



Referencia: Expediente T-7.163.048

Acción de tutela instaurada por Comertex S.A. contra la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado

Magistrada Ponente:  
**DIANA FAJARDO RIVERA**

Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

## **SENTENCIA**

En el trámite de revisión de las providencias del 26 de septiembre de 2018, proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y del 15 de noviembre de 2018, emitida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esa misma Corporación, que resolvieron la acción de tutela interpuesta por Comertex S.A. contra la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.<sup>1</sup>

### **I. ANTECEDENTES**

El 17 de abril de 2018, Comertex S.A. presentó acción de tutela en contra de la decisión del 12 de octubre de 2017 de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En su criterio, dicha sentencia incurrió en un defecto sustantivo y un error procedimental por exceso ritual manifiesto y, en razón a ello, solicitó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En seguida, se exponen los hechos relevantes, las decisiones de instancia y las actuaciones adelantadas en sede de revisión.

#### **1. Hechos relevantes y fundamentos de la solicitud de amparo**

---

<sup>1</sup> La Corte Constitucional, mediante Auto del 8 de febrero de 2019 proferido por la Sala de Selección Número Dos, conformada por los magistrados Carlos Bernal Pulido y Luis Guillermo Guerrero Pérez, seleccionó para revisión el expediente de la referencia y lo repartió al Despacho del Magistrado Carlos Bernal Pulido. La decisión fue tomada el 30 de mayo del 2019, después de que la ponencia presentada por el Magistrado ponente no fue acogida por la mayoría de la Sala Plena, razón por la cual el mismo fue rotado al Despacho de la Magistrada Diana Fajardo Rivera.

1.1. El 17 de abril de 2006, Comertex S.A. presentó ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (en adelante MinCIT) una solicitud de contrato de estabilidad jurídica;<sup>2</sup> en concreto, para mantener la estabilidad las normas tributarias consagradas en el Decreto 624 de 1989, relacionadas con el impuesto al patrimonio y el impuesto de renta. El 31 de octubre de 2006, el Comité de Estabilidad Jurídica decidió improbar la solicitud por las siguientes razones:

“(1) La decisión de inversión se tomó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 963 (enero de 2005); (2) Una parte sustancial del proyecto ya se había adelantado al momento de la entrada en vigencia de la misma; y (3) a la fecha de presentación de la solicitud de contrato (Abril 17 de 2006), se estaba ya ante una inversión ejecutada, no siendo la finalidad de la Ley y el Decreto cobijar tales supuestos, sino los de ‘nuevas inversiones’. Por tal motivo, tampoco en el caso de Comertex S.A. existe el fundamento necesario para autorizar la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica.”<sup>3</sup>

Frente a esta decisión, Comertex S.A. interpuso recurso de reposición el 12 de diciembre de 2006, que fue resuelto el 27 de julio de 2007, en el Acta No. 09. En esta, decidió reponer la decisión de improbar la solicitud de contrato de estabilidad jurídica y, en consecuencia, el Comité ordenó que se llevara a cabo un nuevo estudio sobre dicha petición únicamente “*sobre las normas determinantes del proyecto de inversión al momento de suscribir el contrato de estabilidad jurídica.*” Finalmente, mediante Acta No. 11 del 9 de octubre de 2007, el Comité aprobó la suscripción del contrato, “*excluyendo del CEJ las normas del Estatuto Tributario que fueron modificadas por la Ley 1111 de 2006 y que no fueron actualizadas por la empresa.*”

1.2. En criterio de Comertex S.A., el MinCIT incurrió en una demora injustificada al resolver la solicitud de suscripción del referido contrato y, debido a ello, se le imposibilitó acceder al beneficio tributario de mantener el régimen jurídico vigente e impedir su variación, que le impondría, como en efecto ocurrió, nuevos gravámenes. En razón a ello, el 19 de diciembre de 2008, interpuso una acción de reparación directa en contra del citado Ministerio,<sup>4</sup> en

---

<sup>2</sup> De conformidad con las disposiciones de Ley 963 de 2005, “por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”, y el Decreto 2950 de 2005, “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 963 de 2005 ‘por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia’”. A continuación, se presenta una breve síntesis de las actuaciones surtidas en el marco de dicha petición: (i) el 23 de mayo, la Secretaría Técnica del Comité de Estabilidad Jurídica (en adelante la Secretaría) requirió a la peticionaria para que complementara su solicitud en los términos de la Ley 963 de 2005, el Decreto 2950 de 2005 y los documentos CONPES 3366 del 1º de agosto de 2005. (ii) El 8 de junio de 2006, Comertex dio respuesta; sin embargo, el 24 de julio del mismo año se formuló un segundo requerimiento de la información y se indicó que se llevaría a cabo una visita a las instalaciones de la empresa. (iii) El 8 de agosto de 2006, Comertex dio respuesta a lo solicitado y recibió la visita el 3 del mismo mes y año. (iv) El 18 de agosto de 2006, la Secretaría informó a la accionante que su petición cumplía los requisitos y la admitió. (v) El 23 de agosto de 2006, la Secretaría solicitó un concepto técnico, en los términos del artículo 5 del Decreto 2950 de 2005, a la Superintendencia de Sociedades, al Ministerio de Protección Social y a la Dirección de Impuestos y Aduanas, esta última solicitud fue complementada el 4 de septiembre y el 6 de octubre de 2006. (v) La Superintendencia contestó el 16 de septiembre de 2006, el Ministerio el 5 de octubre de 2006 y la DIAN el 21 de octubre y el 9 de noviembre de 2006.

<sup>3</sup> Cuaderno principal. Folio 18.

<sup>4</sup> En la demanda de reparación directa presentó las siguientes pretensiones: “1º. Se declare que la demandada es administrativamente responsable por causa de las omisiones, dilaciones deliberadas y la negligencia con las que se tramitó la solicitud presentada por COMERTEX S.A. el 17 de abril de 2006 (...); 2º. Se condene, en

la que solicitó que se declarara administrativamente responsable, por la “*tardanza deliberada*” en la suscripción del contrato.

1.3. El 22 de septiembre de 2011, el Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones. En su análisis, concluyó: “*no se vislumbra mora injustificada en el trámite, ya que este se realizó en el término esto es dentro de los cuatro meses se tomó la decisión de improbar la solicitud, ante lo cual se ejerció el recurso de reposición, lo que hizo que el trámite se extendiera pero que de suyo no puede traducirse en una dilación injustificada de una actuación administrativa.*”<sup>5</sup> Además, afirmó que no se le puede imputar al MinCIT responsabilidad alguna por no estabilizar los beneficios tributarios pretendidos por la Sociedad, dado que “*no es posible estabilizar normas que son inexistentes en el mundo jurídico al momento de suscripción del contrato.*”<sup>6</sup>

1.4. El 12 de octubre de 2017, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó la decisión del Tribunal y resolvió “*INHIBIRSE para decidir sobre el fondo de las pretensiones*”,<sup>7</sup> al declarar probada de oficio “*la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción.*”<sup>8</sup> Sobre el particular, afirmó: “*el medio procesal escogido no es idóneo para la solución de la controversia (...)*”<sup>9</sup>. Para llegar a esta conclusión, presentó los siguientes argumentos.

1.4.1. Primero, “*tal y como en forma pacífica lo ha determinado de tiempo atrás la jurisprudencia de la Corporación, es la fuente del daño cuya reparación se pretende la que determina el mecanismo procesal idóneo para llevar ante el juez determinada controversia, elemento que resulta fundamental de cara a las competencias del juzgador frente al asunto puesto a su consideración.*”<sup>10</sup> Y, más adelante, enfatizó que la diferenciación de la acción procedente “*no está al arbitrio de la escogencia del interesado*”, pues se trata de “*normas públicas de imperativo acatamiento (...).*”<sup>11</sup>

---

*consecuencia, a la demandada a indemnizar los perjuicios causados a COMERTEX S.A. con tales omisiones y dilaciones injustificadas, imponiéndoles a su cargo la obligación de pagar a estas las siguientes sumas de dinero: 2.1. CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES SETESCIENTOS NOVENTA MIL PESOS (\$496.790.000,00), correspondientes al valor que pagó COMERTEX S.A. por concepto de impuesto al patrimonio correspondiente al año 2007 por causa de negligencia y de las omisiones que observó la demandada en el trámite de su solicitud de estabilización jurídica presentada el 17 de abril de 2006. 2.2. NOVECIENTOS VEINTISIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS (927.496.996, 95) correspondientes al mayor valor que hubo que pagar COMERTEX S.A. sobre el impuesto de renta correspondiente al año 20076 por causa de la negligencia y de las omisiones que observó la demandada en el trámite de sus solicitud de estabilización jurídica presentada el 17 de abril de 2006. 3° Se condene a la demandada a pagar las sumas a las que se contraen las condenas precedentemente solicitadas, debidamente indexadas conforme a la variación que experimente el índice de precios al consumidor.”*

<sup>5</sup> Cuaderno principal. Folio 49.

<sup>6</sup> Cuaderno principal. Folio 50.

<sup>7</sup> Cuaderno principal. Folio 26.

<sup>8</sup> Cuaderno principal. Folio 26.

<sup>9</sup> Cuaderno principal. Folio 20.

<sup>10</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2016, Exp. 39431, C.P. Ramiro Pazos Guerrero

<sup>11</sup> Cuaderno principal. Folio 21. Como sustento de esta afirmación, se refirió a la sentencia del 30 de enero de 1997, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. 12432. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

1.4.2. Segundo, Comertex S.A. busca atacar actos de la administración que gozan de presunción de legalidad; en concreto, actas en las cuales ésta manifestó su voluntad. Sobre esto explicó:

“[e]n efecto, los hechos de la demanda se fundan en la existencia del trámite de solicitud de estabilidad jurídica que culminó con decisiones contrarias a los intereses de la accionante. Al tiempo, las pretensiones buscan desestimar los efectos de esas determinaciones administrativas, esto es, los perjuicios que le generaron a la demandante, cuando precisamente solicita que le sea reconocida la estabilidad respecto de las normas que los actos excluyeron.

(...) En consecuencia, comoquiera que el daño se derivó de los actos mismos, esto es, de la manifestación de la voluntad de la Administración contenida en las mencionadas actas, se encuentra que lo que debió pretender la demandante fue su anulación a través de la acción procedente para el control de legalidad, para así tener la posibilidad de cuestionar y desvirtuar su legalidad, y abrir paso a la reparación del daño que considera le fue causado.”<sup>12</sup>

1.4.3. Tercero, analizó si, en gracia de discusión, se podía aceptar que la fuente del perjuicio fuera la deliberada tardanza de parte del MinCIT en aprobar la solicitud de estabilidad jurídica para aceptar que las pretensiones se tramitaran mediante la acción de reparación directa; *“sin embargo, por las particularidades del asunto, tal cuestionamiento solo puede ser contestado negativamente.”*<sup>13</sup> Argumentó:

“la presunta demora en adoptar dicha decisión no materializó el daño que se reclama, tan es así que de no existir los actos administrativos ya referidos, la tardanza que se imputa resultaría irrelevante, pues con independencia de esa conducta, la fuente de exclusión de las normas objeto de estabilidad fueron las decisiones administrativas que en forma expresa así lo dispusieron, por lo que solo su anulación podía dar lugar a la inclusión de las disposiciones tributarias en la estabilidad jurídica.

Así, se encuentra que la pretendida demora deliberada en la toma de la decisión sobre la solicitud, porque recaía sobre normas que iban a ser modificadas y por tanto no se les aplicaría la estabilidad jurídica, como actuación previa al acto, no creó, modificó o extinguió situación jurídica alguna a la demandante, ciertamente fueron las actas las que tuvieron un efecto negativo respecto a los intereses de la actora, por ende son esos actos administrativos, y no las alegadas dilaciones, l[a]s que materializaron la situación adversa y, por ello, el daño reclamado.”<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Cuaderno principal. Folio 22.

<sup>13</sup> Cuaderno principal. Folio 23.

<sup>14</sup> Cuaderno principal. Folio 23. En este mismo sentido, afirmó: “[a]unque la actora pretende encausar la acción por la vía de la reparación directa cuando asegura que el daño fue producido por omisiones administrativas,

1.4.4. Por último, en esta providencia se resalta que el 15 de enero de 2008, *“Comertex S.A. presentó demanda en contra de la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para que se declarara la nulidad de las actas del 27 de julio y del 9 de octubre de 2007 en cuanto dispusieron excluir de las normas objeto de estabilidad jurídica las modificadas o derogadas por la ley 1111 de 2006 y como restablecimiento del derecho se entendiera que tales disposiciones gozaban de estabilidad jurídica.”*<sup>15</sup>

1.5. En el escrito de tutela presentado, la accionante afirmó que *“LA SUBSECCIÓN [B]’ SE ABSTUVO DE DECIDIR LAS PRETENSIONES DE REPARACIÓN DIRECTA QUE SE LE PLANTEARON EN LA DEMANDA, PORQUE CONSIDERÓ, CONTRA TODA EVIDENCIA, QUE EL DAÑO, ENTENDIDO COMO PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD, Y QUE SE CAUSÓ, POR OBVIAS RAZONES, CON LA SIMPLE DEMORA INJUSTIFICADA QUE TUVO EL TRÁMITE ADMINISTRATIVO, LO HABÍAN CAUSADO LOS ACTOS QUE APROBARON LA SOLICITUD DEL CONTRATO.”*<sup>16</sup> En concreto, consideró que la decisión judicial cuestionada incurrió en un defecto sustantivo y en un error procedimental por exceso ritual manifiesto.

1.5.1. Por un lado, Comertex S.A. considera que el defecto sustantivo se configuró *“porque al aplicar al caso el artículo 85 del [C]ódigo [C]ontencioso [A]dministrativo, y desestimar, correlativamente, la aplicación del artículo 86 con el fin de determinar la acción procedente para demandar la reparación del daño por pérdida de oportunidad, realizó una interpretación de estas normas, carente del enfoque constitucional que hace de las acciones verdaderos instrumentos para la realización del derecho sustancial en litigio, y no pretexto para abstenerse del estudio de fondo de la controversia. En casos como éste, la sentencia inhibitoria se convierte en la antítesis de la función judicial, y en un acto de denegación de la justicia.”*<sup>17</sup> Y, por otro lado, afirmó que se presentó *“un error procedimental por cuanto implica el ejercicio excesivo de rigor ritual en la interpretación de las normas procesales relativas al derecho de acción en la modalidad de reparación directa (artículo 86 [C]ódigo [C]ontencioso [A]dministrativo)”*<sup>18</sup> Insistió que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no era *“el medio pertinente para pedir la reparación del daño autónomo por pérdida de oportunidad.”*<sup>19</sup>

1.5.2. En consecuencia, solicitó: (i) que *“se declare nula y sin valor ni efecto, la decisión judicial a que se refiere la pretensión anterior, proferida por la*

---

*tal interpretación supone el desconocimiento de la fuente misma del perjuicio, cual fue la expedición de las actas, pues se dedicó a exponer, en el universo de la causalidad adecuada, un escenario que le permitiera ventilar sus pretensiones por la vía extracontractual, al afirmar que de no haber mediado la tardanza de la demandada no se habrían excluido las normas de estabilidad jurídica. Sin embargo, la Sala considera que la procedibilidad de la acción está atada de manera indefectible a la fuente del daño, la que una vez identificada permite establecer si el asunto puede o no resolverse bajo el medio procesal escogido.”* Cuaderno principal. Folio 24.

<sup>15</sup> Cuaderno principal. Folio 19.

<sup>16</sup> Cuaderno principal. Folio 57.

<sup>17</sup> Cuaderno principal. Folio 58.

<sup>18</sup> Cuaderno principal. Folio 58.

<sup>19</sup> Cuaderno principal. Folio 58.

*SUBSECCIÓN [B] de la Sección Tercera del Consejo de Estado (...)*” y se le ordene a dicha autoridad judicial que “*en un término prudencial contado a partir de la notificación del fallo de tutela, dicte una nueva sentencia con base en los lineamientos que para el efecto realizase la Sala Competente del honorable Consejo de Estado, en la que se RESUELVAN LAS PRETENSIONES DE REPARACIÓN DIRECTA QUE SE LE PLANTEARON EN LA DEMANDA.*”<sup>20</sup>

## **2. Decisiones objeto de revisión y trámite en sede de revisión**

2.1. *Sentencia de primera instancia.* El 26 de septiembre de 2018, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó el amparo solicitado, luego de concluir que “*la Sección Tercera del Consejo de Estado al declarar probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de acción, no violó los derechos fundamentales esgrimidos por el actor, ni incurrió en un defecto sustantivo o en exceso ritual manifiesto en su pronunciamiento, en razón a que realizó un análisis razonable de la situación fáctica y jurídica integral que le permitió establecer que no era la reparación directa la acción procedente.*”<sup>21</sup> Fundó su conclusión en que la jurisprudencia de dicha Corporación ha indicado que la procedencia de la acción depende “*del fin pretendido y el origen del perjuicio alegado.*”<sup>22</sup> Sobre el caso particular afirmó:

“*es evidente que de acuerdo a la síntesis de los antecedentes del caso, ningún derecho se vulneró, en últimas el contrato fue suscrito el 28 de diciembre de 2007, el origen del daño patrimonial causado se centró en que las normas estabilizadas fueron las vigentes al momento de la suscripción del contrato y no de la solicitud de aprobación al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por tanto, es ajustada la decisión acusada pues no era la acción de reparación directa la procedente, pues debía atacarse los actos de aprobación y suscripción del contrato de estabilidad jurídica, por consiguiente la acción pertinente era la nulidad y restablecimiento del derecho, conforme lo expuso el Consejo de Estado en Sección Tercera cuando resolvió la apelación presentada por el accionante.*”<sup>23</sup>

2.2. *Sentencia de segunda instancia.* El 15 de noviembre de 2018, la Sección Quinta del Consejo de Estado revocó la decisión y, en su lugar, ordenó (i) dejar sin efectos la providencia cuestionada y (ii) proferir una nueva decisión. En su criterio, la Subsección B de la Sección Tercera realizó una interpretación indebida de los artículos 85 y 86 del Código Contencioso Administrativo. Consideró que, como lo alega la parte accionante, “*en el caso de estudio, el daño invocado en la demanda, fue el causado con ocasión de una omisión en el trámite administrativo, [que] se origina no en un acto administrativo, como lo declaró la autoridad judicial demandada, sino de la demora, en su sentir,*

---

<sup>20</sup> Cuaderno principal. Folio 52.

<sup>21</sup> Cuaderno principal. Folio 111.

<sup>22</sup> Cuaderno principal. Folio 111.

<sup>23</sup> Cuaderno principal. Folio 111 (reverso).

*injustificada en la aprobación del contrato de estabilidad jurídica en los términos solicitados.*”<sup>24</sup>

2.3. *Actuaciones en sede de revisión.* El 6 de marzo de 2019, la Sala Plena de esta Corporación asumió el conocimiento del asunto de la referencia y ordenó la suspensión de los términos procesales. Luego, el 12 y 26 de marzo del año en curso, el Magistrado Carlos Bernal Pulido, decretó las siguientes pruebas: (i) solicitó, en calidad de préstamo, el expediente identificado con el No. 68001233100020090000801; y, (ii) pidió un informe sobre el estado del proceso 68001233100020080002401 (51690), en particular, las partes del litigio, el objeto del proceso, las pretensiones de la parte demandante, el sentido de la decisión de primera instancia; y, pidió una copia de la demanda presentada.

2.3.1. El 29 de mayo de 2019, la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado envió el informe requerido. En este se indica que el 14 de enero de 2008, Comertex S.A. interpuso una acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Santander en contra de La Nación-MinCIT. En dicha demanda, planteó como pretensión principal que se declare nulo el aparte segundo del acto administrativo del 27 de julio de 2007, que dice: “ordenar la evaluación de la solicitud de contrato de estabilidad jurídica presentada por COMERTEX S.A. se efectúe sobre las normas consideradas determinantes del proyecto de inversión, vigentes al momento de suscribir el contrato de estabilidad jurídica”; y, del acto administrativo del 27 de julio de 2007 por medio del cual se dispuso aprobar la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, “únicamente en el aparte que dispuso excluir de las normas del Estatuto Tributario que fueron modificadas por la Ley 1111 de 2006.” El 30 de abril de 2014, el Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de los actos administrativos. Frente a esta decisión, el MinCIT interpuso recurso de apelación. El 1º de octubre de 2014, este proceso ingresó al despacho de la Consejera de Estado Doctora María Adriana Marín.<sup>25</sup>

2.3.2. El 9 de abril de 2019, el MinCIT solicitó denegar las pretensiones de la parte accionante. Sustentó su petición de en los siguientes términos: (i) “esta no es la vía jurisdiccional para obtener la nulidad de los fallos en comento y menos aún para pretender abrir una instancia jurídica que a todas luces resulta improcedente (...)”; y, (ii) el mecanismo apropiado para controvertir la decisión cuestionada en sede de tutela es el recurso extraordinario de revisión. Por último, señaló que hubo una indebida integración del contradictorio, toda vez que debió vincularse al Comité de Estabilidad Jurídica, creado por mandato de la Ley 963 de 2005.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

### **1. Competencia y procedencia de la acción de tutela**

1.1. Esta Corte es competente para conocer la sentencia objeto de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la

---

<sup>24</sup> Cuaderno principal. Folio 141.

<sup>25</sup> Cuaderno de Revisión. Folios 35-65.

Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 8 de febrero de 2019, proferido por la Sala de Selección Número Dos, que decidió escoger para revisión el expediente de la referencia.

1.3. Se encuentran cumplidos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.<sup>26</sup> Se trata de un *asunto de relevancia constitucional*, toda vez que se cuestiona una decisión judicial inhibitoria, que presuntamente vulneró los derechos al acceso a la administración de justicia y al debido proceso de la parte accionante. Está satisfecho el *requisito de subsidiariedad*, por cuanto Comertex S.A. agotó todos los medios ordinarios de defensa judicial a su alcance. Debe advertirse, además, que no le era exigible a la sociedad accionante la interposición del recurso extraordinario de revisión, como lo sostuvo el MinCIT en el curso de esta acción, dado que (i) un fallo inhibitorio, *por sí mismo*, no se valoró por el Legislador como causal para el ejercicio de dicho recurso, en los términos actualmente previstos en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y, (ii) aunque en algunas oportunidades las Salas de decisión del Consejo de Estrado admitieron su procedencia en tal supuesto, solo con la Sentencia de Unificación del 18 de mayo de 2018, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se consolidó un criterio al respecto. Por lo anterior, en atención a que para el momento de la expedición de la decisión aquí cuestionada no existía dicha claridad, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que la no interposición en este caso de tal recurso extraordinario por Comertex S.A. no es motivo para considerar la improcedencia de la acción de tutela.<sup>27</sup> También se verifica el cumplimiento del

---

<sup>26</sup> La jurisprudencia constitucional, de manera sistemática, ha afirmado que la acción de tutela procede de manera excepcional contra providencias judiciales. Con el fin de asegurar dicha característica, la Sentencia C-590 de 2005 estableció rigurosos requisitos, que permiten determinar si una providencia judicial es susceptible de control constitucional, por vulnerar derechos fundamentales. Estos son: requisitos generales de procedibilidad y causales específicas de procedencia. Los requisitos generales son: “(a) *Que el tema sujeto a discusión sea de evidente relevancia constitucional.* (b) *Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable, o de un sujeto de especial protección constitucional que no fue bien representado,* (c) *Que se cumpla el requisito de la inmediatez,* (d) *En el evento de hacer referencia a una irregularidad procesal, debe haber claridad que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora,* (e) *Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y qué hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible,* (f) *Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”* Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>27</sup> Al respecto dijo: “[I]o primero que debe advertirse, es que la existencia de un fallo inhibitorio injustificado no encaja estrictamente dentro de los casos que jurisprudencialmente se han establecido como configurativos de la causal de revisión extraordinaria de nulidad en la sentencia, según el recuento que se hizo en otro acápite de este fallo.” Y más adelante afirmó que el recurso de revisión es “un mecanismo judicial destinado a la protección de derechos fundamentales como el de acceso a la justicia y el debido proceso, es decir, es un instrumento o medio de control adicional que el legislador diseñó para la protección de esos derechos fundamentales y, por tanto, hacen parte del haz de acciones para la satisfacción plena del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.” En esta sentencia, el Consejo de Estado reiteró que los fallos inhibitorios injustificados deben “estar proscritos, pues la protección de estos derechos [al debido proceso y al acceso a la efectiva administración de justicia] desde los ámbitos subjetivo y objetivo obligan al Estado a la creación de los mecanismos necesarios no solo para garantizar que el acceso al aparato judicial sea real y efectivo, sino permitir a las personas que acuden a él, lograr la satisfacción cierta de sus derechos, lo que se materializa cuando se resuelven de fondo las pretensiones de las demandas presentadas ante ellos, independiente si lo es

*principio de inmediatez*, toda vez que la acción de tutela fue interpuesta en un término razonable y oportuno, pues la sentencia cuestionada es de 12 de octubre de 2017 y la tutela fue radicada el 17 de abril de 2018; de manera que transcurrieron menos de seis meses para que la parte accionante interpusiera este mecanismo de defensa constitucional. Asimismo, en el escrito de tutela se *explica con claridad las razones por las cuales considera que el error procedimental* por exceso ritual manifiesto tuvo un efecto decisivo en la sentencia cuestionada. De igual manera, Comertex S.A.S. identifica de manera razonable los derechos que considera vulnerados y los hechos que generaron tal vulneración. Y, por último, la providencia judicial cuestionada se profirió en el marco de un proceso de reparación directa; es decir, no se trata de una tutela.

De igual manera, se advierte que se encuentra cumplido el requisito de *legitimación*. Por un lado, Comertex S.A. puede solicitar, por medio de apoderada, el amparo de sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, en consonancia con lo afirmado en la Constitución, que dice que toda persona,<sup>28</sup> tiene la “*acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, (...) por quien actúe a su nombre (...)*” la protección de sus derechos (Art. 86, Inc. 1º, CP).<sup>29</sup> Y, por otro lado, la solicitud de protección constitucional se puede interponer contra la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues se trata de una autoridad judicial susceptible de ser sujeto pasivo de la acción de tutela, de acuerdo con los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

Conforme con lo anterior, se demuestra el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra las providencias judiciales cuestionadas.

## **2. Problema jurídico**

2.1. Acorde con los antecedentes expuestos, la Sala resolverá el siguiente problema jurídico: ¿la Sentencia del 12 de octubre de 2017, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, incurrió en un defecto sustantivo y en un error procedimental por exceso ritual manifiesto al emitir un fallo inhibitorio, toda vez que consideró configurada la excepción de indebida escogencia de la acción por parte de Comertex S.A., que buscaba el resarcimiento de un daño frente al MinCIT alegando que la fuente del mismo

---

*en forma favorable o no a los intereses de quienes acuden a ella.*” Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 8 de mayo de 2018, ref. REV. 11001-03-15-000-1998-00153-01.

<sup>28</sup> Frente a la legitimación por activa de las personas jurídicas, se reitera que “*el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido una protección más amplia al establecer que las personas jurídicas también son titulares de determinados derechos fundamentales y que pueden acudir a la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.*” Sentencia T-543 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera. En este mismo sentido, se pueden consultar las siguientes sentencias: SU-439 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos; SU-182 de 1998. MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo; C-123 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y, T-317 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; entre otras.

<sup>29</sup> En este mismo sentido, el inciso 1º del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 expresa: “*La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.*”

fue la injustificada tardanza en la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica?

2.2. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, se demostrará que (i) la providencia judicial cuestionada no incurrió en ninguno de los defectos alegados, sino que por el contrario realizó un análisis razonable de la situación fáctica y jurídica y, en consecuencia, (ii) no se advierte que la autoridad judicial haya tomado dicha decisión de manera arbitraria o caprichosa.

### **3. La providencia judicial cuestionada, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no incurrió en un defecto sustancial ni procedimental por exceso ritual manifiesto**

3.1. La parte accionante alega que la sentencia cuestionada incurrió en dos defectos, uno sustantivo y otro procedimental por exceso ritual manifiesto.<sup>30</sup> Por un lado, afirmó que el sustantivo se configuró debido a una interpretación carente de enfoque constitucional de los artículos 85 y 86 del Código Contencioso Administrativo, que llevó a un fallo inhibitorio y, con ello, denegó el derecho al acceso a la administración de justicia. Por otro lado, consideró que el error procedimental se debió al “*ejercicio excesivo de rigor ritual en la interpretación de las normas procesales relativas al derecho de acción en la modalidad de reparación directa (artículo 86 código contencioso administrativo)*”<sup>31</sup> No obstante, la Sala Plena, luego de analizar en detalle la decisión del 12 de octubre de 2017 llegó a otra conclusión, como pasa a justificarse.

3.2. El defecto sustantivo es “*un yerro producto de la irregular interpretación o aplicación de normas jurídicas a un caso sometido a conocimiento del juez.*”<sup>32</sup> *Si bien las autoridades judiciales son autónomas e independientes para establecer cuál es la norma que fundamenta la solución del caso puesto bajo su conocimiento -y para interpretarlas y aplicarlas-, estas facultades no son absolutas, por lo que excepcionalmente el juez de tutela debe intervenir para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y de la Constitución,*<sup>33</sup> *sin que ello implique señalar la interpretación correcta o conveniente en un caso específico por encima del juez natural.*<sup>34</sup>”<sup>35</sup> Así pues, con el fin de no transgredir la competencia del juez natural, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que:

---

<sup>30</sup> La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que “*para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. (...) [P]ara que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos (...).*” Entre los mencionados requisitos específicos son: i) el defecto orgánico; (ii) el defecto procedimental; (iii) el defecto fáctico; (iv) el defecto material o sustantivo; (v) el error inducido; (vi) la decisión sin motivación; (vii) el desconocimiento del precedente; y (viii) la violación directa de la Constitución.

<sup>31</sup> Cuaderno principal. Folio 58.

<sup>32</sup> Sentencias SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos; y, T-453 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; entre otras.

<sup>33</sup> Sentencias T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; T-123 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y, SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>34</sup> Sentencias SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos; y, T-453 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; entre otras.

<sup>35</sup> Sentencia T-416 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

“no cualquier divergencia frente al criterio interpretativo en una decisión judicial configura un defecto sustantivo, solo aquellas que resultan irrazonables, desproporcionadas, arbitrarias y caprichosas, de lo contrario no sería procedente la acción de tutela.<sup>36</sup> Por tanto, se debe tratar de una irregularidad de tal entidad que haya llevado a proferir una decisión que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos fundamentales.<sup>37</sup> De esta manera, se ha señalado que pueden existir vías jurídicas distintas para resolver un caso concreto, admisibles en la medida que sean compatibles con las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales.<sup>38,39</sup>”

3.2.1. En el caso analizado, no se advierte que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado haya interpretado de manera irregular los artículos 85 y 86 del Código Contencioso Administrativo y, por tanto, la Sentencia del 12 de octubre de 2017 no puede ser tildada de irrazonable, desproporcionada, arbitraria o caprichosa. Por el contrario, una lectura de dicha decisión permite concluir que la misma argumentó de manera suficiente la razón por la cual encontró probada la excepción de indebida escogencia de la acción y, en consecuencia, profirió un fallo inhibitorio. Tal y como se reseñó en los antecedentes, la decisión estuvo fundada, principalmente, en dos premisas:

- i. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que *“es la fuente del daño la que determina el mecanismo procesal idóneo para llevar ante el juez determinada controversia (...).”*<sup>40</sup>
- ii. En el caso concreto, el daño alegado por Comertex S.A., esto es el pago de un mayor valor en los impuestos de patrimonio y renta en el 2007, se derivó de los actos administrativos en los que culminó el trámite de solicitud de celebración de un contrato de estabilidad jurídica. En efecto, *“las pretensiones buscan desestimar los efectos de esas determinaciones administrativas, esto es, los perjuicios que le generaron a la demandante (...).”*<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> Sentencias T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>37</sup> Sentencias SU-241 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; SU-432 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa; y SU-427 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>38</sup> Sentencias SU-050 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y, T-453 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera.

<sup>39</sup> Sentencia T-416 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

<sup>40</sup> Cuaderno principal. Folio 21.

<sup>41</sup> Cuaderno principal. Folio 10. Tal y como se reseñó en los antecedentes, en la demanda de reparación directa presentó las siguientes pretensiones: “1°. *Se declare que la demandada es administrativamente responsable por causa de las omisiones, dilaciones deliberadas y la negligencia con las que se tramitó la solicitud presentada por COMERTEX S.A. el 17 de abril de 2006 (...);* 2°. *Se condene, en consecuencia, a la demandada a indemnizar los perjuicios causados a COMERTEX S.A. con tales omisiones y dilaciones injustificadas, imponiéndoles a su cargo la obligación de pagar a estas las siguientes sumas de dinero: 2.1. CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES SETESCIENTOS NOVENTA MIL PESOS (\$496.790.000,00), correspondientes al valor que pagó COMERTEX S.A. por concepto de impuesto al patrimonio correspondiente al año 2007 por causa de negligencia y de las omisiones que observó la demandada en el trámite de su solicitud de estabilización jurídica presentada el 17 de abril de 2006. 2.2. NOVECIENTOS VEINTISIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS (927.496.996, 95) correspondientes al mayor valor que hubo que pagar COMERTEX S.A. sobre el impuesto de renta correspondiente al año 2007 por causa de la negligencia y de las omisiones que observó la demandada en el trámite de su solicitud de estabilización*”

Con base en lo anterior, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que “*el medio procesal escogido no es idóneo para la solución de la controversia (...)*”;<sup>42</sup> por cuanto, el daño del que se busca la reparación se concretó en actos administrativos.

3.2.3. Es más, en la decisión cuestionada se estudió si, en gracia de discusión, se podía aceptar que la fuente del perjuicio fue la deliberada tardanza por parte del MinCIT en suscribir el contrato de estabilidad jurídica. Dicho análisis fue planteado en los siguientes términos:

“la presunta demora en adoptar dicha decisión no materializó el daño que se reclama, tan es así que de no existir los actos administrativos ya referidos, la tardanza que se imputa resultaría irrelevante, pues con independencia de esa conducta, la fuente de exclusión de las normas objeto de estabilidad fueron las decisiones administrativas que en forma expresa así lo dispusieron, por lo que solo su anulación podía dar lugar a la inclusión de las disposiciones tributarias en la estabilidad jurídica.”<sup>43</sup>

3.2.4. Así, para la Sala Plena es claro que la decisión cuestionada no incurrió en el defecto sustantivo alegado, sino que la misma se ajusta a criterios de razonabilidad al fundar su conclusión en premisas ajustadas al orden constitucional. En consecuencia, no se advierte que el fallo inhibitorio haya sido tan sólo un pretexto “*para abstenerse del estudio de fondo de la controversia*”.<sup>44</sup>

3.3. El error procedimental por exceso ritual manifiesto “*se presenta cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y una aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial.*”<sup>45</sup> Esta Corporación ha identificado algunos escenarios en los que puede configurarse, entre los que se cuentan:

“(i) aplicar disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) exigir el cumplimiento de requisitos formales de manera irreflexiva y que en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre

---

*jurídica presentada el 17 de abril de 2006. 3° Se condene a la demandada a pagar las sumas a las que se contraen las condenas precedentemente solicitadas, debidamente indexadas conforme a la variación que experimente el índice de precios al consumidor.”*

<sup>42</sup> Cuaderno principal. Folio 20.

<sup>43</sup> Cuaderno principal. Folio 23.

<sup>44</sup> Cuaderno principal. Folio 58.

<sup>45</sup> Sentencia T-234 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

comprobada; o (iii) incurrir en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas.”<sup>46</sup>

3.3.1. La jurisprudencia constitucional también ha concluido que una autoridad judicial puede incurrir en un error procedimental por exceso ritual manifiesto cuando profiere, de manera injustificada, un fallo inhibitorio. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-024 de 2017 se advirtió que el juez incurre en este defecto cuando al proferir una providencia judicial, actúa con excesivo apego a las ritualidades, perdiendo de vista que la finalidad del procedimiento es lograr la efectividad de los derechos, por lo tanto, en sus actuaciones el fallador debe procurar:

“(i) impartir justicia,<sup>47</sup> (ii) buscar que las sentencias se basen en una verdad judicial que se acerque lo más posible a la verdad real,<sup>48</sup> y (iii) evitar pronunciamientos inhibitorios que dificulten la eficacia de las actuaciones de la Administración de Justicia y de los derechos materiales.”<sup>49,50</sup>

En todo caso, esta Sala precisa que no todo fallo inhibitorio configura un defecto de este tipo, como se dijo, dicha decisión debe ser injustificada. Por ejemplo, esta Corporación ha tutelado *“los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de justicia ante las decisiones de los jueces, que sin haber agotado todas las opciones que ofrece el ordenamiento jurídico para resolver el caso, profieren un fallo que deja en suspenso la resolución del asunto puesto a su consideración.”*<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> Sentencias SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo; SU-636 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 34; T-031 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y SU-355 de 2017. M.P. (e) Iván Humberto Escruera Mayolo.

<sup>47</sup> Ver por ejemplo, la sentencia T-264 de 2009. En esa oportunidad, esta Corporación precisó que puede *“producirse un defecto procedimental en una sentencia cuando el funcionario judicial, por un apego excesivo a las formas”* se aparta de sus obligaciones de impartir justicia sin tener en cuenta que los procedimientos judiciales son medios para alcanzar la efectividad del derecho y no fines en sí mismos. La Corte consideró que la autoridad judicial accionada había incurrido en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, actuando en, *“contra de su papel de director del proceso y del rol protagónico que le asigna el ordenamiento en la garantía de los derechos materiales, al omitir la práctica de una prueba imprescindible para fallar, a pesar de la presencia de elementos que le permitían concluir que por esa vía llegaría a una decisión indiferente al derecho material. Por esta vía, la autoridad accionada cerró definitivamente las puertas de la jurisdicción a la peticionaria, olvidó su papel de garante de los derechos sustanciales, su obligación de dar prevalencia al derecho sustancial, y su compromiso con la búsqueda de la verdad en el proceso como presupuesto para la adopción de decisiones justas”*. Sentencia T-264 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>48</sup> Ver por ejemplo, la Sentencia T-268 de 2010, en la que la Corte al referirse al defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, concluyó que el mismo se presenta *“cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de prevalencia del derecho sustancial”*. T-268 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Lo anterior, fue reiterado por las sentencias T-386 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; y, T-637 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>49</sup> La Corte ha señalado que el derecho al acceso de la administración de justicia, supone la garantía de obtener respuestas definitivas a las controversias planteadas, así que los jueces se encuentran obligados adoptar todas las medidas pertinentes para evitar los pronunciamientos inhibitorios, bien sea de forma manifiesta, o de forma implícita, cuando una decisión es solo en apariencia de mérito. Ver por ejemplo, las sentencias T-1017 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y, T-134 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>50</sup> Sentencia T-031 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

<sup>51</sup> Sentencia T-031 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. En esta Sentencia, se presentan casos en los que esta Corporación ha concluido que la sentencia cuestionada, en la que el juez decidió inhibirse, sí incurrió en un error procedimental por exceso ritual manifiesto. Por ejemplo, hace referencia a las siguientes sentencias: T-1017 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-134 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-264 de 2009.

3.3.2. En criterio de la parte accionante, en el caso concreto, este defecto se configuró por cuanto se dio un excesivo rigor ritual al interpretar el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, esta Corporación disiente de lo afirmado por Comertex S.A. En primer lugar, no se trata de un fallo inhibitorio injustificado, en consonancia con el argumento presentado en los fundamentos 3.2.1 y 3.2.2., no se advierte que la interpretación de las normas procesales haya sido de “*excesivo rigor ritual*”;<sup>52</sup> dado que la providencia judicial cuestionada presentó razones suficientes para fundamentar la decisión inhibitoria. En segundo lugar, si bien el derecho de acción de los ciudadanos garantiza el derecho a que la controversia judicial expuesta concluya con una decisión de fondo, en el caso concreto el juez administrativo sostuvo que la diferenciación de la acción procedente “*no está al arbitrio de la escogencia del interesado*”, pues se trata de “*normas públicas de imperativo acatamiento (...)*.”<sup>53</sup> En tercer lugar, el asunto planteado por la parte accionante no queda en suspenso, dado que está en curso una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Esto último evidencia que la parte accionante tendrá un pronunciamiento de fondo sobre el asunto expuesto, con el alcance a que haya lugar en los términos jurídicos pertinentes y aplicables.

3.4. En consecuencia, la Sala Plena concluye que en el caso concreto, la parte accionante buscó abrir una etapa procesal para invalidar la Sentencia del 12 de octubre de 2017, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que como se demostró previamente no incurrió en ninguno de los defectos alegados. En este escenario, se reitera que Comertex S.A. interpuso, el 14 de enero de 2008, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a los actos administrativos que son la fuente del daño que buscaba le sea reconocido por vía de reparación directa.

3.5. Con base en las consideraciones anteriores, se revocará la Sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2018, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que ordenó dejar sin efectos la providencia judicial cuestionada; y, en su lugar, se confirmará la Sentencia del 26 de septiembre de 2018, emitida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la cual se denegó el amparo solicitado.

#### **4. Síntesis de la decisión**

En esta Sentencia, la Sala Plena analizó una providencia judicial en la que se configuró la excepción de indebida escogencia de la acción y, en consecuencia, el fallo fue inhibitorio. En criterio de la parte accionante, dicha decisión incurrió en un defecto sustantivo y en un error procedimental por exceso ritual manifiesto. No obstante, esta Corporación concluyó que dichos defectos no se configuraron, porque la Sentencia cuestionada se fundó en un análisis razonable

---

M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-1045 de 2012. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-577 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera.

<sup>52</sup> Cuaderno principal. Folio 58.

<sup>53</sup> Cuaderno principal. Folio 21. Como sustento de esta afirmación, se refirió a la sentencia del 30 de enero de 1997, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Exp. 12432. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

de la situación fáctica y jurídica, por lo cual no se advirtió que la decisión adoptada hubiese lesionado los derechos invocados.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE:**

**Primero.- REVOCAR** la Sentencia de tutela proferida el 15 de noviembre de 2018, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que ordenó dejar sin efectos la providencia judicial cuestionada; y, en su lugar, **CONFIRMAR** la Sentencia del 26 de septiembre de 2018, emitida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la cual se denegó el amparo solicitado.

**Segundo.-** Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO  
Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO  
Magistrado  
*Con salvamento de Voto*

DIANA FAJARDO RIVERA  
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ  
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO  
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER  
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS  
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS  
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ  
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO  
CARLOS BERNAL PULIDO  
A LA SENTENCIA SU238/19**

Ref.: Expediente T-7.163.048.

Acción de tutela interpuesta por Comertex S.A.S. en contra de la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado.

Magistrada ponente:  
DIANA FAJARDO RIVERA

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena, suscribo este salvamento de voto en relación con la providencia de la referencia. En mi opinión, la acción de tutela debió ser declarada improcedente, por cuanto no cumple con el requisito de subsidiariedad. No declarar la improcedencia en el asunto analizado, a mi juicio, implicó que la Sala Plena se apartara del reiterado y consolidado precedente constitucional sobre tutela en contra de providencias judiciales.

*La acción de tutela no cumplía con el requisito de subsidiariedad, porque la sociedad accionante no agotó todos los medios judiciales idóneos y eficaces en contra de la decisión cuestionada.* Desde la Sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional ha exigido, como presupuesto que justifica la procedibilidad excepcional de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, que el accionante haya “*agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial*”<sup>54</sup> a su alcance. Así, en el caso *sub examine*, Comertex debió interponer el recurso extraordinario de revisión previsto por el artículo 250.5 del CPACA. Esto, en atención a dos razones: (i) la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la procedencia de este recurso para cuestionar sentencias inhibitorias proferidas por sus secciones o subsecciones; y (ii) este recurso extraordinario es el medio judicial idóneo y eficaz para dejar sin efectos la providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Primero, el Consejo de Estado ha admitido la procedencia del recurso extraordinario de revisión para cuestionar decisiones inhibitorias proferidas por sus secciones o subsecciones. Al respecto, a partir de 2006, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que, por medio del recurso de revisión y especialmente en el marco de la causal prevista por el artículo 250.5 del CPACA, las partes pueden cuestionar las sentencias proferidas por sus secciones o subsecciones que generen una violación al debido proceso<sup>55</sup>, supuesto que en 2013 fue expresamente ampliado a las decisiones inhibitorias,

---

<sup>54</sup> Sentencia C-590 de 2005.

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 7 de febrero de 2006, ref. REV. 11001-03-15-000-1997-00150-00.

en los casos en los que se demostrase que el juez “*tenía, dentro del ordenamiento jurídico, una oportunidad clara y objetiva de proferir sentencia de fondo*”<sup>56</sup>.

Es más, el 8 de mayo de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en desarrollo de esta línea jurisprudencial, decidió “*unificar sus criterios sobre (...): En qué casos una sentencia inhibitoria puede dar origen a la procedencia del recurso extraordinario de revisión por la causal originada en la sentencia por violación al debido proceso*”<sup>57</sup>, esto es, la prevista por los artículos 188 del CCA y 250 del CPACA. En esta oportunidad, determinó que esta causal se configura “*(i) cuando se presenta alguno de los hechos enlistados en el artículo 140 del C. P. C, vigente para la época en que se dictó el fallo de segunda instancia, objeto del recurso de revisión y (ii) por desconocimiento del artículo 29 de la Carta Política*”<sup>58</sup>. Así, luego de reiterar la jurisprudencia constitucional acerca de la relación entre los fallos inhibitorios y los derechos al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva, concluyó que “*es un deber del juez del juez fallar de fondo cuando cuenta con las herramientas para hacerlo, sin que les (sic) sea dable esgrimir motivos falsos para justificar inhibiciones, cuando no los hay. Lo expuesto permite concluir que los derechos al acceso a la administración de justicia y a una tutela judicial efectiva generan la configuración de la causal de revisión por violación del artículo 29 constitucional por haberse visto comprometidos ante la existencia de una decisión inhibitoria fundada en motivos contraevidentes*”<sup>59</sup>. Estas consideraciones no difieren, de manera alguna, con la jurisprudencia constitucional en materia de fallos inhibitorios. En tales términos, es claro que el recurso de revisión constituía un mecanismo procesal idóneo para que la sociedad accionante controvirtiera la providencia proferida por la Sección Tercera.

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

Por lo demás, no existe factor alguno que justificase flexibilizar el estudio de subsidiariedad en el caso concreto. La sociedad accionante no es un sujeto de especial protección constitucional ni presenta condición alguna de

---

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 28 de febrero de 2013, ref. REV. 54001-31-000-2000-01331-01 (1216-09).

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 8 de mayo de 2018, ref. REV. 11001-03-15-000-1998-00153-01.

<sup>58</sup> Id.

<sup>59</sup> Id.

vulnerabilidad, que justifique que la Sala Plena haya flexibilizado el análisis de subsidiariedad. Todo lo contrario, la Sala Plena contaba con elementos de juicio suficientes que daban cuenta de la necesidad de analizar este requisito con mayor rigor. En efecto, a diferencia de los otros casos resueltos previamente por la jurisprudencia constitucional<sup>60</sup>, Comertex es una sociedad comercial, que no una persona natural, cuya controversia ordinaria se encuentra circunscrita a un asunto meramente económico, en el que no se compromete derecho fundamental alguno. En todo caso, lo cierto es que la decisión inhibitoria no impidió que pudiese ejercer su derecho de acceso a la administración de justicia, por cuanto, previamente, esta sociedad había interpuesto una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que discute situaciones similares a las planteadas por medio de la acción de reparación directa, y en la cual aún no se ha proferido decisión de segunda instancia. Todas estas razones, a su vez, permitían descartar, sin más, la eventual configuración de un perjuicio irremediable en el caso concreto.

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

*Fecha ut supra,*

**CARLOS BERNAL PULIDO**  
Magistrado

---

<sup>60</sup> Ver sentencias T-1017 de 1999, T-794 de 2011, T-809 de 2012, T-1045 de 2012, T-713 de 2013, T-416 de 2016 y T-031 de 2018.