de 2020, resulta ajustado a la Constitución, la ley y la tesis jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, como ya se explicó con la debida suficiencia.

Personas, poblaciones o grupos sociales a los que cobija la decisión:

Fiscal general de la Nación, Francisco Roberto Barbosa Delgado.

Futuros fiscales generales.

Palabras claves:

Periodo personal, periodo institucional, cosa juzgada constitucional, periodo del fiscal general de la Nación, sistema de pesos y contrapesos.

Aclaración de voto:

Dra. Rocío Araújo: “De acuerdo con los historicidad y cronología de los artículos 249 y 125 superiores, este último luego de la modificación introducida por el Acto legislativo 01 de 2003, así como de las razones de las decisiones de la Corte Constitucional dictadas en las sentencias C-037 de 1996 y C-166 de 2014 y los motivos en que se sustentaron, reitero que no encuentro agotada, en términos absolutos como lo indicó esta Sala electoral, la discusión constitucional sobre el carácter personal o institucional del periodo del fiscal general de la Nación”.

Preguntas para reflexionar:

1. ¿Por qué se solicitó la nulidad de la elección del fiscal Barbosa?

Los demandantes consideraban que se violaba la separación de poderes como garantía de la limitación del poder del Ejecutivo y, además, el acto administrativo se oponía a la regla general sobre el carácter institucional de los cargos establecida en el artículo 125 de la Carta Política.

2. ¿Qué significa que un periodo de un cargo sea institucional?

“[E]n el periodo institucional, el reemplazo es elegido o designado por el resto del periodo hasta que se cumpla el lapso que le faltaba a su antecesor”.

3. ¿Qué significa que un periodo de un cargo sea personal o individual?

En “los periodos personales se elige o designa el reemplazo de quien incurra en causal de falta absoluta antes de la terminación del periodo correspondiente” y cumplen la integridad del periodo sin importar que coincidan o no con los institucionales.

4. ¿Por qué se estableció que el cargo de fiscal general era personal?

Por una reiteración de jurisprudencia, dado que “con el Acto Legislativo n.º 2 de 2002, se estableció el periodo institucional para alcaldes, gobernadores, concejales, diputados y ediles y todos los cargos de elección popular quedaron sujetos a periodo institucional, los que se vinieron a sumar a él [sic] del Presidente —artículo 190—, el Vicepresidente de la República —artículo 202— y los congresistas que el artículo 132 constitucional señala que su periodo inicia el 20 de julio siguiente a la elección”.

En lo referente a la naturaleza del periodo de los cargos de elección diferentes a la popular, se concluyó que la postura de la jurisprudencia, constitucional y contenciosa resultaba coincidente en señalar que eran individuales, salvo que expresamente se hubiera establecido su carácter institucional.

1.4 Providencia Rad. 11001-03-28-000-2019-00024-00 (Senadora Soledad Tamayo)

Magistrada ponente: Rocío Araújo Oñate

Fecha: 13 de mayo de 2021

Enlace: <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/244/11001-03-28-000-2019-00024-00.pdf>

Referencia: Nulidad contra el llamamiento que realizó el Senado de la República a Soledad Tamayo Tamayo para reemplazar a la senadora electa Aída Merlano Rebolledo.

Resumen e historia del caso

1. Mediante Resolución N.º 1596 del 19 de julio de 2018, el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de los senadores de la República para el periodo 2018-2022. De conformidad con dichos resultados, al Partido Conservador Colombiano se le asignaron 14 curules, entre las que se encontraba la reconocida a la señora Aída Merlano Rebolledo.

2. Destacaron que durante el año 2018, la Corte Suprema de Justicia adelantó una investigación contra la señora Aída Merlano Rebolledo, por la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir, corrupción al sufragante, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego y ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas, relacionados con la existencia de una organización para la presunta compra de votos para las elecciones que se llevaron a cabo el 11 de marzo de 2018. Dentro de dicho trámite, se profirió orden de captura, medida de aseguramiento intramural y resolución de acusación, circunstancias que impidieron que la elegida se posesionara como congresista, pues para ese momento se encontraba privada de su libertad.

3. Como consecuencia de las anteriores circunstancias, el 28 de mayo de 2019, el presidente y el secretario del Senado de la República llamaron a la señora Soledad Tamayo Tamayo para que ocupara la vacante de

la ciudadana Aída Merlano Rebolledo.

4. Los demandantes consideran que ese acto de llamamiento violó el artículo 134 de la Carta Política, “que prohíbe en las corporaciones públicas de elección popular, el reemplazo por falta temporales de las personas contra las cuales se haya proferido orden de captura, relacionada con la comisión de los delitos de pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad”.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (ratio decidendi)

Problema jurídico:

Determinar si el acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo como senadora de la República, para lo que resta del periodo constitucional 2018-2022, que consta en el oficio del 28 de mayo de 2019, es nulo por contrariar lo normado en los artículos 134 de la Constitución Política y 278 de la Ley 5 de 1992.

Prohibición del artículo 134 constitucional

Los elementos más relevantes de esta norma fueron descritos en el Auto del 8 de agosto de 2019 proferido dentro del presente proceso, al resolver la solicitud de suspensión provisional del acto de llamamiento cuestionado. Ahora bien, la norma también consagra casos específicos en que los congresistas no pueden ser reemplazados:

- Aquellos que han sido condenados por los delitos antes relacionados. (Falta definitiva)

- Quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente a procesos penales por dichos delitos. (Falta definitiva)
- Quienes han sido objeto de orden de captura dentro de los referidos procesos penales. (Falta temporal)

Esta prohibición de reemplazo es la que se conoce doctrinariamente con el nombre de 'silla vacía'; con ella se busca que la agrupación política que avaló o respaldó al congresista que posteriormente resultó investigado y/o condenado por los delitos anteriormente relacionados, pierda la curul en el Congreso, a manera de sanción por la conducta cometida por el avalado. [...]

Asimismo, la norma persigue disciplinar a los partidos políticos, según se desprende de los debates que se presentaron durante la discusión en el Congreso del proyecto que dio lugar a la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015:

Para complementar los esfuerzos de democratización e institucionalización de los partidos, se propone avanzar también en la lucha contra la corrupción, para lo cual la reforma también establece la implementación de la Silla Vacía para los delitos dolosos contra la administración pública, como mecanismo no solo sancionatorio para los partidos, que no hagan el análisis y seguimiento de las calidades y antecedentes del candidato necesarios para dar su aval y presentarlo dentro de su lista, sino que constituye en sí mismo un estímulo para la disciplina de partidos, en la medida en que obliga a establecer dinámicas internas para la selección de los candidatos.

El mecanismo de la silla vacía constituye, entonces, una sanción tanto para los partidos políticos como para los titulares de las curules. Así, en la ponencia para primer debate en segunda vuelta se estableció:

*Desde la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, el Constituyente derivado estableció que aquellos miembros de Corporaciones Públicas que incurrieran en delitos de pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad en ningún caso podrían ser reemplazados en su cargo. Esta prohibición fue denominada la silla vacía, constituida como **una sanción para los titulares de los escaños y, en suma, para los partidos políticos, puesto que las curules que habían obtenido a través de los sufragios electorales, a partir de la vigencia de esa norma, quedan sin titular lo que a su turno significa que la representación del partido político se disminuye y, en consecuencia, su poder de decisión político también se afecta.***

Dicho de otro modo, aunque la privación de la libertad de la señora Aída Merlano Rebolledo por la comisión de un delito contra los mecanismos de participación democrática tuvo lugar cuando pertenecía a la Cámara de Representantes (periodo 2014-2018), y por tal razón, acertadamente se aplicó la silla vacía a la curul que ocupaba, el hecho de que su situación penal continuara abierta y solo fuera decidida cuando se confirmó la comisión del delito de corrupción al sufragante el 27 de mayo del 2020, implicó que la prohibición de proveer la curul se materializara en la que obtuvo en el Senado de la República para el periodo 2018-2022, transitoriamente, mientras permanecían vigentes las providencias que ordenaron la privación de su libertad y luego, de manera definitiva, al ser condenada, con la consecuencia de que el partido político que la avaló, tanto en su aspiración a la Cámara de Representantes como al Senado, y que se vio beneficiado por los votos obtenidos por dicha candidata, no tuviera la posibilidad de reemplazarla.

Con ese entendido, le asiste razón a la parte demandante al considerar que el llamamiento que se le hizo a la señora Soledad Tamayo Tamayo

el 28 de mayo de 2019, para ocupar el cargo para el que fue elegida la señora Aída Merlano, es contrario a la prohibición de que trata el inciso 2.º del artículo 134 de la Constitución, pues para esa fecha continuaba vigente la restricción de su libertad en virtud de un proceso en el que se le atribuían, entre otros, la comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática en su aspiración al Senado periodo 2018-2022, por lo que el partido que la apoyó, mientras no se dictara una decisión que levantara la medida de aseguramiento o se confirmara la inocencia de dicha ciudadana, no podía hacer uso de la curul mediante otro candidato en reemplazo.

Ahora bien, se hace énfasis en que cuando el artículo 134 de la Constitución establece como uno de los eventos de la silla vacía la orden de captura, implica que la prohibición de proveer la vacante respectiva se aplica mientras siga vigente la decisión judicial que justifica la privación de la libertad. Esto quiere decir que, si en virtud de una orden judicial se recobra el goce de este derecho, lo que puede ocurrir antes del fallo o como consecuencia de una sentencia absolutoria, el partido político recupera la curul, sin que la alternativa de contar nuevamente con esta devenga, por ejemplo, de un fallo de nulidad electoral, esto es de una providencia dictada en un medio de control ajeno e independiente al proceso penal pues, solo en este, y por disposición de la Constitución, se producen las decisiones que permiten la materialización de la silla vacía o que cesen sus efectos.

Bajo este entendimiento, **en ningún momento debe olvidarse que son decisiones de naturaleza penal las que dan lugar a la silla vacía y, por ende, que solo las providencias que modifiquen el sentido de estas tienen la virtualidad de hacer cesar la prohibición de proveer la respectiva curul**, atribución que no se predica de las decisiones que se profieran en sede de nulidad electoral, ni siquiera del fallo que anula la elección.

Por las razones expuestas, se concluye que el acto de llamamiento que

se hizo de la señora Soledad Tamayo Tamayo al Senado de la República para el periodo 2018-2022 se realizó respecto de una curul que conforme al artículo 134 de la Constitución Política no era ni es susceptible de reemplazo, debido a que a la ciudadana que fue elegida inicialmente tenía una orden de captura y, luego, fue condenada, entre otros, por la comisión del delito de corrupción al sufragante y un punible contra los mecanismos de participación democrática. Lo anterior significa que el acto controvertido es contrario a la norma superior invocada, que en su aplicación ni se vio afectada por el fallo de nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo del 16 de mayo de 2019 ni resulta contrario al principio de non bis in idem respecto del Partido Conservador Colombiano.

Derechos amparados y reconocidos:

Prohibición del artículo 134 constitucional.

Personas, poblaciones o grupos sociales a los que cobija la decisión

Partido Conservador, Soledad Tamayo Tamayo.

Palabras claves:

Silla vacía, reemplazo congresistas, artículo 134 constitucional, Aída Merlano.

Aclaración de voto:

Dra. Lucy Jeannette Bermúdez: “Si bien el fallo contiene las fechas de la orden de captura, de cuándo se profirió la sentencia de nulidad electoral y cuándo la Corte Suprema dictó fallo condenatorio contra la señora Aída Merlano, me parece que más allá de la mención que se hace, la decisión no dimensionó el alcance de cada decisión en la particularidad de las circunstancias que rodearon el caso”. Adicionalmente,

pero a mi juicio, la situación no se detiene ahí, pues luego se profiere la sentencia penal. Qué alcances o qué efectos tiene esa sentencia penal sobre la situación que ya había quedado definida atrás por el Consejo de Estado. Considero que ese es uno de los puntos que hay que definir realmente, por cuanto conforme lo menciona el proyecto la Sala Penal en el fallo condenatorio contra Aída Merlano indicó que por artículo 134 constitucional ese cargo no podía ser reemplazado”.

Preguntas para reflexionar:

1. ¿Por qué se solicitó la nulidad contra el llamamiento a Soledad Tamayo para que reemplazará a Aída Merlano?

Los demandantes consideraron que ese acto de llamamiento violó el artículo 134 de la Carta Política, “que prohíbe en las corporaciones públicas de elección popular, el reemplazo por faltas temporales de las personas contra las cuales se haya proferido orden de captura, relacionada con la comisión de los delitos de pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad”.

2. ¿En qué consiste el fenómeno de la silla vacía?

Esta prohibición de reemplazo es la que se conoce doctrinariamente con el nombre de “silla vacía”, con ella se busca que la agrupación política que avaló o respaldó al congresista que posteriormente resultó investigado y/o condenado por los delitos anteriormente relacionados, pierda la curul en el Congreso, a manera de sanción por la conducta cometida por el avalado.

3. ¿Cómo se suspende o termina la sanción de la silla vacía?

“[Son las] decisiones de naturaleza penal las que dan lugar a la silla va-

cía y, por ende, que solo las providencias que modifiquen el sentido de estas tienen la virtualidad de hacer cesar la prohibición de proveer la respectiva curul, atribución que no se predica de las decisiones que se profieran en sede de nulidad electoral, ni siquiera del fallo que anula la elección”.

1.5 Providencia Rad. 25000-23-41-000-2019-00903-01 (Nulidad nombramiento embajadores)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta

Magistrada ponente: Rocío Araújo Oñate

Fecha: 03 de marzo de 2022

Enlace: http://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/254/2_25000-23-41-000-2019-00903-01_20220303.pdf

Referencia: Nulidad electoral. Nulidad del acto de elección del Señor Jaime Castro Castro como embajador

Resumen e historia del caso:

El señor Antonio Eresmid Sanguino Páez, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, presentó demanda contra el Decreto N.º 1631 de 9 de septiembre de 2019, por medio del cual el presidente de la República y el entonces ministro de Relaciones Exteriores nombraron

al señor Jaime Castro Castro como embajador.

A la fecha de presentación de la demanda, la Corte Constitucional no había hecho el control automático y posterior de la ley aprobatoria de la Convención para la Cooperación y el Desarrollo Económico —Ley 1950 de 2019—, asunto que resultaba ser necesario para entender que el país había ratificado su adhesión a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Sostiene que el acto electoral deviene nulo, en tanto el nombramiento se sustentó en la adhesión del país a la mencionada convención; no obstante, la misma no había entrado a regir, por lo que su fundamento era irreal y desconocedor de las normas superiores relativas a la ratificación de las obligaciones internacionales por parte del Estado Colombiano.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (ratio decidendi)

Lo anterior significa que la naturaleza jurídica del empleo de embajador es ser de libre nombramiento y remoción, sin que por ello se pueda entender que no le es permitido a los miembros de carrera diplomática y consular ocupar dichas plazas, dado que, conforme a las normas que rigen la materia, las mismas deben ser destinadas en una proporción de 20% a funcionarios escalafonados, quienes pueden ocupar el cargo, pero aun así su permanencia en este depende de las necesidades del servicio.

De manera que al revisar el escrito de la demanda y las razones en que se fundamentó la decisión ahora impugnada, se puede extraer que la misma guardó los principios de congruencia y justicia rogada, los cuales se erigen como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso, en tanto limita al operador judicial sobre la materia a pronunciarse, es decir, lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita).

No puede catalogarse como parcializada una decisión por no acatar los argumentos de la defensa ni mucho menos por contrariar los intereses de una de las partes, dado que ello llevaría a concluir que todas las decisiones desconocen este principio, en tanto no le darán la razón a uno o más de los sujetos procesales.

Además, el demandante no adujo que el fallador de instancia omitiera resolver alguna excepción que debiera considerar o algún punto de derecho planteado; por el contrario, lo que se advierte es la inconformidad de este con las razones del fallo, cuestión que bajo las reglas adjetivas pueden ser ventiladas en el recurso respectivo sin que ello implique de alguna manera parcialidad en la actividad judicial.

En conclusión, para el nombramiento del señor Jaime Castro Castro como embajador extraordinario y plenipotenciario, código 36, grado 25, adscrito a la misión permanente de Colombia ante la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), no era necesaria la creación previa de una misión, dado que así quedó previsto por las reglas internacionales que rigen la materia, las cuales, en este caso, son de obligatorio cumplimiento y denotan los procedimientos a seguir para la acreditación de los representantes de Colombia en el exterior.

En virtud de lo indicado, la Sala puede concluir: i) que no es necesaria la creación de una misión o delegación previa para poder nombrar un embajador, dado que las normas internacionales que regulan la materia así lo permiten; ii) tampoco se requiere tener relaciones diplomáticas o consulares, y iii) es viable obligarse internacionalmente, aun cuando el tratado haya o no entrado en vigor, como en este preciso caso ocurrió con la OCDE, por lo que es factible designar a un funcionario para acatar tales cargas, que en todo caso deben cumplirse bajo el principio de *pacta sunt servanda*.

Problema jurídico:

¿El acto mediante el cual se nombró como embajador al señor Jaime Castro Castro desconoce los mandamientos constitucionales y legales y, por ende, el acto de elección debe declararse nulo?

Resuelve:

REVOCAR la sentencia del 7 de octubre de 2021, por medio de la cual la Sección Primera, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad del acto de elección y en su lugar NEGAR las pretensiones de la demanda electoral formulada contra el Decreto N.º 1631 de 9 de septiembre de 2019, por medio de la cual el señor Jaime Castro Castro fue nombrado embajador extraordinario y plenipotenciario.

Derechos amparados:

Derechos de carrera administrativa, principio de justicia rogada y principio de imparcialidad.

Palabras clave:

Embajador, nulidad electoral, carrera diplomática, principio de justicia rogada, principio de imparcialidad, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Preguntas para reflexionar:**1. ¿Qué ocurrió?**

Se demandó el acto que nombrara como embajador al señor Jaime Castro Castro por desconocer las normas superiores relativas a la ratificación de las obligaciones internacionales por parte del Estado colombiano.

2. ¿Qué hizo el Consejo de Estado?

Se encargó de estudiar todo el marco jurídico y regulatorio sobre el nombramiento de embajadores para concluir si el proceso de elección cumplió con todos los mandamientos constitucionales y legales.

3. ¿Qué dijo el Alto Tribunal?

Después de analizar el caso en cuestión, el Consejo concluyó que el proceso de nombramiento como embajador extraordinario y plenipotenciario se adelantó con arreglo a las disposiciones nacionales e internacionales.

4. ¿Qué se decidió?

Revocar la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto de elección y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

1.6 Providencia Rad. 11001-03-28-000-2020-00059-00 (Magistrados de la Corte Suprema de Justicia)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta

Magistrado ponente: Rocío Araújo Oñate

Fecha: 17 de agosto de 2022

Enlace: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=194509>

Referencia: Nulidad electoral magistrados Corte Suprema de Justicia

Resumen e historia del caso

Se presentan varias demandas en ejercicio del medio de control de nulidad electoral contra los actos de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

En sesión extraordinaria convocada para el 28 de febrero de 2020, los 15 magistrados que hacían parte de la Sala Plena, con fundamento en una indebida interpretación del artículo 5 del Acuerdo N.º 006 del 12 de diciembre de 2002, reformaron el *quorum* decisorio para la elección de las siete plazas vacantes, mediante la adopción de una regla de “mayoría absoluta”.

De esta manera, el *quorum* decisorio para la designación de los magistrados pasó de las 2/3 partes de los integrantes de la Corporación —16 magistrados— a la mitad más 1 de sus miembros, esto es, al voto favorable de 12 togados.

Ese mismo 28 de febrero de 2020, a juicio de los demandantes, con amparo en dicha modificación del reglamento, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió como magistrados de ese Alto Tribunal a los señores Hugo Quintero Bernate y Luis Benedicto Herrera Díaz, con 14 votos cada uno, y a los señores Iván Mauricio Lenis, Omar Ángel Mejía Amador, Fabio Ospitia Garzón, Francisco José Ternera Barrios y Gerson Chaverra Castro, con 15 votos.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (*ratio decidendi*)

Al respecto, vale la pena destacar que, en aquella ocasión, el principal parámetro de validez fue el artículo 5.º del reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia, norma que es producto del ejercicio de su autonomía y que constituye una expresión de autogobierno. Así mismo, el reglamento también prevé la exigencia de las 2/3 partes de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia para elegir a los magistrados de esa Corporación.

De los mencionados elementos normativos, se colige que la intención reglamentaria está dirigida a que las decisiones electorales sean producto de un consenso significativo al interior de la Corporación, de donde se derive una adecuada legitimación para el elegido. De allí la exigencia de un *quorum* calificado para materializarlas.

Para determinar esa mayoría, la norma tiene como base la totalidad de miembros de la corporación, compuesta por 23 magistrados, por lo que es sobre ella que se calculan las 2/3 partes, lo que arroja como resultado que como mínimo 16 de sus integrantes deben optar por una alternativa para tenerla como válida.

Una conclusión en contrario implicaría admitir que se apliquen preceptos normativos a supuestos fácticos que no encajan o no se subsumen en ellos o, lo que es igual visto en este caso concreto, que a fuerza de imponer la aplicación de una norma a cuya consecuencia jurídica no es posible llegar material ni formalmente, se le exija a la Corte Suprema de Justicia adoptar decisiones con al menos 16 votos, cuando solo estaba compuesta en el momento de elegir a los demás integrantes por 15 togados.

Así las cosas, en ejercicio de la facultad de autogobierno otorgada por la Constitución y la ley a la Corte Suprema de Justicia y existiendo el vacío antes anotado en su reglamento interno, resulta admisible que, para cumplir con su deber electoral y superar la situación excepcional presentada, acudiera a la regla de mayorías establecida en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Todo lo anterior se ajusta a los

principios de independencia, autonomía y autogobierno, en el cumplimiento de su función electoral, a propósito de llenar las vacantes que para ese momento existían.

En estos asuntos, la Corte encontró la mayoría calificada y pudo decidir, con lo que se denota que ejerció sus funciones electorales, sin que pueda alegarse válidamente la existencia de negligencia. Otra situación fue la ya analizada con respecto de la falta de acuerdo para elegir los magistrados faltantes de la corporación.

En consecuencia, al haberse establecido previamente estas circunstancias que rigieron el quorum decisorio para la designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, no se advierte la violación de los principios invocados y se negará la prosperidad del presente cargo.

Problema jurídico:

¿Los actos de elección como magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de los señores Fabio Ospitia Garzón, Hugo Quintero Bernate, Gerson Chaverra Castro, Francisco José Ternera Barrios, Omar Ángel Mejía Amador, Iván Mauricio Lenis Gómez y Luis Benedicto Herrera Díaz se encuentran, o no, viciados de nulidad por infringir las normas en que debieron fundarse?

Resuelve:

NEGAR las pretensiones de las demandas de la referencia contra los actos de elección de los ciudadanos.

Derechos reconocidos:

Debido proceso, principio de legalidad, derecho de igualdad.

Palabras clave:

Confianza legítima, seguridad jurídica, quorum decisorio, autogobierno.

Salvamento de voto:

Dr. Luis Alberto Álvarez: en general, el realizó las siguientes consideraciones sobre el fallo: i) “se vulneró el artículo 5.º del Acuerdo 006 de 2002”; ii) “la “interpretación” que hizo el alto tribunal del artículo 5.º del reglamento resultó contraria a derecho”, y iii) “la providencia desconoce el precedente de la propia Sección”.

Preguntas para reflexionar:

1. ¿Qué ocurrió?

Se demandaron los actos de designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia. A juicio de los demandantes el proceso de selección, votación y designación pasó por alto todo tipo de disposición normativa y, por lo tanto, esas designaciones debieron declararse nulas.

2. ¿Qué hizo el Consejo de Estado?

Se encargó de analizar si en el proceso de elección hubo alguna irregularidad. Analizó el caso en concreto tomando como base toda la regulación relacionada con el proceso de elección de un magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

3. ¿Qué concluyó?

Después del análisis jurídico, se estableció que el proceso de elección no sufrió en algún momento de irregularidad alguna. Todo se hizo con arreglo a la ley.

4. ¿Qué se decidió?

Al no acreditarse la configuración de los motivos de inconformidad

alegados, se impone negar las pretensiones de las demandas.

1.7 Providencia Rad. 44001-23-40-000-2020-00004-01 (Diputados de La Guajira)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta

Consejera ponente: Rocío Araújo Oñate

Fecha: 29 de abril de 2021

Enlace: <https://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/243/44001-23-40-000-2020-00004-01.pdf>

Referencia: Nulidad electoral

Resumen e historia del caso:

El señor Daniel Elías Ceballos Brito, a través de apoderado judicial, presentó el 15 de enero de 2020 demanda en ejercicio del medio de control de nulidad, en la que solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo electoral formulario E-26 ASA, y los elementos que lo conforman, expedido por los integrantes de la Comisión Escrutadora Departamental el día 11 de noviembre de 2019, mediante el cual se declaró la elección como diputados a la Asamblea Departamental de La Guajira.

El 30 de octubre de 2018, el Consejo Nacional Electoral expidió el pro-

cedimiento breve y sumario orientado a dejar sin efectos la inscripción irregular de cédulas de ciudadanía, con fundamento en el artículo 265 de la Constitución Política y el artículo 4 de la Ley 163 de 1994.

Sostuvo que el 27 de octubre de 2019 se llevaron a cabo las elecciones territoriales de los gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y miembros de las JAL, en donde participó el demandante como candidato a la Asamblea de La Guajira por el partido ASI.

Insistió que durante la jornada electoral ocurrieron diferentes tipos de irregularidades, inclusive de tipo penal, con el fin de alterar los resultados, las cuales fueron, en su mayoría, por trashumantes, suplantadores que presentaron cédulas adulteradas o falsificadas para ejercer el voto.

Principales consideraciones y fundamentos del Consejo de Estado (ratio decidendi)

Las presuntas falsedades en los formularios E-14 del municipio de Fonseca, originadas en tachaduras y enmendaduras

En el presente caso, se tiene que el actor adujo que en el proceso de escrutinios se presentaron irregularidades que presuntamente no fueron corregidas en debida forma por la autoridad electoral y se mantuvieron hasta el resultado de la elección, por lo que ahora, en esta instancia, bajo la causal especial del numeral 3.º del artículo 275 del CPACA, arguye la presencia de diferencias injustificadas entre los datos que aparecen en los formularios electorales, que mutan la verdad electoral.

La anterior situación referente a la no corrección de los formularios E-11 y E-14, a juicio del demandante, conllevó a que, en el resultado de la elección, permanecieran datos contrarios a la verdad, con la consecuente variación del resultado de la elección.

Conforme el estudio de cada una de las mesas objeto del presente medio de control en el municipio de Fonseca, se tiene que no existe ra-

zón alguna para proceder a su exclusión, dado que la norma electoral prevé en qué eventos las comisiones escrutadoras deben proceder a la exclusión de la votación o a su recuento (artículos 122, 135, 164, 166 y 192), decisiones que no se encuentran a su arbitrio, pues es el carácter reglado del proceso electoral el que impone la consecuencia a cada irregularidad que se pueda presentar en el curso del mismo.

Esta misma razón rige al trámite contencioso electoral, en donde el juez, en su rol de controlar la legalidad del acto, no puede variar la voluntad popular sobre la existencia de cualquier error, irregularidad, divergencia o contrariedad en el curso de la actuación administrativa y, menos aún, proceder a desconocer el apego a las ritualidades en que se sustentaron las autoridades administrativas para sanear las vicisitudes del proceso en aras de preservar la eficacia del voto. Actuar de forma diferente sería restar el poder de la voluntad popular expresado en las urnas ante defectos que no tienen incidencia en el resultado, dando prioridad a lo formal sobre lo sustancial.

Estudio de legalidad completo del proceso de elección en el municipio de El Molino, partiendo del análisis de los E-14 de la zona 00, puesto 00, mesa 10, de la cabecera municipal, con los E-24 y el AGE

Al respecto se debe señalar que la parte actora en su escrito genitor fundamentó el cargo de falsedad en el hecho de que en el E-14 se omitió consolidar el número de sufragantes, aunado a la existencia de tachones con lo cual se quiso alterar la votación en este documento. Este aspecto fue objeto de pronunciamiento por parte del *a quo*, quien no encontró irregularidad alguna en el diligenciamiento del acta de escrutinio, argumento ante el cual el demandante guardó silencio en su escrito de alzada, para ahora solicitar no la determinación de irregularidades en la conformación del mencionado formulario, sino en su consolidación en el respectivo E-24, lo cual, a todas luces, deviene

en un nuevo cargo, dado que la irregularidad ya no se sustenta en los tachones y omisiones del E-14, sino en la alteración existente en la información del E-24 frente a su documento base.

Teniendo en cuenta que se trata de un cargo nuevo de nulidad contra el acto de elección de los diputados a la Asamblea Departamental de La Guajira, la Sala se abstendrá de hacer el estudio, dado que este excede el objeto del litigio inicialmente planteado, el cual se erige como el marco de la actuación judicial, elemento esencial en el que los sujetos procesales se deben centrar para demostrar con las pruebas y demás argumentos de defensa las razones por las cuales se tiene que mantener o no la legalidad del acto enjuiciado.

Así las cosas, pretender agregar a esta instancia del proceso un nuevo reproche, a todas luces es vulneratorio del derecho de contradicción y defensa de los demandados, quienes no han tenido la oportunidad de presentar argumentos para sustentar su defensa. Como si lo anterior no fuera suficiente, las ritualidades que rigen el medio de control de nulidad electoral proscriben el estudio de vicios que se expongan por fuera del término de caducidad, el cual, para el caso concreto, se encuentra más que excedido.

Estudio de suplantaciones en los municipios de Urumita, Fonseca y Barrancas

En este punto, se debe recordar que, en escrito del 20 de febrero de 2020, el apelante presentó reforma de la demanda, la cual fue rechazada parcialmente frente a los nuevos cargos alegados, entre los que se encontraban lo referente a las suplantaciones en El Molino, Hatonuevo, La Jagua del Pilar, Villanueva y Barrancas. La decisión se tomó al considerar que en el momento en que se radicó la petición había acaecido la oportunidad para presentar nuevas alegaciones contra el acto de elección enjuiciado. De otra parte, frente al municipio de Fonseca, se erige como un cargo nuevo que no se presentó en el libelo genitor,

por lo no puede ser estudiado por el *ad quem*.

Trashumancia en el departamento de La Guajira

Frente a este cargo, se encuentra probada su materialización, toda vez que, de lo certificado por la autoridad electoral competente, quedó plenamente demostrado que varios ciudadanos sufragaron en el municipio de Urumita cuando habían sido expulsados del censo desde el 18 de septiembre de 2019 y, solo en dos casos (renglones 2 y 11), quedaron en firme el 16 de octubre de 2019 con la Resolución N.º 6049.

La anterior circunstancia hace ineficaz la decisión del CNE, pues cuando el jurado de mesa constata en el registro de votantes que la persona se encuentra habilitada para votar en la mesa le permite ejercer su derecho sin más limitaciones, restándole efectos a la exclusión de este por inscripción irregular. Así las cosas, en aras de brindar mayores niveles de transparencia al proceso, se exhortará a la Organización Electoral para que de manera mancomunada y bajo un trabajo armónico cree los mecanismos necesarios para que la depuración del censo sea real y efectiva, pero, sobre todo, que al momento de las elecciones se garantice que los votantes son los llamados a elegir sus propias autoridades en su circunscripción.

Incidencia

De acuerdo con la tesis transcrita, la anulación del acto de elección está condicionada a que las irregularidades de los documentos electorales, debidamente acreditadas, tengan la magnitud suficiente para alterar el resultado electoral.

En el presente proceso se encontró acreditado que 6 personas ejercieron el voto en condición de suplantadores y 11 en condición de trashumantes, para un total de 17 votos depositados de forma espuria.

De otra parte, al hacer la verificación de la distribución de curules entre los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos,

se tiene que, al igual que en el evento anterior, la votación entre uno y otro que les mereció el número de escaños referido en el E-26 ASA, al interior de la duma no puede variar, en tanto de la operación aritmética es imposible que aquella tenga la envergadura para mutar su cálculo. Por último, al momento de restar los 17 votos irregulares, se debe recordar que los mismos se depositaron en urnas de diferentes mesas, por lo que la afectación debe hacerse frente a las colectividades que obtuvieron allí apoyos ciudadanos. Esta operación implica que, al restar la cifra, la diferencia no tendría la posibilidad de mutar el resultado, ya que, aun en el evento extremo de afectar una misma colectividad, no habría forma de que se alterara el resultado interna o externamente por cada agrupación.

Problema jurídico:

¿Existe mérito suficiente para mantener incólume la decisión del Tribunal Administrativo de La Guajira, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda contra el acto que declaró la elección de los diputados de ese departamento, para el periodo 2020-2023, al no encontrar incidencia en los vicios alegados por el demandante?

Resuelve:

CONFIRMAR la decisión contenida en la sentencia del 9 de diciembre de 2020, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de La Guajira denegó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral, contra el acto que declaró la elección de los diputados a la Asamblea Departamental de La Guajira, para el periodo 2020-2023, conforme lo expuesto en la parte motiva del proveído.

Derechos amparados y reconocidos:

Derecho al sufragio, derecho a elegir y ser elegido, debido proceso y principio de eficacia del voto.

Palabras clave:

Nulidad electoral, votación, diferencias entre formularios electorales, suplantación de electores y trashumancia.

Preguntas para reflexionar:**1. ¿Qué ocurrió?**

Se demandó el Acto Administrativo Electoral formulario E-26 ASA, mediante el cual se declaró la elección como diputados a la Asamblea Departamental de La Guajira, por aparentes irregularidades.

2. ¿Qué dijo el Consejo de Estado?

Analizó y estudió las distintas irregularidades propuestas en la demanda para verificar si efectivamente el proceso de elección de los diputados había estado marcado por anomalías procesales que condicionaran el resultado electoral.

3. ¿Cuál fue la conclusión?

La Sala concluye que, no obstante que se presentaron algunas inconsistencias durante el proceso de elección de los diputados a la Asamblea de La Guajira, estas no tienen incidencia en la votación que permita acceder a las pretensiones de la demanda y, por ello, habrán de negarse.

4. ¿Qué ordenó el Alto Tribunal?

Confirma decisión de primera instancia, en la que se estableció la no procedencia de las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el acto que declaró la elección de los diputados a la Asamblea Departamental de La Guajira.

1.8 Providencia Rad. 11001-03-28-000-2020-00073-00 (TIC en las funciones públicas)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta

Magistrado ponente: Luis Alberto Álvarez Parra

Fecha: 10 de junio de 2021

Enlace: <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/245/11001-03-28-000-2020-00073-00.pdf>

Referencia: La incorporación de las TIC en el cumplimiento de las funciones públicas. Fundamento normativo de sesiones no presenciales en el Congreso de la República.

Resumen e historia del caso:

Los señores Nixon Torres Cárcamo y Máximo Noriega Rodríguez, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, instauraron demanda contra los actos expedidos por la plenaria del Senado de la República, por medio de los cuales se eligieron a Arturo Char Chaljub como presidente del Senado y presidente del Congreso de la República, para un periodo de un (1) año, y como secretario general al señor Juan Gregorio Eljach Pacheco, para un periodo de dos (2) años.

El presidente del Congreso de la República y demás miembros de la Mesa Directiva, junto con el secretario general, citaron a la instalación de las sesiones ordinarias, a efectuarse el día 20 de julio de 2020. Así

mismo, informan que el desarrollo de esta sesión se llevó a cabo de forma virtual, lo mismo que la elección de las mesas directivas y del secretario general del Senado, como de sus homólogos en la Cámara de Representantes.

El Senado de la República eligió presidente al senador Arturo Char Chaljub y como secretario general al señor Gregorio Eljach Pacheco, elecciones que se desarrollaron sin el respeto de las reglas democráticas de deliberación, presencia física en un solo cuerpo y de las subreglas de las reuniones en grupo de las mayorías y las minorías.

Además, anotaron que, previo a la presentación de la demanda, formularon petición al Congreso de la República para obtener copia de los documentos relacionados con la citación y desarrollo de la mencionada sesión. Sin embargo, manifiestan que no obtuvieron respuesta, por lo que fue necesario acudir a una acción de tutela para obtener la información solicitada.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (ratio decidendi)

La incorporación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) en el campo de lo público

El Estado colombiano ha incorporado estas nuevas herramientas para lograr el cumplimiento de sus tareas públicas, legislando en esta materia, con el propósito de fomentar el aprovechamiento de los avances tecnológicos y ponerlos al servicio de la comunidad. Los objetivos son claros y están dirigidos a fortalecer los niveles de transparencia y eficiencia y facilitar a los ciudadanos el acceso a los servicios gubernamentales para incentivar su participación y modernizar los procesos administrativos a su cargo.

Las medidas excepcionales adoptadas en el marco de la pandemia

originada por el nuevo coronavirus (covid-19)

Se expidió el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la prestación de los servicios esenciales por parte de las autoridades. En su parte considerativa, reconoció la grave afectación al orden social y económico del país por cuenta de la pandemia y, en particular, destacó la necesidad de dar continuidad a los servicios del Estado a través del uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información y las comunicaciones, en condiciones de distanciamiento. Fueron varias las medidas adoptadas para impedir la paralización de las funciones públicas, entre ellas, la modalidad de trabajo en casa de servidores públicos y contratistas del Estado, la notificación por medios electrónicos de los actos administrativos, la ampliación de los plazos para contestar las peticiones, la suspensión de términos en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales no relacionadas con la efectividad de derechos fundamentales y las reuniones no presenciales en los órganos colegiados de las ramas del poder público.

La Corte Constitucional se pronunció sobre el artículo 12 del precitado decreto y lo declaró inexecutable, señalando que las sesiones virtuales no fueron prohibidas por la Corte, como pudiera sugerirse por algunos, sino que debe entenderse como un mecanismo excepcional, sujeto a reglas que garanticen la transparencia y la participación del colectivo que integra la corporación pública. Lo contrario implicaría llegar al absurdo de desconocer la contribución que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, en el campo de lo público, pueden llegar a brindar en la realización de los fines del Estado, sobre todo, en tiempos como el que vivimos, donde la pandemia originada por la covid-19 ha dificultado el normal funcionamiento de las instituciones. Así las cosas, las actuaciones que se surten a distancia, a través de canales virtuales, facilitan de algún modo la prestación de los servicios a cargo de las diferentes autoridades, dada la necesidad del distanciamiento social y la prohibición de aglomeraciones para evitar la

propagación del virus, constituyéndose en una alternativa subsidiaria de gran importancia.

Desarrollo de las sesiones virtuales por parte del Senado de la República

El Congreso puede deliberar, votar y decidir en conferencia virtual, utilizando medios electrónicos idóneos, sin perjuicio de que sus miembros puedan concurrir al recinto si así lo desean, con las debidas condiciones de aislamiento y bioseguridad, por razones de la pandemia. En esta misma resolución, se advirtió sobre la presentación y publicación de proyectos de ley, radicación de ponencias y proposiciones por medios virtuales, todo con el apoyo de la Dirección General Administrativa de la Corporación, quien tiene el deber de suministrar los elementos logísticos y humanos necesarios para garantizar la labor legislativa.

Caso en concreto: infracción de las normas relativas a las reuniones del Congreso de la República

Así las cosas, no se advierte que se hayan vulnerado los artículos 138, 141 y 149 de la Constitución Política ni los artículos 37 y 40 de la Ley 5.ª de 1992, en tanto la elección de los integrantes de la Mesa Directiva y del secretario general del Senado de la República, realizada en la sesión virtual celebrada por el pleno el 20 de julio de 2020, se hizo conforme al reglamento y, especialmente, en acatamiento del artículo 12 del Decreto Legislativo 491 de 2020, vigente para ese momento.

Vulneración del artículo 140 de la Constitución Política, relativo a la sede del Congreso

En consecuencia, además de que resulta claro que los actos acusados en el caso concreto no dispusieron el traslado físico de la sede del Congreso, conforme a los artículos 140 de la Constitución Política y 33 de la Ley 5 de 1992, una interpretación sistemática y conforme a la reali-

dad de la Carta permite comprender que también contiene disposiciones que apuntan a la continuidad del funcionamiento del Congreso de la República en circunstancias de excepcionalidad, bajo las cuales es posible aplicar preceptos legales que integran el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones al cumplimiento de sus atribuciones constitucionales.

La necesidad reformar el reglamento del Congreso

Para esta Sala, las condiciones especiales impuestas por el estado de emergencia sanitaria para la época en que fueron expedidos los actos de elección demandados justificaban que el Senado de la República acudiera a las normas vigentes sobre sesiones virtuales, a partir de la remisión e integración normativa que hace su propio reglamento, con el fin de evitar que se vieran afectadas sus atribuciones de naturaleza legislativa y de control político, sobre todo, durante un estado de excepción que demanda especial vigilancia de la Rama Legislativa sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas que adopta el Ejecutivo.

Se concluye, entonces, que las elecciones cuestionadas en el *sub judice* tampoco vulneraron el artículo 151 de la Constitución Política ni el artículo 4.º de la Ley 5 de 1992, relativo a la “Jerarquía de la Constitución” sobre el reglamento, pues tuvieron sustento en otras disposiciones aplicables al funcionamiento del Congreso de la República que, además de no ser contrarias a la Constitución, hacen referencia a las reuniones virtuales en todas las ramas del poder público.

Problema jurídico:

¿Las elecciones de los integrantes de la Mesa Directiva del Senado de la República y su secretario general, para periodos de uno y dos años, respectivamente, realizadas en la sesión plenaria del 20 de julio de 2020, infringieron las normas en que debían fundarse por haberse llevado a cabo en la modalidad no presencial, sin que mediara una reforma al re-

glamento de la Corporación que así lo autorizara expresamente, y si se desconoció el concepto de sede oficial del Congreso de la República?

Resuelve:

NEGAR la nulidad del Acta de Plenaria N.º 01 de 20 de julio de 2020 del Senado de la República, que contiene los actos de elección de los integrantes de la Mesa Directiva para el periodo 2020-2021.

Derechos amparados y reconocidos:

Jerarquía constitucional, sede principal del congreso, sede de las cámaras legislativas y reglamento del congreso.

Palabras clave:

Congreso, reuniones en un solo cuerpo, tecnologías de la información y de las comunicaciones, mesas directivas, sesiones virtuales, sede del Congreso de la República.

Preguntas para reflexionar:

1. ¿Qué ocurrió?

Se demandaron los actos expedidos en plenaria en los que se nombraban al presidente y al secretario del Congreso, según los demandantes porque el nombramiento se adelantó desconociendo los parámetros constitucionales y legales establecidos en el régimen jurídico del Congreso de la República.

2. ¿Qué dijo el Consejo de Estado?

En ningún momento se desconoció el régimen aplicable a las actuaciones de este cuerpo colegiado, en virtud de que, bajo un régimen

excepcional y temporal delimitado por la pandemia por covid-19, se cumplió a cabalidad con el nombramiento empleando el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, tal y como se lo permitía la normatividad actual de ese entonces.

3. ¿Cuál fue la decisión del Alto Tribunal?

Negar la solicitud de nulidad del acta de plenaria que contiene la elección de los integrantes de mesa directiva, en virtud de que no se desconoció ningún mandato constitucional ni legal en el procedimiento de elección y nombramiento.

4. ¿Qué es importante de la sentencia?

El Consejo de Estado señala la necesidad de que el Estado colombiano empiece a usar en todos los servicios que presta las tecnologías de la información y de las comunicaciones, para así ser más eficiente y expedito, además de innovar todos los sectores administrativos del país.

1.9 Providencia Rad. 76001-23-33-000-2019-01203-01 (Trasbursancia electoral)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta

Consejera ponente: Rocío Araújo Oñate

Fecha: 18 de noviembre de 2021

Enlace: <https://consejodeestado.gov.co/lenguaje-claro/infografias/NuliAlcJamundi.pdf>

Referencia: Nulidad electoral, trashumancia electoral

Resumen e historia del caso:

El señor Luis Ángel Velásquez Millán presentó demanda en ejercicio del medio de control contra el acto de elección del señor Andrés Felipe Ramírez Restrepo como alcalde de Jamundí para el periodo 2020-2023, el cual consta en el acta general de escrutinio municipal, formulario E-26 ALC, del 4 de noviembre de 2019.

El 27 de octubre de 2019 se realizaron las elecciones territoriales para el periodo 2020-2023 y en dicho proceso resultó favorecido el señor Andrés Felipe Ramírez Restrepo, como alcalde municipal de Jamundí.

Indicó que los elementos que sirvieron de base para la formación de los registros electorales resultan ser falsos o apócrifos, teniendo en cuenta que se permitió sufragar en el mencionado municipio a 3575 personas que no habitan en Jamundí. Aseguró que, a pesar de la anterior irregularidad, la autoridad electoral no impidió su votación en el referido municipio.

También aseguró que se configuró una inconsistencia en el proceso eleccionario, al indicar que varios jurados efectuaron una doble votación, esto es, sufragaron en la mesa en la que fueron designados para el cumplimiento de su labor electoral y en donde se encontraban registrados según el censo.

En conclusión, el acto electoral se encuentra viciado de nulidad, en la medida en que se presentaron datos contrarios a la verdad, por cuanto fueron alterados con el propósito de modificar los resultados electorales, según las circunstancias antes descritas, aunado al fenómeno de la trashumancia.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (*ratio decidendi*)

Trashumancia electoral y los mecanismos para combatirla

El concepto de trashumancia electoral, según lo ha precisado esta Sección, corresponde a “la acción de inscribir la cédula para votar por un determinado candidato u opción política en un lugar distinto al que se reside o en el que se encuentre un verdadero arraigo o interés”.

Asimismo, que “para que prospere el cargo de trashumancia se debe acreditar (i) que personas no residentes en el respectivo municipio se inscribieron para sufragar en él, (ii) que estas efectivamente hayan votado y que (iii) sus votos tuvieron incidencia en el resultado de la contienda electoral”.

Finalmente, entre los mecanismos para prevenir y combatir la trashumancia electoral se encuentra la facultad concedida al Consejo Nacional Electoral por el artículo 4.º de la Ley 163 de 1994, que consiste en que, mediante un procedimiento breve y sumario, (i) compruebe si el inscrito no reside en el respectivo municipio, y en caso afirmativo, (ii) declare sin efecto la inscripción correspondiente, con lo cual se logra evitar que personas ajenas a una entidad territorial tengan injerencia en los comicios locales.

Se hace énfasis en que todo el procedimiento administrativo para combatir la trashumancia electoral debe ser oportuno y eficaz, en tanto se espera que producto de este puedan propiciarse elecciones en las que efectivamente participen las personas relacionadas con el territorio y no sujetos ajenos al mismo que interfieren indebidamente en la democracia participativa a nivel local.

Sobre el particular resulta interesante que con el Decreto 1294 de 2015, no solo se pretende que los análisis de trashumancia electoral se circunscriban a las elecciones que están por celebrarse, sino también que el estudio de dicho fenómeno se haga en procesos electorales que finalizaron, en criterio de la Sala, con el propósito de aprender de las experiencias pasadas e identificar los lugares en los que la trashumancia ha tenido significativa incidencia y, de este modo, implementar proce-

dimientos eficaces que permitan combatir dicha práctica en territorios en los que históricamente se ha arraigado.

Caso concreto:

En conclusión, del listado, 3575 personas, que a juicio del demandante y según las bases de datos del SISBÉN, la ANSPE y la ADRES, no tienen su residencia electoral en el municipio de Jamundí, pero con su voto influyeron en la elección enjuiciada. Se comprobó que 123 no acudieron a las urnas el 27 de octubre de 2019; 20 no reportan información en las anteriores bases de datos; 515 reportaron relación con la anterior entidad territorial y frente a los 2917 restantes, el cruce de información es insuficiente para considerar, por las razones expuestas, que fueron trashumantes en las anteriores elecciones. Por lo tanto, no se evidencia la configuración de la causal de nulidad de que trata el numeral 7.º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011.

Incidencia:

La anulación del acto de elección está condicionada a que las irregularidades de los documentos electorales, debidamente acreditadas, tengan la magnitud suficiente para alterar el resultado electoral.

Dicho de otro modo, las irregularidades acreditadas no tienen la virtualidad de cambiar el resultado de la elección, por lo que, en aplicación del principio de eficacia del voto, esta debe permanecer en el ordenamiento jurídico.

Por la misma situación, como no resulta útil en esta oportunidad aplicar la metodología de la afectación ponderada, se considera que esta no es la oportunidad para sentar jurisprudencia, como lo solicita el Ministerio Público, sobre la aplicación de aquella frente a cargos de elección popular de carácter uninominal.

Problema jurídico:

¿De comprobarse la existencia de trashumancia, el resultado de la contienda electoral habría sido distinto?

Resuelve:

CONFIRMAR la sentencia por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca denegó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el acto que declaró la elección del alcalde municipal de Jamundí para el periodo 2020-2023.

EXHORTAR al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que de manera mancomunada implementen los mecanismos necesarios para que la depuración del censo sea real y efectiva, y para evitar que los jurados de votación ejerzan frente a una misma elección su derecho al voto en la mesa en que desempeñan sus funciones y también en la que está registrado su documento de identidad.

Derechos amparados:

Trashumancia electoral, derecho al sufragio, fraude en inscripción de cédulas, residencia y anulación electorales.

Palabras clave:

Trashumancia electoral, residencia electoral, censo electoral, suplantación, modificación resultados electorales y principio de eficacia del voto.

Preguntas para reflexionar:**1. ¿Qué ocurrió?**

Se presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad contra el acto de elección del señor Andrés Felipe Ramírez Restrepo como alcalde de Jamundí, por presuntas irregularidades en el proceso de elección.

2. ¿Qué hizo el Consejo de Estado?

Se encargó de estudiar y delimitar el tema de la trashumancia como cargo principal del demandante. El órgano colegiado realizó un análisis profundo y un estudio extenso que dio como resultado la creación o delimitación de reglas o parámetros para identificar en qué casos se está ante la denominada trashumancia.

3. ¿Cuál fue la conclusión a la que llegó el Alto Tribunal?

El Tribunal indica que a pesar de que hay ciertas irregularidades en el proceso de elección, estas no afectan de manera concreta el resultado electoral y que, en consecuencia, debe primar el principio de eficacia del voto, por lo que esta debe permanecer en el ordenamiento jurídico.

4. ¿Qué se decidió?

Confirmar sentencia del tribunal, donde se negaron las pretensiones del actor, en virtud de que el proceso de elección no afectó de manera considerable el ordenamiento jurídico y, por ende, no se deberá declarar nulo el acto que dio como resultado la elección del alcalde municipal de Jamundí.

2. Jurisprudencia sobre conflicto armado, DIH y minas antipersonales

2.1 Responsabilidad extracontractual del Estado frente a las minas antipersonales sembradas por grupos armados

El principal cambio jurisprudencial que se evidenció en estas sentencias es la entrada en vigor del deber de desminado que debe cumplir el Estado colombiano, obligación que se encuentra en la Convención de Ottawa de 1997, aprobada mediante la Ley 554 de 2000, pero cuya exigibilidad se vio prorrogada hasta el 01 de marzo de 2021.

Sentencia del 25 de febrero de 2016 - Rad. 68001-23-31-000-2006-01051-01(39347)

El Consejo de Estado analizó si hubo falla en el servicio por parte del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional “por violación a lo contenido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, en este caso, la Convención de Ottawa y la Convención Americana de Derechos Humanos”.

Se logró probar que “la entidad demandada conocía que en el mu-

nicipio de Matanza (Santander) y más exactamente en el lugar de los hechos operaba la guerrilla”. Y como consecuencia, se pudo inferir que “no había la presencia del Ejército Nacional en el Municipio de Matanza (Santander) a pesar de la situación de violencia y acciones terroristas”.

En este caso, el Estado es condenado sin tener en cuenta la prórroga de la Convención de Ottawa, ya que el desminado fue calificado como uno de los **“deberes positivos inderogables, imposterables, que no pueden sujetarse a condición alguna, o a dilación en su eficacia**, ya que todo plazo concedido para realizar las labores de desminado no comprende las obligaciones básicas señaladas, y que sirven de salvaguardia de los derechos y libertades, en especial a la vida, a la integridad personal y a la libre circulación que a la víctima y a cualquier ciudadano debe ser garantizado convencional y constitucionalmente”. A la vez, es responsable en virtud de su posición de garante, ya que esta “se desprende de la obligación emanada del artículo 2 de la Constitución Política y en el caso sub examine, se evidencia que existió un incumplimiento de dicha posición de garante, al no realizar las acciones tendientes a impedir que se produjera el resultado típico que era evitable y que condujo a las lesiones padecidas por el joven (demandante)”.

Sentencia del 12 de abril de 2016 - Rad. 05001-23-31-000-2011-00406-01(51561).

En este caso se analizó la imputación del daño, no desde el lente fáctico, sino desde la imputación jurídica por incumplimiento de **los deberes del Estado que le son fijados por la jurisprudencia interamericana de derechos humanos**. En este sentido, se probó que “el municipio de Tarazá era una zona guerrillera con una alarmante situación de orden público, ampliamente conocida por los organismos del Estado” y los estándares convencionales vulnerados fueron:

1. “La omisión en la adopción de medidas eficaces y proporcio-

nales para prevenir la vulneración de los derechos humanos de la víctima, la violación del artículo 3 común al Convenio de Ginebra de 1949 (en la dimensión del derecho internacional humanitario) y al derecho de gentes —ius cogens— por la ausencia de prevención razonable que debía haber desplegado para evitar que las minas antipersonas sembradas por el grupo armado insurgente FARC afectaran, lesionaran o llevaran a la pérdida de la vida de víctima”. [...]

2. “La creación de una situación objetiva de riesgo, bien sea porque el Estado no atendió, gestionó, moduló o superó el peligro inminente, conociendo la existencia de las minas antipersonas en la jurisdicción del municipio de Tarazá, que según el Estado fueron sembradas como práctica sistemática y cognoscible por un tercero, como el grupo armado insurgente FARC, en el marco del conflicto armado interno”.

Respecto a la entrada en vigencia de la Convención de Ottawa, la postura de la Sala fue un rechazo a la suspensión de la obligación de desminado en el siguiente sentido: “Es inadmisibles para la Sala la postura de la Agencia de Defensa Jurídica, que por el hecho de que el Estado haya solicitado una prórroga de la fecha señalada para el cumplimiento de su obligación de desminado contenido en la Convención de Ottawa, se sostenga que la responsabilidad solo puede endilgarse a partir del vencimiento del plazo concedido. En consecuencia, **la ampliación concedida no puede de ninguna manera conllevar a la suspensión ni a la eliminación de la responsabilidad ni mucho menos, se puede pretender con ella que se desconozcan los deberes estatales de desminado y protección de la población civil frente a las minas antipersonas**”.

El fallo declaró administrativa y patrimonialmente responsable al Estado “toda vez que se logró demostrar la existencia de una falla del servicio por omisión de deberes normativos que generó el daño anti-

jurídico, esto es, la muerte (de la víctima)”. **Esta tesis es de relevancia desde la perspectiva de la imputación del daño antijurídico en consideración.**

La Sala considera que, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, el fundamento de imputación¹ para la atribución jurídica de la responsabilidad se enmarca en la falla del servicio por incumplimiento, omisión y, esencialmente, por falta de eficacia en la aplicación e implementación de los medios y herramientas disponibles por las entidades demandadas y que, razonable y proporcionalmente, debían haber atendido la grave, insostenible e irreversible situación que padecía la víctima y los pobladores del municipio de Tarazá, en donde el hecho notorio y consolidado probatoriamente determinaba la existencia de minas antipersonales en toda su jurisdicción, sin que se hubiesen adoptado medidas de información, concienciación o capacitación, identificación, delimitación y demarcación diarias sobre las que el Estado tenía mínimo conocimiento que para la época de los hechos que el grupo armado insurgente FARC, utilizaba tal armamento bélico.

Sentencia del 07 de marzo de 2018 - Rad. 25000-23-26-000-2005-00320-01(34359) A

En este fallo se da el cambio de criterio, ya que el Consejo de Estado se basa en la obligación de **“respetar derechos y libertades”** del artículo 1.1 de la Convención Americana. Dicha obligación conlleva el deber de prevenir riesgos razonablemente predecibles, y se concluye que no es razonable responsabilizar al Estado cuando hay una “asimetría en la dinámica de instalación de las minas, la dificultad de ubicar los campos minados, la cantidad de departamentos afectados por la presencia de estas municiones [...] sumado a los recursos limitados del Estado para hacer frente a este fenómeno, hace que las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo sean bajas”.

¹Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012: Exp. 21.515 y Sentencia de 23 de agosto de 2012: Exp. 24.392. En esta jurisprudencia de unificación, la Sección Tercera determina que el juez contencioso administrativo puede encuadrar la atribución jurídica de la responsabilidad del Estado en cualquiera de los fundamentos que jurisprudencialmente se han elaborado, atendiendo a las circunstancias específicas del caso y a las pruebas.

Pues “[...] fundamentar la responsabilidad del Estado en la noción de posición de garante también ofrece la tentación al juez administrativo de crear obligaciones a cargo del Estado que ni siquiera se encuentran plasmadas en ninguna fuente normativa, como aquella de informar a la población sobre la existencia de minas antipersonal o demarcar los lugares donde se crea que haya presencia de las mismas”.

Se unificó la jurisprudencia definiendo que **el Estado será responsable por los daños causados con minas antipersonales en los “casos en los que la proximidad *evidente* a un órgano representativo del Estado permita afirmar que el artefacto explosivo iba dirigido contra agentes de esa entidad, o suceda en una base militar con artefactos instalados por el mismo Ejército Nacional”**.

El Estado, entonces, no “ha infringido su deber de prevenir y respetar los derechos de las víctimas de MAP/MUSE/AEI, en los términos del artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta el análisis acerca del alcance y naturaleza de la obligación de prevenir las violaciones a los derechos a la vida e integridad personal de estas víctimas, y en atención a las particularidades del fenómeno y la dinámica del conflicto armado en Colombia, al marco legislativo dispuesto por el Estado para adelantar labores de desminado humanitario y de ERM, a las disposiciones adoptadas en materia de indemnización mediante la ley de víctimas y sus decretos reglamentarios”.

La sentencia unificó “en el sentido de afirmar que; **i)** habrá lugar a declarar la responsabilidad del Estado por los daños causados con MAP/MUSE/AEI en casos en los que la proximidad *evidente* a un órgano representativo del Estado, permita afirmar que el artefacto explosivo iba dirigido contra agentes de esa entidad, o suceda en una base militar con artefactos instalados por el mismo Ejército Nacional, **ii)** el Estado de Colombia no ha infringido su deber de prevenir y respetar los derechos de las víctimas de MAP/MUSE/AEI, en los términos del artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo

en cuenta el análisis acerca del alcance y naturaleza de la obligación de prevenir las violaciones a los derechos a la vida e integridad personal de estas víctimas, y en atención a las particularidades del fenómeno y la dinámica del conflicto armado en Colombia, al marco legislativo dispuesto por el Estado para adelantar labores de desminado humanitario y de ERM, a las disposiciones adoptadas en materia de indemnización mediante la ley de víctimas y sus decretos reglamentarios, y recordando que el mero hecho de que se presente la violación de un derecho contemplado en la Convención Americana no constituye un incumplimiento de las obligaciones convencionales adquiridas por el Estado, **iii)** no obstante, será deber del juez de daños solicitar la inclusión de los actores en la ruta de atención integral para víctimas de minas antipersonal ofrecida por el Gobierno, a través de las distintas entidades que prestan los servicios requeridos según sus necesidades para asistir a las personas que hayan tenido este tipo de lesiones así como a los familiares de una víctima mortal”.

Sentencia del 14 de febrero de 2019 - Rad. 54001-23-31-000-2005-01271-01 (47392)

El Consejo de Estado enfatizó en esta sentencia que **“la obligación de desminar la totalidad del territorio nacional, en los términos de la Convención de Ottawa, no es aún exigible para el Estado** y, por tanto, “la omisión en el logro a cabalidad de dicho compromiso no puede constituir la base de una condena por parte de esta jurisdicción”.

En este caso se aplicó el criterio fijado por la sentencia del 07 de marzo de 2018, y se concluyó que el Estado no fue responsable porque no existió falla en el servicio ni riesgo excepcional en razón a que “no se puede imputar un daño respecto de un riesgo que el Estado no ha creado ni del que tampoco tuvo la oportunidad de evitar”, y el daño causado por la mina antipersonal no fue evitable dado que “(2) No se probó que el Ejército Nacional tuviera conocimiento de la existencia del artefacto explosivo en el lugar del accidente y que no hubiera adelantado acción alguna para evitar el hecho que padeció la víctima”, y “(3) No

se demostró la ocurrencia de accidentes anteriores al del actor en ese mismo lugar, por los que se hubiera advertido a las autoridades para que priorizaran en la descontaminación de esta zona o hicieran algún tipo de advertencia a los pobladores mientras se cumplía dicha tarea”.

3. Jurisprudencia sobre derechos colectivos

3.1 Providencia Rad. 11001-33-31-034-2009-00195-01(AP) (Vigilancia y control de bebidas alcohólicas)

Sala Plena, Sala Especial de Decisión 17

Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas

Enlace: [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2019pr/Tomo1/11001-33-31-034-2009-00195-01\(AP\)REV.pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2019pr/Tomo1/11001-33-31-034-2009-00195-01(AP)REV.pdf)

Fecha: 3 de julio de 2018

Referencia: Funciones del Invima de inspección, vigilancia y control sobre las bebidas alcohólicas

Resumen e historia del caso (hechos)

El accionante hace uso de la acción popular porque “la empresa Sabajón Apolo S. A., empresa dedicada a la producción y comercialización

de bebidas embriagantes, violaba por omisión los derechos e intereses colectivos mencionados, debido a que en el envase de sus productos no hacía constar con nitidez la leyenda ‘el exceso de alcohol es perjudicial para la salud’; y que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos —INVIMA— concurría a la predicada vulneración por omisión de sus deberes de control y vigilancia sobre la publicidad, identificación o promoción de los productos de la empresa Sabajón S. A., en lo atinente al cumplimiento de la normativa que la obligaba a insertar en sus envases esa leyenda”.

Tanto en primera como en segunda instancia, se reconoció la violación a los derechos e intereses colectivos a la salubridad pública, los derechos de los consumidores y los derechos de los menores de edad.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (*ratio decidendi*)

“[...] en consideración a los efectos particulares progresivos y de variada intensidad que estas tenían para sus consumidores, desde la depresión de su sistema nervioso central, pasando por estados de intoxicación aguda, hasta llegar, eventualmente, a generar adicción”.

Estos efectos, asociados a su potencial adictivo, motivaron al legislador a regular, dentro del Estatuto Nacional de Estupefacientes, aspectos particulares de su mercadeo y comercialización con el fin de prevenir al consumidor sobre sus consecuencias potencialmente nocivas para la salud. Es así como **los artículos 16 y 18 de la ley 30 de 1986** prescriben lo siguiente:

Artículo 16. *En todo recipiente de bebida alcohólica nacional o extranjera deberá imprimirse, en el extremo inferior de la etiqueta y ocupando al menos una décima parte de ella, la leyenda: “El exceso de alcohol es perjudicial para la salud”.*

En la etiqueta deberá indicarse, además, la graduación alcohólica de la bebida.

Artículo 18. *No se autorizará la venta de licores, cigarrillo y tabaco que no contengan las leyendas prescritas en los artículos 16 y 17 de este Estatuto.*

Y más recientemente, en el mismo sentido, la Ley 124 de 1994 dispuso:

Artículo 1º. *Prohibase el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad.*

Problema jurídico:

¿Cuándo inicia para el Invima la obligación de cumplir las funciones de inspección, vigilancia y control sobre la publicidad de bebidas alcohólicas?

[...] la Sección Primera de esta Corporación ha observado dos criterios diferentes al momento de definir la responsabilidad del Invima por omisión de su deber de imponer medidas correctivas a quienes infringen la normativa rectora de la publicidad comercial sobre el consumo de bebidas alcohólicas:

La **primera tesis**, que es la **mayoritaria**, infiere que si bien es cierto que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) tiene a cargo la función de inspección, vigilancia y control sanitario sobre los factores de riesgo para la salud, y que la publicidad de bebidas embriagantes sin la debida advertencia sobre la prohibición de su consumo por menores de edad y mujeres embarazadas constituye un factor de ese tipo, **la obligación de dar inicio a los procedimientos correctivos solo resulta exigible una vez el Instituto haya tenido conocimiento del hecho infractor**, pues ha de entenderse que el instituto no tiene la capacidad logística para que su personal vigile en

forma permanente el cumplimiento de las normas sanitarias en todos y cada uno de los establecimientos de comercio del país. Tal conocimiento puede, incluso, haber llegado al Instituto con la notificación del auto admisorio de la demanda presentada en ejercicio de la acción popular.

La **segunda tesis**, más reciente, sostiene que, en los eventos en que los particulares desatiendan la exigencia prevista **en los artículos 1.º y 3.º de la Ley 124 de 1994 en materia de publicidad de bebidas embriagantes, las autoridades públicas competentes son responsables, por omisión, de la vulneración de los derechos colectivos de seguridad y salubridad pública, de los derechos e intereses de los consumidores y de los derechos de los menores de edad, pues estas deben adelantar una vigilancia continua sobre las actividades de comercialización que previamente han autorizado**, tal y como lo prevén los numerales 1 y 21 del artículo 4 del Decreto Ley 1290 de 1994. [...]

Pues bien, como ha señalado la Sala en un aparte precedente de la providencia, al Invima le competía, a través de la Subdirección, **autorizar la publicidad y vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en esta materia**, así como aplicar las medidas sanitarias de seguridad relacionadas con los productos de su competencia (Decreto 211 de 2004, artículo 10). Se entiende, por tanto, que el universo de los sujetos pasivos de la función de vigilancia y control se encontraban clara y previamente delimitados y **nada impedía, en consecuencia, que valido de la tecnología informática y de telecomunicaciones, o de planes concretos de visitas de inspección y control a los establecimientos productores y comercializadores, ejerciera una vigilancia continua sobre las actividades y productos previamente autorizadas y registrados por el mismo Instituto.**

Las mencionadas obligaciones implican para el Invima el imperativo de hacer un seguimiento posterior, continuo y permanente a la(s)

empresa(s) autorizada(s), con el fin de verificar si está(n) cumpliendo con las obligaciones que les corresponde, entre ellas, la publicidad con la advertencia de la prohibición del expendio de bebidas embriagantes a menores de edad, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.º y 3.º de la Ley 124 de 1994 y 17 del Decreto 3466 de 1982. [...]

En conclusión y en armonía con las normas citadas, para efectos de unificar el criterio que ha de emplear el juez para determinar el momento a partir del cual se configura la obligación del Invima por la omisión de las funciones de inspección, vigilancia y control de la publicidad de bebidas alcohólicas, **la Sala precisa que, una vez este Instituto ha expedido los registros sanitarios y/o ha extendido las autorizaciones correspondientes, debe iniciar, de oficio y de manera inmediata, o a petición de cualquier persona, las investigaciones pertinentes en su calidad de autoridad sanitaria y en virtud de su deber legal de vigilar y controlar al autorizado o al producto del bien registrado.**

Lo anterior no obsta para que la actividad de control propiamente dicha, en lo que al componente sancionatorio se refiere, sí resulte del conocimiento del hecho transgresor, pues no se interviene para conjurar una situación crítica o irregular hasta que no se haya constatado y conceptualizado sobre las causas conducentes a esa irregularidad.

Resuelve:

Primero. Unificar la jurisprudencia frente al momento a partir del cual se configura la obligación del Invima por la omisión de las funciones de inspección, vigilancia y control sobre la publicidad de bebidas alcohólicas, en el sentido de precisar que, una vez la autoridad competente ha expedido los registros sanitarios y las autorizaciones correspondientes, debe iniciar, inmediatamente, de oficio, o a petición de cualquier persona, las investigaciones pertinentes en su calidad de

autoridad sanitaria, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

Derechos amparados y reconocidos:

Derechos e intereses colectivos a la salubridad pública, derechos de los consumidores y de los menores de edad.

Personas, poblaciones o grupos sociales a los que cobija la decisión:

La población en general, mujeres embarazadas y menores de edad.

Palabras claves:

Publicidad comercial de bebidas alcohólicas, funciones del Invima, derechos de los consumidores.

Preguntas para reflexionar:

1. ¿Cuándo inicia la obligación del Invima de inspección, vigilancia y control de la publicidad de bebidas alcohólicas?

“Una vez la autoridad competente ha expedido los registros sanitarios y las autorizaciones correspondientes, debe iniciar, inmediatamente, de oficio, o a petición de cualquier persona, las investigaciones pertinentes en su calidad de autoridad sanitaria”.

2. ¿Con cuál objetivo se emitieron las leyes sobre mercadeo y comercialización de bebidas alcohólicas?

Con el fin de prevenir al consumidor sobre sus consecuencias potencialmente nocivas para la salud, desde la depresión de su sistema nervioso central, pasando por estados de intoxicación aguda, hasta llegar, eventualmente, a generar adicción.

3. ¿Cómo sugiere el Consejo de Estado que se realice dicha vigilancia y control?

Por medio de “la tecnología informática y de telecomunicaciones, o de planes concretos de visitas de inspección y control a los establecimientos productores y comercializadores”.

4. ¿Cuáles son las consignas que debe tener toda bebida alcohólica según la legislación nacional?

“Artículo 16, Ley 30 de 1986. En todo recipiente de bebida alcohólica nacional o extranjera deberá imprimirse, en el extremo inferior de la etiqueta y ocupando al menos una décima parte de ella, la leyenda: ‘El exceso de alcohol es perjudicial para la salud’”.

En la etiqueta deberá indicarse, además, la graduación alcohólica de la bebida.

5. ¿Qué texto deben tener todos los establecimientos que expendan bebidas embriagantes?

El contenido de la prohibición de la Ley 134 de 1994: *“Artículo 1.º. Prohibase el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad”.*

*3.2 Providencia Rad. 85001-23-33-000-2017-00075-01(AP)
(Servicio público de televisión)*

Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés

Enlace: [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2019pr/Tomo3/85001-23-33-000-2017-00075-01\(AP\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2019pr/Tomo3/85001-23-33-000-2017-00075-01(AP).pdf)

Fecha: 7 de febrero de 2019

Referencia: Servicio público de televisión gratuita en el municipio de Chámeza (Casanare)

Resumen e historia del caso

Chámeza (Casanare) es un municipio que, desde hace aproximadamente 20 años, no cuenta con el servicio público de televisión gratuita, una situación que, sin duda, quebranta el derecho fundamental a la información de los habitantes de dicha localidad, así como el de la igualdad de oportunidades de acceso a los servicios públicos para todos los habitantes de Colombia. Ello, debido a que sus habitantes no pueden acceder a los contenidos informativos, culturales y deportivos que transmiten canales públicos, como, por ejemplo, Señal Colombia, Señal Institucional y Canal Uno, a los que tienen acceso otros entes territoriales y grandes urbes del país.

Se menciona que el Consorcio Canales Nacionales Privados viene adelantando su plan de expansión y cubrimiento de señal analógica y que, en la actualidad, desarrollan un plan para brindar cobertura de Televisión Digital Terrestre (TDT) radiodifundida, pero solo a las poblaciones que tengan un número mayor a 20.000 habitantes, pero el municipio de Chámeza solo cuenta con 2.003 habitantes. En ese orden de ideas, dicho municipio no forma parte de las obligaciones de cobertura adquiridas por los canales nacionales privados, y por lo tanto, no recibe la señal analógica ni recibirá la señal de TDT de manera radiodifundida, desafortunadamente.

El actor pretende:

*[...] **Primero: Declarar** que el Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (MINTIC), la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) y la sociedad Radio Televisión Nacional de Colombia (RTVC) vulneran los derechos colectivos invocados, toda vez que no han realizado la instalación y restablecimiento del servicio de televisión pública gratuita en el municipio de Chámeza, pese a que es su obligación legal.*

***Segundo: Ordenar** a las anteriores entidades que, de forma inmediata, procedan a la instalación de todos los equipos necesarios para poner en funcionamiento el servicio público de televisión gratuita en el citado municipio [...].*

En primera instancia, el **Tribunal Administrativo de Casanare**, en observancia del material probatorio obrante en el proceso, amparó el derecho colectivo concerniente al acceso al servicio público de televisión y a que su prestación sea eficiente y oportuna, atribuyendo su vulneración a la **Autoridad Nacional de Televisión (ANTV)** y a la sociedad **Radio Televisión Nacional de Colombia (RTVC)**. De igual forma, y en aras de garantizar la protección de los derechos colectivos arriba referidos, ordenó a las entidades condenadas la implementación de medidas cautelares.

Principales consideraciones y fundamentos del Consejo de Estado (ratio decidendi)

Problema jurídico:

“En ese orden de ideas, corresponde a la Sala determinar si están vulnerando los derechos colectivos invocados por la falta de prestación del servicio público de televisión gratuita a los habitantes del Municipio de Chámeza, Casanare y cuál es la entidad competente para garantizar

dicho servicio público”.

El artículo 1.º de la Ley 182 de 1995 establece que **la televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponde, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esa ley**, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política.

El artículo 2.º del ese cuerpo normativo puntualiza los fines y principios del servicio de televisión. Señala que **su objeto es formar, recrear de manera sana, educar e informar veraz y objetivamente**. Con la consagración de esos propósitos, **el legislador busca satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales, fortalecer la consolidación de la democracia y la paz, y propender por la difusión de los valores humanos y las expresiones culturales de carácter nacional, regional y local**.

[...] se puede concluir que, la **RTVC**, en su condición de gestor del servicio público de radio y televisión, tiene bajo su cargo deberes relacionados con la programación y el contenido, así como con la prestación misma del servicio de televisión pública; por su parte, la **ANTV**, como directora de la política general del servicio de televisión, debe brindar las herramientas necesarias para fortalecer y desarrollar la televisión pública, lo cual implica desempeñar actividades de financiación; velar por el acceso efectivo; al igual que inspeccionar, vigilar, seguir, controlar y regular la prestación adecuada del servicio público de televisión.

Así las cosas, para la Sala es claro que tanto la ANTV como la RTVC cumplen un papel determinante y complementario para alcanzar el objetivo de que la población del municipio de Chámeza acceda al servicio público de televisión, motivo por el cual se hace necesario que, en el marco de sus competencias, coadyuven con la realización de dicho pro-

pósito. En otras palabras, la obligación de garantizar la prestación del servicio público de televisión recae de manera solidaria en la ANTV y en la RTVC.

[...] pese a los argumentos de inconformidad planteados por la ANTV en su escrito de apelación, se tiene que su obligación frente a la garantía de la prestación del servicio público de televisión no se limita a la aprobación de los planes de inversión y su financiación, sino que dicha entidad debe realizar seguimientos a la ejecución de los mismos, para verificar su correcta implementación [...].

En efecto, se encuentra demostrado que en el municipio de Chámeza (Casanare) persisten, sin lugar a equívocos, los problemas de acceso al servicio público de televisión gratuita, situación que han tenido que soportar los habitantes y residentes de dicha municipalidad; así como la carencia que afecta sus derechos al acceso a la información, a los medios de comunicación masiva, a la publicidad, a la igualdad, entre otras garantías propias de un Estado social de derecho.

En consecuencia, para la Sala resulta evidente que tanto la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) como la sociedad Radio Televisión Nacional de Colombia (RTVC) continúan vulnerando el derecho e interés colectivo de la población chamezana, relacionado con el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; además de ello, esta vulneración implica una transgresión a los derechos de los consumidores y usuarios, puesto que tratándose del acceso al servicio de televisión ambos derechos se encuentran íntimamente ligados pues, como se explicó, es la televisión uno de los medios más relevantes para brindar a los usuarios y consumidores información de diferente tipo, publicidad y contenidos, entre otros, educativos y sociales.

[...] La falta de disponibilidad presupuestal y las implicaciones de una orden judicial en la planeación no son razón para dejar

de conceder la protección reclamada cuando se ha demostrado la amenaza o la violación del derecho colectivo. Esta Sala ya ha tenido oportunidad de desvirtuar el argumento del apelante para enervar la protección de los derechos colectivos a pretexto de la incidencia que las órdenes impartidas para asegurar su protección tendrían en el Plan y atendida la escasez de recursos presupuestales.

Falla:

Primero. Modificar el numeral 3.° de la sentencia del 6 de abril de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, el cual quedará así:

*[...] **Tercero: Declarar** vulnerados los derechos colectivos de acceso al servicio público de televisión y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a los derechos de los consumidores y usuarios, por parte de la ANTV y la RTVC, al no propiciar la prestación del servicio gratuito de televisión pública a la zona urbana y veredas del municipio de Chámeza (Casanare), omitiendo tomar las medidas necesarias para la instalación de los equipos necesarios y demás elementos que posibiliten cumplir con esta función en igualdad de condiciones a los demás entes territoriales [...].*

Derechos amparados y reconocidos:

Derecho de acceso al servicio público de televisión y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a los derechos de los consumidores y usuarios.

Personas, poblaciones o grupos sociales a los que cobija la decisión

Población del municipio de Chámeza, Casanare.

Palabras claves

Servicio público de televisión gratuita, responsabilidad y funciones ANTV y RTVC, derecho a la igualdad.

Preguntas para reflexionar:

1. ¿Por qué la televisión pública es un servicio público gratuito que debe garantizar el Estado?

Porque “el artículo 1.º de la Ley 182 de 1995 establece que la televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponde, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esa ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política”.

2. ¿Qué funciones cumple la ANTV respecto al servicio público de televisión?

“[...] debe brindar las herramientas necesarias para fortalecer y desarrollar la televisión pública, lo cual implica desempeñar actividades de financiación; velar por el acceso efectivo; al igual que inspeccionar, vigilar, seguir, controlar y regular la prestación adecuada del servicio público de televisión”.

3. ¿Qué funciones cumple RTVC respecto al servicio público de televisión?

“[...] tiene bajo su cargo deberes relacionados con la programación y el contenido, así como con la prestación misma del servicio de televisión pública”.

4. ¿Es la falta de presupuesto justificación suficiente para conti-

nuar vulnerando un derecho colectivo?

No, el Consejo de Estado ha establecido en diferentes ocasiones que “La falta de disponibilidad presupuestal y las implicaciones de una orden judicial en la planeación no son razón para dejar de conceder la protección reclamada cuando se ha demostrado la amenaza o la violación del derecho colectivo”.

3.3 Providencia Rad. 20001-23-31-000-2010-00478-01(AP) (Convenio aporte de lote a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata)

Sección Tercera, Subsección A

Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Ciudad y fecha: Bogotá, D.C., 5 de julio de 2018

Enlace: [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/210/20001-23-31-000-2010-00478-01\(AP\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/210/20001-23-31-000-2010-00478-01(AP).pdf)

Referencia: [Acción popular contra el municipio de Valledupar, la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y la Nación](#)

Resumen e historia del caso:

1. El 6 de noviembre de 1998, el alcalde municipal de Valledupar, am-

parado por el **Acuerdo 042 de 1998**, celebró con la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata un **“Convenio de Aporte de un Lote de Terreno”** de 16 hectáreas ubicadas en el Parque Lineal Hurtado de la ciudad de Valledupar. Es un predio que recibió el municipio de Valledupar en el proceso de expropiación seguido por esta entidad territorial en contra de Inversiones Santa Rosalía.

2. A través del **Acuerdo 007 de 2000**, el Concejo Municipal de Valledupar cambió “el destino de uso público a bien fiscal del predio ‘La Esperanza’”. Se señaló que el cambio se hacía en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 6 de la Ley 9 de 1989.

3. El 18 de mayo de 2000, el municipio de Valledupar y la Fundación suscribieron un **“Convenio de Aporte”**, por medio del cual **“el municipio de Valledupar** a través de su representante legal, quien obra según las autorizaciones dadas mediante los Acuerdos 042 del 10 de agosto de 1998, 007 del 3 de abril, y 010 del 16 de abril de 2000 expedidos por el Honorable Concejo Municipal, transfiere, a título de aporte, a **la Fundación** la propiedad o dominio de un lote de terreno de 23 hectáreas dentro del predio ‘La Esperanza’ [...]”.

4. El 30 de julio de 2001, la Comisión Nacional de Regalías expidió la Resolución 1-008, la cual resolvió asignar y transferir recursos para la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata, por valor de \$4.560.000.000.

5. El 24 de agosto de 2001, el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata celebraron un **“Convenio de Aporte”** por medio del cual el municipio de Valledupar se obligó a “entregar a la **Fundación**, previa aprobación de las garantías del contrato, (95 %) de los recursos asignados por la **Comisión Nacional de Regalías** de acuerdo con la asignación y transferencia de la suma mencionada en la Resolución No. 1-008”.

6. Mediante providencia del 1 de marzo de 2012, el Tribunal Administrativo del Cesar:

4) Amparó los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al goce del espacio público y a la “buena fe administrativa”.

En consecuencia: 1) Ordenó la suspensión de los efectos de los acuerdos 042 del 10 de agosto de 1998, 007 del 3 de abril de 2000 y 010 de 15 de abril de 2000, así como la suspensión de los efectos del convenio suscrito el 18 de mayo de 2000 entre el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (ratio decidendi)

Problema jurídico n.º 1: ¿Se vulneró el debido proceso de la parte demandada por el presunto desconocimiento del principio de congruencia, por haber señalado en la parte considerativa del fallo apelado que la acción popular no es el medio idóneo para anular actos administrativos o contratos y, sin embargo, haber emitido órdenes en la parte resolutive que, a juicio de la recurrente, corresponden a una declaración de nulidad?

En el marco de las acciones populares, el principio de congruencia se flexibiliza frente al interés colectivo, que se expresa a través de los derechos por cuya protección propende esta acción. [...] a pesar de que el juez de la acción popular cuenta con amplias facultades para proteger los derechos colectivos, tiene también el deber de velar por el respeto al debido proceso, a las garantías procesales y por el equilibrio entre las partes; por ello, sus facultades no son ilimitadas, pues, si bien le está dado amparar derechos colectivos no invocados por la parte actora, estudiar hechos no relacionados en la demanda e, incluso, adoptar medidas de protección diferentes a las deprecadas en el libelo, solo puede

hacerlo si tienen relación con la causa petendi de la demanda, que no puede ser una diferente a la relacionada con la amenaza o transgresión de derechos colectivos, en tanto que otro tipo de imputaciones escapan a la finalidad de la acción popular e impiden que el juicio se surta a través de esta acción. [...]

Lo que observa la Sala es que, en su condición de juez de la acción popular, al encontrar vulnerados los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y al goce del espacio público, el Tribunal adoptó, como es su deber —según lo prevé el artículo 34 de la ley 472 de 1998—, las medidas pertinentes y necesarias para restablecer los derechos colectivos enunciados.

Con esa competencia, y teniendo en cuenta que para restablecer los derechos colectivos vulnerados resulta imprescindible e ineludible restituir en cabeza del municipio la propiedad del bien inmueble, el Tribunal, además de ordenar que se inscriba la parte resolutive de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar, ordenó a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata proceder a la entrega formal y material del bien, lo que da cuenta, no de una nulidad, cuyos efectos, se insiste, afectan al contrato desde su nacimiento, sino de una transferencia del dominio del predio a favor del municipio de Valledupar a partir de que se cumplan las órdenes emitidas en la sentencia, las cuales encuentran sustento, no en la ilegalidad del contrato, sino en la necesidad de proteger y restablecer los derechos colectivos que se vulneraron con la transferencia del bien a la Fundación.

Entonces, con miras a proteger y restablecer los derechos colectivos que se encontraron vulnerados, se mantendrá la decisión de suspender los efectos de los actos administrativos 007 del 3 de abril de 2000 y 010 del 15 de abril de 2000, el primero, porque vulneró el derecho colectivo al goce del espacio público, pues varió el destino del predio “La Esperanza” al pasarlo de uso público a bien fiscal sin dar cumplimiento a

lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 9 de 1989 y, el segundo, porque para autorizar al alcalde municipal a transferir el dominio del predio La Esperanza a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata se basó en aquel.

Problema jurídico n.º 2: ¿se vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa con el convenio que celebró el municipio de Valledupar con la Fundación?

Constituyen elementos esenciales para la configuración de la moralidad administrativa, desde el punto de vista de derecho colectivo amparable a través de la acción popular:

Elemento objetivo: quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho.

Elemento subjetivo: [...] Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

Imputación y carga probatoria: [...] corresponde al actor popular hacer esa imputación y cumplir con la carga probatoria que le corresponde.

Elemento objetivo:

El artículo 355 constitucional prohibió enfáticamente los auxilios y donaciones a particulares.

Así, la posición de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata en cuanto a que la referida prohibición constitucional no cobija a los municipios, por no ser “en estricto sentido” ni un órgano ni una rama del poder público, no es de recibo, primero, porque, según el artículo 313 constitucional, estos constituyen una “entidad fundamental de la división político administrativa”, lo que, en la estructura del Estado, los ubica en la rama ejecutiva del poder público a nivel territorial y, segundo, porque, **cuando el constituyente decidió eliminar los denominados**

auxilios parlamentarios, lo hizo no solo respecto de los que hacía el Congreso, sino también las restantes corporaciones públicas de elección popular, incluidos los concejos municipales, que no constituyen una persona diferente a la respectiva entidad territorial a la cual pertenezcan

• Naturaleza de los convenios celebrados en desarrollo del inciso segundo del artículo 355 constitucional

[...] “a partir del requisito relacionado con el presupuesto, es posible extraer otra característica de este tipo de contratos: ix) el aporte solo puede consistir en bienes del presupuesto, recursos públicos y no en bienes inmuebles”.

[...] “tanto por su ubicación en el contexto de la Carta como por la precisión en el uso de los términos, la expresión ‘recursos de los respectivos presupuestos’ no pudo ser más explícita en cuanto a la intención del constituyente de restringir el fomento de actividades particulares a la disponibilidad de apropiaciones que solo pueden haber sido decretadas por ley anterior y destinadas para cumplir el plan de desarrollo. En últimas, se trata de que los recursos públicos que pueden comprometerse en los contratos autorizados por el artículo 355 son exclusivamente de naturaleza dineraria, pues a estos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas [...]”.

En el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 777 de 1992 se dispuso expresamente que están excluidos del ámbito de aplicación de la norma “los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro [...]”.

De esa disposición es posible extraer que: x) los convenios a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 constitucional no son conmutativos, en tanto que, por la finalidad que persiguen, no puede darse un intercambio o venta de bienes o servicios, sino que se trata de un convenio en el que los contratantes se dedican a colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite sí coinciden el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro y la actividad que el Estado quiere impulsar.

• **Naturaleza contractual del negocio jurídico celebrado entre el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata**

Diferencias entre los convenios autorizados por el inciso segundo del artículo 355 constitucional y los contratos de donación:

Las partes: los convenios del inciso segundo del artículo 355 pueden ser celebrados por los sujetos públicos a los que se refiere dicho inciso y el Decreto 777 de 1992 con un sujeto privado que es calificado, esto es, con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. En la donación, los sujetos públicos no pueden actuar como donantes, por expresa prohibición del artículo 355 constitucional, pero sí pueden hacerlo como donatarios.

El objeto: en los convenios del inciso segundo del artículo 355, el objeto únicamente puede recaer sobre recursos del presupuesto y debe estar dirigido al impulso de programas y actividades de interés público, acordes con el plan nacional y con los planes seccionales de desarrollo y corresponder al objeto de la entidad sin ánimo de lucro. En la donación, el objeto puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles.

Las obligaciones: ninguno de ellos es un contrato conmutativo y la razón que justifica su condición de unilaterales en los contratos del inciso segundo del artículo 355 es que la causa por la que se cele-

bran está dada por el apoyo a programas y actividades de las entidades privadas sin ánimo de lucro, pero de interés público, en los que, por tanto, el beneficiario es la colectividad en general. En la donación, por el contrario, la causa es la mera liberalidad del donante, por lo cual, en principio, no generan obligaciones a cargo del donatario, al menos no equivalentes a las que asume el donador.

[...] el objeto del contrato recayó sobre un bien inmueble y no sobre recursos del presupuesto municipal, lo que de entrada impide que pueda clasificarse y estudiarse dentro de los negocios jurídicos a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 constitucional.

[...] la Sala no encuentra que el municipio de Valledupar, por la transferencia a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata del inmueble La Esperanza y de más de \$6.800.000.000, haya recibido contraprestación alguna, puesto que, como viene de verse, la carga que esa Fundación asumió de permitir al municipio el uso de las instalaciones del parque de manera restringida, solo en los espacios y tiempos que ella no los utilice, no se equipara frente a los bienes que le fueron transferidos, lo que permite a la Sala concluir que, al margen de la voluntad de las partes, **lo que se configuró fue una donación con causa onerosa, figura del derecho que, como ya se vio, si bien torna bilateral la relación negocial, no la convierte en conmutativa por las cargas que se imponen al donatario, pues las prestaciones no pueden verse como equivalentes.**

Elemento subjetivo

Empieza la Sala por decir que si, como ocurrió en este caso, se realiza una erogación con cargo al patrimonio público y en favor de un particular sin que medie una correlativa contraprestación o una causa constitucional que la justifique, se estima vulnerado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público y, a la vez, el favorecimiento del interés particular sobre el general viene a hacerse evidente y, por ello, en

principio, también la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Lo que encuentra la Sala es que esos fines, para nada opuestos al interés general, se vieron opacados por la forma como quedó redactado el convenio, en clara y evidente desventaja para el patrimonio municipal y en contravía del artículo 355 constitucional, de un lado, porque se pactó que el municipio debía pagar por el uso del bien que transfería, cuando expresamente en el acuerdo que autorizó su celebración se había señalado que el uso de todas las instalaciones era una contraprestación por la transferencia del predio y, además, porque no se incluyó, sin razón justificativa alguna, una estipulación o cláusula que indicara que las obras a ejecutar en el predio debían construirse con recursos propios de la Fundación.

Problema jurídico n.º 3: ¿se vulneró el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público con los negocios jurídicos que celebró el municipio de Valledupar con la Fundación?

El predio en el que se construyó el Parque de la Leyenda Vallenata y los recursos que fueron transferidos con tal propósito hacían parte del patrimonio público del municipio de Valledupar y, por ello, estaban amparados por el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público. En consecuencia, **al haber encontrado la Sala que los bienes salieron del patrimonio de la entidad territorial sin que mediara contraprestación alguna, forzoso es concluir también que el núcleo del referido derecho colectivo sí se vulneró.**

Problema jurídico n.º 4: ¿se vulneró el derecho colectivo al goce del espacio público con los negocios jurídicos que celebró el municipio de Valledupar con la Fundación?

Ahora, el espacio público, como derecho colectivo, supone el derecho de todo habitante de utilizar todos los bienes de que él se compone; [...]

[...] ello no podría significar bajo ningún concepto, que espacio público y uso público se confundan, el uso del espacio público debe diferenciarse según se trate de bienes de uso público o de elementos arquitectónicos de inmuebles públicos y privados. En el primer caso, se protege directamente el uso por parte de los ciudadanos, en el segundo, estamos frente a la posibilidad de un uso pasivo, de contemplación de los mencionados elementos arquitectónicos.

A partir de las obligaciones pactadas en el convenio del 18 de mayo de 2000, se extrae **que la comunidad no puede ingresar al predio de manera libre, sino que su acceso está restringido debido al ejercicio del derecho de propiedad por parte de la Fundación.**

Todo lo anterior pone en evidencia la razón por la cual, en el caso de áreas públicas de uso activo o pasivo, en especial parques, plazas y plazoletas, aunque la ley permite que los municipios y distritos autoricen **“su uso por parte de entidades privadas para usos compatibles con la condición del espacio mediante contratos”**, **niega rotundamente la posibilidad de que se generen derechos reales sobre ellos por parte de entidades privadas —Decreto 1504 de 1998, artículo 19—, puesto que esa posibilidad se opone a la naturaleza misma de esta clase de bienes**, es decir, a su destinación: el uso y goce por toda la comunidad, que es la característica que permite clasificarlos como bienes de uso público, protegidos por el régimen jurídico antes enunciado.

En ese contexto, resulta forzoso concluir que, al haber desafectado el uso público el predio La Esperanza sin canjearlo por otro de similares, equivalentes o superiores características, como lo dispone el artículo 6 de la Ley 9 de 1989 y, después, haberse despojado el municipio de su derecho de dominio sobre él, se violó el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público y también el goce del espacio público [...].

Falla:

1. Modifíquese la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 1 de marzo de 2012, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia. Dicha sentencia, por consiguiente, quedará así:

Tercero: Ampárense los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, a la protección del patrimonio público y al goce del espacio público [...].

Sexto: Transfírase a favor del municipio de Valledupar la propiedad de las 23 hectáreas que este le transfirió a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata [...].

Derechos analizados y reconocidos:

Derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, a la protección del patrimonio público y al goce del espacio público.

Personas, poblaciones o grupos sociales a los que cobija la decisión

Habitantes del municipio de Valledupar.

Palabras clave:

Espacio público, alcance del artículo 355 constitucional, patrimonio público, moralidad administrativa.

Preguntas para reflexionar:**1. ¿Qué busca asegurar el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público?**

Busca asegurar no solo la eficiencia y transparencia en el manejo y la

administración de los recursos públicos, sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado.

2. ¿Cómo se afectaron los fines relacionados con la función administrativa y el espacio público en este caso?

Porque, a pesar de que en la exposición de motivos de los proyectos de acuerdo que antecedieron el contrato se expresó que con su celebración se pretendían satisfacer necesidades como recuperar un espacio público para la comunidad —la Plaza Alfonso López, en la que se desarrollaba el Festival de la Leyenda Vallenata—, proteger el medio ambiente, recuperar y mejorar el sector en donde quedaría ubicado el parque, promover el Festival de la Leyenda Vallenata como expresión de la cultura caribe y, además, por esa vía incentivar el turismo y la generación de empleo, lo que encontró la Sala es que esos fines, para nada opuestos al interés general, se vieron opacados por la forma como quedó redactado el convenio, en clara y evidente desventaja para el patrimonio municipal y en contravía del artículo 355 constitucional, de un lado, porque se pactó que el municipio debía pagar por el uso del bien que transfería, cuando expresamente en el acuerdo que autorizó su celebración se había señalado que el uso de todas las instalaciones era una contraprestación por la transferencia del predio y, además, porque no se incluyó, sin razón justificativa alguna, una estipulación o cláusula que indicara que las obras a ejecutar en el predio debían construirse con recursos propios de la Fundación, como también se dejó expresamente previsto en el referido acto administrativo.

3. ¿Cuál fue la decisión?

Transferir favor del municipio de Valledupar la propiedad de las 23 hectáreas que éste le transfirió a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata a través del “convenio de aporte” del 18 de mayo de 2000, elevado a escritura pública 1134 del 15 de agosto de 2000, de acuerdo con lo

expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

3.4 Providencia Rad. 25000-23-41-000-2014-01462-01(AP) (Traslado fábricas – Planta de asfalto)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera

Magistrado ponente: Oswaldo Giraldo López

Ciudad y fecha: Bogotá, D. C., 1.º de febrero de 2018

Enlace: <https://sacsjsamai.blob.core.windows.net/1100103/25000234100020140146201/D25000234100020140146201FALLLO020120182018411171210.pdf?sv=2021-12-02&ss=b&srt=o&se=2023-04-17T22%3A51%3A03Z&srp=r&sig=j0dRPw8PvO8JQUoyj2Vd6Xc6eqY%2FRVYoW236QcrJ2og%3D&rsct=application%2fpdf>

Referencia: Acción popular

Resumen e historia del caso:

El demandante sostuvo que los habitantes de los barrios Bochica Central, Veraguas, La Asunción y Santa Inés (Bogotá) se encuentran en inmediaciones del lote donde funciona una planta de asfalto operada por la Unidad de Mantenimiento Vial de Bogotá.

Adujo que en dicho terreno entran y salen todos los días volquetas llenas de arena, lo que genera constante contaminación con material particulado, polvillo y olores fuertes, y que en las noches los trabajos con maquinaria pesada interrumpen el sueño de los residentes.

Así mismo, afirmó que los habitantes del sector elevaron peticiones a las autoridades involucradas, con el fin de que adoptaran las medidas para proteger los derechos colectivos invocados en la demanda y la Alcaldía Mayor contestó e indicó que trasladaría a la Secretaría Distrital de Ambiente, así como a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (UAERMV), para que resolvieran de fondo el asunto.

Por último, sostuvo que persisten altos niveles de material particulado, lo que genera afecciones respiratorias, contaminación auditiva, sobre todo en horas de la noche, poca seguridad en el sector y malos olores que se desprenden de dicha planta; sin embargo, ninguna de las autoridades involucradas ha ejercido acciones para evitar la vulneración de los derechos colectivos.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (ratio decidendi)

Conforme con las pruebas obrantes en el plenario, la Sala estimó que se causa una amenaza e incluso una afectación directa, real y concreta al derecho colectivo al goce de un ambiente sano, a raíz del funcionamiento de la sede de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (Uaermv), por cuanto su actividad genera material particulado que no es controlado de manera adecuada. Pese a que la Uaermv sostuvo que “era improcedente el amparo de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, por cuanto, atendidas las particularidades del caso que ocupa la atención de la Sala, no se causó una afectación a la salud de los vecinos del sector ni se probaron alteraciones del orden público que permitan colegir una amenaza real y concreta frente a los mismos”.

La Constitución Política en su artículo 79 prevé que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, así como conservar las áreas de especial importancia ecológica y en este caso está probado que en el lugar donde funciona la sede de la Uaermv debe implementarse un parque, que hace parte de la estructura ecológica principal de Bogotá, cuya función básica es sostener y conducir la biodiversidad y los procesos ecológicos ambientales.

Así las cosas, aunque el Parque Zonal Veraguas no haga parte del actual plan de desarrollo o que el IDRDC no cuente con un presupuesto asignado para su infraestructura, ello no es óbice, como lo pretende la Uaermv, para desestimar el amparo del derecho colectivo previsto en el literal c) del artículo 4.º de la Ley 472 de 1998. Por el contrario, la adaptación del parque debería ser un propósito del Distrito, precisamente para darle cumplimiento a las obligaciones constitucionales que le corresponden.

Problema jurídico:

¿Correspondía confirmar la decisión de primera instancia que resolvió amparar los derechos colectivos invocados, pues, tal como lo cuestionó la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (Uaermv) en la apelación de la sentencia, no había lugar a la protección de estos, ya que, si bien el predio objeto de la acción está destinado para la construcción de un parque zonal, el mismo no está proyectado en el actual plan de desarrollo ni cuenta con un presupuesto asignado para tal fin?

Resuelve:

Amparar los derechos colectivos en cuestión.

Derechos amparados:

Goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; el goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público y, la seguridad y salubridad públicas.

Palabras clave:

Intereses colectivos, salud pública, salubridad, medio ambiente, espacio público.

Preguntas para reflexionar:**1. ¿Qué ocurrió?**

Se interpuso acción popular con el fin de proteger los intereses y derechos colectivos, en particular el goce de un ambiente sano, que resultó afectado por el funcionamiento de una planta de asfalto operada por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (Uaermv) de Bogotá y el impacto ambiental que la misma tiene sobre la comunidad aledaña.

2. ¿Qué hizo el Consejo de Estado?

Resolvió la apelación presentada por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial (Uaermv), desestimó los argumentos del recurso y ratificó la sentencia de primera instancia que declaró el amparo de los derechos colectivos.

3. ¿Qué concluyó?

Que tal como lo concluyó la primera instancia, existió una violación de los derechos colectivos y ratificó el amparo de ellos. Además, exhortó al agente del daño a reubicar sus instalaciones en otra zona en donde no se afecte a la comunidad y se cumpla con la reglamentación para la

operación de la planta productora de asfalto.

3.5 Providencia Rad. 88001-23-33-000-2016-00066-01(AP) (Aeropuerto El Embrujo)

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera

Magistrado ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés

Fecha: 11 de julio de 2019

Enlace: <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/221/88001-23-33-000-2016-00066-01.doc>

Referencia: Derechos e intereses colectivos

Vulneración del derecho colectivo al goce de un ambiente sano - Actividades de ampliación de la pista del Aeropuerto El Embrujo del municipio de Providencia y Santa Catalina Islas —acción popular—. La amenaza, riesgo y vulneración persistente y palpable de derechos e intereses colectivos obliga y legítima al juez popular para su efectiva protección y amparo.

Resumen e historia del caso

La señora Josefina Huffington Archbold y otros, en su calidad de actores populares, afirmaron que desde hace más de sesenta (60) años hace parte de los planes del Gobierno Nacional diseñar un aeropuerto

para la isla de Providencia con las dimensiones del que actualmente se pretende ejecutar, a través de las obras de expansión de la pista y plataforma del aeropuerto El Embrujo.

Mencionaron que el cuidado y la protección de los impactos en la zona de amortiguación del Parque Nacional Natural McBean Lagoon debe ser considerado como un riesgo inminente para la zona de manglares del área, los cuales se constituyen en elementos imprescindibles para la conservación de poblaciones acuáticas, la protección por efectos adversos del cambio climático y para la garantía de la soberanía alimentaria.

Advirtieron que todas las condiciones anteriormente expuestas, no solo ponen en riesgo a la población ancestralmente asentada en ese territorio, sino a la nación misma, por cuanto ello empobrecería su patrimonio étnico y cultural.

Así mismo, expresaron que el territorio ya ha sido afectado con el inicio de las obras, dado que se ha desmontado la vegetación de un área presuntamente destinada al campamento, en donde desde ya se aprecia cuál va a ser la magnitud de la intervención y los impactos negativos que ello acarrea y/o trae consigo.

Por último, informaron que han sido transportados vehículos totalmente sobredimensionados para la capacidad vial de la isla de Providencia, lo que quiere decir que los habitantes deberán sufrir un nuevo impacto en su ya precaria infraestructura vial y que se les negará el derecho al trabajo con sus propios vehículos, los cuales podrían ser habilitados por el Ministerio de Transporte una vez sea definida por la Corporación la suerte de la presente acción popular.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (ratio decidendi)

La Sala advierte que el Tribunal Administrativo de San Andrés, Provi-

dencia y Santa Catalina, en el fallo proferido el 23 de octubre de 2017, encontró probado que la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (Coralina), la Nación, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) incurrieron en la vulneración de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce del ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; así como la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de las áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas y de los demás intereses de la comunidad, relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente, el derecho a la preservación de la identidad cultural y la supervivencia misma de la comunidad y la preservación del territorio en el cual tienen asentamiento el pueblo y las comunidades.

En efecto, dentro del expediente se encuentra plenamente acreditada la vulneración de las garantías colectivas arriba referidas, con ocasión de las actividades de ampliación de la pista del aeropuerto El Embrujo y en virtud de la afectación sufrida por el manglar en la zona de amortiguación del Parque Nacional Natural denominado Old Providence McBean Lagoon [...]. Luego del análisis conjunto, completo, integrado y actualizado del acervo probatorio allegado a la presente causa que aquí se estudia, [l]a Sala considera que fue acertada la decisión que en su momento adoptó el a quo, en su proveído apelado de primer grado el 23 de octubre de 2017, pues la transgresión a los derechos colectivos conculcados, efectivamente existió y, aún se presenta en la actualidad, con ocasión de la problemática ambiental imperante en el municipio de Providencia y Santa Catalina. Con base en lo anterior, la Sala considera que la decisión aquí asumida, como consecuencia de la amenaza latente en la zona adyacente al Parque Nacional Natural Old Providence McBean Lagoon, con ocasión de las obras actuales de

ampliación del aeropuerto El Embrujo (en el municipio de Providencia), resulta ser una consecuencia lógica, obligatoria e ineludible de los hechos probados, en virtud del propósito de garantizar el ejercicio adecuado y pacífico de los derechos colectivos concernientes, así como de los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente, de todos los habitantes de las islas que conforman el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Problema jurídico:

¿Se encuentran vulnerados los derechos e intereses colectivos relacionados en la demanda de acción popular, con ocasión de la ejecución de las actividades de ampliación de la pista del aeropuerto El Embrujo del municipio de Providencia y Santa Catalina por la presunta afectación causada al manglar en la zona del Parque Nacional Natural Old Providence McBean Lagoon?

Resuelve:

Adicionar a la sentencia de segunda instancia más aspectos, con el fin de brindar medidas de protección más seguras y eficaces.

Derechos amparados:

Goce de un ambiente sano, existencia del equilibrio ecológico y manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible; protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como de los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación, restauración del medio ambiente y derecho al trabajo.

Palabras clave:

Acción popular, comunidad raizal, ecosistema.

Preguntas para reflexionar:

1. ¿Qué ocurrió?

Se interpone acción popular con el fin de que se establezca que la ejecución del proyecto El Embrujo está afectando a la comunidad, así como derechos de la colectividad.

2. ¿Qué hizo el Consejo de Estado?

Decide hacer un estudio jurídico que le permita evidenciar si, efectivamente, durante la ejecución del proyecto El Embrujo se han vulnerado los derechos de la comunidad. De ser así, el Consejo deberá tomar medidas necesarias para detener la vulneración y garantizar el ejercicio de los derechos plenos en términos de seguridad y protección.

3. ¿Qué concluyó el Alto Tribunal?

Señala que efectivamente se vulneran los derechos alegados, y exhorta al agente del daño a adoptar medidas que busquen detener la violación de esos derechos, además de garantizar el respeto por el ecosistema y las comunidades especiales que se desarrollan en el espacio donde se ejecuta el proyecto El Embrujo.

3.6 Ensayo sobre la responsabilidad del manejo de aguas residuales

Sentencia del 31 de enero de 2019 – Rad. 85001-23-33-000-

2014-00034-01(AP)

- Vulneración del derecho colectivo al goce de un ambiente sano por funcionamiento inadecuado del Sistema de Tratamiento de Aguas Residuales del municipio de Maní.
- Vulneración del derecho colectivo de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.
- Vulneración del derecho colectivo de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública.

En este fallo se estableció que tanto el Departamento como la Corporación Ambiental Regional son responsables de garantizar la salubridad pública en el caso del vertimiento de aguas residuales, donde el derecho colectivo vulnerado fue “el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública”.

La Sala partió desde la idea de que “la Administración Departamental de Casanare no es la autoridad encargada de prestar el servicio público de alcantarillado en el Municipio de Maní [...]; sin embargo, dicho ente territorial sí resulta responsable de la vulneración de los derechos colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano; el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública”. Se establece que la Administración de Casanare sí es responsable por la afectación de los derechos colectivos, dado que “una intervención oportuna y adecuada de la administración departamental de Casanare, con la ejecución de sus deberes de coordinación, apoyo, asistencia, asesoría, seguimiento y evaluación del servicio público de alcantarillado en el Municipio de Maní, habría generado que la administración de dicho Municipio procediera a elaborar y presentar el proyecto de financiación que requiere para garantizar la adecuada prestación de dicho servicio público y así mitigar la afectación de los

derechos colectivos comprometidos”.

Respecto a Corporinoquia (Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía), se estableció su responsabilidad por incumplir con sus obligaciones de “i) asesorar técnicamente y apoyar en la formulación de campañas de educación ambiental; ii) restringir, de manera efectiva, la disposición o vertimiento en el río Cusiana de las aguas residuales causantes de degradación ambiental; iii) dar inicio al proceso administrativo sancionatorio de carácter ambiental dispuesto en la Ley 1333 de 21 de julio de 2009, imponiendo y ejecutando a prevención las medidas de policía y las sanciones previstas en la ley, y exigiendo la reparación de los daños causados [...]”.

Se concluye, entonces, que la CAR es responsable por “la vulneración de los derechos colectivos invocados [y] le corresponde participar en la adopción e implementación de las medidas indicadas por el Tribunal Administrativo de Casanare para garantizar que el sistema de tratamiento de aguas residuales del Municipio de Maní cumpla con las exigencias señaladas en las disposiciones de contenido ambiental que resultan aplicables”.

Problema jurídico:

¿[L]e corresponde a la Sala determinar si les es atribuible a las autoridades recurrentes la vulneración de los derechos colectivos amparados por cuenta de que el Sistema de Tratamiento de Aguas Residuales del municipio de Maní vierte aguas residuales al río Cusiana sin el porcentaje de remoción de carga contaminante requerido?

Sentencia del 02 de mayo de 2019 – Rad. 85001-23-33-000-2014-00230-01(AP)

- Violación del derecho al medio ambiente.

- Violación del derecho al acceso a los servicios públicos.
- Violación del derecho a la salubridad pública.
- Principio de concurrencia en materia ambiental (aplicación).
- Corporinoquia (debe concurrir a financiar obras).
- Financiación de planta de tratamiento de agua residual para proteger y mitigar el daño al medio ambiente.

En este caso, se determina que la responsabilidad por el tratamiento de aguas residuales le corresponde al municipio de Yopal y a la Corporación Autónoma Regional, partiendo de la idea de que el inadecuado funcionamiento de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales vulneró los derechos colectivos a un ambiente sano, a la seguridad y salubridad públicas.

Dicha omisión fue atribuible al municipio de Yopal, dado que “la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales del corregimiento de El Morro quedó a cargo del Municipio de Yopal a partir del 3 de mayo de 2016. En consecuencia, tal como lo consideró el Tribunal A quo, este ente territorial es el encargado del mantenimiento y adecuado funcionamiento de esa planta”.

En lo concerniente a la Corporación Autónoma Regional se estableció que, a pesar de no ser sujetos prestadores de servicios públicos domiciliarios, tales como el alcantarillado, “gozan de amplias facultades para invertir en proyectos de infraestructura, como sucede con las Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales, que permitan la descontaminación o recuperación del medio ambiente y de los recursos naturales renovables”. Por lo tanto, la Sala insistió en “las competencias asignadas en los artículos 31 de la Ley 99 [de 1993], en especial en los numerales 6 y 20, y 22 de la Ley 1450 [de 2011], a la Corporación Autónoma

Regional de la Orinoquía, [que] le corresponde contribuir [con] la inversión de las obras de infraestructura que se requieran para la defensa y protección del medio ambiente”.

En suma, la Sala concluye que, si bien las corporaciones autónomas regionales no tienen competencia para prestar servicios públicos domiciliarios, la ley les impone obligaciones para concurrir en la financiación de las obras requeridas para garantizar el tratamiento de aguas residuales.

Problema jurídico:

La Sala deberá determinar: i) si la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía (Corporinoquia), por el inadecuado manejo de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales en el corregimiento de El Morro, vulneró o amenazó los derechos o intereses colectivos al goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a la seguridad y salubridad públicas; y ii) si, de conformidad con la ley, es competencia de Corporinoquia la prestación de los servicios públicos domiciliarios y cofinanciar obras de infraestructura en materia de saneamiento básico; o si, por el contrario, la decisión proferida por el tribunal a quo se acompaña con los elementos probatorios obrantes en el expediente.

Sentencia del 18 de febrero de 2021 – Rad. 63001-23-33-000-2018-00171-01 (AP)

Aeropuerto El Edén de Armenia:

- La no exigencia de licencia ambiental no exime de la obligación de obtener permisos de aprovechamiento y afectación de recursos naturales renovables.

- Plan de manejo ambiental: instrumento de manejo ambiental que debe ser aprobado por la Corporación Regional del Quindío (CRQ) para el funcionamiento del Aeropuerto El Edén.
- Afectación a recursos hídricos por vertimientos de aguas residuales en la quebrada El Cántaro.
- Reparación del daño ambiental, conforme al principio “quien contamina, paga”.
- Corporación Autónoma Regional del Quindío: debe tomar las medidas necesarias para controlar la contaminación hídrica.
- Responsabilidad por daño ambiental de la Aerocivil: debe realizar un diagnóstico del problema de vertimientos de aguas residuales y elaborar, en asocio con la CRQ, el plan de descontaminación de la quebrada El Cántaro.

El Consejo de Estado estableció que la responsabilidad estaba en cabeza de la Aerocivil, bajo **el principio de quien contamina, paga**. Dicho principio pretende “que las personas responsables de una eventual contaminación o de un daño paguen los costos de las medidas necesarias para prevenirla, mitigarla y reducirla. Pero no se trata solamente de reducir la polución, sino incentivar el diseño de tecnologías amigables con el ambiente y que reduzcan el impacto ambiental de las actividades industriales, mediante un sistema de informes previos, controles, inspecciones, pagos, multas y sanciones pecuniarias. De esta forma, a lo que se apunta, más allá del pago de una determinada cantidad de dinero, es a ajustar efectivamente el comportamiento de los agentes públicos y privados para que respeten y protejan los recursos naturales”.

Es decir, que la **Aerocivil**, como entidad que ha generado la contaminación de la fuente hídrica, es la que debe adoptar las acciones necesarias para evitar que la contaminación siga ocurriendo y, además, pagar

los costos de las medidas que se requieran para prevenirla, mitigarla y reducirla.

La corporación autónoma regional en el caso concreto, es decir la CRQ, no fue condenada; sin embargo, debe colaborar en la construcción de un plan de descontaminación de la quebrada El Cántaro, y dicha entidad también debe continuar con los procesos sancionatorios ambientales.

Problemas jurídicos:

1. Si la **ANLA** es competente para adoptar decisiones dentro de los procesos sancionatorios iniciados por la **CRQ** contra la Aerocivil y que guardan relación con la falta del permiso de vertimientos e inadecuada disposición de las aguas servidas de la PTAR del Aeropuerto o si, por el contrario, ello le corresponde a la **CRQ**.

2. Si la **CRQ** ha cumplido con su deber de control y seguimiento ambiental respecto de la problemática expuesta y, en consecuencia, le corresponde: i) elaborar un diagnóstico detallado del problema de vertimientos de aguas residuales en la quebrada El Cántaro, y ii) efectuar un plan de descontaminación del afluente en mención.

Sentencia del 27 de mayo de 2021 – Rad. 68001-23-33-000-2019-00411-01 (AP)

- Competencia de los municipios.
- Servicio público de acueducto y alcantarillado.
- Gestión del riesgo de desastres.
- Reglamentación del uso del suelo.

- Prevención de desastres.
- Zona de alto riesgo.
- Asentamiento humano en zona de alto riesgo.
- Acción urbanística.
- Asentamientos ilegales en la ronda hídrica de la ciénaga Miramar.
- Ausencia del sistema de alcantarillado público.
- Vertimiento de aguas residuales.
- Contaminación de la ciénaga.

El Consejo de Estado concluyó en esta sentencia que la responsabilidad recaía en el municipio de Barrancabermeja, dado que la Ley 1523 de 2012, en sus artículos 32, 37 y 39, establece las obligaciones que alcaldes y gobernadores deben cumplir en materia de riesgos ambientales, entre ellas: “formular y concertar con sus respectivos consejos de gestión del riesgo, un plan de gestión del riesgo de desastres y una estrategia para la respuesta a emergencias de su respectiva jurisdicción, en armonía con el plan de gestión del riesgo y la estrategia de respuestas nacionales”, e “integrar en los planes de ordenamiento territorial el análisis del riesgo en el diagnóstico biofísico, económico y socioambiental y considerar el riesgo de desastres como un condicionante para el uso y la ocupación del territorio, procurando de esta forma evitar la configuración de nuevas condiciones de riesgo”.

Como consecuencia de estas obligaciones, se establece que corresponde al Municipio “adoptar las medidas correspondientes a través de sus recursos administrativos, presupuestales y técnicos, que le permitan realizar obras y/o acciones de mitigación y/o prevención”, además, “

no es de recibo que el Municipio se excuse de su deber bajo el argumento de que otras entidades son las competentes para satisfacer la necesidad del servicio público de alcantarillado, pues, como se dijo, **le corresponde garantizar que su prestación sea eficiente, aunado al hecho de que también debe velar por la protección del medio ambiente y efectuar una adecuada gestión del riesgo**, máxime si la normativa en comento le impone la obligación de delimitar y tratar las zonas expuestas a amenaza derivada de fenómenos naturales, socio naturales o antropogénicas no intencionales, así como asumir todas aquellas acciones necesarias para reubicar asentamientos en riesgo y asegurar que esas zonas no sean ocupadas nuevamente”.

En este fallo no se analizó la responsabilidad de la Corporación Autónoma Regional; no obstante, entre las decisiones ordenadas, se condenó en costas a la Corporación Autónoma Regional de Santander (CAS), y se le ordenó formar parte del comité de verificación del artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

Problemas jurídicos:

[C]orresponde a la Sala determinar si al Municipio le resulta atribuible la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público, a la prevención de desastres previsible técnicamente, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, así como al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el goce de un ambiente sano y la existencia del equilibrio ecológico, cuyo amparo fue reconocido por el Tribunal.

En caso de que la respuesta anterior sea positiva, la Sala deberá establecer si el término señalado por el Tribunal para dar cumplimiento a la orden impartida al municipio debe ser modificado, en atención a la emergencia sanitaria que atraviesa el país con ocasión de la pandemia ocasionada por la COVID-19.

4. Jurisprudencia sobre desplazamiento forzado y afectaciones a la población civil

4.1 Providencia Rad. 27001-23-33-003-2014-00046-01(AG) (Desplazamiento forzado de pueblos indígenas)

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B

Consejero ponente: Alberto Montaña Plata

Ciudad y fecha: Bogotá, D.C., 2 de junio de 2021

Enlace: <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&text=doc&file=2187561>

Referencia: Desplazamiento forzado del pueblo indígena embera del Resguardo Mondó Mondocito

Resumen e historia del caso (hechos)

1. Con ocasión del desplazamiento forzado ocurrido el 1.º de diciembre de 2012, desde el Resguardo Mondó Mondocito hasta el casco ur-

bano del municipio de Tadó (Chocó), el 30 de abril de 2013 se ejerció una acción de grupo contra la Policía Nacional y el Ejército Nacional.

2. En la demanda se pidió la protección por parte de la Fuerza Pública, de la vida, honra y bienes de las personas residentes en el Resguardo Indígena Mondo-Mondocito, de las comunidades de Mondó Mondocito y Brubatá Alto Bonito en el municipio de Tadó. Los demandantes pidieron que se declarara responsables a las demandadas por no garantizar la vida, los bienes, la paz, el trabajo, la seguridad y el derecho a no ser desterrados de sus territorios. Pidieron la indemnización por el daño colectivo, los daños morales y, para algunas familias que no querían retornar, la indemnización por daño emergente y lucro cesante, según las cantidades declaradas ante el cabildo como valor de sus bienes y producto aproximado de sus cultivos.

3. A petición de los líderes indígenas, el personero se reunió con el coronel Cruz, comandante del Batallón de Ingenieros N.º 15, el 1 de diciembre de 2012. El personero le solicitó acompañamiento para el desplazamiento forzado. El coronel sostuvo que ese acompañamiento era muy riesgoso porque existía la posibilidad de que los grupos armados al margen de la ley atacaran la tropa y, por lo tanto, se pondría en peligro a los civiles.

4. En la demanda se afirmó que el Ejército y la Policía Nacional eran responsables de los daños causados, pues omitieron sus deberes constitucionales y legales de proteger a las comunidades y no realizaron ninguna actividad tendiente a prevenir o impedir el desplazamiento, aun cuando habían sido informados con anterioridad de las constantes amenazas de los grupos armados ilegales.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (ratio decidendi)

Conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha reconocido que “la relación de los indígenas con el territorio es esencial para mantener sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material”, y de acuerdo con las pruebas analizadas a la luz de las reglas de la experiencia y los hechos notorios, la Sala encuentra que el desplazamiento forzado del pueblo embera katío de Mondó Mondocito los separó de su territorio y, en consecuencia, los puso en una condición de extrema vulnerabilidad que “por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural”, agravó su “riesgo de extinción”.

En la apuesta por sobrevivir, cumplía un rol importante la coordinación de sus autoridades propias con las fuerzas armadas del Estado, para aumentar las probabilidades de llegar vivos al lugar de destino. Por eso, solicitaron al comandante el acompañamiento durante el trayecto por río desde el resguardo hasta la cabecera municipal de Tadó. Además, pidieron que los reubicaran para no ser exterminados en su propio territorio. **El Ejército debió desplegar todos los medios disponibles para prevenir la pérdida de control sobre el proceso de la migración y para revertir los impactos del desplazamiento, poniendo a disposición del retorno toda su voluntad de coordinar con las autoridades indígenas. También debió hacer todo lo posible para asegurar la adecuación cultural de la retoma de control de los territorios y devolvérselos en condiciones aptas para un retorno seguro y estable.**

En lugar de lo anterior, el Ejército decidió no acompañar el desplazamiento con el argumento inadmisibles de que al hacerlo pondría en riesgo a los miembros de la comunidad, pues los convertiría en objetivo militar. Advirtió, asimismo, que no intentaría la recuperación del territorio porque al ingresar en él, los guerrilleros se aprovecharían de la población y los usarían como escudo.

El desconocimiento evidente de sus obligaciones —de prevención del desplazamiento y de contribución al retorno— no ameritaría mayor

consideración adicional para declarar la ocurrencia de una falla en el servicio. Sin embargo, en este caso es imposible pasar por alto las formas en que se incumplieron las normas constitucionales.

Las dos decisiones del comandante denotan cierta condescendencia con el exterminio de un pueblo protegido por la Corte Constitucional y la Defensoría del Pueblo. La inobservancia de la obligación de prevención se agravó por la inquina con que se construyeron y presentaron a las víctimas los argumentos falaces sobre el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Deliberadamente, se convirtió su condición de indígenas en una sofisticada condena: cualquier estrategia para asegurar el control del proceso migratorio o para recuperar su territorio, los convertiría en objetivo militar. Así, para no violar el DIH, mejor los abandonaba a la maldición de los riesgos de un viaje desesperado, precario en seguridad física y expuesto a la violencia guerrillera. Pareciera que se equivocaron las condiciones. En lugar de reconocer como víctima al pueblo que pidió su ayuda y comportarse en consecuencia, se rindió al Estado frente a una expulsión prohibida. Semejante desprecio a los derechos de un pueblo indígena en riesgo de extinción y a punto de desplazarse, solo se explica por una asignación equivocada de valores a los hechos de la historia. El comandante antepuso las doctrinas del conflicto a sus obligaciones frente a ciudadanos inermes: interpretó de forma errada el clima de terror al que estuvo sometido ese resguardo durante años, a costa de la pérdida de sus niños, niñas y adolescentes forzosamente reclutados y del debilitamiento de su gobierno propio por la instalación de violentos métodos de disciplina social.

El abandono del Ejército al pueblo embera durante el desplazamiento y la negativa expresa de asumir la recuperación del control territorial supusieron el incumplimiento de su obligación de prevenir el desplazamiento y proteger al pueblo desplazado. Esta falla permite imputarle a esa demandada el daño padecido por el desplazamiento y condenarla al pago de la indemnización para reparar los perjuicios que se identificarán enseguida.

Reconocimiento de perjuicios

La Sala reconocerá solamente los perjuicios inmateriales en este caso, pues los materiales no fueron debidamente probados. En efecto, las declaraciones ante los cabildos no permiten establecer la certeza del perjuicio ni su verdadera magnitud. El perjuicio material no podía ser probado mediante declaraciones de los valores aproximados aportados por los afectados y sin ninguna referencia adicional.

Daño moral

En la esfera emocional, las víctimas de desplazamiento quedan sometidas a intensos sentimientos de amargura, impotencia, tristeza, desesperación, ansiedad, rabia y desesperanza. Los pueblos indígenas han descrito que los eventos violentos de la guerra que los obligan a desplazarse siembran en su vida un “clima de terror” y los dejan “rodeados por el miedo y la intimidación”. Según la Corte, estos sentimientos se alimentan con el temor de la repetición o la degradación de la situación, y con “el escepticismo frente a un Estado que no ha reaccionado como lo exige la justicia ante su tragedia”. En el caso de los embera, según se ha documentado, todos estos componentes se vuelcan en un equivalente cultural único que designan en español como “aburrimiento”, y que se reproduce incesantemente por las condiciones de precariedad e inadecuación cultural de los lugares de acogida, signadas por el hambre, la incertidumbre, el abandono y la escasez.

En este caso, está documentado por el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) que todo el pueblo embera de Mondó Mondocito recuerda el horror del desplazamiento, el abandono y el hambre. Que, aun años después, los atormenta la muerte de Luz Clarita por la crecida del río y la de los niños que enfermaron en Tadó. Que, en definitiva y como lo advirtió la Corte Constitucional, esa desgracia se ha perpetuado en la memoria individual y colectiva del pueblo.

Perjuicios a bienes constitucional y convencionalmente protegidos

En este caso, **el daño de la desterritorialización** generó un perjuicio a bienes constitucional y convencionalmente protegidos al pueblo embera katío de Mondó Mondocito, que coincide con la violación de su derecho a la pervivencia étnica y cultural. Este es un perjuicio ya tipificado en la jurisprudencia constitucional e interamericana en casos como este: “la pérdida de control sobre el territorio y el efectivo ejercicio de la territorialidad deteriora los principios fundamentales de la vida y la convivencia que fundan los procesos de construcción de identidad, los sistemas internos de autonomía, control y gobierno, los circuitos de producción y las dinámicas de enculturación”.

Finalmente, está documentado que durante la separación del territorio se debilita el uso de la lengua y, con él, el código de palabra. En los lugares que ocupan los expulsados, se desestiman los sentidos recogidos en la oralidad y son reemplazados por nuevas maneras de decir. Esta suspensión de la lengua y de sus dimensiones conceptuales rompió el entramado vital del pueblo embera desplazado y aumentó su riesgo de exterminio. Así mismo, congeló la transmisión de conocimiento sobre su historia y la construcción de las nuevas piezas que deberían haberse podido interpretar según los saberes de los mayores y la espiritualidad que no se practicaba. El debilitamiento del uso de la lengua por el desplazamiento interrumpió, en definitiva, la creación y comunicación de su memoria.

La Sala concluye que la desterritorialización padecida por el pueblo embera katío del Resguardo Mondó Mondocito recondujo todo su pensamiento a la supervivencia, impidió la reedición de sus lugares de fuerza y debilitó el uso de su lengua. Se produjo, así, la interrupción de los procesos de creación y reproducción de su memoria colectiva y, por tanto, de conservación de su identidad.

Resuelve:

Declarar la responsabilidad del Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional por los daños padecidos por el pueblo indígena embera

katío del Resguardo Mondó Mondocito con ocasión del desplazamiento forzado ocurrido el 1.º de diciembre de 2012.

Condenar al Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional a indemnizar los perjuicios morales y a bienes constitucional y convencionalmente protegidos declarados en esta Sentencia, a los demandantes, y a los demás integrantes del grupo que se acojan a lo dispuesto en esta sentencia, según los requisitos expuestos en su parte motiva. Es decir, a cada persona que demandó en esta acción y que demostró haber padecido el daño, se pagará 50 SMLMV. Una suma igual se pagará a cada persona que, según lo indicado en esta sentencia, acredite su condición de beneficiaria de la sentencia durante los 20 días siguientes a su publicación. Como máximo, se indemnizará a 461 personas, según las consideraciones que soportan esta decisión.

Derechos amparados y reconocidos

Derecho a la pervivencia física y cultural, derecho a no ser desterrado del territorio, derecho a la reparación integral del daño.

Personas, poblaciones o grupos sociales a los que acobija la decisión

Pueblo indígena embera del Resguardo Mondó Mondocito.

Palabras claves

Acción de grupo, desplazamiento forzado, responsabilidad patrimonial del Estado, comunidades indígenas, comunidad embera, víctima del desplazamiento forzado, daño moral, daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos.

Preguntas para reflexionar:

1. ¿Qué obligación incumplió el Ejército en el caso concreto?

La obligación “de prevención del desplazamiento y de contribución al retorno”.

2. ¿Qué conducta debió adoptar el Ejército para cumplir plenamente con sus obligaciones?

“El Ejército debió desplegar todos los medios disponibles para prevenir la pérdida de control sobre el proceso de la migración y para revertir los impactos del desplazamiento, asegurando que pondría a disposición del retorno toda su voluntad de coordinar con las autoridades indígenas”.

3. ¿En qué consiste el daño de la desterritorialización?

En “la pérdida de control sobre el territorio y el efectivo ejercicio de la territorialidad, [que] deteriora los principios fundamentales de la vida y la convivencia que fundan los procesos de construcción de identidad, los sistemas internos de autonomía, control y gobierno, los circuitos de producción y las dinámicas de enculturación”.

4. ¿Por qué se dice que la separación del territorio debilita el uso de la lengua?

“En los lugares que ocupan los expulsados, se desestiman los sentidos recogidos en la oralidad y son reemplazados por nuevas maneras de decir. Esta suspensión de la lengua y de sus dimensiones conceptuales rompió el entramado vital del pueblo de los emberas desplazado y aumentó su riesgo de exterminio. Congeló la transmisión de conocimiento sobre su historia y la construcción de las nuevas piezas que deberían haberse podido interpretar según los saberes de los mayores y la espiritualidad que no se practicaba”.

5. Sala plena y salas especiales de decisión

5.1 Providencia Rad. 11001-03-28-000-2020-00004-00(SU) (Gobernador de Boyacá)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo

Magistrado ponente: Rocío Araújo Oñate

Fecha: 27 de julio de 2021

Enlace: <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2194124>

Referencia: Unificar jurisprudencia en relación con la interpretación de la expresión “Los Gobernadores y quienes sean designados en su reemplazo”, contenida en el inciso único del artículo 31 de la Ley 617 del 2000. Entendimiento y alcance del factor objetivo. Interpretación de la expresión “reemplazo”.

Resumen e historia del caso:

La ciudadana Gina Marcela Sánchez Camargo interpuso demanda de

nulidad electoral con el fin de que se anule el formulario E-26 GOB, mediante el cual se declaró la elección del señor Ramiro Barragán Adame como gobernador de Boyacá para el periodo 2020-2023.

El gobernador de Boyacá para el periodo 2016-2019, señor Carlos Andrés Amaya, mediante el Decreto del 17 de octubre 2018 encargó de las funciones de su despacho al señor Ramiro Barragán, quien para ese momento se desempeñaba como secretario general, en razón a que saldría del país entre el 18 y el 23 de octubre de 2018.

En el periodo de inscripción de candidaturas, el señor Ramiro Barragán Adame presentó su candidatura a la Gobernación de Boyacá para el periodo 2020-2023 y, con fundamento en los resultados de los comicios que se llevaron a cabo, fue declarado electo.

Señala la parte que la elección enjuiciada deviene en nula, toda vez que el señor Barragán Adame no podía inscribirse como candidato a la Gobernación de Boyacá, conforme lo establece el artículo 31.7 de la Ley 617 de 2000, que consagra una causal de inhabilidad para el efecto.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (ratio decidendi)

Ahora bien, como se observa en lo descrito con anterioridad, es claro que la situación del aquí demandado no se enmarca en los parámetros de la regla de interpretación fijada en la presente providencia, en tanto no fue elegido popularmente ni designado por el presidente de la República, por lo que no puede concluirse que tenga la calidad de reemplazante del titular del despacho del gobernador de Boyacá. Adicional a ello, se demostró que la situación de encargo que se efectuó mediante el Decreto N.º 442 del 2018 fue una delegación de algunas funciones, incluso, solo para asuntos urgentes, dado que se fundamentó en el contenido del artículo 93 del Decreto Ley 1222 de 1986.

De una lectura cuidadosa de la disposición referida, se tiene entonces que no se presenta un cambio en la titularidad de la oficina del primer mandatario departamental, pues este último continúa en ejercicio de sus funciones, solo que por fuera de la que se considera su residencia habitual. En esa medida, las circunstancias que se derivan de la aplicación de esta normativa no permiten concluir que el secretario que sea encargado lo sea del cargo propiamente dicho y, por lo tanto, sea calificado como reemplazo del funcionario.

Así las cosas, es claro que, respecto del aquí demandado, no es posible predicar la calidad de destinatario de la inhabilidad contemplada en el artículo 31, numeral 7.º de la Ley 617 del 2000. Lo anterior, por sí solo, da lugar a negar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoadas por la accionante, en tanto resulta inane efectuar un estudio de los demás elementos para la configuración de la causal de inelegibilidad deprecada, dado que estos se deben presentar de forma concurrente.

Adicionalmente, esta Sala encuentra que, respecto del señor Barragán Adame, es posible predicar que actuó de buena fe y bajo la confianza legítima ante la existencia de al menos una interpretación a nivel jurisdiccional que validaba su candidatura, aspecto que, incluso, fue reiterado por el Consejo Nacional Electoral al momento de decidir en forma negativa sobre la solicitud de revocatoria de su inscripción. La anterior disposición tuvo como fundamento una línea decisional sostenida por la Sala Electoral de esta Corporación por más de siete (7) años, en forma previa a su decisión de participar en las justas electorales.

Problema jurídico:

¿Respecto del acto de elección del señor Ramiro Barragán Adame como gobernador de Boyacá, se configura la causal de nulidad consagrada en el numeral 5.º del artículo 275 de la Ley 1437 del 2011, por presuntamente haber estado incurso en la causal de inhabilidad que consagra en el numeral 7.º del artículo 31 de la Ley 617 del 2000?

Resuelve:

Negar las pretensiones de la demanda y unificar jurisprudencia sobre la interpretación de la expresión “los Gobernadores y quienes sean designados en su reemplazo” contenida en el inciso único del artículo 31 de la Ley 617 del 2000, en relación con la causal de inhabilidad establecida en el numeral 7.º de la misma norma.

Derechos amparados:

Derecho al voto.

Palabras clave

Reemplazo, ejercicio de funciones, inhabilidad e incompatibilidad, reemplazo del gobernador.

Aclaración de voto:

Dr. Alberto Montaña: “Aunque comparto la decisión, me aparto de la metodología empleada por la Sala. Como lo he dicho repetidamente, concibo a la jurisprudencia como un elemento que permite sistematizar y ordenar el derecho existente y, eventualmente, como una fuente de reglas de derecho. Sin embargo, estas reglas deben tener sustento en el raciocinio concreto que guía la labor de un juez que decide un caso y no de un legislador que prevé consecuencias generales para una situación alejada de particularidades fácticas. Igualmente, el juez que busca identificar un precedente debe buscar la razón de derecho que llevó a esa decisión particular y no reglas alejadas de la labor intelectual concreta de su antecesor”.

Dra. Marta Nubia Velásquez: “Si bien compartí la mencionada decisión, entiendo que en el caso concreto no se está modifi-

cando un criterio jurisprudencial previo, sino interpretando el contenido del mencionado inciso único del artículo 31 de la Ley 617 del 2000, a efectos de darle alcance al sentido de la expresión “en su reemplazo”; para establecer con claridad los supuestos de la causal de incompatibilidad —o inhabilidad, como la ha catalogado la jurisprudencia— a que alude el numeral 7 del artículo 31 de la Ley 617 de 2000”.

Salvamento de voto:

Dr. Guillermo Sánchez Luque: “En los casos en que se discuten causales de inhabilidad no dudo que, si una norma que regula una prohibición tiene varias interpretaciones posibles, debe preferirse aquella que menos limite el derecho de las personas a pro libertatec. Es claro que, al interpretar la ley, lo odioso o desfavorable de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar su interpretación (artículo 31 CC).

Sin embargo, como el artículo 31.7 de la Ley 617 de 2000 prescribe que la causal de inelegibilidad se aplica al gobernador o a su reemplazo —sin distinción alguna—, a mi juicio, el sentido del precepto es claro y, por tanto, el juez no puede desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 CC), ni aventurarse en interpretaciones que restrinjan el alcance de la prohibición. La causal de inelegibilidad es diáfana y, por ello, el juez no tiene opción diferente a seguir sus estrictos términos. De allí que como el demandado había ejercido las funciones de gobernador de Boyacá —en cargo— dentro del plazo previsto por el artículo 32 de la Ley 617 de 2000, estimo que se encontraba inhabilitado y, por ende, se imponía anular el acto de elección para el periodo 2020-2023”.

Preguntas para reflexionar:

1. ¿Qué sucedió?

Se interpuso demanda de nulidad contra el acto mediante el cual se declaró la elección del señor Ramiro Barragán como gobernador de Boyacá.

2. ¿Cómo procedió el Consejo de Estado para resolver el caso?

Para resolver en caso en cuestión, el Alto Tribunal decidió estudiar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores, unificó jurisprudencia al respecto y, consecuentemente, analizó el problema jurídico del caso.

3. ¿Qué concluyó el Consejo de Estado?

El Consejo de Estado señaló que, según las reglas de interpretaciones fijadas en la providencia relacionada con el concepto “reemplazo del gobernador” y según lo estudiado sobre el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, se evidencia que no se encuentran razones que permitan afirmar que la elección del gobernador deviene en nulidad alguna. Sin importar que haya sido el reemplazo del gobernador anterior durante un tiempo antes de las elecciones.

4. ¿Qué se decidió?

Negar las pretensiones de la demanda sobre la nulidad electoral del gobernador, además de unificar jurisprudencia relacionada con la interpretación de la expresión “Los Gobernadores y quienes sean designados en su reemplazo”, contenida en el inciso único del artículo 31 de la Ley 617 del 2000.

5.2 Providencia Rad. 11001-03-25-000-2017-00151-00 (Reintegro empleados en provisionalidad - Descuentos por vinculación al servicio público)

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez

Fecha: 11 de agosto de 2022

Enlace: [https://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/258/11001-03-25-000-2017-00151-00\(IJ-SU\).pdf](https://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/258/11001-03-25-000-2017-00151-00(IJ-SU).pdf)

Referencia: Restablecimiento del derecho en empleados nombrados en provisionalidad, desvinculados del servicio de manera ilegal, a quienes se les ordena el reintegro por sentencia: Descuentos por vinculaciones al sector público.

Resumen e historia de los hechos

La señora Sonia Yamile Rondón Tasco, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de la Resolución 257 del 7 de octubre de 2009. A través de esta resolución, el alcalde del municipio de San Gil, Santander, declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad como comisaria de familia.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al cargo que venía ejerciendo, o a uno de mayor categoría, y que se condenara a la entidad demandada al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro al servicio.

El litigio fue resuelto por el Juzgado Administrativo 751 de Descongestión Oral del Circuito Judicial de San Gil, en donde declaró la nulidad del acto acusado y, en consecuencia, ordenó a la entidad demandada que reintegrara a la señora Sonia Yámile Rondón Tasco al cargo que venía desempeñando. También la condenó al pago de los salarios, prestaciones dejadas de percibir, y a sufragar las respectivas cotizaciones no efectuadas mientras estuvo cesante.

El municipio de San Gil (Santander) interpuso recurso de apelación con el fin de que se revocara la sentencia condenatoria, al considerar que el acto administrativo acusado no está viciado por ninguna causal de nulidad.

La alzada fue resuelta por el Tribunal Administrativo de Santander, a través del cual confirmó con modificación el que fuere apelado. En cuanto al restablecimiento del derecho otorgado a la parte demandante, dispuso que debían descontarse las sumas que hubiere percibido esta por concepto de salarios y prestaciones sociales producto de otras vinculaciones con el Estado, durante el tiempo que estuvo retirada del servicio en virtud de la declaratoria de insubsistencia.

La parte demandante interpuso recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia contra la sentencia de segunda instancia. Como fundamento, indicó que la decisión de segunda instancia vulneró el principio de confianza legítima, al desconocer la regla de unificación sentada en la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, donde se estipuló que son improcedentes los descuentos de los salarios y presta-

ciones recibidos producto de relaciones de trabajo con otras entidades públicas durante el periodo comprendido entre el retiro del servicio y el reintegro, debido al carácter indemnizatorio que tiene la condena impuesta por el juez de lo contencioso administrativo cuando decreta la nulidad de un acto de retiro del servicio y el consecuente retorno al cargo ocupado.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (ratio decidendi)

Importancia del precedente judicial en Colombia

Al existir cierto grado de indeterminación en las normas jurídicas y multiplicidad de operadores judiciales y administrativos que pueden llegar a entendimientos distintos sobre su alcance, resulta necesario que los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones cumplan una función de unificación jurisprudencial que brinde a la sociedad “cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad” y se garantice el derecho constitucional a que las decisiones se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico.

El artículo 20 del CPACA señala que se estableció de manera clara que las sentencias de unificación jurisprudencial son aquellas dictadas por el Consejo de Estado: (i) por importancia jurídica, trascendencia económica o social o por necesidad de sentar jurisprudencia, reguladas en el artículo 271; (ii) al decidir los recursos extraordinarios (regulados en los artículos 248 y siguientes del CPACA), y (iii) las relativas al mecanismo eventual de revisión de acciones populares y de grupo —denominadas por el CPACA como medios de control de protección de los derechos e intereses colectivos y reparación de los perjuicios causados a un grupo, respectivamente— (regulados en el artículo 272 del CPACA).

Finalidad del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia

En efecto, su ejercicio o interposición persigue el sometimiento de una sentencia de única o de segunda instancia proferida por un tribunal administrativo al precedente unificado dictado por el Consejo de Estado y, del mismo modo, por la Corte Constitucional, porque dadas las condiciones fácticas y normativas del litigio, resultaba vinculante para los jueces de instancia al momento de finalizar el correspondiente juicio. De esta forma, el aludido recurso tiene como fin primordial velar por la exactitud y uniformidad del ordenamiento jurídico.

Por su parte, la sección segunda ha indicado que el recurso estudiado es un mecanismo de unificación jurisprudencial de naturaleza correctiva, toda vez que el momento en que le corresponde emitir un pronunciamiento al Consejo de Estado es posterior al de expedición del fallo ejecutoriado por el órgano judicial competente. En ese orden, con este se busca enmendar la posición que se fijó en una sentencia que ha adquirido firmeza y que ha sido dictada en única o segunda instancia por un tribunal administrativo, con el propósito de que se acompañe con lo que el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo haya establecido sobre la materia de que se trate en una sentencia de unificación. Esto denota la importancia que el legislador quiso imprimirle al precedente vertical, empero como referente del principio de seguridad jurídica e igualdad procesal.

También ha establecido que para la procedencia y, por supuesto, para la prosperidad del recurso de unificación de jurisprudencia, se requiere de la unidad temática entre la providencia recurrida y la sentencia de unificación jurisprudencial, al determinar que “la necesidad de que las temáticas o conceptos sobre las que versan las decisiones contrastadas sea la misma y, por supuesto, que esta identidad de materia no se predique simplemente respecto de los argumentos de paso u obiter dicta sino, como se indicó, de las razones esenciales de la decisión u ratio decidendi”.

Posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado relacionadas con el restablecimiento del derecho

Como puede apreciarse, en las referidas sentencias se consideró que las sumas de dinero percibidas como consecuencia de la anulación de los actos de retiro, que se tasaron con fundamento en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió, tenían el carácter indemnizatorio y, por ello, no se incurría en la prohibición constitucional cuando se cruzan con los devengados producto de un vínculo de trabajo legal y reglamentario ocurrido en el tiempo de desvinculación.

No obstante, a razón de las consideraciones del fallo recurrido, debe mencionar la Sala Plena que a través de la sentencia SU-691 del 21 de septiembre de 2011, la Corte Constitucional, para reiterar las reglas de la SU-917 del 16 de noviembre de 2010, analizó la situación de los servidores públicos que durante el lapso de su desvinculación tuvieron algún vínculo laboral con el Estado. Sobre el particular, adicionó un nuevo elemento al acoger la posición de la sección segunda del 16 de mayo de 2002, antes reseñada, apartándose del criterio de la Sala Plena del Consejo de Estado, por considerar que la orden dada en la sentencia del juez administrativo de pagar al empleado público los emolumentos dejados de percibir durante todo el tiempo que estuvo desvinculado del servicio, debía acompañarse con una previsión acerca de la necesidad de descontarle lo que la persona hubiere percibido del erario por concepto de salarios y prestaciones derivadas del ejercicio de otros empleos públicos en ese periodo.

Según las anteriores pautas, el pago de los salarios o prestaciones dejados de recibir por un empleado público hasta el momento en que sean reconocidos sus derechos de manera judicial debe asimilarse a título de restablecimiento del derecho; en consecuencia, procede descontar de este lo que la persona haya devengado o percibido como ingreso salarial y prestacional durante el mismo lapso, debido a que afecta al erario, que resulta ser la misma fuente de donde se originan los recursos que paga la sentencia dictada en favor del accionante; de este modo, cobra sentido la prohibición constitucional contenida en el artículo 128 superior.

Por lo mencionado, la Sala Plena es del criterio que de la sentencia estimatoria de las pretensiones dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (antes acción), se derivan tres consecuencias:

- i. La anulación del acto, es decir, su retiro del ordenamiento positivo.
- ii. El restablecimiento del derecho, que comporta una consecuencia del acto ilegal, consistente en volver al demandante al estado inicial al que se encontraba antes de su existencia. Por lo tanto, para efectos del pago de salarios y prestaciones sociales, deberá determinarse si el servidor tuvo alguna otra vinculación con el Estado para ordenar su descuento de la condena.
- iii. La eventual reparación del daño, respecto del cual el interesado deberá demostrar su existencia y nexo causal con el acto administrativo. Concepto del cual difiere el restablecimiento del derecho, puesto que este opera por ministerio de la ley a causa de la nulidad pedida.

Efectos de la nulidad de los actos administrativos decretada en el contencioso subjetivo de nulidad

Es propicio recordar que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo de control de legalidad de los actos administrativos de contenido particular que, por vía del derecho de acción, permite “restablecer” a través de la sentencia, las situaciones subjetivas afectadas por el acto ilegal. Por ello, el restablecimiento del derecho es consecuencial al decreto de nulidad y por excelencia comprende aquellas órdenes tendientes a retrotraer la condición perdida o desconocida por el acto anulado, como es el hecho de reintegrar a la persona al cargo ocupado con pago de salarios y prestaciones, sin solución de continuidad o, reconocer el derecho que debió ostentarse en

anterior oportunidad, entre otras circunstancias que así lo dejan ver.

De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que cuando el juez ordena que como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro el demandante sea reintegrado al cargo y, además se le paguen los salarios y prestaciones dejados de devengar, se tenga para todos los efectos legales como de servicio activo el tiempo que permaneció desvinculado de la administración, haciendo efectiva la consecuencia de volver las cosas a su estado anterior como si el empleado nunca hubiere sido retirado del servicio, es decir, que se restablece el derecho por estatuirse disposiciones nuevas en reemplazo de las anuladas, justo con este último propósito.

Así las cosas, la naturaleza restitutoria que tiene la condena emanada de la sentencia del juez administrativo cuando resuelve un litigio vertido en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se acompasa con los cimientos de los derechos laborales que, por regla general, tienen el carácter de fundamentales, mínimos e irrenunciables y que, por ende, sus beneficiarios gozan de especial protección del Estado. Por consiguiente, en los casos de desvinculaciones ilegales del servicio, los efectos retroactivos son los que protegen en mayor medida los derechos laborales de los servidores públicos afectados por el acto viciado de nulidad, pues no de otra manera sería plausible la orden de reintegro sin solución de continuidad.

Reglas del restablecimiento del derecho y descuentos sobre la condena

La Sala Plena, siendo consecuente con las conclusiones alcanzadas a lo largo de esta providencia, de manera autónoma y separada a lo esbozado por la Corte Constitucional, considera a la condena derivada de la sentencia que anula un acto particular como un verdadero restablecimiento del derecho para el demandante, por regla general, dado que por virtud de los efectos de la sentencia de nulidad, este recupera

la situación administrativa de servicio activo y, con ello, la causa lícita de percibir los salarios y prestaciones sociales causadas para el periodo de cese de la relación laboral inicial, los cuales no pueden coincidir en el tiempo con ninguna otra remuneración, retribución o asignación proveniente del erario, dada la prohibición constitucional prevista en el artículo 128 superior, refrendada así en el canon 17 de la Ley 4° de 1992, salvo las excepciones allí previstas.

En otros términos, los valores que por concepto de salarios y prestaciones sociales percibió el empleado nombrado en provisionalidad a quien se le declaró la nulidad del acto de retiro del servicio, con ocasión del desempeño de otros cargos públicos durante el periodo en el cual estuvo desvinculado del servicio, deben ser descontados de la suma total de los salarios y prestaciones sociales que se pagan por el restablecimiento del derecho que deviene de la nulidad del acto de retiro, esto es, por el pago de la condena ordenada en el fallo.

Regla de unificación

Unificar jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estableciendo que son procedentes los descuentos efectuados a la condena derivada del fallo que resuelve el litigio inmiscuido dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, donde se obtiene la nulidad del acto que retiró del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad, a razón de las sumas de dinero recibidas por la parte demandante a título de salarios y prestaciones sociales percibidos de relaciones de trabajo en el sector público, por incurrirse en la prohibición constitucional de doble erogación con cargo al erario.

Resolución del recurso interpuesto

Pese a ello, la sentencia recurrida en sede extraordinaria acogió la tesis prohijada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014

en los casos de desvinculación ilegal, en lo que respecta a los descuentos de los salarios y prestaciones percibidos por el desempeño de otro cargo público y, en tal virtud, ordenó los que percibió la demandante con ocasión de la vinculación que tuvo con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en el cargo de defensora de familia, durante el tiempo que estuvo desvinculada producto de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad.

En este particular, la Sala tiene en cuenta que, para el momento de dictarse el fallo de segunda instancia, recurrido en forma extraordinaria en esta oportunidad, ya se había proferido la sentencia SU-556 del 24 de julio de 2014, razón por la cual era perfectamente viable que se fundamentara en esta, a partir de lo que de su naturaleza en sede de constitucionalidad en abstracto ya había dicho la misma Corte.

Problema jurídico:

¿Proceden los descuentos por concepto de salarios y prestaciones recibidas producto de relaciones de trabajo con otras entidades públicas durante el periodo comprendido entre el retiro del servicio y el reintegro?

Resuelve:

Unificar jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estableciendo que son procedentes los descuentos efectuados a la condena derivada del fallo que resuelve el litigio inmiscuido dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, donde se obtenga la nulidad del acto que retiró del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad, a razón de las sumas de dinero recibidas por la parte demandante a título de salarios y prestaciones sociales percibidos de relaciones de trabajo en el sector público.

Declarar infundado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia interpuesto por la parte demandante.

Derechos amparados y reconocidos:

- Decisiones que se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico.
- Reintegro ante declaración de nulidad de acto administrativo que desvincula al trabajador.
- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

Palabras clave:

Unificación de jurisprudencia, nulidad y restablecimiento del derecho, descuentos por vinculación al sector público y reintegro.

Preguntas para reflexionar:

1. ¿Qué ocurrió?

Se demandó el Acto Administrativo que declaraba insubsistente el nombramiento en provisionalidad de Sonia Yamile Rondón Tasco como comisaria de familia.

2. ¿Qué pasó en el proceso?

El juez de segundo grado indicó que debían descontarse las sumas que hubiere percibido esta por concepto de salarios y prestaciones sociales producto de otras vinculaciones con el Estado, durante el tiempo que estuvo retirada del servicio en virtud de la declaratoria de insubsistencia.

3. ¿Qué dijo el Consejo de Estado?

Como la actora había indicado, se había desconocido la regla de unificación del Consejo de Estado, donde se establecía que son improcedentes los descuentos de los salarios y prestaciones recibidos, producto de relaciones de trabajo con otras entidades públicas durante el periodo comprendido entre el retiro del servicio y el reintegro. El órgano de cierre se encargó de estudiar el problema en cuestión para dar solución al caso.

4. ¿Qué concluyó el Consejo de Estado?

Son procedentes los descuentos en mención, ya que de reconocerlos se estaría haciendo caso omiso a la prohibición constitucional que indica que “nadie podrá recibir más de una designación que provenga del tesoro público”.

5.3 Providencia Rad. 76001-23-31-000-2002-04584-02(AG) REV-SU (Acción de grupo)

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión

Consejera ponente: María Adriana Marín

Fecha: 10 de junio de 2021

Enlace: <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/244/76001-23-31-000-2002-04584-02.pdf>

Referencia: Mecanismo de revisión eventual en acción de grupo

Resumen e historia del caso

Desde el 23 de julio hasta el 26 de agosto de 2001, la Empresa de Energía del Pacífico (EPSA) realizó labores de mantenimiento de la hidroeléctrica ubicada en la zona del Alto Anchicayá, en el departamento de Valle del Cauca, que consistieron en la apertura de compuertas y el vertimiento de 500.000 metros cúbicos de sedimentos al río Anchicayá. Como consecuencia, los habitantes de la zona ejercieron una acción de grupo con el fin de obtener la reparación del daño ambiental consecutivo que ocasionaron las labores de mantenimiento de la represa. Tanto en primera como en segunda instancia se condenó a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC) y a la empresa de energía EPSA.

Principales consideraciones y fundamento del Consejo de Estado (ratio decidendi)

1. Criterios para determinar el grupo afectado y la individualización de sus miembros

[L]a jurisprudencia de la Corporación ha desarrollado **dos posturas en torno a la determinación de los criterios para identificar a los miembros de un grupo**. La primera de ellas alude a la “i) identificación de los hechos dañinos uniformes para el grupo y ii) el respectivo análisis de su vinculación causal con los daños sufridos por sus miembros”. La segunda, por su parte, recurre a la concurrencia de tres elementos, a saber: “i) un mismo hecho o conjunto de hechos dañinos, esto es, identidad de la acción u omisión o de la conducta dañina, ii) que el hecho o hechos sean imputables a un mismo autor (o autores), que será la parte demandada y iii) una relación de causalidad próxima y determinante entre el hecho o hechos atribuibles al demandado y la lesión o daño antijurídico sufridos por los miembros del grupo²⁹”.

En este punto, la Sala considera que la segunda de las posturas sostenida por la Corporación desborda el contenido de lo previsto en los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, toda vez que en esas disposiciones se señala que la uniformidad se predica respecto de la causa del perjuicio, cuestión que no incluye la atribución de los hechos dañosos a un determinado sujeto, pues esta cuestión corresponde a un análisis propio de la imputación del daño y no del elemento previo de la determinación del grupo. Por esta razón, no será acogida como la tesis jurisprudencial unificada sobre la materia.

En otras palabras, como criterio de identificación del grupo no puede tenerse en cuenta la imputación o atribución de los hechos a los demandados, por cuanto este es un elemento propio del juicio de responsabilidad, una vez constatada la existencia y magnitud del daño acreditado por el grupo demandante. Para que sea procedente una acción de grupo es necesario que esta permita la decisión unitaria de la controversia y, para ello, se requiere la existencia de aspectos de hecho o de derecho comunes (condiciones uniformes) entre los miembros del grupo.

No se trata de que las situaciones particulares de todos los miembros del grupo sean idénticas o iguales, pues es claro que pueden resultar perjuicios o daños disímiles en cuanto a su modalidad e intensidad (tanto el quantum como la modalidad: patrimoniales, morales, etc.), sino que es necesario que entre las mismas exista un común denominador o núcleo que pertenece o se extiende a todos ellos, derivado de la conducta dañina del demandado.

Dicho esto, procede la Sala a unificar la jurisprudencia de la Corporación sobre los criterios a partir de los cuales se determinan los miembros de un grupo. Esto se hace acogiendo el criterio jurisprudencial fijado en la providencia del 2 de agosto de 2006, en el sentido de señalar que, para tal determinación:

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado: 47001-23-33-000-2015-00205-01. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; 28 de agosto de 2017; Radicado: 41001-23-31-000-2004-00120-01; 6 de diciembre de 2017.

Primero, se debe identificar el hecho o hechos generadores alegados en la demanda y determinar si estos son uniformes para todo el grupo; y segundo, mediante el análisis de la teoría de la causalidad adecuada, que permite un mayor enfoque jurídico, determinar si estos hechos generadores tienen un mismo nexo de causalidad con los daños sufridos por los miembros del grupo.

El resultado de este análisis debe ser la identidad del grupo, como pluralidad de personas que sufren unos daños originados en uno o varios hechos generadores comunes a todos; si se descubre lo contrario, en cualquiera de los dos pasos, debe concluirse la inexistencia del grupo y por consiguiente la improcedencia de la acción³.

[E]n relación con el establecimiento de criterios uniformes para la individualización de los miembros del grupo, la Sala considera pertinente precisar que, dada la multiplicidad de situaciones y daños que pueden alegarse en la acción de grupo, resulta inviable identificar todos los criterios para la identificación de sus miembros, toda vez que esta cuestión dependerá en cada caso particular de las circunstancias específicas en que se ocasionó el daño cuya reparación se pretende, con la salvedad de que a cada persona, en aplicación de la carga de la prueba prevista en el artículo 177 del CPC —artículo 167 CGP—, que pretenda integrarse en el respectivo grupo, le corresponderá acreditar que sufrió un daño antijurídico derivado de la misma causa compartida por el grupo, así como demostrar su causalidad.

Tratamiento de la indemnización prevista en la Ley 472 de 1998 en las acciones de grupo

a) La indemnización colectiva corresponde a la sumatoria de los valores individuales a reconocer a cada miembro del grupo

El artículo 65 de la Ley 472 de 1998 establece que la sentencia que acoja las pretensiones incoadas en la acción de grupo dispondrá, entre

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado: 25000-23-24-000-2005-00495-01 M.P.: Ramiro Saavedra Becerra; 2 de agosto de 2006.

otros, del reconocimiento de una indemnización colectiva que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales. En cumplimiento de ese precepto normativo, y en atención al objeto y propósito que tiene la acción de grupo en el ordenamiento jurídico colombiano, el Consejo de Estado ha sostenido que [...] la indemnización colectiva no se reconoce a partir de asignaciones abstractas a un conglomerado de personas, sino que debe estar compuesta por la sumatoria de los valores a reconocer a cada miembro del grupo, según sea la tasación de los respectivos perjuicios.

Sin embargo, hay eventos en los que, a pesar de encontrarse acreditado el acaecimiento de un daño antijurídico, no es posible determinar el valor de los perjuicios individuales, dada la ausencia de pruebas que demuestren el quantum indemnizatorio, debido a la imposibilidad o alta dificultad de su acopio.

La Sala resalta que el punto de derecho fue abordado en la sentencia del 1.º de octubre de 2019, proferida en el expediente 05001-23-31-000-2003-03502-02(AG)RE, mediante la cual se resolvió una revisión eventual. [...] Al resolver el conflicto puesto a su consideración, esta Corporación señaló que se pronunciaría sobre los siguientes aspectos:

[...] Así las cosas, aunque los daños provengan de una causa o fuente común, corresponde al juzgador analizar los efectos lesivos frente a cada afectado, lo que permite realizar diferenciaciones particulares entre los distintos beneficiarios de la condena, atendida las diferencias en las afectaciones que se evidencien en cada caso particular [...].

La misma norma [Ley 472 de 1998] prevé que, en atención a las particulares circunstancias de cada caso, el grupo se divida en subgrupos, lo que permite estimar la reparación a favor de quienes acreditaron perjuicios particulares mayores o que admiten una tasación distinta a la de los demás⁴.

b) La indemnización colectiva debe incluir una provisión para sufragar la reparación de quienes soliciten la integración al grupo y la reparación en forma posterior a la sentencia

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 05001-23-31-000-2003-03502-02(AG) REV. M.P.: Ramiro Pazos Guerrero; 1.º de octubre de 2019.

“[L]a sentencia debe provisionar lo necesario para la reparación de quienes, pese a no haber fungido como demandantes, hagan parte del grupo afectado, pues de lo contrario se afectaría el derecho a la reparación integral de quienes sí participaron como demandantes, al verse necesariamente disminuida su participación en la indemnización colectiva que, al final, deberá ser distribuida entre todos los beneficiarios, demandantes o no; en efecto, de acuerdo con la ley, ‘la integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella’, de donde surge palmariamente la necesidad de que la indemnización colectiva incluya lo necesario para la reparación de quienes se hagan parte del grupo en forma posterior al fallo [...]”⁵.

⁵ Ibidem.

c) La indemnización colectiva no solo debe incluir aquellos perjuicios perfectamente individualizados y demostrados y, en ese orden, se debe liquidar en equidad la indemnización cuando la prueba de los perjuicios resulte imposible o carezca de elementos objetivos para efectuar la tasación

“Aunque se carezca de elementos particulares frente a cada afectado, es tarea del juez identificar aspectos o características comunes del daño conforme a las cuales sea posible estimar, con base en criterios objetivos, la medida del daño y su reparación.

Con todo, pueden existir eventos en los que resulta imposible establecer parámetros probatorios objetivos, como el acaecido en el caso de los afectados con el derrumbe ocurrido en el relleno sanitario Doña Juana, que imponen al juez acudir a criterios de equidad, como lo autoriza el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, con la precisión de que tal opción debe ser residual y aplicarse únicamente ante casos en que la prueba

de los perjuicios resulta imposible o se carezca de elementos objetivos para la tasación de la indemnización, atendiendo siempre al número potencial de posibles víctimas, de modo que no garantice la reparación de todas ellas. ⁶ *Idem.*

Como se aprecia, en las acciones colectivas, la ausencia de elementos de prueba que permitan individualizar los perjuicios no puede servir de título para denegar la reparación, pues ello desnaturalizaría el carácter diferencial que las inspira⁶.

3. Competencias de la Defensoría del Pueblo en calidad de administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos

Con respecto al tema de unificación, la Sala considera que: i) las competencias de la Defensoría del Pueblo como administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos son de naturaleza puramente administrativa, ii) como consecuencia, al momento de dar cumplimiento a las sentencias condenatorias de acción de grupo no le es dado a esta entidad hacer valoraciones jurídicas probatorias que puedan afectar la identificación de las personas que conforman el grupo, el monto de las indemnizaciones, el reconocimiento de estas ni la forma como se dará su cumplimiento, debido a que todos estos son elementos propios de la obligación indemnizatoria y es el juez del proceso de acción de grupo quien tiene la competencia para definirlos. Así, el contenido mínimo de toda sentencia condenatoria de acción de grupo que permite garantizar el efectivo cumplimiento de la función judicial por parte del juez competente para conocer la acción de grupo y la función administrativa por parte de la Defensoría del Pueblo es aquella que contenga todos los componentes de los que habla el artículo 65 de la Ley 472 de 1998, en el sentido de definir y delimitar con claridad los elementos de la obligación indemnizatoria, como lo son: i) los sujetos, ii) el objeto y iii) el vínculo jurídico que la compone.

Para ello, el juez competente al momento de dictar sentencia deberá establecer la conformación del grupo; el monto de las indemnizaciones reconocidas, tanto individuales como colectivas; individualizar a los beneficiarios de las mismas o, al menos, hacer que estas personas puedan ser identificables con la mera verificación de ciertos requisitos que tendrán que ser definidos claramente y la oportunidad para acreditarlos.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-167 de 2011. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez; 11 de marzo de 2011.

4. Criterios que permiten el reconocimiento de perjuicios morales a favor de sujetos de especial protección constitucional

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado **el concepto de sujetos de especial protección constitucional** entendido como “aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”²⁷.

Tanto el derecho internacional como el derecho colombiano, con el fin de garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, ha reconocido que las comunidades afrodescendientes, en su calidad de sujetos de especial protección constitucional y de comunidades étnicas diversas, son titulares de los derechos a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica, a la cooperación y comprensión internacionales, al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, a la subsistencia e integridad cultural, étnica, social, y económica, a la igualdad, a la participación en las decisiones que les afecten tanto a nivel local como nacional, a la propiedad colectiva, a la protección del medio ambiente entendiendo la relación de autosostenimiento que tienen estas comunidades con su entorno.

Así, frente a los daños que se les puedan causar a las comunidades afrodescendientes, esta afectación se debe analizar desde los derechos fundamentales que constitucional y legalmente se les han reconocido. Por consiguiente, si en el proceso queda debidamente probado que hubo una afectación a un derecho reconocido a las comunidades afrodescendientes en su calidad de sujetos de especial protección constitucional, este daño será indemnizable, por lo que se deberá ordenar su debida reparación, la cual, según el carácter del daño y la necesidad de repararlo integralmente, podrá o no ser de carácter pecuniario.

[L]a Sala unifica la jurisprudencia de esta Corporación, i) con base en el criterio reiterado, pacífico y consolidado, según el cual el reconocimiento de las tres tipologías de daño inmaterial está sujeto a que se pruebe el mismo junto con sus características de cierto, personal y directo; ii) frente al reconocimiento de las tipologías de daño moral y daño a la salud, el hecho de que un sujeto de especial protección constitucional intervenga no es un criterio determinante a la hora de examinar si se causó el daño, puesto que, en todo caso, se debe demostrar su correspondiente afectación en las esferas que estas tipologías protegen; por el contrario, iii) al momento de reconocer la tipología de bienes constitucional y convencionalmente protegidos, la situación de vulnerabilidad del sujeto de especial protección constitucional hace que el juez competente deba evaluar si se violó un interés jurídicamente protegido tanto por el ordenamiento jurídico nacional como por los instrumentos de derecho internacional aplicables al caso; por último, iv) cuando se trate de una acción de grupo, el reconocimiento de estos perjuicios estará ligado a que la persona sea reconocida, en las oportunidades previstas por la Ley 472 de 1998, como integrante del grupo demandante.

Falla:

- Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a los **criterios para determinar el grupo afectado y la indivi-**

dualización de sus miembros, en el sentido de señalar que, para determinar un grupo, se debe identificar el hecho generador del daño y establecer si este hecho tuvo una relación causal con los daños sufridos por los miembros del grupo. Con respecto al establecimiento de criterios uniformes para la individualización de los miembros de cada grupo, la Sala considera que no es posible fijar una taxonomía de los mismos, dadas las circunstancias específicas de cada caso concreto.

- Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto al **tratamiento de la indemnización colectiva prevista en la Ley 472 de 1998**, en el sentido de acoger el criterio señalado por la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 2002-00351, C. P. Ramiro Pazos Guerrero, según la cual la indemnización colectiva corresponde a la sumatoria de los perjuicios que individualmente se tasan para cada miembro del grupo.

- Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto de **las competencias de la Defensoría del Pueblo en calidad de administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos**, en el sentido de reiterar que las competencias de esta entidad son eminentemente administrativas, y que el juez de acción de grupo, con el fin de preservar la naturaleza tanto de la función administrativa como de la función judicial, debe cumplir con todos los requisitos exigidos por el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 respecto del contenido de la sentencia y definir clara y explícitamente todos los elementos de la obligación indemnizatoria que nace luego de proferirse una sentencia de acción de grupo condenatoria.

- Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a los **criterios que permiten el reconocimiento de perjuicios morales a favor de sujetos de especial protección constitu-**

cional, en el sentido de señalar que la intervención de un sujeto de especial protección constitucional no será un criterio determinante al momento de reconocer daños morales y daños a la salud, debido a que, en todo caso, las características de cierto, personal y directo deben quedar probadas, pero, por otro lado, la situación de vulnerabilidad sí resultará determinante al momento de reconocer daños a otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos, dado que el juez competente deberá evaluar si se violó un interés jurídicamente protegido tanto por el ordenamiento jurídico nacional como por los instrumentos de derecho internacional aplicables al caso.

Derechos amparados y reconocidos:

Derecho a la reparación integral, derecho a la protección del medioambiente, derechos colectivos de la población afrocolombiana y palenquera.

Personas, poblaciones o grupos sociales a los que cobija la decisión:

Todas las personas asentadas en la ribera del río Anchicayá durante los años 2001 y 2002, que demuestren haber sufrido un perjuicio por cuenta del vertimiento de sedimentos realizado por EPSA: 1712 personas.

Palabras claves:

Daño moral, daño inmaterial, daño a la salud, sentencia de unificación, acción de grupo, sujetos de especial protección constitucional, comunidad afrodescendiente, competencia de la Defensoría del Pueblo, bienes constitucional y convencionalmente protegidos, identificación del grupo.

Aclaración de voto:

Dra. Nubia Margoth Peña: Si bien se concluyó que “[...] Todas las personas asentadas en la ribera del río Anchicayá durante los años 2001 y 2002, que demuestren haber sufrido un perjuicio por cuenta del vertimiento de sedimentos realizado por la EPSA [...]”, son beneficiarias de la indemnización de perjuicios declarada, tal determinación no delimitó, con la especificidad requerida, los criterios para el cumplimiento de las funciones administrativas que le corresponden a la Defensoría del Pueblo, cuando acudan las personas que se sumen al grupo y deban acreditar que padecieron los daños antijurídicos comprobados y reconocidos mediante el fallo”.

Dra. Lucy Jeannette Bermúdez: “Si bien dentro de la sentencia se alude de los criterios que se deben tener en cuenta para que la Defensoría del Pueblo pueda expedir el acto que reconoce el pago de la indemnización tratándose de la acción de grupo, considero que debió especificarse cómo el juez puede individualizar a los beneficiarios de las indemnizaciones, cuáles criterios se tendrán en cuenta para ello, cuál es la oportunidad para acreditarlo, pues, de lo contrario, en realidad no se estaría unificando jurisprudencia sino haciendo una clarificación del contenido de diferentes sentencias en los que se han analizado los mentados criterios a la luz de la particularidad de los respectivos casos”.

Salvamento de voto:

Dr. Julio Roberto Piza: “A mi juicio, es desproporcionado e inequitativo que los abogados del grupo demandante reciban sumas superiores a la indemnización reconocida a cada víctima directa del daño”.

Preguntas para reflexionar:

1. ¿Cómo se debe determinar el grupo afectado para individualizar a las víctimas en una reparación colectiva?

Se debe identificar el hecho generador del daño y si este es uniforme para establecer la relación causal con los daños sufridos por los miembros del grupo. Frente a los criterios para la individualización de los miembros del grupo, se deben atender las circunstancias específicas de cada caso, precisando que a cada persona le corresponderá acreditar que el daño antijurídico sufrido se deriva de la misma causa.

2. ¿La indemnización colectiva en las acciones de grupo debe individualizar el valor de la indemnización particular que corresponde a cada integrante del grupo?

La indemnización colectiva corresponde a la sumatoria de los valores a reconocer a cada miembro del grupo. La indemnización no se reconoce a partir de asignaciones abstractas a un conglomerado de personas, sino que debe estar compuesta por la sumatoria de los valores a reconocer a cada miembro del grupo, según sea la tasación de los respectivos perjuicios.

3. ¿La indemnización colectiva debe incluir únicamente la reparación para los accionantes o incluir una provisión para sufragar la reparación de quienes soliciten la reparación en forma posterior a la sentencia?

De acuerdo con la ley, “la integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella”, por consiguiente, surge palmariamente la necesidad de que la indemnización colectiva incluya lo necesario para la reparación de quienes se hagan parte del grupo en forma posterior al fallo.

4. ¿Qué competencia tiene la Defensoría del Pueblo en calidad

de administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos?

Las competencias de la Defensoría del Pueblo frente al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos son de naturaleza puramente administrativa. Dicha entidad debe limitarse a asegurar el cumplimiento de la sentencia condenatoria, pues la definición de los elementos de la obligación indemnizatoria es una función exclusiva del juez competente.

5. ¿El carácter de sujeto de especial protección constitucional es un criterio determinante para el reconocimiento del perjuicio moral?

La intervención de un sujeto de especial protección constitucional no será un criterio determinante al momento de reconocer daños morales y daños a la salud, debido a que, en todo caso, las características de cierto, personal y directo deben quedar probadas. No obstante, al momento de reconocer daños a otros bienes e intereses jurídicamente protegidos por la Constitución o instrumentos internacionales, el juez tendrá en consideración la situación de vulnerabilidad del sujeto de especial protección constitucional.



**Defensoría
del Pueblo**
COLOMBIA

#NosUnenTusDerechos

Defensoría del Pueblo de Colombia
Calle 55 N° 10-32
Apartado Aéreo: 24299 - Bogotá, D. C.
Código Postal: 110231
Tels.: 314 73 00 - 314 40 00

www.defensoria.gov.co

ISBN: 978-958-5117-76-1



9 789585 117761